ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2018-2019

AUTORES

Beatriz Aguedo Huiza
Ulises Bautista Quispe
Guillermo Boza Pro
Alberto Cairampoma Arroyo
Antonio de la Haza Barrantes
Kenny Díaz Roncal
Pablo Ferreyros Quiñones
Cristina Flores Ligarda
Frank Fermín García Santos
Ricardo León Pastor
Eduardo Luna Cervantes
Gilberto Mendoza del Maestro
Julio Rodríguez Vásquez
Victor Saco Chung
José Saldaña Cuba
Renzo Saavedra Florián
Lucio Sánchez Povis
Abraham Siles Vallejos
Juan Manuel Sosa Sacio
Pamela Torres Rodríguez
Yovana Reyes Tagle
Gianpierre Valverde Encarnación
Rocío Villanueva Flores
Paul Villegas Vega

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE **DERECHO**

CENTRO DE **INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**

PUCP

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ

2018-2019

AUTORES

Beatriz Aguedo Huiza
Ulises Bautista Quispe
Guillermo Boza Pro
Alberto Cairampoma Arroyo
Antonio de la Haza Barrantes
Kenny Díaz Roncal
Pablo Ferreyros Quiñones
Cristina Flores Ligarda
Ricardo León Pastor
Eduardo Luna Cervantes
Gilberto Mendoza del Maestro
Frank Fermín García Santos
Julio Rodríguez Vásquez
Victor Saco Chung
José Saldaña Cuba
Renzo Salvador Florián
Lucio Sánchez Povis
Abraham Siles Vallejos
Juan Manuel Sosa Sacio
Pamela Torres Rodríguez
Yovana Reyes Tagle
Gianpierre Valverde Encarnación
Rocío Villanueva Flores
Paul Villegas Vega

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE **DERECHO**

CENTRO DE **INVESTIGACIÓN, CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**

PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD
Iván Meini Méndez

Director del CICAJ-DAD
David Lovatón Palacios

Consejo Directivo del CICAJ
Leysser León Hilario
Betzabé Marciani Burgos
Iván Meini Méndez

Equipo de Trabajo
Rita Del Pilar Zafra Ramos
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Ximena Vinatea Sifuentes
Larissa Donayre Serpa
Enzo Dunayevich Morales
Genesis Mendoza Lazo

Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019
CICAJ-DAD | editor

Primera edición: diciembre, 2019
Tiraje: 250 ejemplares

© *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica*
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexos 4930 y 4901
http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/inicio/

Corrección de estilo: Takeshi Kihara Falcón, Carlos Ramos Lozano y Mercedes Dioses

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5 - Perú

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso del editor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2017-04895
ISSN: 2415-0274

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 7

SECCIÓN I: DERECHO ADMINISTRATIVO

Los desafíos de la regulación en los servicios de saneamiento en el Perú
Alberto Cairampoma y Paul Villegas Vega 11

Comentarios
José Esteve Pardo 31

Respuesta de los autores 33

Procedimiento de aprobación automática. Consideraciones sobre su correcta calificación
Pablo Ferreyros Quiñones 35

Comentarios
Juan Carlos Morón Urbina 67

Respuesta del autor 69

Naturaleza jurídica, competencia administrativa e impugnación del acto de ampliación de la caducidad a partir de los preceptos contenidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General
Lucio Sánchez Povis y Gianpierre Valverde Encarnación 73

SECCIÓN II: DERECHO CIVIL, BANCARIO Y ARBITRAJE

El negocio jurídico indirecto: ¿una categoría necesaria o un diseño inexistente?
Ulises Bautista Quispe 103

Alcances y retos del secreto bancario
Antonio de la Haza Barrantes, Beatriz Aguedo Huiza y Cristina Flores Ligarda 129

Diez problemas en la ejecución judicial de laudos arbitrales en Lima-Perú durante el año 2017
Ricardo León Pastor 153

El modelo de Modigliani y la cuantificación del crédito alimentario en sede judicial
Gilberto Mendoza del Maestro 173

SECCIÓN III: DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

La eliminación de restricciones al comercio en la Comunidad Andina: ¿hasta dónde puede llegar la influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?
Yovana Reyes Tagle 203

Disputas sobre inversión extranjera en la explotación de recursos naturales, los casos de Perú y Bolivia. Cuestiones respecto a la prevención de disputas inversionista-Estado en CIADI
Victor Saco Chung y Pamela Torres Rodríguez 235

SECCIÓN IV: DERECHO LABORAL

Autonomía de la voluntad y disposición de derechos en el ámbito laboral: el principio de irrenunciabilidad de derechos 259
Guillermo Boza Pró

El empleo público como disciplina autónoma. La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo 291
Kenny Díaz Roncal

Sobre la constitucionalidad de los pactos de no competencia poscontractual en los contratos de trabajo 315
Renzo Salvador Florian

SECCIÓN V: DERECHO PENAL

¿Derecho penal sin culpabilidad? Alternativas a la medida de seguridad de internación 335
Julio Rodríguez Vásquez

SECCIÓN VI: DERECHOS HUMANOS, DERECHO CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Constitucionalismo práctico: el derecho de acceso a la información pública de correos electrónicos institucionales y de planillones de adherentes de organizaciones políticas 367
Eduardo Luna Cervantes

Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 389
José Saldaña Cuba

Comentarios 415
Juan Carlos Ruiz Molleda

Respuesta del autor 419

El estado de emergencia constitucional peruano a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: tres cuestiones relevantes 421
Abraham Siles Vallejos

Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales 439
Juan Manuel Sosa Sacio

Una mirada preliminar sobre los posibles vínculos entre los casos de violencia contra las mujeres, los argumentos y la corrupción judicial 457
Rocío Villanueva Flores

SECCIÓN VII: DERECHO TRIBUTARIO 483

Incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos
Frank Fermín García Santos

PRESENTACIÓN

En esta quinta edición del *Anuario de Investigación del CICAJ-DAD* se reúnen artículos de diversas ramas del derecho como resultado de la reflexión académica respecto de diversos problemas jurídicos actuales. La calidad académica de los artículos está garantizada por el proceso de arbitraje «por pares doble ciego» y por un proceso editorial propio del trabajo de nuestros docentes, egresados, egresadas y estudiantes.

Los artículos recogidos en el presente anuario fueron elaborados por quince profesores, seis egresados y tres alumnos, y han sido clasificados en siete secciones. La primera sección aborda el tema del *derecho administrativo* y comprende los siguientes artículos «Los desafíos de la regulación en los servicios de saneamiento en el Perú», de los docentes del Departamento Académico de Derecho, Alberto Cairampoma y Paul Villegas Vega; «Procedimiento de aprobación automática. Consideraciones sobre su correcta calificación», del estudiante Pablo Ferreyros Quiñones; y «Naturaleza jurídica, competencia administrativa e impugnación del acto de ampliación de la caducidad a partir de los preceptos contenidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General», de los profesores Lucio Sánchez Povis y Gianpierre Valverde.

La segunda sección toca el tema del *derecho civil*, *bancario y arbitraje*, y contiene los siguientes trabajos de investigación: «El negocio jurídico indirecto: ¿una categoría necesaria o un diseño inexistente?», del profesor Ulises Bautista Quispe; «Alcances y retos del secreto bancario», del profesor Antonio de la Haza Barrantes en coautoría con las egresadas Beatriz Aguedo Huiza y Cristina Flores Ligarda; «Diez problemas en la ejecución judicial de laudos arbitrales en Lima-Perú durante el año 2017» del profesor Ricardo León Pastor; y «El modelo de Modigliani y la cuantificación del crédito alimentario en la sede judicial» del profesor Gilberto Mendoza del Maestro.

La tercera sección desarrolla el tema del derecho internacional económico y presenta el artículo «La eliminación de restricciones al comercio en la Comunidad Andina: ¿hasta dónde puede llegar la influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?», de la profesora Yovana Reyes Tagle. En esta sección también se incluye el artículo «Disputas sobre inversión extranjera en la explotación de recursos naturales, los casos de Perú y Bolivia. Cuestiones respecto a la prevención de disputas entre el inversionista y el Estado en CIADI», del profesor Víctor Saco Chung en coautoría con Pamela Torres Rodríguez.

La cuarta sección versa sobre el *derecho laboral* y contiene los artículos: «Autonomía de la voluntad y disposición de derechos en el ámbito laboral: el principio de irrenunciabilidad de derechos», del profesor Guillermo Boza Pro; «El empleo público como disciplina autónoma. La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo», del profesor Kenny Díaz Roncal; y «Sobre la constitucionalidad de los pactos de no competencia poscontractual en los contratos de trabajo», del estudiante Renzo Salvador Florián.

La quinta sección de este anuario sobre *derecho penal* contiene el artículo «¿Derecho penal sin culpabilidad? Alternativas a la medida de seguridad de internación», del profesor Julio

Rodríguez Vásquez. Por su parte, la sexta sección *sobre derechos humanos*, *derecho constitucional y filosofía del derecho* comprende los siguientes artículos: «Constitucionalismo práctico: el derecho de acceso a la información pública de correos electrónicos institucionales y de planillones de adherentes de organizaciones políticas», del profesor Eduardo Luna Cervantes; «Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», del profesor José Saldaña Cuba; «El estado de emergencia constitucional peruano a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: tres cuestiones relevantes», del profesor Abraham Siles Vallejos; «Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales», del profesor Juan Manuel Sosa Sacio; y «Una mirada preliminar sobre los posibles vínculos entre los casos de violencia contra las mujeres, los argumentos y la corrupción judicial», de la profesora Rocío Villanueva Flores.

Finalmente, en la sétima sección sobre *derecho tributario* se incluye el artículo «Incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos», del alumno Frank Fermín García Santos.

El CICAJ se complace en presentar esta nueva edición de los *Anuarios de Investigación*, con estudios de alto nivel que contribuyen al desarrollo académico-jurídico de nuestra casa de estudios.

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)
Departamento Académico de Derecho

SECCIÓN I

DERECHO ADMINISTRATIVO

LOS DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN EN LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO EN EL PERÚ[1]

Alberto Cairampoma Arroyo[*]
Paul Villegas Vega[**]
Departamento Académico de Derecho, PUCP

Categoría profesores

El presente trabajo analiza los principales desafíos que enfrenta el sector saneamiento en el Perú centrando la atención en el sinceramiento de las tarifas que se debe dar para lograr que las recientes reformas normativas tengan éxito. En tal sentido, el objetivo principal de este estudio es demostrar que, como ha sucedido con otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural) en el caso del agua potable y alcantarillado (saneamiento) resulta necesario que el organismo regulador (SUNASS). en cumplimiento de la función reguladora, establezca las tarifas que permitan que la prestación del servicio de saneamiento resulte eficiente y sostenible en el tiempo.

1. Introducción

La gestión y prestación de los servicios de agua potable, saneamiento y alcantarillado, denominados «servicios de saneamiento» en el ordenamiento jurídico peruano, si bien son consideradas como los servicios de mayor relevancia para el desarrollo y bienestar del país, también son los que mayor cantidad de dificultades han enfrentado durante su evolución en la realidad peruana.

La discusión sobre el derecho humano al agua, su titularidad, la consecuencia de ser considerado un derecho subjetivo, la participación de una Administración Pública que no asume su rol en el sector, la falta de comprensión sobre la intervención de privados para la prestación de los servicios de saneamiento, además de la aplicación de tarifas y derechos de agua insuficientes, no han permitido un mejoramiento sostenido.

1 El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «El acceso universal al agua potable de poblaciones vulnerables», financiado por la Dirección de Gestión de la Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Cabe mencionar que el artículo fue enviado el 20 de diciembre de 2017, razón por la cual no toma en consideración las normas posteriormente emitidas. Agradecemos la colaboración de Paola Smith Arias, estudiante de la Facultad de Derecho de la PUCP, en la elaboración del presente artículo. A Elizabeth y Lourdes, con amor.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Correo electrónico: vcairampoma@pucp.edu.pe

** Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Correo electrónico: villegas.paul@pucp.edu.pe

En el presente documento, se analiza la reforma del sector saneamiento en el Perú tomando en cuenta las experiencias de reformas en otros servicios públicos domiciliarios, como las telecomunicaciones, la electricidad y el gas natural. Se considera que resulta válido cuestionar el desempeño ineficiente del sector saneamiento a partir de los mejores resultados que se han presentado en los otros sectores.

En ese sentido, a partir de la identificación de los pilares en los que se centraron las reformas en distintos servicios públicos, se considera en este artículo como hipótesis de trabajo que uno de los factores que ha dificultado mejorar la situación del sector saneamiento es la falta de sinceramiento de las tarifas en la prestación del servicio o lo relacionado al cumplimiento del principio de suficiencia financiera. Sin duda, existen otros aspectos a evaluar porque se tratan de sectores con características particulares; no obstante, como se aprecia de las últimas reformas realizadas entre finales del 2016 y el 2017, se ha hecho énfasis de manera particular en la determinación de la tarifa como factor clave.

A continuación, se propone el análisis del contexto general en el cual se desarrolla la regulación del sector saneamiento, los procesos de reforma de los servicios públicos domiciliarios en Perú y el nuevo marco normativo de los servicios de saneamiento, a propósito del Decreto Legislativo 1280.

2. Delimitación del tema, problema jurídico e hipótesis de trabajo

La consideración del agua como elemento fundamental para el desarrollo y bienestar de todo país se inicia con el reconocimiento nacional en diversas experiencias comparadas, preocupación que, con el tiempo, ha sido ratificada a nivel internacional a través de distintos organismos internacionales.

No obstante, el reconocimiento del agua como recurso estratégico no ha tenido el impacto deseado a raíz de distintas circunstancias, como la falta de cultura de protección del agua debido a su consideración como bien inagotable; la inacción de la Administración Pública para la planificación, gestión y supervisión hídrica; así como la intervención de agentes privados que aprovechan la falta de un contexto institucional que les exija un mayor nivel de calidad en sus procesos tanto de captación, uso y descarga del recurso. (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2015, pp. 21-23; Martín Mateo, 1991, pp. 7-39; Mejía *et al*., 2012, p. 17).

En este contexto, en el que aún se tienen en agenda diversos aspectos pendientes de investigación, aprehensión, interpretación y aplicación en materia de recursos hídricos, es posible reconocer la intención política, en el tiempo, a nivel nacional e internacional, de asegurar su disfrute (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2015, pp. 21-22).

Así, se puede identificar que, en el año 2000, entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio se consideró al Objetivo 7, referente a la garantía de la sostenibilidad del medio ambiente, el cual tuvo como Meta 7 el mejoramiento del acceso a los servicios de agua potable y saneamiento mediante la reducción a la mitad del porcentaje de personas que carecían de estos para el año 2015.

La Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 2010, reconoció al derecho al agua y saneamiento como derecho humano, en base a su esencialidad para el desarrollo de la vida y el disfrute del resto de derechos humanos (Vergara Blanco, 2015, pp. 41-42)[2].

2 Sobre el Derecho al Agua o Derecho Humano al Agua y sus consecuencias existe extensa bibliografía. No obstante, si bien el trabajo se encuentra vinculado con el referido tema, en la medida en que se expone un objeto de estudio distinto, únicamente a modo de referencia se deja anotada la siguiente bibliografía: Bautista Justo, J., El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), Naciones Uni-

En la misma línea, en el año 2015, encontrándose próxima la culminación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se aprobó una nueva agenda determinada por los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la que el Objetivo 6 señala que para el año 2030 se deberá haber garantizado la disponibilidad de agua y saneamiento para todos.

En el ámbito nacional peruano, los servicios de saneamiento obtienen una mayor relevancia en el siglo XXI. Ello se observa a través de cinco hitos relevantes, de los cuales el primero se presenta en el marco del Acuerdo Nacional, con el que se aprueban un conjunto de políticas de Estado desde el año 2002.

Entre ellas se encuentra la Política de Estado N° 13 (Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad social) y la Política de Estado N° 21 (Desarrollo de Infraestructura y Vivienda), acordadas en el año 2002, a través de las cuales se promueven dos aspectos fundamentales para el sector: (i) la relevancia del acceso al agua y saneamiento y (ii) la importancia del desarrollo de infraestructura de agua y saneamiento.

En el año 2009 se emite el segundo, la Ley de Recursos Hídricos, a través de la cual se regula la gestión del agua y sus bienes asociados, reconociendo la necesidad de realizarla de manera integrada (Mejía *et al.*, 2012, p. 49) Asimismo, la norma referida crea a la Autoridad Nacional del Agua (ANA). De esta manera, se buscó implementar el marco institucional necesario para el disfrute sostenible de los recursos hídricos.

El tercero, del año 2012, se refiere a la aprobación de la Política de Estado N° 33, Política de Estado sobre los Recursos Hídricos. En ella, se garantiza la adecuada gestión de los recursos hídricos, así como la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento conforme con los estándares de cantidad, calidad y oportunidad disponibles. Así, al igual que en el plano internacional mediante los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el agua adopta un papel central en la agenda; en este caso, nacional.

El cuarto, del año 2016, se refiere al factor político del actual gobierno. En el año en referencia, Pedro Pablo Kuczynski fue elegido presidente de la República del Perú y entre la diversidad de políticas propuestas, se brindó un espacio principal al desarrollo de la gestión de los recursos hídricos y la prestación de los servicios de saneamiento. El reconocimiento del agua como tema central de la agenda es indiscutible, y esto se ha materializado a través de las últimas reformas normativas que se han emitido (Decreto Legislativo 1280 y su reglamento) y las políticas que se han adoptado de cara al Bicentenario de la República peruana (alcanzar la totalidad de acceso al agua potable en las zonas urbanas y el 75 % en las zonas rurales).

---

das - CEPAL, Santiago de Chile, 2013; Bartolomé Navarro, José Luis, «Los derechos en relación con los servicios públicos», en Bermejo Vera, José y López Ramón, Fernando, *Tratado de derecho público aragonés*, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2010; Boisson de Chazournes, Laurence, Leb, Christina y Tignino, Mara, «Environmental Protection and Access to Water: the Challenges Ahead", en Van Der Valk, Michael y Keenan, Penelope, *The Right to Water and Water Rights in a Changing World*, UNESCO, Delft, 2010; De Albuquerque, C., & Winkler, I.T. Neither Friend nor Foe: Why the Commercialization of Water and Sanitation Services is not the Main Issue in the Realization of Human Rights. *The Brown Journal of World Affairs*, *17*(1), 2010, 167-179; Embid Irujo, Antonio, "El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas" en Embid Irujo, Antonio (director), *El derecho al agua*, Aranzadi, Navarra, 2007; Loperena Rota, Demetrio, "El agua como derecho humano", en González-Varas Ibáñez, Santiago (coordinador), *Nuevo derecho de aguas*, Thomson - Civitas, Navarra, 2007; Mancisidor, Mikel (director), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icaría-Unesco Etxea, Barcelona, 2008; Menéndez Rexach, Ángel, "El derecho al agua en la legislación española", en Agudo González, Jorge (coordinador), *El derecho de aguas en clave europea*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2010.

Mediante el quinto y último, del año 2017, se ha reconocido en la Constitución Política del Perú el acceso al agua potable como un derecho fundamental, esto como consecuencia de lo expuesto en los hitos previos, dándose, según se entiende en este trabajo, un hecho que puede convertirse en la piedra de toque para las reformas que apuntalen este servicio público.

Sin embargo, de lo hasta ahora señalado, que sin duda resulta favorable, queda pendiente analizar cuáles son los factores que se deben tomar en cuenta para que las decisiones que se han adoptado a nivel político y normativo tengan éxito. Como se ha adelantado en la parte introductoria, se considera que uno de los aspectos clave se encuentra en el sinceramiento y la determinación de la tarifa (principio de recuperación de costes) que deben pagar los usuarios del servicio de agua potable.

En este punto, se considera importante hacer una precisión sobre la referencia que se plantea sobre el sinceramiento de las tarifas en el contexto de los servicios públicos de saneamiento. El sinceramiento de tarifas está vinculado al régimen económico financiero del agua y a la aplicación del principio de suficiencia financiera.

El principio de suficiencia financiera o autofinanciación del servicio es «aquél en virtud del cual la tarifa debe bastar para cubrir todas las necesidades económicas del servicio» (García de Enterría, citado en Molina Giménez, 2001, p. 445).

En efecto, la determinación de la tarifa determina si los ingresos de la entidad prestadora de los servicios de saneamiento podrán cubrir tanto sus costos de operación como las inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad. Caso contrario, lo cual no es la excepción en el Perú, los operadores deberán acudir al gobierno (nacional, regional o local) para negociar la posibilidad de contar con aportes que les permitan desarrollar la actividad. Ello conlleva a que no solo se considere la prestación del servicio como fin, sino que, además, se aplicarán criterios externos a la industria de saneamiento (criterios políticos) (Mejía *et al.*, 2012, p. 20).

Para reforzar lo planteado, se partió del análisis de otros servicios públicos domiciliarios, como las telecomunicaciones, la electricidad y el gas natural, casos en los cuales es posible advertir que la mejora en la regulación y la prestación del servicio pasó necesariamente por una nivelación de las tarifas.

De esta manera, se entiende que las modificaciones que debieron realizarse tienen como objetivo que la prestación de los servicios de saneamiento se brinde procurando tutelar el interés general, es decir, maximizando su eficiencia en beneficio de la población usuaria (Villar Rojas, 2016, p. 224). Cabe señalar que, si bien en un primer momento la nivelación tarifaria afectó a la economía de los usuarios, con el tiempo, y la intervención de los organismos reguladores, permitió la presencia de servicios que se prestan con un mayor grado de eficiencia y, por ende, se ha mejorado la cobertura (acceso universal) y la calidad de los servicios.

En el caso de los servicios de saneamiento, tal como se va a advertir en los siguientes puntos, las reformas se dieron, como en los otros servicios, en la década de los noventa. Sin embargo, no se impulsó la implementación de un periodo de nivelación o sinceramiento de tarifas (Berg, 2013, p. 5), con lo cual, según la hipótesis de trabajo del presente texto, este factor que se considera aquí una de los claves de la reforma, fue determinante para no alcanzar un mayor nivel de cobertura y mejora en la calidad del servicio. Por el contrario, colaboró en la situación actual peruana, caracterizada por niveles de servicio inferiores al promedio de los países de la región.

3. Justificación de la investigación: Evolución y metas del servicio público de saneamiento

Establecido el marco general del agua en el Perú, resulta importante señalar cuál ha sido su desarrollo en los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, reconociendo además su evolución y metas (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2016, pp. 235-236; OMS y Unicef, 2016, pp. 54-55). En este punto, es posible apreciar que la decisión política y los cambios normativos deben ir acompañados de una reforma y nivelación de las tarifas, como ha sucedido en otros servicios públicos, además de otras decisiones que se analizarán en este trabajo, como la integración de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), la atención a las zonas rurales con un régimen especial y una mayor coordinación entre las entidades ejecutoras del presupuesto (Gobiernos regionales y locales y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

Respecto del acceso al agua potable, como se observa en la Figura 1, en 1990 el 74 % de la población peruana tenía acceso, situación que mejoró para el año 2015 con un acceso del 87 %. Para el año 2030, está pendiente la meta del acceso universal, lo cual significa que deben realizarse las obras y actividades necesarias para que ese 13 % de la población peruana (aproximadamente 4 millones de personas) obtenga el servicio.

Por otra parte, el servicio de saneamiento ha experimentado un incremento mayor entre los años 1990 y 2015, puesto que se pasó de prestar el servicio al 53 % de la población al 76 %. No obstante, aún resta que se brinde el servicio al 24 % de la población peruana (aproximadamente 7 millones y medio de personas).

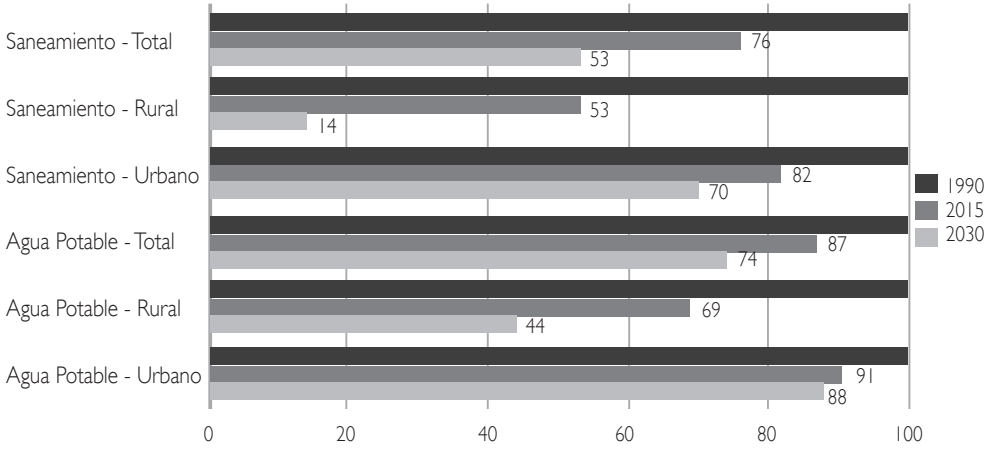

Figura 1. Población con Acceso al Agua e Instalaciones Sanitarias en el Perú (%). Elaboración propia sobre la base de la OMS y Unicef (2016).

Asimismo, un aspecto que no resulta particular en el Perú es que las zonas rurales han sido sistemáticamente relegadas en la prestación de los servicios. Ello se debe a dos causas principales: por un lado, (i) los políticos optan por realizar obras y prestar servicios principalmente donde tienen una mayor cantidad de posibles votantes, y, por otro, (ii) las zonas rurales no presentan los beneficios de las economías de escala, a diferencia de las ciudades, lo cual ha motivado una mayor dificultad para la instalación y posterior gestión de los servicios de saneamiento.

Con ello, se puede observar que en el sector saneamiento, debido a la problemática iniciada por la falta de sinceramiento de las tarifas, no se ha establecido un modo adecuado que permita brindar los servicios de manera eficiente y, como consecuencia, tampoco se ha logrado realizar una identificación, priorización y apoyo en favor de las poblaciones vulnerables, quienes sí deberían contar con un esquema diferenciado que les permita acceder a los servicios (Klein, 1996, p. 28).

La situación descrita previamente se observa en Figura 1, donde aún en el 2015, el 31 % de la población rural peruana no accede al agua potable. Incluso más adversa resulta la situación de los servicios de saneamiento, donde el 47 % de la población rural peruana todavía tiene pendiente el acceso.

Para el año 2021, año del bicentenario del Perú, se ha planteado conseguir que se alcance la totalidad de cobertura o servicio universal en zonas urbanas y el 75 % en zonas rurales. Estas metas que resultan ambiciosas dependen de muchos factores, y uno de ellos está vinculado al sinceramiento de las tarifas, objeto de estudio de este trabajo de investigación.

Así, se parte por considerar que las tarifas relacionadas al abastecimiento de agua potable y saneamiento deben considerar distintos aspectos (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 33). Por un lado, se deberá tomar en cuenta los costes propios de la realización del servicio tanto a corto como a largo plazo (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 40), pero, por otro, por causa de la relevancia del servicio, también deberán tomarse en cuenta mecanismos que permitan a las poblaciones vulnerables disfrutar del referido servicio (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 44).

Como ya se ha adelantado, la materialización de las metas para el bicentenario de la República del Perú podría no alcanzarse si no se toman las decisiones adecuadas respecto del sinceramiento de las tarifas, la integración de las EPS de saneamiento, así como si no se logra materializar la coordinación entre unidades ejecutoras y los correspondientes operadores de los servicios de saneamiento.

4. Desarrollo del marco teórico: procesos de reforma de los servicios públicos domiciliarios en Perú

Después de haber explicado el problema principal, la hipótesis de trabajo y la justificación de la presente investigación, se pasará a desarrollar sobre los procesos de reforma que se dieron en torno a los servicios públicos domiciliarios en nuestro país. En este punto, se podrá advertir que en los otros sectores se tomaron decisiones, entre ellas el necesario sinceramiento de las tarifas, para poder contar con servicios sostenibles en el tiempo.

Para tal fin, se han elegido las cuatro actividades más importantes que cuentan con usuarios domiciliarios: telecomunicaciones, electricidad, gas natural y saneamiento. Ahora bien, antes de entrar al detalle de las reformas planteadas en cada actividad, resulta importante hacer referencia a algunos aspectos comunes a los referidos procesos.

4.1. Presupuestos comunes de las reformas.

En efecto, se puede advertir que, en el Perú, las cuatro actividades experimentaron reformas en la década de los noventa del siglo pasado, emitiéndose en todos los casos normas que rediseñaron el nuevo modelo institucional. Al respecto, se debe resaltar que en todas estas reformas se replanteó el rol del Estado empresario, en la medida en que estas actividades eran prestadas por empresas estatales monopólicas que actuaban a nivel nacional.

En ese sentido, el referido replanteamiento del marco regulatorio tuvo como eje la apertura del mercado a la libre competencia, en aquellos segmentos o actividades que lo permitieran, lo cual involucró plantear o analizar la posibilidad de la desintegración de actividades y, a su vez, la posibilidad de permitir el ingreso de empresas privadas.

Producto de la apertura del mercado, resultó factible la privatización de las empresas estatales. Por ello, el Estado inició la venta de activos de muchas de ellas, presentándose una concentración de las privatizaciones en las actividades de telecomunicaciones y de electricidad.

Además, un punto medular que se presentó fue la reorganización industrial de las actividades y la separación de estas. En el sector telecomunicaciones, electricidad y gas natural, se planteó la desintegración de las actividades y se fomentó la libre competencia; por el contrario, en saneamiento esto no fue propuesto.

Otro aspecto fundamental fue priorizar la especialización de cada actividad frente a la actuación política. De esta manera, se permitió que la gestión y prestación de los servicios brindados por los operadores, ya sean públicos o privados, no estuviesen bajo injerencias políticas. Este esquema fue aplicado en el sector energético y de telecomunicaciones, mientras que no sucedió en saneamiento.

En el punto previamente descrito, la figura del organismo regulador adopta mayor relevancia en tanto que será este el que equilibre los intereses de los distintos agentes del sector, los operadores, los usuarios y el gobierno. Además, el regulador deberá procurar no actuar en beneficio de los intereses de ninguno de los agentes (Baldwin *et al.*, 2012, pp.107-108; Klein, 1996, pp. 23-24).

Adicionalmente, se propuso un nuevo diseño institucional, el cual consistió en crear nuevas entidades que se adaptaran a los cambios estructurales implementados y al nuevo desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, tales como la agencia de la competencia (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI) y los organismos reguladores (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS).

En el caso de la agencia de competencia y los organismos reguladores, se consideró que las referidas entidades podrían colaborar en la implementación y aseguramiento de la liberalización de los distintos mercados sectoriales, bien mediante el uso de herramientas propias de la competencia o bien con la aplicación de herramientas de regulatorias. De esta manera, el primer reto que tuvieron fue generar la información suficiente que les permita regular los mercados de manera eficiente y adoptar decisiones justificadas en cada procedimiento en el que participaran (Baldwin *et al.*, 2012, pp. 69-72; Klein, 1996, p. 29), evitando que su actuación genere impactos negativos en los sectores (Berg, 2013, p. 45).

Posteriormente, se crearon nuevas entidades competentes en materia ambiental (Ministerio del Ambiente y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA) y muchos otros organismos públicos especializados (por ejemplo, en el caso del agua, la Autoridad Nacional del Agua - ANA y el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento - OTASS).

De todo lo mencionado, interesa advertir cómo se desarrollaron los procesos de reforma de manera comparada, con la finalidad de explicar desde esta perspectiva lo que sucedió con los servicios de saneamiento.

A continuación, se dará cuenta de manera muy sucinta de lo que pasó en cada uno de los sectores mencionados:

4.2. Principales reformas en el sector telecomunicaciones.

En el caso de las telecomunicaciones, en el año 1993 se emitió la Ley General de Telecomunicaciones, mediante la cual se declara de necesidad pública el desarrollo de esta actividad «como instrumento de pacificación y de afianzamiento de la conciencia nacional». Para ello, se enfatizó que se «requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras».

Además, se declara «de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley» (artículo 2).

Dentro de este contexto, le corresponde al Estado fomento de la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados» (artículo 6).

A partir de lo señalado, se inició un proceso de liberalización del mercado y la privatización de las dos empresas estatales (Compañía Peruana de Teléfonos - CPT y Entel Perú), que fueron adquiridas por la empresa Telefónica de España, la cual participó del mercado como único operador por un periodo de cuatro años (1994-1998) para luego dar paso a la apertura del mercado, a la competencia.

Actualmente, habiendo transcurrido más de dos décadas, el sector telecomunicaciones es uno de los más competitivos y todas las empresas son privadas. El Estado interviene, principalmente, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones (FITEL).

Cabe resaltar que, como consecuencia de la reforma en este sector, uno de los cambios estructurales fue el sinceramiento de las tarifas, las cuales, en el escenario anterior, eran subsidiadas por las empresas estatales. En este caso, el rol del organismo regulador (OSIPTEL) fue importante, en la medida en que fue la entidad destinada a fijar las tarifas del sector telecomunicaciones.

En atención a la función de fijación de tarifas, el regulador se encontró en la necesidad de contar con información relevante de las empresas operadoras de los servicios. Con la referida información, el regulador se encontró en la posición de conocer (aunque no en su totalidad) tanto la estructura de costes que debían soportar las empresas como cuáles eran los beneficios de la demanda por los servicios prestados (Klein, 1996, p. 11).

Respecto del sinceramiento de tarifas en la actividad de telefonía fija, concretamente en el caso de la tarifa residencial básica, fue modificada de S/ 10.97 en 1994 a S/ 31.93 en 1998 (Torero y Pascó-Font, 2000, p. 13). En este caso, se experimentó casi un aumento del 200 %, aproximadamente.

Otro aspecto fundamental a resaltar es el rol del FITEL, pues se trata de un fondo que tiene por fuente el aporte que realizan los operadores que participan del sector telecomunicaciones y sirve para financiar los proyectos que se encuentran en zonas no rentables económicamente (zonas rurales y de preferente interés social). Bajo este mecanismo, el Estado procura que el acceso/servicio universal se materialice, es decir, que todos los pobladores, sin importar el lugar donde se encuentren o la situación económica que tengan, se beneficien de los servicios públicos.

Finalmente, se debe anotar que, en el sector telecomunicaciones, el factor tecnológico ha resultado fundamental para el desarrollo de la actividad en libre competencia. Sin la tecnología, este sector no habría presentado tanto desarrollo y la posibilidad de contar con varios competidores.

4.3. Principales reformas en el sector eléctrico.

En el caso de las actividades del sector eléctrico, la Ley Concesiones Eléctricas se emitió en el año 1992. Esta norma divide las actividades de electricidad en las siguientes: generación, transmisión y distribución, especificando que podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Si bien en esta norma no se señala de manera expresa el fomento de la Libre Competencia, esta se encuentra implícita en la desintegración vertical de la actividad que involucra la posibilidad de ingreso de más de una empresa, por ejemplo, en la actividad de generación.

Como en el caso del sector de las telecomunicaciones, en el eléctrico se dieron procesos de liberalización y privatización. El Estado peruano, además de abrir el mercado a empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, privatizó empresas estatales. No obstante, a diferencia de las telecomunicaciones, no se llegaron a privatizar todas las empresas, de manera que muchas de ellas se mantuvieron en la actividad de distribución y generación (en transmisión, todas las empresas son privadas).

Para el sector energético, las principales entidades son: el Ministerio de Energía y Minas, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería (OSINERGMIN), el Fondo de Inclusión Social en Energía (FISE) y el Comité de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional. Como en el caso del sector de las telecomunicaciones, el rol del regulador ha sido clave para el establecimiento de las tarifas del sector eléctrico y del gas natural, en el que también se planteó un sinceramiento de las tarifas.

En este punto, resulta importante resaltar que este sinceramiento de tarifas resultó necesario para el éxito de las reformas en los sectores de energía y de las telecomunicaciones. Esto fue impulsado por el Estado con la finalidad de asegurar el éxito de las reformas mediante la participación del regulador, lo cual le permitió evitar las interferencias políticas (Berg, 2013, p. 18) y otorgarle rentabilidad económica a las empresas privadas que estaban empezando a participar en los sectores. No obstante, esto no sucedió en los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento.

De acuerdo con la Comisión de Tarifas Eléctricas (1998, pp. 82-83), el precio medio de la electricidad en el año 1985 fue de USD 3.64 por KWh; en el año 1989, el precio medio fue de USD 1.90 por KWh. Se puede advertir que hubo una reducción significativa. En el año 1990, con el gobierno fujimorista entrante, el precio medio de la electricidad subió a USD 4.57 por KWh. Luego, en noviembre de 1993, se produce la primera fijación tarifaria, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas de noviembre de 1992. En consecuencia, en enero de 1994, el precio medio fue de USD 9.00 por KWh. Como se puede advertir, el aumento de la tarifa se produjo en casi un 100 %.

Un dato importante a considerar es que a partir del sinceramiento de las tarifas se pasó a una evolución de estas, manteniendo un equilibrio e incluso experimentando la reducción de la misma en algunos periodos.

Finalmente, para el cierre de las brechas de infraestructura y la cobertura de las personas que se ubican en zonas no rentables económicamente, se creó el Fondo de Inclusión Social en Energía (FISE) (2012), el cual tiene un rol similar al del FITEL: el acceso/servicio universal.

4.4. Principales reformas en el sector gas natural.

En el caso de las actividades relativas al gas natural, en el año 1993 se emitió la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En esta norma se señala lo siguiente: «El Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional» (artículo 2).

Como en los casos anteriores, para este subsector se planteó que las actividades se realicen bajo un esquema de libre mercado, y para cumplir con tal objetivo el Estado peruano promovió la inversión privada.

Sin embargo, a diferencia de los otros sectores, el inicio del proyecto Camisea, el proyecto más grande en cuanto a gas natural en el Perú, se dio bajo la gestión de operadores privados. En efecto, tanto la explotación, procesamiento, transporte y distribución (incluida la comercialización) se encuentran en manos de empresas privadas, aun cuando el Estado cuenta con una empresa estatal, PETROPERÚ.

En este caso, el diseño institucional es similar al de electricidad por ser parte del sector energía. En efecto, en el caso de la distribución de gas natural, el OSINERGMIN es el organismo que se encarga de regular las tarifas y, como en el caso de electricidad, el FISE es el que se encarga del acceso/servicio universal en este sector.

Si hay algo que se debe resaltar en esta actividad es que en nuestro país se han establecido altos estándares de seguridad debido a los riesgos que genera su desarrollo, lo que repercute en la determinación de la tarifa. En ese sentido, los altos costos de acceso (pago por conexión) hacen que muchos usuarios no accedan al servicio, a pesar de que el costo del gas natural puede ser mucho menor a mediano y largo plazo que el costo por el gas licuado de petróleo (GLP) que se suele utilizar en las viviendas promedio.

Ante este escenario, el Estado, a través de las entidades competentes, viene desarrollando programas de fomento que impulsen la instalación a las redes de las empresas prestadoras mediante bonos que permiten reducir el costo de acceso.

La lección que se puede obtener de este caso es que, a pesar de estar ante una actividad esencial para la población, el Estado, a través del Poder Ejecutivo o los Gobiernos locales o regionales, no puede interferir en el establecimiento de la tarifa fijada por el OSINERGMIN, puesto que ello podría conllevar a que el servicio no resulte sostenible en el tiempo.

A diferencia de las actividades de telecomunicaciones, electricidad y saneamiento que se desarrollan a nivel nacional, en el caso del gas natural se trata de una actividad que se desarrolla en algunas regiones del país (Lima y Callao e Ica).

4.5. Principales reformas en el sector saneamiento.

Los cambios que ha experimentado el sector saneamiento deben ser comprendidos en el marco de la relevancia del agua como recurso natural estratégico. En ese sentido, cabe iniciar el análisis de las reformas del sector saneamiento identificando las normas que regularon los recursos hídricos en el Perú.

En 1969, la Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752, partió por considerar al agua como un bien de dominio público que debía ser utilizado únicamente de manera justificada y en armonía con el interés general. Posteriormente, la referida norma fue actualizada y reformulada, 2009, mediante la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338, en la cual se reiteró la calidad de bien de dominio público para los recursos hídricos y se implementó el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos.

En el referido marco, los recursos hídricos y los servicios de saneamiento obtuvieron una mayor relevancia en la realidad nacional peruana, la cual se materializó primero en la mencionada Ley de Recursos Hídricos de 2009, para luego iniciar el análisis y reforma de los servicios de saneamiento, los cuales no habían experimentado una modificación desde el año 1994 en que se promulgó la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338.

La Ley General de Servicios de Saneamiento declaró a los servicios de saneamiento como servicios de necesidad y utilidad pública, así como de preferente interés nacional. Asimismo, identificó como responsables de la prestación de los servicios de saneamiento a las municipalidades provinciales, permitiendo que los referidos servicios sean brindados por entidades públicas, privadas o mixtas, aunque la presencia de privados como operadores directos de los servicios de saneamiento no se presentó (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 40).

En la referida norma, adicionalmente, se consideró que la SUNASS, creada en 1992, sería la encargada de garantizar una prestación de calidad de los servicios de saneamiento a los usuarios. Sin embargo, la función correspondiente al establecimiento de tarifas (para garantizar los servicios) resultó de difícil implementación en tanto que era un servicio que aún contaba con mucha injerencia política (Berg, 2013, p. 10), con lo cual las tarifas, al no haber sido sinceradas, no cubrían los costes necesarios para el soporte de los servicios (Klein, 1996, p. 16).

Posteriormente, mediante la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Ley 30045 (2013), la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley 30327 (2015), el Decreto Legislativo que modifica la Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1240 (2015), se procuró brindar un mejor marco regulatorio que permita la aplicación de tarifas coherentes con los costes de la industria.

Con ello, se utilizó la regulación para emular un escenario de competencia en un sector caracterizado por desarrollarse en monopolio. De esta manera, la regulación actúa como un instrumento que promueve la prestación del servicio de saneamiento conforme con un estándar de calidad adecuado, previniendo a su vez la aplicación de subsidios y costos excesivos (Berg, 2013, p. 8; Klein, 1996, p. 3; Ogus, 1994, pp. 29-31).

5. Análisis del nuevo marco normativo de los servicios de saneamiento. Decreto legislativo 1280 y su reglamento

5.1. Lecciones aprendidas de las reformas en los servicios públicos.

Como se ha podido advertir, a diferencia de otros servicios públicos domiciliarios, el servicio de saneamiento no ha pasado por un proceso de incentivo de la inversión privada. Por ello, no resulta extraño tener por organismo regulador a una superintendencia (SUNASS), mientras que en los otros sectores se crearon organismos supervisores de la inversión privada (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN).

Además de ello, en el caso del saneamiento se cuenta básicamente con la participación de empresas estatales (49 de 50 de las EPS de saneamiento son públicas). Solo existe una empresa privada —Aguas de Tumbes (ATUSA)—, la cual viene operando en Tumbes desde el año 2010.

Otro aspecto fundamental es tomar en cuenta el ámbito de acción de las empresas concesionarias. En el caso de los servicios de telecomunicaciones, se cuenta con alcance nacional; en el caso de la electricidad y gas natural, el alcance es regional, mientras que en el caso del sector saneamiento es municipal. Al respecto, resulta importante resaltar que, además de lo señalado, en el caso de los servicios de saneamiento se han diferenciado los sectores urbano y rural como dos ámbitos distintos de gestión.

Asimismo, se tiene que en los servicios de telecomunicaciones, electricidad y gas natural se adoptó como una reforma regulatoria la desintegración vertical de las actividades, dando como resultado el ingreso de competencia en aquellas actividades en la que ello resultara factible (telecomunicaciones y generación eléctrica) y estableciendo monopolios legales en los que no se pudiera (transmisión y distribución eléctrica y gas natural). En el sector saneamiento, esta opción no se dio (Klein, 1996, p. 4), manteniendo las actividades integradas verticalmente y en manos de una EPS de saneamiento.

A diferencia de los servicios de telecomunicaciones, electricidad y gas natural en los que no existe injerencia alguna de los Gobiernos regionales o locales en la gestión de las empresas concesionarias, en el caso de los servicios de saneamiento se decidió municipalizar la gestión del servicio, lo cual conllevó a la necesaria coordinación entre los gobiernos locales (responsables de garantizar la prestación del servicio de acuerdo a la normativa) y las empresas concesionarias (EPS), siendo la excepción la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), empresa que opera en Lima y Callao, la cual se encuentra bajo el ámbito del Poder Ejecutivo (específicamente, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE) y no requiere de ningún tipo de coordinación con los Gobiernos locales, provinciales o distritales.

Este último dato resulta relevante en la medida en que SUNASS, a diferencia de los otros reguladores, ha tenido que coordinar con un actor adicional a las empresas concesionarias —los gobiernos locales— al momento de fijar las tarifas. Y en ese sentido, muchas veces el objetivo de sincerar las mismas ha resultado una tarea más que compleja: imposible.

En efecto, ello se observa en el Tabla 1 (SUNASS), donde las tarifas promedio aplicadas para un metro cúbico (m^3) en la distintas EPS de Saneamiento resultan o bien inferiores o muy aproximadas al valor de un litro de agua embotellada.

Tabla 1

Tarifas promedio por EPS

Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento	Tarifa Promedio (Soles / m³)	Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento	Tarifa Promedio (Soles / m³)
ATUSA	1.805	EPS ILO S.A.	2.204
EMAPA CAÑETE S.A.	1.075	EPS MANTARO S.A.	0.878
EMAPA HUACHO S.A.	1.816	EPS MARAÑON S.R.L	1.041
EMAPA HUANCAVELICA S.A.	0.910	EPS MOQUEGUA S.A.	1.754
EMAPA HUARAL	1.120	EPS MOYOBAMBA S.R.L.	2.018
EMAPA PASCO S.A.	0.969	EPS NOR PUNO S.A.	1.374
EMAPA SAN MARTÍN S.A.	1.428	EPS SEDA LORETO S.A.	2.217
EMAPAB S.A.	0.845	EPS SEDACAJ S.A.	2.363
EMAPACOP	1.257	EPS SELVA CENTRAL S.A.	0.643
EMAPAT S.R.L.	3.327	EPS SIERRA CENTRAL S.A.	0.537
EMAPA-Y S.R.L.	1.014	EPS TACNA S.A.	1.447
EMAPISCO	1.086	EPSEL S.A.	1.902
EMAQ S.R.LTDA.	0.624	EPSSMU S.R.TLDA	1.279
EMPAVIGS S.A.C.	1.385	SEDA AYACUCHO S.A.	0.697
EMPSSAPAL S.A.	0.959	SEDACHIMBOTE S.A.	1.326
EMSAPA CALCA S.R.L	0.435	SEDACUSCO S.A.	2.283
EMSAPA YAULI-LA OROYA S.R.L.	1.210	SEDAHUANUCO S.A.	1.140
EMSAPUNO S.A.	1.691	SEDAJULIACA S.A.	0.836
EMUSAP ABANCAY S.A.	1.105	SEDALIB S.A.	3.230
EMUSAP S.R.L	2.223	SEDAM HUANCAYO S.A.	1.136
EPS AGUAS DEL ALTIPLANO S.R.L.	0.471	SEDAPAL S.A.	2.136
EPS CHAVIN S.A.	0.870	SEDAPAR S.A	1.958
EPS EMAPICA	0.874	SEDAPAR S.R.L.	1.947
EPS EMSAP CHANKA S.R.L.	0.980	SEMAPA BARRANCA S.A.	1.121
EPS GRAU S.A.	1.806	SEMAPACH S.A.	1.593

Nota: Elaboración propia sobre la base de información de la SUNASS.

Otro factor que se suma al anterior es el hecho de que, en los servicios que fueron privatizados (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), las empresas privadas negociaron (o exigieron) con el Estado para que mediante los contratos de concesión se asegurara contar con una tarifa que cubra los costos para brindar el servicio, alcanzar mayores niveles de cobertura y mejorar la calidad.

En cambio, en el sector saneamiento las EPS de Saneamiento no necesariamente han podido realizar esa exigencia y, de acuerdo con datos oficiales del OTASS (Dirección de Evaluación del OTASS, 2017), esto ha generado que una de las EPS (EPS GRAU S. A. - Piura) se

encuentre en régimen concursal y otras 18 (de una muestra de 36) cumplan las condiciones para el inicio de un procedimiento concursal ordinario.

Producto de todo lo mencionado se tiene que las inversiones en todos los servicios públicos, excepto en el sector saneamiento, se han incrementado exponencialmente y, por ende, la brecha de acceso ha disminuido y la calidad ha mejorado.

Frente a este contexto, se ha emitido un nuevo marco regulatorio en el que se han formulado propuestas de mejora, y algunas de ellas apuntan a mejorar muchos de los problemas que se han identificado, tal como se verá en el siguiente punto.

Antes de ello, se debe hacer una precisión sobre el planteamiento de mejorar la gestión de los servicios. En este documento no se propone la privatización de los actuales prestadores de servicios de saneamiento. En realidad, la propuesta consiste en, independientemente de si la gestión se encuentra en manos públicas o privadas, o incluso cuando las municipalidades decidan realizar gestión directa, realizar un reajuste o sinceramiento de las tarifas de los servicios de saneamiento.

Asimismo, cabe tomar en consideración que, sumado al sinceramiento de tarifas para contar con una prestación adecuada de los servicios de saneamiento, deberán adoptarse medidas adicionales relacionadas a la estructura organizativa, a la mejora de procesos, al perfil profesional de los directores y gerentes de las EPS de Saneamiento, entre otros.

De esta manera, antes que cuestionar o juzgar la prestación de los servicios en tanto sean brindados por el sector público o privado, en este artículo se prioriza el análisis del impacto de la tarifa. No obstante, se debe precisar que la medición de la eficiencia en la prestación de los servicios de saneamiento, antes de dividirla en pública o privada, debería atender a casos específicos para la realización de la respectiva evaluación (Tornos Mas, 2016, p. 73).

Por lo tanto, el sinceramiento de tarifas en los servicios de saneamiento tendría como resultado que sea sostenible en el tiempo y pueda alcanzarse una cobertura con servicio universal (en zonas rurales y urbanas), manteniendo una buena calidad en la prestación.

5.2. Principales reformas de la vigente Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento (Decreto Legislativo Nº 1280).

En la exposición de motivos de la norma, se establecen como objetivos que se logre en el sector medidas orientadas a la gestión eficiente de los prestadores, para fortalecer la gestión y la prestación de los servicios a fin de lograr un incremento en la cobertura (servicio universal), así como para asegurar la calidad y una prestación eficiente y sostenible. Todo ello, promoviendo la protección del ambiente y la inclusión social.

Como bien se establece en el objeto y finalidad de la norma (art. I), se plantea lograr el acceso universal en los ámbitos urbano y rural y establecer un marco regulatorio para lograr una gestión eficiente de los prestadores del servicio. Esto último involucra regular sobre «la constitución, funcionamiento, desempeño, regulación y control» de las EPS. Por ende, se busca lograr el fortalecimiento de la capacidad reguladora del Estado en aspectos económicos y de gobernanza de las EPS.

Como se puede advertir de lo señalado en los dos puntos anteriores, lo que se ha establecido como objetivo principal es lograr que las EPS funcionen de manera eficiente y, como se ha señalado en varias partes de este documento, pasar por el sinceramiento de tarifas y mejorar la gobernanza de los prestadores del servicio.

Otro aspecto que se debe resaltar de la vigente norma es el rol que se encarga a los Gobiernos regionales y locales —recuérdese que este es un punto medular en la regulación del sector saneamiento—. En la ley, se establece que estos gobiernos son encargados «de asegurar la prestación eficiente de los servicios de saneamiento usando los medios institucionales, económicos y financieros que lo garanticen» (art. 4.3).

Esta disposición debe ser leída de manera conjunta con dos principios establecidos en la norma que orientan las coordinaciones que se deben presentar. En efecto, el principio de independencia en el manejo de los recursos financieros y patrimonio señala lo siguiente: «Las municipalidades accionistas y sus autoridades y representantes se obligan al respeto irrestricto de la autonomía económica, financiera y administrativa de los prestadores de servicios de saneamiento […]» (artículo III.5).

Esto quiere decir que el hecho de haberse establecido que los Gobiernos locales deben garantizar la prestación eficiente no implica que deban tener injerencia o intervenir en las decisiones de las empresas prestadoras (sean estas públicas o privadas), sino, por el contrario, deberán respetar las decisiones que se puedan adoptar en el marco de su autonomía. El referido principio deja muy claro este último aspecto, pues indica que se obligan «a no influir, interferir, restringir, limitar o condicionar las decisiones respecto del destino de los recursos financieros o económicos del prestador» (artículo III.5).

Y, además, en la línea de lo que se viene analizando se debe complementar con lo que establece el principio de autonomía y responsabilidad en la gestión empresarial, que de manera categórica señala: «Las decisiones que adoptan los órganos de propiedad, administración y gestión de los prestadores de los servicios de saneamiento se basan en criterios técnicos, legales, económicos, financieros y ambientales, que tienen como objetivo primordial prestar los servicios de saneamiento en condiciones de eficiencia, sostenibilidad y calidad y para ello gozan de autonomía administrativa, económica y de gestión» (artículo III.4).

De las disposiciones que contiene la ley, seguramente las que se han mencionado tienen un nivel muy alto de importancia por lo que involucra en la gestión de los servicios de saneamiento por parte de los prestadores o EPS. Se aprecia que el legislador ha querido dejar claramente delimitados los ámbitos de acción de cada actor, enfatizando en que la prestación debe apuntar a ser eficiente, sostenible y de calidad. Y cuando se hace referencia a esto, se debe de tomar en cuenta que para que ello suceda se debe tomar en consideración que una de las consecuencias de estas disposiciones es el sinceramiento de las tarifas, tal como se verá más adelante.

Ahora bien, lo señalado no significa que los Gobiernos regionales y locales no desempeñen un rol importante. Por el contrario, en el caso del primero, deben formular políticas regionales en materia de saneamiento, en concordancia con las políticas nacionales; deben brindar asistencia técnica; capacitación; fomentar la investigación académica y tecnológica; apoyar técnica y financieramente a los Gobiernos locales, entre otras labores (artículo 9). En el caso de los Gobiernos locales, deben administrar los bienes de dominio público; contar con un área técnica encargada de fiscalizar y brindar asistencia técnica a los prestadores en pequeñas ciudades y centros poblados rurales; designar los recursos del financiamiento de inversiones para infraestructura de saneamiento, y, por último, «financiar y cofinanciar la reposición y mantenimiento de la infraestructura en el ámbito rural» (artículo 10).

Como se puede advertir, no se ha querido desconocer la importancia de estos Gobiernos, sino que, por el contrario, resulta importante que puedan colaborar con la gestión que

llevan a cabo los prestadores de los servicios de saneamiento, siempre que se cuide que no absorba, menos políticamente, la gestión autónoma de los servicios de saneamiento.

De la experiencia de las últimas décadas, sin lugar a duda, la tarea de los Gobiernos locales de coordinar con los prestadores sin ninguna intención de injerencia política debe ser de las más complejas de acatar y respetar. Sin embargo, si realmente se desea mejorar la prestación de estos servicios, es algo que debe suceder, y el rol del organismo regulador resulta medular en la labor de fiscalización que debe cumplir sobre las obligaciones que se han establecido en la norma.

Otro aspecto que se debe anotar es el nivel de responsabilidad por tipo de Gobierno local. En el caso de las zonas rurales, si estas no se encuentran dentro del ámbito de operación de una EPS, son las municipalidades distritales las responsables de la prestación eficiente y sostenible. En el caso de las zonas urbanas, las que se hacen responsables son las municipalidades provinciales, las cuales deben entregar la explotación, parcial o total, a una EPS.

En este punto se debe resaltar que el objetivo es la integración de los ámbitos de influencia de los prestadores, esto ante el reconocimiento de la alta atomización de la prestación del servicio. En buena cuenta, se trata de que un prestador (sea una EPS o no) dé los servicios atendiendo a un número de usuarios de manera eficiente con costos medios o totales por unidad producida (en la norma, se denomina «escala eficiente» y el encargado de determinar esta escala es la SUNASS); por tanto, se busca la integración, y esta se puede lograr, por ejemplo, a través de la fusión de empresas.

Como se puede apreciar, en esta decisión la tarifa también jugará un rol preponderante, pues, en función de lo que puede cobrar un prestador, se puede determinar cuántos y qué tipo de usuarios puede tener.

En la norma se detallan otros aspectos importantes que por pertinencia y espacio no se incluyen en este artículo. Aquí se han abordado los aspectos que se consideran generales y esenciales para entender la reforma y, específicamente, vinculada a la materia de análisis: el sinceramiento de las tarifas en el sector saneamiento como un factor clave de la reforma. En ese sentido, habiendo detallado los aspectos generales, ahora se pasará a analizar los cambios que se han dado específicamente sobre la regulación económica o el establecimiento de tarifas.

5.3. Reformas en torno a la regulación económica o establecimiento de tarifas en los servicios de saneamiento.

Para concluir, habiendo analizado lo que sucedió en otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), al igual que la importancia del sinceramiento de las tarifas como factor clave para lograr una real reforma, y luego de analizar las reformas generales de la nueva normativa vigente del sector saneamiento, se pasarán a estudiar las principales reformas que giran en torno al establecimiento de las tarifas para saber si se ha tomado en cuenta la necesidad de sincerarlas en el sector saneamiento.

Un primer aspecto a resaltar es que se hace mención a que la SUNASS tiene competencia exclusiva y excluyente en materia de regulación económica o «establecimiento, revisión, reajuste del nivel, determinación de la estructura tarifaria y cargos de acceso, así como el proceso de desregulación» (art. 68). Para ello, la SUNASS puede emitir las normas y procedimientos para cumplir con ese rol.

Además, en la norma (art. 69), se establece que la SUNASS, a través de la regulación económica, debe «garantizar la disponibilidad y gestión eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento». En ese sentido, debe estar orientado «por los principios de eficiencia

económica, viabilidad financiera, de equidad social, de simplicidad, de transparencia, de no discriminación y de costos-beneficio». De estos, cabe resaltar el contenido de los dos primeros, los cuales se detallan en el reglamento de la ley (art. 168): (i) la eficiencia económica incluye la eficiencia asignativa (las tarifas son iguales al costo marginal) y productiva («minimización del costo total, sin que ello afecte la óptima operación y mantenimiento de los sistemas de agua y alcantarillado»). Por su parte, la viabilidad financiera involucra que «los servicios deben permitir la recuperación de los costos económicos y financieros requeridos para su funcionamiento eficiente, en función a los niveles de calidad y servicio que fije SUNASS, así como debe permitir cubrir el costo de reposición de la infraestructura al final de su vida útil». Palabras más, palabras menos, esto implica que los prestadores del servicio de saneamiento deben buscar a través de las tarifas que cobran brindar un servicio a todos sus usuarios y con una calidad determinada.

Como ya se ha señalado en puntos anteriores, a pesar de existir en las normas derogadas reglas sobre el establecimiento de tarifas, estas disposiciones no se respetaron y causaron muchos de los problemas que se vienen dando en el sector. En las normas vigentes, se puede resaltar el hecho que se ha empoderado al organismo regulador (SUNASS) para que haga cumplir estas disposiciones. Se espera que así sea.

En esa línea, resulta muy pertinente lo establecido en el artículo 71.2 de la ley sobre las transferencias y donaciones: «El financiamiento para la provisión de los servicios de saneamiento son tarifas, y excepcionalmente las transferencias y donaciones, en el marco de la normatividad vigente», en las que las transferencias y donaciones tienen que estar debidamente planificadas.

Se considera que la inclusión de este supuesto resulta importante porque tanto los Gobiernos locales como garantes de la prestación del servicio, como los prestadores del servicio, deben ser conscientes de que el servicio se debe sustentar en lo que pagan los usuarios, y para ello se requiere que las tarifas cumplan, en lo posible, con los principios que se han mencionado. Esto, en buena medida, involucra que las tarifas se sinceren y nivelen, pues en todos estos años eso no ha sucedido, perjudicando el desempeño de todos los prestadores del servicio.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que lo que se acaba de señalar no obvia la existencia de usuarios que no se encuentran en condiciones de asumir un sinceramiento de tarifas. En la regulación, se ha considerado la condición en la que se pueden encontrar muchos ciudadanos que viven en zonas rurales y lugares con extrema pobreza o pobreza (más aún en un país como el nuestro, que tiene altos niveles de inequidad).

Este tema está vinculado con lo que en doctrina y experiencias comparadas se conoce como «regulación del servicio» o «acceso universal», y se hará referencia puntual al principio que se ha contemplado en la ley al respecto, es decir, el principio de equidad social, el cual establece lo siguiente: «La SUNASS aplica una política de subsidios, así como de una regulación económica especial para cada prestador de servicios, a efectos de promover el acceso universal a los servicios de saneamiento». Además de esto, se faculta al organismo regulador «a mejorar el sistema de subsidios cruzados, sin afectar el equilibrio económico financiero del prestador» (art. 77).

Finalmente, en la ley se ha contemplado una disposición que no se encontraba en su predecesora, se señala de forma general que «[l]as tarifas aprobadas por la SUNASS son de aplicación obligatoria para todos los usuarios sin excepción alguna» (artículo 74), su vigencia es de 5 años y se ha agregado lo siguiente: «Son nulos de pleno derecho todo acuerdo, convenio, pacto o disposición que establezca tarifas distintas a las aprobadas por la SUNASS o que difieran su inmediata aplicación, salvo en el caso que las tarifas se encuentren establecidas en un contrato de Asociación Público Privada celebrado como resultado de un proceso competitivo».

Esta disposición refuerza el rol del organismo regulador y lo empodera a fin de que la función de establecimiento de tarifas no deje de cumplirse por motivos distintos de los técnicos, sino, por el contrario, sirva para sincerar las tarifas y permita que este sector logre que el servicio se preste cada vez a más personas hasta llegar al último rincón del territorio nacional, con las mejores condiciones de calidad.

Se trata de una tarea que no solo involucra a los prestadores del servicio, sino a todos los que se encuentran involucrados con el agua potable, vale decir, el Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Agricultura y Ministerio del Ambiente), los Gobiernos regionales y locales (provinciales y distritales), los prestadores del servicio (EPS y otras figuras), la SUNASS (que debe proceder a calcular y sincerar las tarifas), los usuarios (que deben ser conscientes de que el servicio de agua potable no puede valer menos que el de telecomunicaciones, electricidad o gas natural) y, por qué no, la academia (colegios y universidades), que cumple un rol de investigación y educador que puede ser determinante en este largo proceso que se debe iniciar lo antes posible para conseguir que todos los peruanos cuenten con un servicio que no solo es esencial, ya que se encuentra reconocido como un derecho humano y, por lo tanto, resulta exigible como derecho subjetivo.

6. Conclusiones

A diferencia de lo que ha ocurrido con otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), en saneamiento no se ha conseguido el mismo progreso a nivel de cobertura ni de calidad de los servicios.

Si bien se presentan diferencias relevantes entre los servicios analizados, se puede advertir que los procesos de reforma en los servicios de energía y telecomunicaciones han permitido materializar el sinceramiento de las tarifas aplicadas y el fortalecimiento de los organismos reguladores correspondientes. No obstante, en el caso del saneamiento, las reformas aplicadas no han permitido la obtención de dichos resultados, lo que ha impactado negativamente en su progreso.

El servicio público de saneamiento está municipalizado, pero con la Ley de Modernización ya existía un objetivo de empoderamiento del Gobierno central que, finalmente, se ha consolidado en la vigente Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento (Decreto Legislativo 1280) y su reglamento. Además de ello, se debe señalar que se ha fortalecido de manera significativa a la SUNASS.

Independientemente de encontrarse municipalizado el servicio de saneamiento y la gestión, ya sea en manos públicas o privadas, se debe pasar por un proceso de sinceramiento de tarifas para lograr que el servicio sea eficiente y resulte sostenible en el tiempo.

Resulta evidente que la reforma de los noventa en el sector saneamiento no ha funcionado, por lo que resultaba necesario adoptar cambios desde distintas posiciones: política, normativa o regulatoria y en la toma de decisiones de las entidades que cuentan con la competencia. Una de esas decisiones determinantes es pasar por un proceso de sinceramiento de tarifas que permita que el servicio se preste de manera eficiente y sostenible en el tiempo.

En suma, tomando en cuenta que este sinceramiento de tarifas puede causar impacto en la sociedad, resulta necesario emprender un trabajo con todos los actores involucrados (Poder Ejecutivo, Gobiernos regionales, locales, EPS, usuarios, ciudadanía y academia) para tomar consciencia de que, cuando se habla del agua potable, no solo se trata de un servicio público esencial, sino de un servicio que resulta fundamental para la salud y la vida de las personas y, por lo tanto, debe ser valorado por todos.

REFERENCIAS

Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: theory, strategy, and practice* (2.ª ed.). New York: Oxford University Press.

Berg, S. (2013). *Best Practices in Regulating State-Owned and Municipal Water Utilities*. Santiago de Chile: CEPAL.

Cairampoma Arroyo, A., y Villegas Vega, P. (2015). El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú. *Actas de Derecho de Aguas*, (5), 21-31.

Cairampoma Arroyo, A., y Villegas Vega, P. (2016). El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana. *Derecho PUCP*, (76), 229-250.

Congreso de la República del Perú. (1993). Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 20 de agosto de 1993

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú.

Congreso de la República del Perú. (1994). Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley 26338. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 24 de julio de 1994.

Congreso de la República del Perú. (2009). Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 30 de marzo de 2009.

Congreso de la República del Perú. (2013). Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Ley 30045. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 18 de junio de 2013.

Congreso de la República del Perú. (2015). Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley 30327. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 21 de mayo de 2015.

Comisión de Tarifas Eléctricas. (1998). *Situación Tarifaria en el sector eléctrico peruano*. CTE.

Dirección de Evaluación del OTASS. (2017). *Informe Final de Resultados de Evaluación de EPS. Período 2013-2015*. Lima: Organismo Técnico de Administración de los Servicios de Saneamiento.

Kanakoudis, V., y Tsitsifli, S. (2014). Doing the Urban Water Supply Job: From Privatization to Remunicipalisation and the Third Pillar of the Performance Based Service Contracts. *Water Utility Journal*, (8), 31-46.

Klein, M. (1996). *Economic Regulation of Water Companies*. Policy Research Working Paper. Washington, D. C.: World Bank.

Martín Mateo, R. (1991). Administración de los Recursos Hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras. *Revista de Administración Pública*, (124), 7-34.

Mejía, A., Requena, B., Rivera, D., Pardón, M., y Rais, J. (2012). *Agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe: Metas realistas y soluciones sostenible*s. Ciudad de Panamá: CAF - Banco de Desarrollo de América Latina.

Molina Giménez, A. (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ogus, A. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory. Clarendon Law Series*. New York: Oxford University Press.

Organización Mundial de la Salud, UNICEF. (2016). *Progresos en materia de saneamiento y agua potable. Informe de actualización 2015 y evaluación del ODM*. Panorámicas para Latinosan 2016.

Presidencia de la República. (1969). Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 29 de mayo de 1969.

Presidencia de la República. (1992). Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 254844. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 7 de noviembre de 1992.

Presidencia de la República. (1993). Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 6 de mayo de 1993.

Presidencia de la República. (2015). Decreto legislativo que modifica la ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y Ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1240. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 26 de setiembre de 2015.

Presidencia de la República. (2016). Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1280. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 29 de diciembre de 2016.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento. (5 de diciembre de 2017). *Tarifas*. Recuperado de http://www.sunass.gob.pe/websunass/index.php/eps/tarifas-vigentes.

Torero, M., y Pascó-Font, A. (2001). *El Impacto Social de la Privatización y de la Regulación de los Servicios Públicos en el Perú* [Documento de Trabajo, 35]. Lima: GRADE.

Tornos Mas, J. (2016). Servicios públicos y remunicipalización. *Derecho PUCP*, (76), 51-76.

Vergara Blanco, A. (2015). El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno. En *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI: Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw* (pp. 189-218). España: Thomson Reuters Arazandi.

Villar Rojas, F. J. (2016). El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela. *Derecho PUCP*, (76), 207-228.

COMENTARIO

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

El artículo de los profesores Alberto Cairampona y Paul Villegas nos encara con elementos y problemas fundamentales de un servicio a la vez fundamental y básico como es el de abastecimiento de agua a poblaciones. En el texto, destacan sus autores la relevancia de este servicio para la vida, la salud y el desarrollo integral de la persona, al tiempo que lo sitúan en el marco de declaraciones internacionales que afirman el derecho humano al agua.

Mantienen los autores una posición crítica respecto de los efectos que han tenido en el Perú las reformas de los años noventa sobre el servicio de abastecimiento y saneamiento de agua. Son dos aspectos —el abastecimiento y la depuración o saneamiento— que están cada vez más conectados, como muestra la propia experiencia que se relata del Perú y la configuración de lo que se conoce en Europa como «el ciclo integral del agua», que incluye desde su captación para el abastecimiento hasta la depuración y saneamiento.

El elemento de análisis y contraste que utilizan los autores para su valoración crítica es el contraste del servicio de agua respecto de otros servicios domiciliarios que experimentaron una mejora significativa con las reformas de los noventa: telecomunicaciones, electricidad y gas.

Si se me permite la observación, creo que, con relación a estos servicios, hay que destacar, como certeramente se hace en el artículo, la distribución domiciliaria, pero también la presencia de otras fases que pueden tener un régimen diverso y estar bajo la competencia de otras Administraciones. Así, por ejemplo, con relación a la electricidad, se distinguen claramente la fase de generación, la de transporte y la de distribución; solo esta última tiene una clara proyección domiciliaria.

Respecto del servicio de abastecimiento de agua, cada vez más se tiende a distinguir entre el abastecimiento en alta o red primara —que comprende la captación o abducción, el almacenamiento y la depuración—, que se desarrolla en la órbita regional, y el abastecimiento en baja, o red secundaria, que es propiamente la distribución domiciliaria, ordinariamente competencia municipal. Quienes contemplamos admirados la naturaleza del Perú, con las ingentes reservas de agua de su cuenca amazónica y las escaseces agudas que se registran en zonas andinas y costeras, tenemos la impresión de que resulta clave el abastecimiento en alta. También es clave, por supuesto, el abastecimiento de municipios aislados, aunque su problema no es tanto de distribución domiciliaria, sino de abastecimiento en alta.

Otro aspecto que resulta destacado en la acertada comparación de servicios que se realiza en el artículo es el tecnológico. Los requerimientos tecnológicos del servicio del ciclo integral del agua son cada vez más exigentes, lo que tiene sus implicaciones en el modo de gestión. La tendencia que parece generalizarse es la gestión pública —municipal fundamentalmente— en los pequeños municipios, mientras que en los grandes municipios las exigencias

tecnológicas apuntan a fórmulas de gestión concesional por empresas especializadas. Es perfectamente posible la gestión pública, presente en las grandes ciudades peruanas con excepción de Tumbes, pero ha de repararse en que esas entidades públicas de gestión acaban contratando con empresas privadas buena parte de su actividad o instalaciones (en una proporción que tiende a situarse en torno al 70 %), con lo que el carácter público de la gestión queda seriamente cuestionado.

Finalmente, la ortodoxia del régimen de tarifas ha de ser en relación a los costes reales en que se incurre por la prestación del servicio. Es muy acertada la modulación favorable a colectivos vulnerables que se propone en el artículo. Lo que no es admisible, como también se desprende del trabajo, es que se vean afectadas como instrumentos de política económica general —para moderar la inflación, por ejemplo— por consideraciones del todo ajenas al servicio.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Queremos agradecer al profesor Esteve Pardo por sus comentarios concisos y muy pertinentes, los cuales nos permiten agregar algunas reflexiones finales sobre la importancia del documento que hemos presentado, más aún en el contexto en que se viene desarrollando el servicio público de saneamiento en el Perú.

Una primera apreciación del profesor Esteve Pardo es sobre la importancia del agua y su directa relación con la vida y la salud de las personas. Como lo indicamos en el trabajo, en el caso peruano, este hecho ha sido reconocido a nivel constitucional, así como la dación de un nuevo marco regulatorio (legal). Además de ello, se debe resaltar la existencia de una Política Nacional de Saneamiento (2016) y un Plan Nacional de Saneamiento para el periodo 2017-2021 (2017).

De otro lado, debemos hacer mención a un dato resaltante para el servicio público de saneamiento, es decir, el cambio del presidente de la República, por hechos que resultan conocidos, en marzo de este año (2018). El Poder Legislativo aceptó la renuncia presentada por Pedro Pablo Kuczynski, razón por la cual asume la presidencia Martín Vizcarra. Este hecho resulta clave porque uno de los temas más importantes en la agenda del presidente saliente era promover el desarrollo del agua potable mediante el impulso de la promoción de la inversión privada. Este tema ha quedado pendiente de análisis con el actual gobierno y pronto sabremos si el presidente Vizcarra continuará bajo el marco regulatorio dejado por su predecesor o si contaremos con uno distinto.

Tal como lo planteamos en el documento de trabajo, a diferencia de otros servicios públicos (telecomunicaciones y energía), en el caso del saneamiento existe un mayor nivel de participación política, y esto puede resultar determinante en muchos casos. Esperemos que los cambios en la política peruana tengan consecuencias positivas para el desarrollo de este servicio público, que es tan importante para la vida de los ciudadanos como para el medio ambiente.

Sobre este último punto, el profesor Esteve Pardo hace una referencia muy valiosa sobre la importancia de la configuración del ciclo integral del agua en Europa, tema que aún no llega a nuestro país y resulta necesario que lo estudiemos. En efecto, resulta clave que, a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal comencemos a pensar en el agua como parte de un todo, de un ciclo integral que, como bien señala el profesor Esteve, incluye desde su captación para el abastecimiento, hasta la depuración y saneamiento. Debemos ser conscientes de que el agua la tomamos de la naturaleza, del ambiente, la procesamos para darle un uso y luego debemos devolverla al destino de origen: la naturaleza o el ambiente. En ese sentido, debe existir una columna vertebral al momento de regular el servicio público de saneamiento y el régimen del agua como un recurso hídrico. El Estado debe actuar y tratar el agua de manera holística; las instituciones públicas y privadas, las personas naturales y jurídicas, los ciudadanos, todos debemos tomar en cuenta la existencia de este ciclo integral. En el caso peruano, existe mucho por hacer respecto de este tema, y uno de los puntos claves para que esto suceda es justamente el que se trata aquí: el sinceramiento de las tarifas.

Como lo venimos sosteniendo no solo en este trabajo, los usuarios de los servicios de agua potable y alcantarillado debemos valorar el agua como un bien preciado para la vida y la salud y, por lo tanto, debemos estar dispuestos a pagar una determinada tarifa por el uso de este bien y desterrar del inconsciente popular la idea de que el agua potable debe ser gratuita, porque ha causado muchos perjuicios para la gestión eficiente de las empresas prestadoras. Esto ha generado que las personas que menos tienen, las que se encuentran en extrema pobreza o pobreza, deban pagar más por no contar con el servicio público de agua potable y alcantarillado, y, de manera paradójica, que las personas que tienen la posibilidad de pagar por el servicio asuman una tarifa muy baja. Evidentemente, como bien lo advierte el profesor Esteve Pardo, no debe dejar de tomarse en cuenta el régimen especial para el caso de las personas vulnerables, según el cual se debe pensar en la existencia de un régimen que permita pagar una tarifa asequible con la finalidad de materializar el servicio universal del agua potable y alcantarillado.

Finalmente, el profesor Esteve Pardo hace mención a otro tema medular para el buen funcionamiento del servicio público de saneamiento: las modalidades de gestión. En el caso peruano, el legislador optó por municipalizar el servicio público; esto es, que la responsabilidad recayera en los Gobiernos locales, al darles la opción de elegir por contar con una empresa pública municipal o concesionar el servicio a una empresa privada. Como lo mencionamos, a pesar de la existencia de estas posibilidades, en el Perú, de las 50 empresas prestadoras para el ámbito urbano, 1 es privada (Atusa en Tumbes), 1 es pública estatal (SEDAPAL en Lima) y 48 son empresas públicas municipales. En el nuevo y vigente marco regulatorio (Decreto legislativo N° 1280 y su reglamento), se plantea integrar empresas prestadoras, atendiendo a una lógica de escala eficiente. Bajo esta lógica, se busca que los ámbitos de prestación de los servicios no atiendan solo a zonas urbanas, sino, en cuanto resulte factible, también a las rurales. Se han redefinido las funciones de las entidades públicas competentes (MVCS, como ente rector; OTASS, como organismo de apoyo técnico; SUNASS, como organismo regulador, y los Gobiernos regionales y locales) y, finalmente, se ha recogido en la norma marco un régimen de buen gobierno para las empresas prestadoras.

De lo descrito en el último párrafo, consideramos que el marco institucional y regulatorio existe, y si a esto sumamos la existencia de recursos económicos y voluntad política, la situación del sector saneamiento en el Perú debería mejorar y desarrollarse de manera óptima. Evidentemente, el funcionamiento del sistema resulta muy complejo y se requiere tiempo y paciencia. Esperemos que todos los actores (políticos, entidades, funcionarios, empresas prestadoras, públicas y privadas, usuarios, personas naturales y jurídicas) pongan de su parte.

PROCEDIMIENTOS DE APROBACIÓN AUTOMÁTICA CONSIDERACIONES SOBRE SU CORRECTA CALIFICACIÓN

Pablo Ferreyros Quiñones
Facultad de Derecho, PUCP*

Categoría alumnos

En los operadores jurídicos persiste la duda sobre qué procedimientos deben calificarse como de aprobación automática. Las pautas explícitamente dadas para ello en la ley son insuficientes y la doctrina no ha abordado el problema con la suficiente profundidad, lo cual tiene importantes consecuencias para la eficiencia de la Administración Pública, en particular para la operatividad de sus regulaciones en relación con la dinámica socioeconómica y con los órdenes jurídicos extralegales. Se plantea, por esta razón, a través de un enfoque que toma en cuenta aspectos sistemáticos, históricos y funcionales, una propuesta sobre los lineamientos que deberían seguirse para calificar procedimientos administrativos como de aprobación automática o de evaluación previa.

1. Introducción

¿Cuándo debe acceder la Administración a nuestras solicitudes? ¿Qué condiciones debe poner para ello? ¿Cómo afecta esto la realidad? Los procedimientos de aprobación automática, en líneas muy generales, son aquellos en los que lo solicitado por el administrado se considera aprobado desde su solicitud. Existen en el ordenamiento desde fines de la década de 1980 y han tenido una repercusión importante en el diseño del Estado y el devenir de la economía. Subsisten, sin embargo, dudas sobre sus alcances y su adecuado campo de aplicación.

¿Cuándo debe calificarse un procedimiento como de aprobación automática? Es un tema que ha sido abordado por la doctrina nacional en los manuales de procedimiento administrativo general. Sin embargo, no ha sido estudiado con el detenimiento necesario para ofrecer repuestas exhaustivas. Siendo un tema de crucial importancia, con repercusiones a nivel social, político y económico, en el presente trabajo se propone abordarlo desde distintas aristas (legales, económicas, históricas) para buscar dar una respuesta más completa y profunda al problema.

* Estudiante de Derecho en la PUCP. Becario del XXIV Curso de Extensión Universitaria en regulación del OSIPTEL. Estudiante de intercambio académico en el Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po). Es asistente en los cursos de Personas y Acto Jurídico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es expracticante de Semana Económica y del Tribunal Constitucional. Exintegrante del Consejo Ejecutivo de THÈMIS-Revista de Derecho.

2. Aspectos generales

2.1. Aprobación automática y fiscalización posterior.

Existen distintos modos de clasificación de los procedimientos administrativos. Uno según cómo comienza el procedimiento, se distingue entre los iniciados de oficio (por la propia Administración), y los iniciados a pedido de parte. Es dentro de este segundo grupo que cabe distinguir entre procedimientos de evaluación previa y procedimientos de aprobación automática (Morón, 2011, pp. 222-227).

Los procedimientos de evaluación previa, regulados entre los artículos 34 y 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), son aquellos en los que se requiere de un pronunciamiento (o de la configuración de un supuesto de silencio administrativo) por parte de la autoridad. En los procedimientos de aprobación automática (regulados en el artículo 32 de la LPAG), por el contrario, solo requiere la presentación de la información requerida.

En tanto opera el principio de presunción de veracidad[1] respecto de la información entregada, lo solicitado se considera aprobado desde su presentación. De ahí que se sostenga que este tipo de procedimiento es en realidad un aviso a la Administración de una actividad que va realizarse (Morón, 2011, p. 257).

La contracara de la facilidad que se da al administrado de iniciar su actividad sin tener que esperar una respuesta de la Administración es la fiscalización posterior realizada por esta, (regulada en el artículo 32 de la LPAG). Para asegurar la efectividad del procedimiento de aprobación automática —cuya exigencia, de otro modo, no tendría mayor sentido—, la Administración verifica de oficio y *ex post* un porcentaje de las solicitudes previamente aprobadas. De esta manera, se logra mantener la supervisión de la Administración sobre cuestiones concernientes al interés público, evitándole a su vez carga burocrática a los administrados.

La LPAG no especifica la forma en que esta fiscalización debe llevarse a cabo. Deja ello a la Presidencia del Consejo de Ministros, la cual lo determina a través del D. S. 096-2007-PCM. En este se establece que la elección de los expedientes a fiscalizar se efectúe aleatoriamente y abarque no menos del 10 % de ellos, sin que se exceda, en principio, de los cincuenta expedientes; salvo razones de interés público suficientemente fundamentadas.

En cuanto a la labor de revisión, por su parte, el D. S. 096-2007-PCM indica que esta no está limitada a la lectura de los expedientes inicialmente presentados, sino que se podrá solicitar tanto a entidades públicas como privadas información adicional que permita verificar la validez de lo afirmado. Deja a los directivos de los órganos a cargo de la fiscalización la evaluación de los resultados de esta.

Para dotar de efectividad a la fiscalización posterior, en el D. S. 096-2007-PCM se establece la creación de la Central de Riesgo Administrativo. Esta central, cuya información solo está disponible para la Administración Pública, contiene los datos de los administrados que hayan vertido declaraciones falsas en las solicitudes presentadas en procedimientos de aprobación automática. La consecuencia es que, en adelante, toda solicitud de este tipo que dichos administrados realicen será de obligatoria fiscalización posterior.

---

1 «Presumir que los documentos y declaraciones formulados por los ciudadanos en la forma prescrita por la ley responden a la verdad de los hechos que afirman», de acuerdo a los lineamientos de simplificación administrativa de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El principal efecto de la detección de una declaración falsa a través de la fiscalización posterior, sin embargo, es la nulidad del acto administrativo al que dio lugar el procedimiento de aprobación automática. Esta consecuencia no supone crear una nueva causal de nulidad, sino que deberá basarse en alguno de los vicios establecidos por la LPAG. Se determinará a través de un procedimiento de nulidad de oficio en el que el administrado podrá presentar sus descargos. De proceder la nulidad, corresponderá junto con ella una multa contra el administrado. Además de —si fuera el caso— la notificación al Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente a un posible delito contra la fe pública.

2.2. Calificación en los TUPA.

La Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI define el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) en sus lineamientos de simplificación administrativa como «el documento informativo de los procedimientos a cargo de la entidad administrativa que debe estar a disposición de los ciudadanos en la forma prevista en la ley». La obligación de incluir todos sus procedimientos administrativos en un TUPA surge para las entidades del Estado en 1991 con el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Hoy, el IV título de esa norma, que contenía la regulación relativa a los TUPA, se encuentra derogado por la LPAG. Sin embargo, las disposiciones de una y otra son sustancialmente similares. Así, la norma vigente, en línea con su antecesora, establece que:

> 42.1 Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, el cual comprende:
> 1. Todos los procedimientos de iniciativa de parte […] siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal […].
> 2. La descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la realización completa de cada procedimiento […].
> 3. La calificación de cada procedimiento según corresponda entre procedimientos de evaluación previa o de aprobación automática.

Como se puede apreciar, es en los TUPA donde corresponde que cada entidad determine qué procedimientos son de aprobación automática. Estos, en principio, no crean procedimientos, sino que recopilan ordenadamente los existentes. La idea —como lo sugiere el título de la ley que les dio origen— es que faciliten a los administrados su relación con las entidades, ofreciéndoles información clara y suficiente. Además de buscarse que ayuden al control de la administración, al facilitar la revisión de las exigencias que pone (Maraví Sumar, 2007, p. 202).

Este fin, sin embargo, muchas veces no se logra. Así, «La mayoría de entidades no utilizan las normas de la simplificación administrativa que contiene la Ley 27444, ni perciben las ventajas, ni para la entidad ni para la sociedad en su conjunto, de trabajar sobre la base de la presunción de veracidad y la fiscalización posterior. Entienden que con la fiscalización previa y el silencio administrativo negativo tienen más seguridad y no incurren en responsabilidad administrativa» (Maraví Sumar, 2007, pp. 202-203).

Del otro lado, también ocurre que trámites que no deberían ser considerados procedimientos administrativos, como servicios prestados en exclusividad por la entidad o meras comunicaciones que no requieren aprobación, son calificados como tales. Resultan así,

muchas veces, que son regulados bajo el régimen de aprobación automática (Maraví Sumar, 2000, pp. 295-296).

Más adelante en el texto se analizarán casos particulares de estos errores, así como otros en los que la calificación se realizó correctamente. Lo que se busca a continuación es establecer las pautas para evaluar esta calificación realizada en los TUPA.

3. Estado y problemática actuales de la figura

3.1. Regulación comparada.

La figura (como se verá con mayor detalle en el punto 2 del subcapítulo IV del presente trabajo) se introdujo en el ordenamiento buscando aportar a su simplificación administrativa. Partió —de acuerdo con los académicos que propusieron su incorporación en el ordenamiento— teniendo como referente a la *Paperwork Reduction Act* norteamericana de 1980, en la que se requería a las entidades administrativas dejar de lado, de manera progresiva, procedimientos y trámites previamente exigidos (Ostoja, Bustamante y Camaiora, 1990, pp. 29-30).

En el ordenamiento norteamericano, sin embargo, los procedimientos vienen previamente calificados por una norma de rango legal. No ocurre, por ello, el problema de la calificación por parte de las entidades.

En el ordenamiento, se ha producido recientemente un avance en ese sentido, con la última modificación de la LPAG. A través del Decreto Legislativo 1272, entre otros cambios, se introdujeron los procedimientos administrativos estandarizados obligatorios, que vienen dados por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de un decreto supremo. La mayoría de los procedimientos, sin embargo, siguen siendo creados por las entidades, de manera que el problema entorno a la calificación realizada por estas subsiste.

A nivel regional, los procedimientos de aprobación automática son particulares del ordenamiento. Con el Programa Nacional de Desburocratización brasileño se implementaron medidas similares a inicios de la década de 1980, cuando la exigencia de presentar una prueba documental «fue reemplazada por las declaraciones simples del administrado» (Ostoja, Bustamante y Camaiora, 1990, p. 30). El principio de presunción de veracidad está presente en otros ordenamientos, como el colombiano y el uruguayo. Sin embargo, se manifiesta como la aceptación de documentación simple o como «'presunción de licitud' vinculada a derecho del administrado a la presunción de inocencia» (Brewer-Carías, 2007, p. 66). El principio de privilegio de controles posteriores, a nivel latinoamericano, solo está presente en el ordenamiento (Espinoza-Saldaña, 2011, pp. 281-282; Brewer-Carías, 2007, pp. 75-76).

En el derecho español existe una figura similar: la comunicación previa. Dice de esta Rebollo Puig (2009) que consiste en informar de una actividad privada a la Administración previamente a su realización, con lo cual «el particular no pide ni espera ninguna resolución, que en efecto no tiene que producirse» (p. 40).

Añade que «formalmente, someter una actividad a comunicación es menos restrictivo que someterla a autorización [previa], por lo que el principio de proporcionalidad inclina a elegir este control». Siendo que «el mismo derecho europeo está orientado en la dirección de reducir los supuestos de autorización [previa] a los realmente imprescindibles y exigir en los demás las simples comunicaciones» (2009, p.41).

Al ser dada por normas de rango superior, en el ordenamiento español no se produce el problema de la calificación de los procedimientos como de comunicación previa por las entidades. No deja, por ello, de haber problemas de otro tipo[2].

3.2. Regulación y problemática locales.

En la década pasada, José Alberto Bustamante Belaunde (2009), académico de notable influencia en la introducción de los procedimientos de aprobación automática, afirmaba que «todavía [resulta] muy temprano para evaluar la incidencia que tuvo, en la dinámica burocrática del país, la imposición legal de la presunción de veracidad. Constituyó en su momento una herida de muerte inferida contra un monstruo burocrático insensible y poderoso» (p. 62). Si bien la figura, efectivamente, cumplió un rol desburocratizador, persisten en la actualidad —como se verá en seguida— problemas en torno a cómo calificar los procedimientos que limitan este efecto.

La LPAG se limita a indicar que son procedimientos de aprobación automática

- «Aquellos que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes en el administrado»,
- «La inscripción en registros administrativos» y
- «La obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado».

Los dos primeros puntos son de reciente incorporación, introducidos con la última modificación a la LPAG realizada a través del Decreto Legislativo 1272 en diciembre de 2016 (Maraví Sumar, 2017, 69-70). El segundo introdujo una novedad, si bien acotada, que permite realizar la inscripción en registros administrativos de una manera más ágil.

El primero, no obstante, redunda hasta cierto punto con la disposición ya tenida, en tanto la habilitación de derechos preexistentes se realiza, precisamente, a través de licencias y autorizaciones. Así, entre otros, Laguna de Paz (2007, pp. 29-30) y Rebollo Puig (2009, pp. 33-40). [3] Los derechos preexistentes de los que se habla en el primer punto caen dentro de lo habilitado por las licencias o autorizaciones de las que se habla en el tercer punto. Técnicamente, serían el objeto de estas[4].

Cabe entender como trasversales, en una interpretación literal, los requisitos de no afectación de terceros y de que la actividad aprobada sea continuada en el tiempo. Esto último,

2 «La norma que someta una actividad a la necesidad de autorización [previa] debe tener rango de ley […] o habilitación legal para establecer tan drástica limitación. Y aun así solo podrá hacerlo si se trata de una medida proporcionada y la menos restrictiva de la libertad […]. Estas condiciones no han sido necesariamente respetadas en el derecho español, donde tal vez se ha abusado de las autorizaciones administrativas. Quizá el derecho europeo contribuya a un mayor respeto a la proporcionalidad» (Rebollo Puig, 2009, pp. 35-36).

3 Explica Laguna de Paz que «el carácter declarativo de la autorización es lo que corresponde a la naturaleza privada de la actividad». Por el contrario, «afirmar el carácter constitutivo de la autorización sería introducir un elemento disonante que alimentaría una dinámica más favorable a la intervención que al derecho cuyo control se articula» (2007, pp. 29-30). En efecto, es en el ámbito de la actividad privada donde el administrado tiene derechos preexistentes. Así, las autorizaciones son el supuesto inverso al de la concesión en su formulación clásica, donde, al estar publicada la actividad, el particular no tiene, en principio, derecho sobre ella.

4 El tercer punto podría ser más amplio que el tercero, si entendemos que las autorizaciones demaniales no tienen naturaleza declarativa. De ser el caso, no obstante, la redundancia incurrida no dejaría de ser tal.

debido a que sin ello la fiscalización posterior no podría revertir un eventual resultado obtenido incumpliendo los requisitos[5].

Delimitan también el ámbito de la aprobación automática, desde luego, los supuestos consignados en los artículos 34 (inciso 1) y 37 de la LPAG, en tanto señalan situaciones afectas a ser reguladas según los silencios positivo y negativo, respectivamente.

En el marco de la definición legislativa preexistente, no modificada en lo sustancial, Maraví Sumar (2007) ha señalado que «más allá de cualquier vocación burocrática, la mayoría de entidades no sabe a ciencia cierta cuándo un procedimiento debe ser calificado como de aprobación automática» (p. 211).

Esto se explicaría porque «criterios nada claros como "siempre que no afecten derechos de terceros" (actual artículo 31.4), que es el límite para los procedimientos de aprobación automática, […] llevan [a los funcionarios encargados de ello] a calificar a los procedimientos como [regulados según el] silencio administrativo negativo, para mayor certeza» (Maraví Sumar, 2007, p. 211). Un estudio de la autora mostraba que, como consecuencia de ello, las dos terceras partes (66.56 %) de los procedimientos incluidos en los TUPA de las principales entidades son de evaluación previa y sujetos al silencio negativo (2007, p. 213).

Similar preocupación expresaba Morón Urbina tras promulgarse la Ley del Silencio Administrativo, hoy derogada tras integrarse sus disposiciones a la LPAG —sin cambios sustanciales en este respecto[6]— con el mencionado Decreto Legislativo 1272:

> No se trata de aplicar el silencio positivo a la mayoría o a una minoría de procedimientos administrativos. Hay aspectos previos que analizar: ¿es necesario que determinada actividad privada sea autorizada previamente? […] La experiencia indica que hay un sinnúmero de casos en que la administración persiste en controles previos por tradición y, más aun, sin noción clara de lo que tiene que verificar. […] No se han percatado de que los supuestos de aplicación del procedimiento de aprobación automática son prácticamente los mismos que para el silencio positivo[7]. La reforma no estaba en regular de manera diferente el silencio negativo respecto del positivo, sino en asegurar que haya procedimientos de aprobación automática en materia de autorizaciones, licencias y aprobaciones. (Morón, 2007, pp. 290-296)

La doctrina ha buscado complementar lo dicho por la Ley para ofrecer lineamientos más claros sobre cuándo un procedimiento administrativo debe ser considerado de aprobación automática. De esta manera, Morón Urbina (2011) considera que debería tenerse como base una tendencia a clasificar la mayoría de los procedimientos como de aprobación automática (pp. 257-258). Asimismo, la evaluación previa se reservaría para los casos en los que la repercusión del procedimiento sea importante, en los que se adjudiquen derechos trascendentes, en los que exista la posibilidad de limitar derechos de terceros o en los que se otorguen concesiones (pp. 257-258).

Guzmán Napurí (2016), por su parte, indica que los procedimientos de aprobación automática son aquellos cuyos resultados favorecen al administrado y que requieren una respuesta automática de la Administración para surtir estos efectos positivos, como es —por

5 Más adelante se verá, sin embargo, que el ordenamiento matiza lo primero exigiendo proporcionalidad.

6 Un buen recuento de los cambios a partir del Decreto Legislativo 1272 puede encontrarse en Maraví Sumar (2017).

7 Sobre la actualidad de esta problemática, véase la sección 1.3. del subcapítulo IV del presente trabajo.

ejemplo—el caso de solicitud de licencias municipales de funcionamiento (pp. 380). Estos, sin embargo, deben —como ya se dijo— ser de ejecución prolongada para que sea posible su posterior fiscalización por parte de la Administración. Se requiere, finalmente, que las actividades a que dan lugar no afecten los derechos de terceros; no habiendo así ningún problema en que su inicio sea automático y sin previo aviso a estos (pp. 381).

La tratativa a esta materia, sin embargo, ha sido en general insuficientemente profunda. Se ha realizado en trabajos que abordan un tema más amplio, ya sea en manuales de procedimiento administrativo general o en trabajos sobre simplificación administrativa que cubren varios aspectos de esta. En el presente artículo, se busca ofrecer una indagación algo más detenida sobre las consideraciones necesarias para calificar correctamente los procedimientos de aprobación automática. Se considera que para ello es necesario, de un lado, un análisis sistemático dentro y fuera de la LPAG y, de otro, un entendimiento del contexto histórico en el que se produce el surgimiento de los procedimientos de aprobación automática en el ordenamiento y su funcionalidad socioeconómica.

4. Análisis de los procedimientos de aprobación automática en el ordenamiento

4.1. Análisis sistemático.

4.1.1. Opción preferente por los procedimientos de aprobación automática.

El artículo 59 de la Constitución establece que «el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza […] la libertad de empresa, comercio e industria». Prosigue indicando también que «el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad». El artículo 61, por su parte, afirma que «El Estado facilita y vigila la libre competencia».

Como se verá al analizar su funcionalidad socioeconómica, los procedimientos de aprobación automática permiten agilizar y desburocratizar la obtención de resultados favorables al administrado. Esto facilita el ejercicio de las libertades económicas referidas, en tanto los resultados que busca quien inicia el trámite tienen muchas veces que ver con permisos para iniciar o mantener actividades empresariales.

A su vez, la carga burocrática que los procedimientos de aprobación automática permiten evitar es generadora de la desigualdad a la que se refiere la segunda cita del artículo 59, en tanto quienes menor capacidad tienen para afrontar los costos de lidiar con la burocracia son las empresas de menor presupuesto[8]. Asimismo, siendo una eventual consecuencia de estos costos la existencia de mayores dificultades para permanecer en el mercado, no evitarlos perjudicaría también la libre competencia[9]. Así —cómo se verá en el siguiente punto con más detalle—, de la Constitución económica se desprende una preferencia por calificar los procedimientos como de aprobación automática en la medida en que se pueda hacerlo.

En línea con la norma fundamental, la LPAG consigna en el artículo IV (inciso 1.16) de su título preliminar el principio de privilegio de controles posteriores[10]. Los procedimientos

8 Ello es extensamente documentado en De Soto (2009b).

9 Sobre el modo en que, de manera general, la regulación y las mayores cargas burocráticas tienden a atentar contra la libre competencia, véase Súmar Albújar (2015).

10 «la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz».

de aprobación automática, como se sabe, se caracterizan —a diferencia de los de evaluación previa—por trasladar las labores de fiscalización a un momento posterior. La referencia a ellos en este artículo del título preliminar, así, es clara.

El citado artículo contiene también, en su inciso 1.7, el principio de presunción de veracidad, base —como se ha dicho antes— de los procedimientos de aprobación automática[11]. La prueba en contrario que esta presunción admite es, desde luego, la obtenible a través de controles posteriores.

En el mismo sentido se consignan también, en los incisos 1.8 y 1.13 del artículo que venimos citando, los principios de celeridad y de simplicidad. El primero indica que «debe dotarse al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable». El segundo, que «los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria».

Los principios citados muestran una opción preferente por los procedimientos de aprobación automática. Vale la pena recordar que el segundo inciso del artículo que los contiene establece que «los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo».

Los lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI sobre simplificación administrativa, en línea con la LPAG, recogen en su quinto artículo, entre otros, los cuatro principios acá mencionados. Además, se establece expresamente que los procedimientos administrativos son materia de simplificación administrativa (literal A del título IV).

4.1.2. Razonabilidad y proporcionalidad.

¿Cuándo deben los procedimientos calificarse como de aprobación automática? El artículo IV del título preliminar de la LPAG establece en su inciso 1.4 el principio de razonabilidad. Según este,

> «Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando […] establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

El inciso 1.13 de ese mismo artículo, relativo al principio de simplicidad, establece a su vez que «los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir».

Calificar un proceso como de evaluación previa es poner al administrado mayores requisitos y restricciones de los que este afrontaría si el proceso fuera de aprobación previa. Así, de estos principios se desprende que dicho aumento de requisitos debería efectuarse ponderando, en tanto del otro lado están las libertades económicas, la libre competencia y el derecho al trabajo, además del interés público en que la Administración esté efectivamente al servicio del ciudadano.

11 De acuerdo con este, se presume *iuris tantum* «que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley responden a la verdad de los hechos que ellos afirman».

Inspirado por los citados principios del título preliminar, el artículo 44 de la LPAG consigna que «Solamente serán incluidos como requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento administrativo aquellos que razonablemente sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente, atendiendo además a sus costos y beneficios». Evaluar si un requisito es indispensable supone determinar su grado de necesidad, para lo cual es, a su vez, necesario saber primero si el mismo es idóneo. Interpretando sistemáticamente, esta norma abona a la necesidad de ponderar en la calificación de los procedimientos[12].

El citado artículo de la LPAG exige, además, un análisis costo-beneficio. Al respecto, resulta útil la propuesta de Sumar Albújar (2012) para evaluar proyectos legislativos a partir de una adaptación del test de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto aporta orden al razonamiento y permite descartar casos en los que el ACB no tiene sentido[13].

Para este análisis costo-beneficio, debe considerarse que el mecanismo de evaluación previa ahorra significativamente costos al Estado al aumentar la eficiencia de sus entidades. En tanto la fiscalización posterior solo abarca un porcentaje de los expedientes aprobados (con un límite de 150 por semestre), la Administración reduce su carga burocrática y laboral, ahorrando dinero público y permitiendo que la capacidad existente se enfoque mejor en asuntos más importantes. Como señala Maraví Sumar (2000) «la optimización de recursos [tanto del sector público como de los particulares] indica que debe privilegiarse la fiscalización posterior sobre la previa» (p. 294).

4.1.3. Los supuestos excluidos.

Se tiene que en el ordenamiento existe una tendencia favorable a los procedimientos administrativos, a los cuales corresponde determinarlos ponderando si los requisitos y trámites que de otra manera se impondrían al usuario son razonables y proporcionales a los beneficios que aportan o los males que permiten evitar. Sin embargo, hay casos en los que el ordenamiento establece expresamente supuestos que deben regularse según la evaluación previa. Aquellos son los relativos a los silencios administrativos, regulados según estas técnicas por disposición manifiesta de la ley.

Este es el caso del artículo 37 de la LPAG, referente a los procedimientos de aprobación previa con silencio negativo, el cual establece lo siguiente:

> 37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

12 Ello aplicaría incluso para el requisito de no afectación de derechos de terceros que pone el cuarto inciso del artículo 32 de la LPAG para calificar los procedimientos como de aprobación automática, en tanto una limitación del contenido adicional bien podría ser proporcional y razonable.

13 Pensada desde el análisis regulatorio, esta propuesta propone básicamente reemplazar la ponderación en sentido estricto del tercer paso del test por el análisis costo-beneficio (ACB), contrapesándose afectaciones-optimizaciones a nivel de resultados/eficiencia en vez de afectaciones-optimizaciones de derechos (pp. 37-41). La idea no es que la primera evaluación reemplace a la segunda, sino que aporte a esta, permitiendo definir mejor las consecuencias de las medidas analizadas.

> 37.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la Administración Pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.
> 37.3 En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se rige por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplica el Código Tributario.

Como se puede apreciar, el silencio administrativo negativo es una técnica más bien excepcional, aplicable solo para determinados supuestos cuyo recurso debe, además, sustentarse técnicamente. Más aun, al final del artículo se indica que, salvo ciertas excepciones, «las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su Texto Único de Procedimientos Administrativos los procedimientos administrativos señalados».

Más general es la otra forma de regulación de la evaluación previa. En efecto, el legislador establece que son procedimientos con silencio positivo todos los procedimientos de evaluación previa no sujetos al silencio administrativo negativo. No obstante, añade un supuesto expreso: «[los] recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo».

En realidad, del artículo 34 solo este segundo inciso nos sirve para delimitar externamente el campo de aplicación de la aprobación automática. El primero simplemente presupone una definición dada, refiriéndose al resto de procedimientos de evaluación previa sin indicar cuáles son estos. Para esclarecer esta línea divisoria que el legislador asume dada, se procederá analizar el contexto histórico y la funcionalidad socioeconómica de los procedimientos de aprobación automática. Ello permitirá tener mayor claridad sobre los derechos que están en juego al ponderar para realizar la calificación del procedimiento.

5. Análisis histórico y funcional

5.1. Contexto histórico.

5.1.1. Jurídico.

La primera ordenación del procedimiento administrativo con carácter general, buscando dar una base común a los distintos procedimientos hasta entonces dispersos, fue el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 006-67-SC. Aquella vocación se ve desde la formación de la comisión dos años antes, cuando los considerandos del Decreto Supremo 421-65-SC hablaban de implementar «normas uniformes y precisas para la tramitación de expedientes en la Administración Pública» y lograr tener «normas generales de procedimiento» hasta entonces inexistentes. Este dispositivo se distinguió, al decir de Paniagua Corazao (1992), por ser «supletorio, ordenador y principista» (p. 15).

Se trataba, sin embargo, de una norma que no contemplaba los procedimientos de aplicación automática. Estos aparecen recién con la Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa, promulgada en junio de 1989. El primer capítulo de esta se titulaba «La presunción de veracidad». En él, el artículo 4 de la ley establecía que «la Administración P*ública sustituye la fiscalización previa por la fiscalización posterior. La forma en que esta se lleve a cabo, así como las sanciones a que dé lugar, serán establecidas en el reglamento».*

El reglamento, promulgado por el Decreto Supremo 070-89-PCM, indicaba en su artículo 5 que «a efectos de la fiscalización posterior, se entiende que la veracidad de las

declaraciones a que se refiere el artículo anterior corresponde a la situación conocida por el declarante al momento de emitirlas». En su artículo 11, asimismo, apuntaba que:

> De acuerdo con el principio de la presunción de veracidad, la Administración Pública modificará […] sus procedimientos específicos para el otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, con la finalidad de que sean otorgados automáticamente sobre la base de las declaraciones de los interesados, las que estarán sujetas a una fiscalización posterior.

Como límite externo del campo de aplicación de este nuevo mecanismo establecía los «casos en que el otorgamiento automático […] pudiese dar lugar a una contención administrativa prevista expresamente o, de cualquier otra forma, exponer a las personas, contraviniendo el ordenamiento jurídico aplicable, a perjuicios a su saludo o seguridad». En estos casos las entidades competentes podrían «mediante reglas obligatoriamente publicadas y motivadas, establecer un procedimiento simplificado de aprobación no automático». Estos últimos, como se ve, eran de un carácter más bien excepcional.

La reforma fue consolidada con la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, promulgada a través del Decreto Legislativo 757 en 1991. Esta, la misma que hacía obligatorios los TUPA para las entidades públicas, tenía un claro ánimo de reducir regulaciones y complementar las reformas económicas que se venían dando en otras áreas para salir de la situación económica en la que se encontraba el país. Así, en su artículo 24 establecía lo siguiente:

> Las solicitudes presentadas ante las distintas entidades de la Administración Pública a que se refiere el artículo 20 del presente Decreto Legislativo, se considerarán automáticamente aprobadas el mismo día de la presentación del recurso o formato correspondientes, siempre que se cumpla con los requisitos y se entregue la documentación completa exigidos por el TUPA para cada caso.

El artículo 20 en cuestión hacía referencia nada menos que a «los ministerios, instituciones y organismos públicos, y otras entidades de la Administración Pública de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales». Es decir, virtualmente todas las entidades administrativas. Decía de estas que estarían «obligadas a […] unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos que se siguen ante la respectiva entidad, conforme a lo prescrito en el presente título». Por «el presente título» hacía referencia al Título IV, en el que se encontraba dicho artículo: «De la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa».

El artículo 25, a su vez, establecía que podría «establecerse que los procedimientos administrativos requerirán de evaluación previa» solo «en casos excepcionales», lo cual tenía que ser expresado en el TUPA. Como se ve, tanto en esta Ley como en su antecesora, los procedimientos de evaluación previa eran más la excepción que la regla[14].

Con la promulgación de la LPAG, en el 2001, se derogan la Ley de Simplificación Administrativa y el cuarto título de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

14 En este sentido apuntaba también Maraví Sumar (2000), quien consideraba que «la regla general» en el DL 757 era «la vigencia de la aprobación automática» (p. 298).

Sin embargo, se toma y mantiene lo aportado por ellas simplemente incorporándolo a una legislación más amplia y coherente. Se considera que el cambio no se da por un viraje de pareceres respecto al contenido de estas leyes, sino por la necesidad de ordenar los cambios que se habían hecho respecto al Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo. Este no solo había sido modificado directamente por el Decreto Legislativo 26111 en 1992, sino que, debido a las normas que se han venido comentando, ya había perdido el carácter general y ordenador que tuvo inicialmente y que había sido buscado con su elaboración.

En efecto, la LPAG no solo conserva las figuras implementadas por la Ley de Simplificación Administrativa y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (procedimientos de aprobación automática, silencio positivo, y silencio negativo acotado a supuestos taxativos), sino también sus principios y lineamientos más generales. En el caso de la Ley de Simplificación Administrativa, los principios establecidos por esta fueron incorporados al cuarto artículo del título preliminar de la LPAG. De esta manera, el de presunción de veracidad, con el mismo nombre en el inciso 1.7; el de eliminación de exigencias y formalidades innecesarias, como principio de simplicidad en el 1.13 (además de en el artículo 44, ya en el Título II) y el de participación de los ciudadanos, también bajo el mismo nombre en el 1.12[15].

En el caso de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, es interesante notar que en sus primeros artículos (aún vigentes) se establecen varios lineamientos económicos distintos de los que había seguido el Perú hasta inicios de esa década; lineamientos que luego integrarían la parte económica de la Constitución de 1993. Así, por ejemplo, el artículo 2 indica que «el Estado garantiza la libre iniciativa privada», y añade, de manera concordante con los artículos 58 y 61 de la actual Constitución, que «la Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica». En artículos sucesivos, se señala al Estado como garante del pluralismo económico, se elimina «toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales» y se establece el requisito de ley formal para la procedencia de las expropiaciones (tal como en el actual artículo 70 de la Constitución).

La Ley en cuestión se promulga en el marco de las facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para —entre otras cosas—, como indica su prólogo, «crear las condiciones necesarias para la inversión privada en los diferentes sectores productivos». En ese sentido, la norma es parte del esfuerzo emprendido en ese periodo para reformar el Estado y la economía en un sentido afín a la tendencia desreguladora y desburocratizadora del momento[16].

15 En línea con lo aquí planteado, Bustamante Belaunde señala que «sin duda, el texto transcripto [el texto de la LPAG] replicó una magnífica herencia de la Ley 25035, Ley de Simplificación administrativa, que revolucionó, en su momento, el ordenamiento administrativo del país» (Bustamante, 2009, p. 62).

16 Aquello se ve claramente en su prólogo al afirmarse «que es necesario consolidar el programa de Reformas Estructurales de la economía que ha emprendido el Gobierno, motivo por el cual resulta pertinente expedir una Ley Marco que contenga las disposiciones requeridas para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía». Se prosigue señalando «que para cumplir con dicha finalidad resulta indispensable eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, restando competitividad a las empresas privadas, la que es esencial para una exitosa inserción en el mercado internacional. Se indica finalmente «que, asimismo, es necesario dictar disposiciones que otorguen seguridad jurídica a los inversionistas». El sentido de la implementación de los procedimientos de aprobación automática (y de la prefiguración de los principios de la Constitución económica, que luego inspirarían a la LPAG) no podría quedar más claro.

Estos esfuerzos se consolidan con la promulgación de la Constitución de 1993, en la que el mismo gobierno que promulgó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada participa con amplia mayoría. Dos de los firmantes de dicha norma, de hecho, son parte del Congreso Constituyente Democrático: Victor Joy Way y Jaime Yoshiyama (este último, como presidente del órgano). De más está decir que la LPAG se inspira por los principios de la Constitución vigente.

5.1.2. Socioeconómico.

¿A qué se debe el impulso simplificador y desregulador del que forma parte la introducción en el ordenamiento del mecanismo de la aprobación automática? Eran dos los principales problemas económicos —relacionados, por cierto, entre sí— a los que se enfrentaba el país en ese momento: contracción económica e informalidad.

Lo primero es relativamente sencillo de explicar. A partir de 1974, la economía experimentó una larga e intensa contracción. Habiendo crecido durante los primeros años de la década, en la segunda mitad el PBI decreció alrededor de 0.5 %. Durante la primera mitad de la década de 1980 se siguió contrayendo, esta vez 2 %. Para la segunda mitad de la década, el decrecimiento aumentó 4 % más. En los años de 1988 y 1990, la caída alcanzó la brutal cifra de 30 %. Para 1991, la economía había retornado a sus niveles de 1960, desperdiciando treinta años. (Rivera, 2014, pp. 142-143).

Es en este contexto en que se expiden las leyes que arriba se comentan y en el que el gobierno recién entrado en funciones se propone —en el citado prólogo del Decreto Legislativo 757— «expedir una Ley Marco que contenga las disposiciones requeridas para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía».

En el plano global, estas reformas fueron parte del Consenso de Washington, el conjunto de medidas impulsadas por el Banco Mundial para reducir el tamaño estatal y volver a la ortodoxia económica tras la tendencia keynesiana de las décadas del setenta y ochenta. Era una reacción ante la combinación de estancamiento económico y la inflación monetaria (que se dio por llamar «estanflación») producida en estas (Fukuyama, 2004, pp. 17-20). La historia en el plano nacional y mundial iba más o menos en el mismo sentido, con la salvedad de que acá los extremos se vivieron con mayor intensidad.

Lo segundo, la informalidad, supone una situación más compleja. Situación, de hecho, cuya complejidad llevó a que por décadas no se supiera cómo abordarla. Matos Mar nos dice que este fenómeno surge con las migraciones del campo a la capital iniciadas a mediados de la década de 1940. Inicialmente, se produce respetando los patrones existentes y siguiendo los planes de expansión municipal. Sin embargo, ni la ciudad ni el sistema legal estaban preparados para recibir las cantidades de personas que llegaban a ella, de manera que incluso desde la década de 1950 se producen las primeras «rupturas de la legalidad tradicional». Para ese entonces, sin embargo, el problema era aún germinal; a partir de la década siguiente empezaría a verse con mayor nitidez (Matos Mar, 2004, pp. 76-77 y 80).

La necesidad más inmediata para los migrantes era tener un lugar donde vivir. Según demostró el Instituto Libertad y Democracia (ILD), acceder formalmente a la propiedad inmobiliaria urbana para fines de vivienda a partir de un terreno eriazo propiedad del Estado a inicios de la década de 1980 (en pleno clímax del problema) tomaba nada menos que 83 meses, casi 7 años (De Soto, 2009, p. 170).Así las cosas, como indica Matos Mar (2004), al migrante le quedaban «dos opciones: someterse al sistema legal imperante aceptando la falta de techo o violentar los límites del sistema establecido» (p. 77).

Además de dónde, las personas necesitan encontrar de qué vivir. La baja capacidad económica y productiva del país (en particular a partir del desmontaje de su estructura productiva a inicios de la década de 1970) llevó a muchas a auto emplearse. También para ello encontraron barreras absurdas. Un experimento conducido por el ILD en el verano de 1983 mostró que constituir formalmente un pequeño taller textil en una zona industrial de Ate requería 289 días y 1231 dólares, el equivalente a 32 sueldos mínimos de ese entonces. (De Soto, 2009, pp. 167-168).

La experiencia, además de «confirmar cuán equivocados estaban los que decían que el Derecho no ocasiona ningún problema», «reveló de paso, la perfecta inutilidad de todo el procedimiento porque, a pesar de los doscientos ochenta y nueve días y las once licencias necesarias, en ningún momento las autoridades pudieron descubrir que se trataba de una simulación» (De Soto, 2009, pp. 169).

Similar era la situación en el comercio. Eran dos las vías para dedicarse a esta actividad formalmente: abrir una tienda o (para el caso de las agrupaciones de comerciantes) formar un mercado. Lo primero, alquilar un local, requería trámites por 43 días a un costo de 591 dólares, 15 sueldos mínimos de la época. Lo segundo, formar un mercado, tomaba un promedio de 17 años, por lo que solo era logrado por agrupaciones de comerciantes que habían sido largo tiempo informales. La venta ambulatoria estaba, en principio, prohibida (De Soto; 2009, pp. 89-123, 176-179).

La primera reacción del Estado ante la informalidad fue reprimir. Se produjeron así violentos desalojos de invasiones y enfrentamientos con los ambulantes buscando erradicarlos. Sin embargo, aquello resultó imposible. A nivel del comercio ambulatorio, solo se logró que los ambulantes cambiaran sus horarios o ubicaciones, o que estacionaran sus carretillas en playas de estacionamiento o parquímetros para no poder ser desalojados.

En lo relativo a las invasiones, se escaló a niveles de violencia que prefirieron luego evitarse. La ineficiencia del sistema legal se vio evidenciada en este último campo cuando el propio Estado debió recurrir a las invasiones. En 1984, la Municipalidad de Lima buscaba implementar un proyecto de viviendas en Huaycán. Sin embargo, el procedimiento burocrático era interminable, por lo que el propio ministro de Vivienda aconsejo al alcalde Barrantes proceder a la invasión. La oficialidad echaba mano así de la normatividad extralegal, por estar mejor adaptada a la realidad (De Soto, 2009, pp. 75-88 y 96-111).

El derecho tenía que cambiar y ello fue lo que empezó a ocurrir a fines de los ochenta y principios de los noventa. Matos Mar fue profético cuando afirmó en 1984 que el Perú oficial no tendría la posibilidad de imponer nuevamente sus condiciones. Tendría que «aceptar los términos de la nueva formalidad que las masas tienen en proceso de elaboración espontanea» (Matos Mar, 2004, p. 108).

5.2. Funcionalidad socioeconómica

¿Cómo debía cambiar el derecho? ¿De qué manera ayudó la implementación del mecanismo de la aprobación automática a afrontar los problemas mencionados? De Soto indicaba que la formalidad tiene dos tipos de costos: de acceso y de permanencia. Los primeros son los que se acaban de ver, relativos a los trámites para obtener el permiso o licencia necesarios para empezar a operar formalmente. Los segundos, los que se requieren para mantenerse operando formalmente. Entre estos últimos distingue entre costos directamente impuestos por la legislación (tributos, regulaciones, tarifas por servicios públicos) y costos indirectamente impuestos

por las instituciones legales (derivados, básicamente, del mal funcionamiento del sistema legal y de los mecanismos que ofrece la formalidad) (De Soto, 2009, pp. 183-184).

Los costos de acceso se refieren en muy buena cuenta a procedimientos administrativos. La implementación del mecanismo de la aprobación automática, en este sentido, sirvió enormemente para posibilitar su reducción, en tanto a través de ellos el administrado accedía automáticamente a la formalidad. Este mecanismo, sin embargo, también tiene notable importancia para el segundo tipo de costos.

Al averiguar la magnitud de los costos de permanencia impuestos por la legislación, el ILD descubrió que, para una pequeña empresa industrial, representaban en la década de 1980 «el 347.7 % de sus utilidades después de impuestos y el 11.3 % de sus costos de producción». El 72 % de estos eran costos legales no tributarios. Más gráficamente, «por cada 100 dólares de excedente ganados y potencialmente convertibles en utilidades, las empresas solo disponen de 23.30 y dedican 76.70 a conservar su formalidad». De estos, «59,.40 se usan para pagar costos no tributarios» (De Soto, 2009, p. 184).

Parte de los costos no tributarios eran los costos burocráticos que las empresas «tienen que asumir por los trámites administrativos que exige su formalidad». Estas dedicaban «aproximadamente el 40 % del total del tiempo de todos sus empleados administrativos a satisfacer las tramitaciones impuestas por el Estado» (De Soto, 2009, p. 184). Con ello se entiende cómo la implementación de procedimientos de aprobación automática también permitió reducir costos de permanencia.

Sirve, también, para explicar cómo el mecanismo de la aprobación automática se relaciona con el crecimiento económico. Los elevados costos de hacer y mantener negocios tienen dos posibles consecuencias: que estos se realicen en la formalidad o que simplemente no se realicen. Las consecuencias de esto último son bastante obvias: se pierde la oportunidad de generar riqueza, impuestos y puestos de trabajo. Las consecuencias de lo primero, por su parte, tienen que ver con los costos de la informalidad, en la que inevitablemente se es menos productivo.

Ser informal implica dos consecuencias: tener que evitar a la ley y perder los beneficios que las instituciones legales ofrecen. Evitar a la ley, entre otras cosas, implica no crecer más allá de determinado punto en el que se empieza a ser demasiado visible, renunciar a determinadas formas de publicidad y buscar operar encubiertamente. Mientras esto último genera costos directos, lo primero implica poner un techo al crecimiento de las empresas, generando así consecuencias similares a las de su no creación (desaprovechamiento de la oportunidad de crear riqueza, impuestos y empleos) y, adicionalmente, el desaprovechamiento de las economías de escala (De Soto, 2009, pp. 186-192).

Perder los beneficios que las instituciones legales ofrecen, por otra parte, implica falta de derechos de propiedad debidamente protegidos y desaprovechamiento del sistema contractual protegido por el derecho. Ambas consecuencias generan una enorme inseguridad jurídica. La primera, además, limita la posibilidad de los informales de acceder a créditos bancarios o encarece el eventual acceso a estos, en tanto no tienen como garantizarlo. Y la segunda, a su vez, lleva a que los informales limiten su campo de contratación solo a aquellos a quienes tienen confianza o sobre quienes tienen capacidad de ejercer presión social (De Soto, 2009, pp. 192-206). Todo esto, es obvio, repercute negativamente en el crecimiento económico.

Además de facilitar la formalidad y promover el crecimiento, puede entenderse que los procedimientos de aprobación automática también sirvieron para facilitar la recepción de

la normatividad extralegal de los informales en el ordenamiento estatal. A lo largo de *El otro sendero*, se habla de un orden normativo creado por los informales para regular sus relaciones ante la marginación en que se encontraban respecto del sistema legal oficial. Esta normativa extralegal es la que les serviría para delimitar la propiedad en los pueblos jóvenes y hacer cumplir los contratos entre ellos, por ejemplo. Matos Mar (2004) apuntaba en el mismo sentido al hablar de «los términos de la nueva formalidad que las masas tienen en proceso de formación espontánea» (p. 108).

La extralegalidad es conceptualmente distinta de la ilegalidad, en tanto que en el planteamiento de De Soto los informales buscan esencialmente lo mismo que los formales (derechos de propiedad, seguridad jurídica), aunque deban usar otros medios para ello. Sin embargo, la normatividad extralegal puede colisionar con la oficial, como ocurrió en lo relativo a los desalojos y a los enfrentamientos de la Municipalidad con los ambulantes[17]. Fruto de esta incompatibilidad de ordenamientos jurídicos[18] se produjeron situaciones de tensión y de violencia que no lograban dar soluciones a los problemas.

Ya se vio que la primera solución a ello, tras fracasar la represión, fue la tolerancia, pasándose a una coexistencia tensa entre los ordenamientos incompatibles. Puede entenderse que el mecanismo de la aprobación automática ayudó a reducir esta tensión y esta incompatibilidad al permitir que los derechos adquiridos en la extralegalidad, en la medida en que no sean ilegales, se formalicen e incorporen al ordenamiento oficial a través de procedimientos simples y rápidos. De esta manera, habría operado haciendo algo más permeable el —hasta entonces cerrado— contorno del ordenamiento legal estatal.

Es interesante notar cómo del estudio de esta problemática surge en los ochenta la propuesta de implementar procedimientos de aprobación automática. Hernando de Soto ya hablaba en 1986 de lo útil que sería que «en lugar de cumplir con requisitos previos (*ex ante*) para realizar una acción», estos sean «controlados después (*ex post*), para saber si [se] están cumpliendo las exigencias de la ley». Se refería a esto como «control a través de resultados y no del papeleo previo» (De Soto, 2009, p. 284).

En esta misma línea apuntaban los cuadernos de trabajo *«La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización»* y *«Estado mercantilista: economía informal y reformas institucionales»*, publicados por el ILD, en 1989, a cargo de sus investigadores Alberto Bustamante, Alfredo Ostoja y Ana Lucía Camaiora. Ahí se explicaba que la propuesta del mecanismo de aprobación automática se inspiraba en las reformas administrativas norteamericana y brasilera, y buscaba una relación distinta entre la administración y el ciudadano basada en el principio de veracidad. La fundamentación del mecanismo, similar a la que ha sido arriba mencionada, añadía que «este método de intervención estatal aseguraría que no emerja lucro cesante como consecuencia de la intervención estatal» (Bustamante, Ostoja y Camaiora, 1989, pp. 22-24)[19].

17 Matos Mar (2004) conceptualizaba este fenómeno como un enfrentamiento del «Perú Oficial» con «el desborde multitudinario de las masas, que se organizan y rebasan toda capacidad de control por parte de los mecanismos oficiales, creando las bases de una emergente estructura paralela» (p. 105).

18 Tomamos acá como base la teoría de los espacios sociales semiautónomos de Moore, según la cual los ordenamientos normativos se producen en los espacios sociales en general —sin que estos sean necesariamente organizados—, pudiendo colisionar con el derecho estatal. Al respecto, véase Guevara (2009, pp. 36-39).

19 Véase Bustamante Belaunde (1989).

En ese mismo año, 1989, se aprobaría la Ley de Simplificación Administrativa, que había sido propuesta en el primero de los mencionados documentos. Con ella, se introducían los procedimientos de aprobación automática.

Actualmente -en parte, por los mencionados problemas en la aplicación de la figura-, pese a haberse reducido, la informalidad sigue abarcando a un 72 % de la PEA (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017, pp. 49-67). En este contexto, los objetivos por los que se introdujo la figura analizada se mantienen vigentes.

6. Razón de ser de la figura

Como se puede ver en función de lo dicho en este capítulo, los procedimientos de aprobación automática se crearon para reducir la carga burocrática y simplificar las relaciones entre los ciudadanos y la administración, con la conciencia de que esto serviría para fomentar la formalidad y el crecimiento. Estos objetivos, en el contexto actual, mantienen relevancia. Los principios y lineamientos de las leyes que dieron origen a los procedimientos de aprobación automática, asimismo, fueron incorporados a la LPAG y a la Constitución de 1993, mantenido de esa manera su vigencia y sirviendo hoy para interpretar la aplicación de estos procedimientos.

Ahora se puede entender también de qué manera la LPAG, surgida en el marco de la Constitución de 1993, permite a través de los procedimientos de aprobación automática realizar varios principios de esta. Así, optimiza las libertades de comercio, trabajo e industria (art. 59) al remover trabas que de otra manera se impondrían a través de los requisitos que demanda la evaluación previa. Trabas que, como se ha visto, pueden impedir que la actividad se realice u obligar a que se desarrolle en la informalidad, no ejerciéndose estas libertades sino de manera acotada y disminuida.

Optimiza también la libre competencia buscada por artículo 61. El mecanismo de aprobación automática, como se ha visto, sirve para remover trabas de acceso al mercado. La existencia de estas supondría que solo puedan mantenerse en él las empresas con mayor capacidad económica o con mejores contactos en las entidades fiscalizadoras. Esto haría que el éxito empresarial se defina por criterios distintos a la satisfacción del interés de los consumidores, rompiendo la adecuada respuesta de estas a la demanda. Son trabas que supondrían, en suma, un escenario de mayores precios y menor calidad[20].

Finalmente, al ahorrar costos al Estado y contribuir con el crecimiento, la formalización, el correcto funcionamiento del mercado y la generación de riqueza, impuestos y empleo, el mecanismo de aprobación automática optimiza bienes constitucionales relativos a la promoción del empleo, a la prestación de servicios sociales por parte del Estado y a la defensa de los consumidores (arts. 58 y 65 de la Constitución)[21]. También el acceso al empleo -señalado por el TC como parte del contenido del derecho al trabajo[22]- se vería optimizado.

Todo esto debe considerarse cuando, al calificar procedimientos en los TUPA, se pondere para determinar si la afectación que generarían los requisitos de la evaluación previa es razonable y proporcional a los fines que esta lograría.

---

20 De alguna manera, De Soto (2009a) apunta en este mismo sentido al hablar de las consecuencias de los elevados costos de permanencia (p.185).

21 El empleo crece y mejora su calidad al crecer la economía y reducirse la informalidad. Los servicios asistenciales del Estado pueden prestarse más y de mejor manera gracias al aumento en los impuestos (por el crecimiento y formalización) y al ahorro que genera al estado evaluar menos procedimientos.

22 STC 1124-2001-AA.

7. Lineamientos para la calificación de procedimientos

A partir de todo lo desarrollado, resulta posible ordenar el razonamiento que debería seguirse para calificar procedimientos, estableciendo el *iter* que este debería recorrer y los criterios a tomar en cuenta. Debe empezarse —aunque parezca ocioso indicarlo— por determinar si lo que se tiene es, en efecto, un procedimiento administrativo. A partir de ahí, la norma puede ofrecer una respuesta clara si el supuesto calza con uno de los que prevé como afectos a regularse según la aprobación automática (o según el silencio negativo).

De no estar ante un supuesto explícitamente previsto, corresponderá —conforme lo exige el ordenamiento— ponderar si las cargas que impone al administrado la evaluación previa son razonables y proporcionales. De ser así, corresponderá —no estando el supuesto entre los taxativamente estipulados para sujetarse al silencio negativo— su regulación por silencio administrativo positivo. De no justificarse las trabas, por otra parte, corresponderá que el procedimiento —en la medida en que no se colisione con alguno de los límites puestos por la norma— se regule según el régimen de aprobación automática.

Se mantiene, a lo largo test propuesto, la requerida opción preferente por este tipo de procedimientos (ver capítulo IV, sección 1.1.). Funcionan estos —en tanto los más favorables a los derechos del administrado y en tanto así es exigido normativamente— como el supuesto base, que se puede cambiar si la situación lo justifica debidamente. Se procede así en conformidad con lo que el ordenamiento requiere[23] y con lo que a los parámetros de la idea de Estado constitucional de derecho correspondería.

7.1. ¿Es un procedimiento administrativo?

Maraví Sumar (2007) señala que «los procedimientos administrativos son aquellos en los que se requiere de un pronunciamiento de la Administración, de una aprobación por parte de esta, ya sea antes o después de la fiscalización» (pp. 207-211).

La LPAG, por su parte, los define como el «conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo» (art. 29), siendo los actos administrativos «las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta» (art. 1).

Morón Urbina (2011) añade que «el concepto acto administrativo no solo se manifiesta en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento, también denominado acto administrativo final, sino que a lo largo del procedimiento se van sucediendo diversos actos administrativos» (p. 117-118).

En los TUPA se incluyen los procedimientos iniciados a instancia de parte y los servicios prestados exclusivamente por la entidad (art. 42 LPAG). Estos últimos, sin embargo, no son procedimientos administrativos: no buscan a un pronunciamiento o aprobación de la entidad ni dan lugar a acto administrativo alguno (tienen, al decir de Morón, una naturaleza más cercana a lo contractual). Se los incorpora en los TUPA con objetivos de control. Debido a que no son procedimientos, no se los puede calificar ni como de aprobación automática ni como de evaluación previa (Morón Urbina, 2011, p. 240-244) (Maraví Sumar, 2009, pp. 199-200).

23 Opina en línea similar Morón Urbina (2011, pp. 226-227).

Si el trámite analizado no es un procedimiento administrativo, no corresponde continuar con este examen. Si lo es, procede pasar al siguiente punto (donde empieza realmente la evaluación). Si bien podría estar de más llevar a cabo este primer paso, la experiencia —como se verá en el siguiente subcapítulo— muestra casos en los que servicios prestados por la Municipalidad son calificados como procedimientos.

7.2. ¿Cae en alguno de los supuestos previstos explícitamente por el ordenamiento?

La evaluación será más breve y sencilla si el procedimiento calza con uno de los dos supuestos explícitamente previstos por la LPAG (art. 32) para regularse por aprobación automática:

- Inscripción en registros administrativos
- Habilitación de derechos preexistentes en el administrado —a través de «licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares»— que no afecte derechos de terceros.

Lo mismo ocurrirá si la coincidencia se da con alguno de los supuestos previstos por la norma para regularse según el silencio administrativo negativo (art. 37, LPAG):

- Casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medioambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación
- Procedimientos de promoción de inversión privada
- Procedimientos trilaterales
- Procedimientos que generen obligación de dar o hacer del Estado.
- Autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas
- Procedimientos por los cuales se transfiere facultades de la Administración Pública e inscripción registral de estos

Será así, también, si se está ante supuestos de materia tributaria y aduanera, cuya regulación es reservada a las normas especiales (art. 37.3, LPAG). Y lo mismo, finalmente, si se está ante «recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo», el único supuesto explícitamente previsto como tal para la aplicación del silencio positivo (art. 34.1, LPAG).

Queda, sin embargo, un espacio abierto para la habilitación de derechos preexistentes que sí pueda afectar los derechos de terceros. También, posiblemente, para los permisos cuyos objetos no estén previstos entre los supuestos del silencio negativo y para los casos en los que la petición del administrado, pudiendo afectar los bienes jurídicos mencionados en el primer punto, no suponga un riesgo de hacerlo «significativamente»[24]. Estos supuestos, en principio,

24 Incluso para buena parte de los supuestos que sí se prevén explícitamente habría cierta indeterminación, pues el último inciso del artículo 37 indica que «las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA los procedimientos administrativos señalados», salvo dos excepciones, a saber: «los procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer del Estado, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general».

podrían alternativamente regularse o por el silencio administrativo positivo o por la aprobación automática.

¿Deberían en estos casos aplicarse inmediatamente las barreras de la evaluación previa? Como se sugirió en el anterior subcapítulo, la respuesta coherente no solo con el Estado constitucional de derecho, sino con lo exigido por el ordenamiento, sería que no. En efecto, la LPAG requiere presumir la veracidad de la documentación presentada por los administrados y privilegiar los controles posteriores (art. IV, incisos 1.7 y 1.16). Exige también que los requisitos exigidos sean «racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir» y que se mantenga «la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido» (art. IV, incisos 1.4 y 1.13).

Por tanto, en estos casos corresponderá ponderar —considerando criterios de razonabilidad y proporcionalidad— la protección de intereses sociales que generaría imponer las cargas de la evaluación previa y la optimización de derechos que permitiría la aprobación automática. Máxime cuando los principios de la LPAG, además de sustento de las reglas planteadas por esta, son criterios interpretativos de las mismas y parámetros para suplir los vacíos del ordenamiento (art. IV, numeral 2).

7.3. ¿Se justifican las cargas de la evaluación previa?

7.3.1. Idoneidad.

Habiendo llegado a este punto del examen, se tiene que hay del otro lado derechos o bienes jurídicos que proteger, en tanto que podrían verse afectados por la aprobación automática de lo solicitado. Corresponde ante ello, en primer lugar, evaluar si imponer las trabas que supone la evaluación previa sirve para ello. Esto es, si la revisión *ex ante* del cumplimiento de lo exigido es útil para prevenir los daños que podrían generarse de no ocurrir el mismo.

7.3.2. Necesidad.

Las trabas que supone la evaluación previa deben, además, ser necesarias para proteger los derechos o bienes jurídicos en cuestión. Esto es, no deben tener alternativas menos lesivas e igual de eficientes para lograr el fin propuesto (Landa, 2010, p. 26). Al respecto, debe considerarse que la fiscalización posterior permite certeza y un mayor conocimiento de la afectación que el control *ex ante*, que condiciona y suspende la actividad por la mera probabilidad de una afectación. Siendo una alternativa más gravosa, la evaluación previa deberá necesariamente ser más efectiva para pasar esta subetapa de la evaluación.

Tenderá en principio a serlo, en tanto la no realización de la actividad elimina cualquier posible riesgo asociado a esta. Sin embargo, impedir que se lleve a cabo una actividad privada lícita por regulaciones administrativas lleva muchas veces en la práctica a su realización informal. La experiencia del país, como se ha descrito párrafos arriba, lo muestra largamente. Esta actividad, de transcurrir en la informalidad, se realizará sin estar sujeta a la fiscalización posterior que recaería sobre ella si hubiera sido aprobada automáticamente, y sin que la administración tenga sobre esta la información que, de otro modo (en el procedimiento de aprobación automática), le hubiera sido proporcionada.

7.3.3. Proporcionalidad.

Las trabas impuestas por la evaluación previa, en tercer lugar, deben permitir una protección mayor a la afectación que implica suspender y dificultar la realización de una actividad a la que el administrado, en principio, tiene derecho[25] (o que, en caso se abarquen los permisos no mencionados entre los supuestos afectos al silencio negativo, pertenece de cualquier forma a la esfera privada).

Para determinar la proporcionalidad, creemos posible extrapolar, por su utilidad para ordenar el razonamiento, lo que la teoría constitucional de la ponderación propone para otros contextos. La evaluación por esta formulada considera la afectación/optimización del derecho en el caso concreto, su peso abstracto, y la certeza de que ello ocurra (Bernal Pulido, 2005, pp. 24-25)[26]. Los tres elementos pueden abordarse con lo trabajado previamente.

La afectación en el caso concreto tendrá que ver con las consecuencias económicas y sociales de la calificación, abordadas en el subcapítulo de análisis funcional y en el relativo a la razón de ser del mecanismo.

Del lado de los derechos y bienes jurídicos que se verían afectados por las cargas de la evaluación previa están (presentándose unos u otros en función del caso concreto) la reducción de los costos de la formalidad, las libertades de comercio, trabajo e industria (art. 59 Const.), la libre competencia (art. 61 Const.), la promoción del empleo (art. 58 Const.), la prestación de servicios sociales por parte del Estado y la defensa de los consumidores (art. 65 Const.).

Del lado de los intereses protegidos por el sometimiento del procedimiento a evaluación previa -variando igualmente según el supuesto de que se trate-, se tendrá en algunos casos la resolución de asimetrías informativas -relacionándose también con la defensa de los consumidores- y en otros la protección de bienes públicos o de titularidad difusa.

El peso abstracto de los derechos, por su parte, puede determinarse por los objetivos de la figura y de los principios que la inspiran, así como por las intenciones del legislador y el constituyente responsables de una y otros. Todo esto se analiza en el capítulo precedente, viendo que con la aprobación automática —entre otras figuras— se buscaba hacer frente a un contexto de contracción económica e informalidad desbordada, haciendo más accesible la formalidad y más eficiente el Estado a través de la simplificación administrativa. Se buscaba también realizar los principios del capítulo económico de la Constitución, inspirados por la economía social de mercado.

La certeza de la afectación, finamente, puede abordarse tomando en cuenta la consideración mencionada previamente sobre la limitación del conocimiento que se tiene respecto de los potenciales efectos de permitir la realización de la actividad a aprobarse. En efecto, se está en este ejercicio de ponderación comparando una afectación segura (las trabas que se impondrán al administrado de exigirse la evaluación previa) contra una posible (la potencial afectación de intereses de terceros en caso el administrado no cumpla los requisitos exigidos).

8. Calificación de procedimientos de aprobación automática en TUPAS

Ya se ha comentado que la determinación de los procedimientos que son de aprobación automática debe realizarla cada entidad en su TUPA. Al respecto, se indicaba que suelen producirse

25 Cuando no imposibilitar dicha realización, como en los casos referidos por el ILD que se describen en el capítulo precedente.

26 Véase Bernal Pulido (2005).Este texto, junto con el anteriormente citado, sirve como orientación en general para esta sección del trabajo.

en ello un número significativo de errores, con una tendencia general a calificar la mayoría de los procedimientos como de evaluación previa sujeta al silencio administrativo negativo (Maraví Sumar, 2007, pp. 210-211).

Maraví Sumar identificaba dos factores como los principales causantes de la situación. En primer lugar, el extendido incumplimiento de algunas disposiciones de la LPAG, debido en parte al desconocimiento o mala compresión de aspectos de la normatividad vigente. En segundo lugar, «la resistencia burocrática a trabajar sobre la base de la presunción de veracidad y la fiscalización posterior» (Maraví Sumar, 2007, pp. 202-203), debida por un lado a «la falta de un eficiente sistema de control […] sobre simplificación administrativa» y por el otro a la ausencia de una adecuada fiscalización posterior (Maraví Sumar, 2000, pp. 291-294).

Esta situación produce dos grandes problemas para el caso de la calificación de procedimientos administrativos: la calificación como tales de supuestos que no lo son (generalmente meras remisiones de información o servicios prestados por la entidad) y la calificación bajo un mecanismo que no corresponde (siendo este generalmente el silencio negativo) (Maraví Sumar, 2007, pp.210-211).

A continuación, se revisarán algunas de estas situaciones, no con la finalidad de detectar los problemas y las tendencias en la elaboración de los TUPA del país —lo que excedería al objeto de este trabajo—, sino con el objetivo de ejemplificar en casos puntuales los lineamientos de calificación arriba propuestos. No se busca que los procedimientos elegidos sean representativos de alguna situación nacional, solo que sean explicativos de los criterios que este trabajo plantea.

Se comenzará por casos en los que la calificación fue correcta, para luego pasar a situaciones en las que se califica como procedimientos de aprobación automática a trámites que no constituyen procedimientos administrativos. Luego, se terminará analizando casos en los que los procedimientos que debían ser de aprobación automática fueron calificados como de evaluación previa.

9. Procedimientos de aprobación automática correctamente calificados

9.1. Licencia de Habilitación Urbana: aprobación de proyectos de habilitación urbana con autorización de las obras a ejecutar (modalidad B: con firma de profesional responsable) - Municipalidad Metropolitana de Lima.

Se trata de un procedimiento administrativo que busca la autorización de la Municipalidad Metropolitana de Lima (consistente en un acto administrativo) para obtener un resultado favorable para el administrado que le permita desarrollar la actividad de construcción.

¿Debe esta autorización ser automática? En este trabajo se considera que sí, en tanto calza con uno de los supuestos previstos por la LPAG para regularse de esta manera: «la obtención de licencias […] que habiliten para el ejercicio continuado de actividades […] económicas […] en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros».

La potencial afectación derechos de terceros en tanto este procedimiento parece débil, en tanto el procedimiento se refiere solo a uno de los pasos necesarios para construir formalmente. Entre los requisitos para su aprobación, además, se encuentran procedimientos ya sujetos a evaluación previa, como el certificado de inexistencia de restos arqueológicos o el certificado de zonificación y vías.

Si hubiera, no obstante, que ponderar —en la posibilidad de que la aprobación automática de esta licencia generase potencial afectación de intereses de terceros—, cabría decir que, dadas las exigencias y revisiones previas ya cumplidas, no parece que añadir una revisión más por parte de la Administración vaya a optimizar el cumplimiento de las normativas relativas a construcción en una medida que justifique los costos para la Administración y los administrados.

Sería preferible delegar este tramo de la labor revisora (labor que la Administración ya ha llevado a cabo en los procedimientos previos) al profesional competente y dejar que opere el principio de veracidad. Esto en particular porque la actividad habilitada es una de desarrollo bastante prolongado, siendo fácilmente controlable a través de fiscalización posterior.

9.2. Copias certificadas y/o reproducción de información diversa -Servicio de atención al ciudadano de INDECOPI.

Indica Morón Urbina (2011), como se citaba líneas arriba, que los actos administrativos no solo están presentes «en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento», sino que se van sucediendo a lo largo de este (Morón Urbina, 2011, p. 118).

La reproducción de información «diversa» deja dudas sobre la posibilidad de que se trate de un servicio (se requeriría saber de qué información se habla en cada situación). Sin embargo, la «obtención de […] copias certificadas que habiliten para el ejercicio continuado de actividades […] en el ámbito privado» es mencionada expresamente por la LPAG entre los procedimientos a calificarse como de aprobación automática. Cabría entender que, en tanto se ubique en un procedimiento más amplio destinado a habilitar un derecho preexistente, es uno de los actos administrativos distintos de la resolución del procedimiento que se van sucediendo a lo largo de este.

Estando el supuesto explícitamente previsto en la ley, quedaría solo demostrar que la aprobación automática no afecta los derechos de terceros (para que termine de calzar en el artículo 32.4) o que la potencial afectación no justifica la imposición de las cargas de la evaluación previa (resolviendo la cuestión en el tercer paso del test).

No se detectan —salvo mejor parecer— las posibles afectaciones que podría en abstracto generar la entrega de una copia certificada. Del otro lado, sin embargo, están la reducción de trabas administrativas, el ahorro de costos tanto para el administrado como para el Estado y el facilitamiento de la actividad de los particulares.

10. Procedimientos de aprobación automática que no lo son

10.1. Alquiler de maquinaria pesada - Región Huancavelica.

En este supuesto —detectado por Maraví Súmar (2007, p. 211)—, se está ante un trámite indebidamente consignado como procedimiento administrativo sin serlo. Se trata de un servicio prestado por la Municipalidad: el acto jurídico emitido por esta en respuesta a la solicitud tiene una naturaleza más cercana a la aceptación de una oferta contractual que a un acto administrativo, que no tendría la lógica de relación convencional y bilateral aquí presente. Se trata, además, de un trámite indebidamente consignado en el TUPA, en tanto que el servicio no es prestado en exclusividad por la entidad.

No siendo un procedimiento administrativo, no corresponde, como se indicó previamente, su calificación como de aprobación automática o evaluación previa.

10.2. Depósito y guardianía de vehículo en estado de abandono, con signos evidentes de no estar en condiciones de movilizarse - Municipalidad Metropolitana de Lima.

En este supuesto tampoco se pasa la primera etapa del test, en tanto que no se está ante un trámite que pueda ser calificado con las categorías trabajadas. No se trata de un procedimiento a instancia de parte, sino ante un acto propio de un procedimiento sancionador (distinto del procedimiento administrativo general). En este, la Administración procede de oficio a aplicar la técnica de comiso. Tan evidente es que no se trata de un procedimiento a instancia de parte —ni querido por ningún administrado, desde luego— que ni siquiera se consignan los requisitos. Solo se indican, además de la subgerencia competente, la lista de precios en función del tipo de vehículo.

11. Procedimientos de aprobación automática erróneamente calificados como de evaluación previa.

11.1. Registro y reconocimiento de organizaciones sociales no dedicadas a labores de apoyo alimentario del Cercado de Lima - Municipalidad Metropolitana de Lima.

Se está ante un procedimiento administrativo. Para las personas jurídicas, el registro sí es una formalidad indispensable para su conformación, de otro modo serían organizaciones de personas no inscritas. De este modo, el procedimiento en cuestión consistiría en pedir la aprobación de la Municipalidad Metropolitana de Lima para que la organización social empiece a existir como tal.

El supuesto está previsto en la LPAG como correspondiente a regularse según la aprobación automática. «Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, […] la inscripción en registros administrativos», estipula el ya citado artículo 32.4. Sin embargo, este procedimiento figura en el TUPA como sujeto a evaluación.

No se ve por qué la constitución de una organización dedicada a labores sociales, por no cumplir con determinadas formalidades registrales, atentaría contra contenidos constitucional o legalmente protegidos. Podría —buscando argumentos que defiendan la posición de la Municipalidad— tratarse de una simulación. Sin embargo, las personas jurídicas suponen por definición actividades continuadas en el tiempo, de manera que esta podría ser intervenida por la fiscalización posterior; con mayor certeza que a través del tanteo de la fiscalización *ex ante*.

Si bien no es necesario entrar en la ponderación en sentido estricto, no está de más decir que la evaluación previa impuesta a este procedimiento no solo no aporta ventajas, sino que perjudica a los sectores necesitados de la sociedad, que se verían beneficiados con las actividades de la organización cuya creación se ve dificultada.

11.2. Licencias de funcionamiento: establecimientos con un área de hasta 100 m² - Municipalidad de Miraflores.

Lo comentado supone, efectivamente, un procedimiento administrativo, en tanto que consiste en buscar la aprobación de la Administración para la realización de una actividad. En el presente caso, dicha aprobación está regulada por el silencio positivo. ¿Es pertinente ello?

El supuesto calza, en principio, con la descripción dada por la ley de los supuestos a regularse según la aprobación automática: «obtención de licencias […] que habiliten para el

ejercicio continuado de actividades […] económicas […] en el ámbito privado» (art. 32, inc. 4, LPAG). El caso, de hecho, es muy similar al que se vio líneas arriba, que sin embargo estaba —correctamente— calificado como de aprobación automática.

Lo que problematiza la interpretación de este supuesto es la posibilidad de que afecte derechos de terceros. Como se ha dicho, esto debe resolverse ponderando. La evaluación previa es en principio idónea para asegurar el cumplimiento de las ordenanzas municipales que regulan la actividad comercial. Los requisitos de estas se limitan a solicitar información sobre seguridad, por lo que este sería el bien jurídico protegido.

La justificación para las cargas de la evaluación previa, sin embargo, encuentra problemas en el test de necesidad. Las inspecciones *in situ*, como parte de la fiscalización posterior, podrían dar igual o mayor certeza del cumplimento o incumplimiento de las medidas de seguridad exigidas que la previa presentación de documentación respecto del futuro cumplimiento de las mismas.

En caso ello, por algún motivo, no fuera sí, correspondería evaluar proporcionalidad. Habría que considerar que poner cargas burocráticas a la actividad económica, según se vio previamente, genera costos tanto para las entidades como para los administrados, desincentiva la formalidad, dificulta el crecimiento, atenta contra la libre competencia y lleva al desaprovechamiento de oportunidades de generación de riqueza, tributos y empleos. Como contraparte a estas afectaciones (entre las que puede haber distintas intensidades), se tendría una optimización leve del bien jurídico Seguridad, protegible de todos modos mediante fiscalizaciones posteriores -que, siendo hechas por la misma entidad, no podrían funcionar mucho peor que las previas-. Se trataría, en este sentido, de una regulación desproporcional.

11.3. Autorización provisional de funcionamiento temporal en la vía pública del Cercado de Lima (comercio ambulatorio/informal, solo en zonas autorizadas) y en campos feriales municipales o privados.

También aquí se está ante un procedimiento administrativo propiamente dicho, que busca una declaración autorizante de parte de la Administración. En este caso, sin embargo, es regulado bajo el silencio negativo. ¿Esta limitación se justifica? En este trabajo, se considera que no. Puede verse que no encaja en ninguno de los supuestos que la ley prevé para ser regulados excepcionalmente por esa figura (art. 37, LPAG). En tanto los supuestos del silencio negativo son taxativos, la figura solo podría regularse por aprobación automática o por silencio positivo.

¿Cuál de las dos posibilidades corresponde? Como se decía del caso anterior, este supuesto, en principio, encaja dentro de lo previsto por la LPAG para la aplicación del mecanismo de evaluación previa, en tanto autorización solicitada por particulares para actividades económicas privadas.

No queda claro -como es usual- si podría afectar los derechos de terceros. De existir la posibilidad, habría que evaluar proporcionalidad. La única información requerida en el procedimiento, de la forma en que está regulado, es la inscripción en el padrón municipal, particularmente inútil para una evaluación previa que pretenda anticiparse a posibles conductas indeseables del ambulante (que de todos modos no se tiene forma de saber si realizará).

Asumamos, sin embargo, que una exigencia diversa sí permitiría pasar el *subtest* de idoneidad. Sobre la necesidad, habría que conservar que la evaluación previa resulta acá, donde no se inspecciona un local, menos útil que en el caso anterior y menos útil además que la fis-

calización posterior, que sí permitiría conocer lo que realmente están haciendo los vendedores ambulantes.

No es necesario llegar a la ponderación en sentido estricto, pero puede hacerse aquí por fines explicativos. Habría que considerar, para esta, que los costos a la formalidad, a la Administración y a la sociedad en general que impone la evaluación previa no se justifican por regular una actividad en principio legal y de poco probable lesividad, que además puede controlarse bien a través de la fiscalización posterior.

A ello se suma que la manera en que la Municipalidad Metropolitana de Lima regula el supuesto que se comentó es contraria al propio sentido de la figura legal y de la norma. Los mecanismos de aprobación automática, como se vio, se crean para facilitar el desarrollo de la actividad económica en la formalidad, precisamente tras una experiencia de restricciones al comercio ambulatorio que mostraron ser contraproducentes. Estos fines de incorporar a las mayorías nacionales a la legalidad oficial (en un contexto donde, siendo informal el 72 % de la PEA, aun es necesario) se trasmiten a la LPAG tanto por vía directa de sus antecesoras (de las que toma las figuras y los principios) como a través de la Constitución del 93.

12. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se ha buscado establecer pautas útiles para la calificación de los procedimientos de aprobación automática. Criterios que ayuden a entender el sentido que tienen en el ordenamiento, los fines con los que fueron incorporados a este y su funcionalidad socioeconómica.

En un primer análisis de corte sistemático se vio que existe en el ordenamiento una opción preferente por los procedimientos de aprobación automática, sustentada tanto en los principios constitucionales de libre iniciativa privada y libre competencia que este mecanismo ayuda a optimizar como en los principios legales de veracidad, privilegio de controles posteriores, simplicidad y celeridad. Estos, a su vez, desarrollan los principios constitucionales mencionados y, por previsión del segundo inciso del artículo 4 del título preliminar de la LPAG, informan el ordenamiento administrativo.

Además de ver que goza de una opción preferente, en el análisis sistemático se constató que el mecanismo de la aprobación automática debe aplicarse tomando en cuenta las herramientas del test de razonabilidad y proporcionalidad y el análisis costo-beneficio. Así, la calificación no podrá limitarse al artículo 32 de la LPAG, sino que deberá considerar los principios que este desarrolla y la funcionalidad socioeconómica que sigue.

En el análisis histórico, se vio que la LPAG se nutre de sus antecesoras, la Ley de Simplificación Administrativa de 1989 y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada de 1991. Esto ocurre tanto directa como indirectamente.

La influencia se da, directamente, por la recepción por parte de la LPAG de los mecanismos y principios incorporados en estas normas previas, varios de ellos puestos expresamente en la ley hoy vigente. Indirectamente, opera a través de la Constitución de 1993, que fue prefigurada en sus aspectos económicos por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y que, obviamente, inspira hoy a la LPAG.

En este sentido, corresponde interpretar la LPAG y en particular la calificación de los procedimientos administrativos de aprobación automática según las ideas de simplificación administrativa y fomento de la inversión privada que le dieron origen.

Se vio también, en los aspectos sociales del análisis histórico, que el mecanismo de la aprobación automática surge buscando hacer frente a los problemas de contracción económica e informalidad que enfrentaba el país a fines de la década de 1980. Esto, en conjunción con la persistencia -si bien aminorada- del fenómeno de la informalidad, abona a lo que se indicaba líneas arriba sobre la necesidad de interpretar la figura considerando los objetivos que se tenía de hacer frente a esta situación. Y, más ampliamente, la opción por la economía social de mercado, que abarca tanto a las normas mencionadas como la Constitución económica.

Finalmente, en el análisis funcional se entendió el modo en que el mecanismo de la aprobación automática genera condiciones favorables al crecimiento económico y reduce los costos de la formalidad. A ello se añadió la explicación de cómo optimiza los bienes constitucionales de libre competencia, acceso al empleo y prestación estatal de servicios sociales; además de ahorrar costos al Estado. Todo ello permite entender mejor el fin con el que dicha figura fue incorporada en el ordenamiento y conservada en la LPAG. Sirve también para conocer lo que está en juego cuando se pondera para calificar procedimientos administrativos.

Integrando todo lo previamente analizado, resultó posible elaborar lineamientos para la correcta calificación de los procedimientos de aprobación automática. Se propone empezar por verificar que el trámite incluido en el TUPA sea, efectivamente, un procedimiento administrativo. A partir de ahí, sigue evaluar si el procedimiento calza en algunos de los supuestos expresamente previstos por la Ley para la aprobación automática o —definiendo negativamente el ámbito de esta— para el silencio positivo, el silencio negativo o normas especiales.

En caso el procedimiento analizado esté en el espacio dejado entre estas previsiones, corresponde finalmente ponderar tomando en cuenta las particularidades del caso. Estas se relacionan tanto a los pesos abstractos de los derechos en juego (dados por los análisis teleológico e histórico) como a la forma en que suelen darse las afectaciones y optimizaciones concretas (explicada en el análisis funcional), además de a la diferencia de certeza que ofrecen los controles *ex ante* y *ex post*.

REFERENCIAS

Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña y E. Villanueva, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: UNAM.

Brewer-Carías, A. (2011). La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444). *Derecho PUCP,* (67), 47-76.

Bustamante Belaunde, A. (1989). *Estado mercantilista: economía informal y reformas institucionales.* Lima: Instituto Libertad y Democracia.

Bustamante Belaunde, A. (2009). Análisis del título preliminar. En Maraví Sumar, M. (Comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: libro en homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde* (pp. 17-124). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Congreso del Perú. (1989). Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa. Lima: Congreso de la República del Perú.

Congreso Constituyente democrático. (1993). Constitución Política del Perú.

Danós, J., Morón, J. C., y Ochoa, C. (2007). Mesa redonda: La nueva Ley del Silencio administrativo. *Revista de Derecho Administrativo,* (3), 285-296.

De Soto, H. (2009a). *El misterio del capital: por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima: Norma.

De Soto, H. (2009b). *El otro sendero: la respuesta informal a la violencia*. Lima: Norma.

Espinoza-Saldaña, E. (2011). Principios del procedimiento administrativo: un balance crítico respecto de lo previsto en la Ley 27444. En V. Baca y D. Zegarra, *La Ley del Procedimiento Administrativo General: 10 años después* (pp. 279-288). Lima: Palestra.

Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B.

Guevara, A. (2009). Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Guzmán Napurí, C. (2016). *Manual del procedimiento administrativo general* (2.ª ed.). Lima: Pacífico Ediciones.

INDECOPI. (2007). Resolución Nº 0274-2007/CAM-INDECOPI, Lineamientos de la Comisión de Acceso al mercado sobre simplificación administrativa. Lima: Indecopi, 14 de diciembre.

INDECOPI. (2015). Texto Único de Procedimientos Administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Lima: INDECOPI, 15 de diciembre.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Producción y Empleo Informal en el Perú: Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2016*. Lima.

Laguna de Paz, J. C. (2007). La autorización administrativa: entre la Escila del dogmatismo y el Caribdis del relativismo. En T. M. Fernández, J. C. Laguna de Paz, J. L. Piñar, M. Gómez y L. Rebollo, *La autorización administrativa. La autorización electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 122-143). Navarra: Aranzadi.

Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.

Maraví Sumar, M. (2000). La simplificación administrativa, un asunto complejo. *Themis. Revista de Derecho*, (40), 289-299.

Maraví Sumar, M. (2007). Lecciones aprendidas de la aprobación de TUPAS en el marco de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. En D. Zegarra Valdivia, E. Espinoza-Saldaña y J. D. Ordóñez, *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (pp. 201-216). Lima: Palestra editores.

Maraví Sumar, M. (2009). El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa. En M. Maraví Sumar (Comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: libro en homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde* (pp. 173-221). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Maraví Sumar, M. (2017). «Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256» *Ius et veritas,* (54), 66-99.

Matos Mar, J. (2004). *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima: IEP.

Morón Urbina, J. C. (2011a). Los procedimientos administrativos: contribución para su útil calificación. En D. Zegarra Valdivia y V. Baca Oneto (Coord.), *La Ley de procedimiento administrativo general. Diez años después* (pp. 211-253). Lima: Fondo editorial de la PUCP.

Morón Urbina, J. C. (2011b). *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general* (9.ª ed.). Lima: Gaceta.

Municipalidad Regional de Huancavelica. (2003). Resolución Ejecutiva Regional 326-2003 GOBREG-HVCA/PR, Resolución que aprueba el Texto Único de Procedimientos administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Huancavelica: Municipalidad Regional de Huancavelica, 21 de octubre.

Municipalidad Metropolitana de Lima. (2009). Ordenanza N° 1334, Ordenanza que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 28 de diciembre.

Ostoja, A., Bustamante J. A., y Camaiora, A. L. (1990). *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización* (2.ª ed.). Lima: Instituto Libertad y Democracia.

Paniagua Corazao, V. (1992). *¿Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo* o *Ley General de Procedimiento(s) Administrativo(s)? IUS ET VERITAS*. Lima.

Paniagua Corazao, V. (2009).La actividad de limitación. En T. Cano (Coor.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas* (Vol. II). Madrid: Iustel. Poder Ejecutivo. (1967). Decreto Supremo 006-67-SC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo. Lima: Poder Ejecutivo.

Poder Ejecutivo. (1989). Decreto Supremo 070-89-PCM, Decreto Supremo que reglamenta la Ley de Simplificación Administrativa. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada. Lima: Poder Ejecutivo, 8 de noviembre.

Poder Ejecutivo. (2007). Decreto Supremo 096-2007-PCM, Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros, 13 de diciembre.

Poder Ejecutivo. (2017). Decreto Supremo 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Ministerio de Justicia, 20 de enero.

Rivera, L. I. (2014). *Macroeconomía. Un enfoque de sentido común*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Rebollo Puig, M. (2009). «La actividad de limitación», en ob. col. T. Cano Campos (coord.): Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, vol. II, Iustel. 1ª ed., 33-42.

Súmar Albújar, O. (2012). Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica. *Themis. Revista de Derecho*, (62), 27-42.

Súmar Albújar, O. (2015). La Corte de Roberts (la Corte suprema de Estados Unidos) vs el Tribunal Constitucional peruano: La libre competencia en la jurisprudencia constitucional. *Themis. Revista de Derecho*, (67), 217-225.

COMENTARIOS

Juan Carlos Morón Urbina
Departamento Académico de Derecho, PUCP

Una de las mayores satisfacciones de un docente es ver fructificar la semilla que sembró en los alumnos. Ese sentimiento tengo desde que me pidieron comentar este artículo. Su autor, Pablo Ferreyros Quiñones, fue alumno del curso de Derecho Administrativo I hace unos ciclos atrás, y el presente artículo es el desarrollo de una monografía que como parte del curso solicite a los alumnos para promover su actitud investigativa. Recuerdo las reuniones extrahorarias que tuvimos conversando sobre la historia reciente de la regulación del procedimiento administrativo en Perú, y sobre las fuentes que podía tener en cuenta para su investigación.

Como sabemos, los procedimientos de aprobación automática son aquellos instituidos sobre la base de la presunción de veracidad, donde lo pedido se considera aprobado desde el mismo momento en que se presenta ante la entidad la solicitud o el formulario a condición de haber cumplido satisfactoriamente con aportar conjuntamente con el pedido la evidencia documental que la autoridad considera suficiente para el efecto y por ello la consigna en el respectivo TUPA. De manera similar, aparece definido en los Lineamientos Técnicos de INDECOPI, como «aquellos en los que lo solicitado por los ciudadanos se considera aprobado con la sola presentación de la solicitud ante la entidad administrativa competente, siempre que la solicitud este acompañada de los requisitos exigidos para tal efecto».[27]

Con el objetivo de permitir la celeridad en la iniciativa y actividades socioeconómicas, se emplea esta modalidad de procedimientos, sustituyendo íntegramente las técnicas de autorización (licencias, permisos y autorizaciones) por una suficientemente documentada comunicación del inicio de la actividad social o económica del particular, y sustituyendo la potestad de la autoridad de emitir una decisión habilitante por un acto ficticio de aprobación y una acción de fiscalización posterior que le habilita investigar y, en su caso, desautorizar la actividad si comprueba falta de presupuestos legales o la falsedad en la información o documentación proporcionada. Por ello, se puede afirmar con razón que mediante esta categoría se eliminan los procedimientos tradicionales para dar paso a una simple comunicación documentada desde el exterior.

En vez de que los procedimientos sean substanciados por el administrado dentro de la Administración, los informa y documenta desde fuera al presentar toda la probanza necesaria con su solicitud.

Con la calificación de procedimientos de aprobación automática, los procedimientos anteriores de permisos y autorizaciones, virtualmente se convierten en avisos del inicio de actividades, con cargo a la aleatoria fiscalización posterior que la autoridad puede realizar para evitar cualquier forma de engaño o fraude. Este trámite interno implica verificar de oficio, mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos,

27 Las ideas contenidas en este párrafo y los posteriores se han esgrimido en Morón Urbina, J. C. (2011). Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general (9.a ed.). Lima: Gaceta.

de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado para obtener automáticamente el derecho solicitado. De comprobarse el fraude, se aparejan consecuencias gravosas para el administrado para hacer efectiva su responsabilidad frente a la Administración, incluida la anulación del acto facticio surgido de la aprobación automática.

El ensayo en sí confirma aquella preocupación que ya mostraba el autor sobre las diversas formas de relación que se pueden establecer entre los derechos ciudadanos y las modalidades de intervención administrativa, muchas de las cuales ahogan la iniciativa privada con inacabables e inciertos procedimientos. Procedimientos de evaluación previa que a veces adoptan forma de prolongados trámites burocráticos inoficiosos. Por eso, es digno de destacar el enfoque económico del ensayo para asociar la aprobación automática con la libertad fundamental para el desarrollo de actividades.

El autor identifica también cómo, a pesar de la preferencia que el ordenamiento jurídico administrativo tiene por el procedimiento de aprobación automática (o el no-procedimiento), la practica administrativa les ha reducido a casos menores y de prestaciones efectivas de servicios administrativos a los ciudadanos.

En su trabajo consolida la trayectoria normativa de este procedimiento administrativo vinculándolo con los modelos económicos imperantes en cada momento. Desde la Ley de Simplificación Administrativa de 1989, hasta el recientemente modificado Texto Único Ordenado de la LPAG, pasando por las leyes de promoción de la inversión privada que lo impulsaron. Es un interesante decurso de la evolución de este procedimiento administrativo.

No obstante su interesante desarrollo, como toda obra humana es perfectible, y me corresponde comentar que hubiese sido muy interesante que el autor acudiera a fuentes directas y no únicamente indirectas para comprobar sus afirmaciones (como cuando indica que la fuente de este procedimiento fue la Paperwork Reduction Act de 1980, sin adentrarse en la norma misma y solo citar fuentes que solo lo afirman). También podría ser interesante que el ensayo analizara los supuestos que el TUO de la Ley 27444 ha determinado que sean necesariamente de aprobación automática, para explicarlos y tratar de plantear a qué otros temas podrían serles aplicables esta modalidad de procedimiento). Son solo sugerencias para el futuro.

RESPUESTA DEL AUTOR

Es un gusto que este artículo haya sido comentado por un especialista como el profesor Morón. Además de su relevancia académica en el tema desarrollado, se trata de quien aportó a esta investigación consejos que fueron de gran ayuda para su desarrollo.

Sus sugerencias, como en el proceso de elaboración del artículo, son siempre valiosas y bien recibidas. Acudir a más fuentes primarias para los antecedentes en el derecho comparado —y no solo nacionales— de la actual regulación de los procedimientos administrativos sin duda hubiera aportado en profundidad. No solo dentro de los límites de este trabajo, sino para entender mejor el funcionamiento y los ajustes pendientes —a nivel de política pública— del esquema nacional.

En el país se planteó la aprobación automática de procedimientos como una herramienta de simplificación administrativa, y en la teoría fue una buena idea. Pero la aplicación, dejada en manos de las entidades ante las cuales el procedimiento habrá de seguirse, no funcionó al nivel esperado. En el artículo, menciono como posibles causas el insuficiente entendimiento de la figura, la poca claridad en algunos aspectos de su regulación y el miedo de los funcionarios a acabar emitiendo actos administrativos que no corresponden. Sin embargo, parte del problema podría tener que ver con el esquema escogido en el ordenamiento para aplicar la figura. Los funcionarios a cargo de la calificación de procedimientos podrían no tener siempre los mejores incentivos. Es algo en lo que vengo pensando hace algún tiempo.

En 1971, W. A. Niskanen observó que los funcionarios públicos responden, como cualquier persona, a los incentivos y limitaciones propios de su entorno. Un mayor presupuesto discrecional para sus entidades permite a los funcionarios destinar parte de este a conceptos que los benefician indirectamente[28]. La evidencia ha mostrado consistentemente que los funcionarios tienden a buscar ampliar sus presupuestos (ampliar presupuestos totales lleva usualmente a mayores presupuestos discrecionales)[29]. No hay una relación fuerte con sueldos o ascensos profesionales. Sin embargo, parte de la explicación podría estar en que sí permite mayor poder, más prestigio o mejores condiciones de trabajo[30].

Si los funcionarios efectivamente logran conseguir mayores presupuestos, es una cuestión aparte. Dependerá en buena cuenta de la situación en que se encuentren. El modelo

---

28 Entendido como la diferencia entre el presupuesto total y el costo mínimo de cumplir los objetivos requeridos por la autoridad política a la que la entidad está adscrita. Véase Niskanen, W. (1996). *Bureaucracy and Public Economics* (pp. 269-282). Washington: Edward Elgar Publishing.

29 Lynn, L. (1991). *The budget-maximizing bureaucrat: is there a case?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. Tambien, Dion, S. y André, B. (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991.

30 Lynn, L. (1991). *The budget-maximizing bureaucrat: is there a case?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. Tambien, Dion, S. y André, B. (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991.

inicial de Niskanen piensa en entidades dependientes de un patrocinador político (en el caso peruano, el MEF) que las financia. La entidad buscará tener una mejor posición de cara e este en la negociación de su presupuesto. Ampliar su *output* de controles servirá contingentemente para ello.

En el caso analizado sin embargo, buena parte de las entidades (municipalidades, notablemente) no recibe de otra su presupuesto, sino que lo obtienen directamente de los administrados. Aquí, la reticencia a reducir controles previos podría explicarse porque hacerlo sí afecta directamente el presupuesto de la entidad, en la medida en que cobre por ello[31].

La teoría de Niskanen tiene una serie de críticas: los funcionarios normalmente no maximizan (aunque usualmente busquen aumentar) su presupuesto, aumentar la producción de la entidad no aumenta necesariamente su presupuesto, los políticos encargados de fijar los presupuestos no son pasivos respecto de los planteamientos de la Administración. Niskanen tuvo que reformular su planteamiento para hacer frente a las objeciones, y aun así hay puntos que no han sido sólidamente corroborados por la evidencia. Sin embargo, en su versión reformulada, de corte general y aproximativo, sirve para entender parte del problema en el esquema peruano de calificación de procedimientos: hemos dejado la actividad en quienes a veces tienen los incentivos incorrectos[32].

Los procedimientos no son calificados por la propia entidad en todos los ordenamientos. Sería interesante revisar cómo funciona la calificación y quién está a cargo de hacerla en los sistemas en los que se inspiró la figura de aprobación automática. Si en estos el esquema funciona mejor, tendríamos algunas ideas sobre cómo hacer las cosas. Esto debería complementarse con una revisión general de cómo se resuelve —o agrava, según el caso— en distintos ordenamientos comparados el problema agente-principal entre la Administración Pública y la población.

Un trabajo de este tipo, con una metodología predominantemente empírica, excede los alcances del presente ensayo. Creo, sin embargo, que es posible esbozar algunos de los puntos que podría tener. Una forma de resolver el problema de incentivos aquí descrito es encargar la calificación de los procedimientos a un ente que no se beneficie de poner controles previos. Algo de esto se hizo en diciembre de 2016, con el Decreto Legislativo 1272. Esta norma creó procedimientos estandarizados, con una calificación que viene dada por la PCM y que las entidades deben seguir obligatoriamente.

Sería posible argumentar que el hecho de que la PCM se encargue de crear cada nuevo procedimiento administrativo del país, podría generar problemas prácticos. Es de suponer que las entidades necesitan ir creando nuevos procedimientos que se adapten a sus contextos y necesidades, los cuales la PCM puede no conocer en suficiente detalle. Podría quizá solucionarse con

31 Las entidades, por previsión de la LPAG, no pueden cobrar por trámites más de lo que éstos les cuestan. Sin embargo, puede pensarse que no siempre será fácil individualizar el costo de los mismos para asegurar el cumplimiento de esta exigencia, que tendería a ser aproximado. En muchos casos, asimismo, el control es en la práctica mínimo o virtualmente inexistente (para gobiernos locales, en ocasiones, no queda mucha más opción que la CEB, que afronta una sobrecarga considerable). Así, habría espacio para expansión tanto del presupuesto total como del discrecional.

32 Dion, S. y Blais, (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion, Stéphane y A. Blais (Eds.). *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991. También, Niskanen, W. (1996). *Bureaucracy and Public Economics* (pp. 269-282). Washington: Edward Elgar Publishing. Mueller, D. (1987). *The growth of government: a public choice perspective*. En *Staff Papers (International Monetary Fund)*, *34*(1), pp. 133-140.

que las entidades presenten los nuevos procedimientos para su aprobación por la PCM, extendiendo lo planteado por el Decreto Legislativo 1310 a las municipalidades y Gobiernos regionales. Pero no estaría exento de sus propias dificultades prácticas, particularmente, quizá, la capacidad de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria para evaluar esta carga de casos.

En el ordenamiento español, «la norma que someta una actividad a la necesidad de autorización [previa] debe tener rango de ley [...] o habilitación legal», de acuerdo con Rebollo Puig. «Estas condiciones no han sido necesariamente respetadas en el derecho español, donde tal vez de ha abusado de las autorizaciones administrativas», añade sin embargo el autor, para quien esta alternativa no supone una solución plena[33]. Es un caso que merecería analizarse empíricamente.

La *Paperwork Reduction Act* estadounidense aporta dos medidas interesantes. De un lado, exige la aprobación de la *Office of Management and Budget* para imponer cualquier requerimiento de información a los administrados. Del otro, crea la *Office of Information and Regulatory Affairs* para supervisar la creación de procedimientos exigidos al público. Estudiar los resultados de la primera medida podría ser útil para conocer mejor cómo podría funcionar un esquema en que la PCM aprueba los procedimientos de toda la Administración.

Es de interés saber, finalmente, que en Brasil los procedimientos son creados por las entidades a partir de reglas ya definidas por norma con rango legal para cada tipo de procedimiento, sin que la Administración tenga el margen que tiene en el país para calificar[34]. Es un caso que también merecería revisarse en un eventual estudio empírico.

De momento, sin embargo, el mecanismo que ha adoptado el país es el Análisis de Calidad Regulatoria (ACR), como control *ex ante* para las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Escribí la columna vertebral de artículo en el primer semestre de 2017. Algunas cosas han cambiado desde entonces. El ACR ya había sido introducido en diciembre del año anterior, si bien solo contaba con el marco general del Decreto Legislativo 1310. Posteriormente fue reglamentado y las disposiciones de su reglamento aterrizadas en el Manual para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria.

Se trata de normas estrechamente relacionadas al tema de este trabajo, si bien he reparado en ellas solo recientemente. Calificar adecuadamente los procedimientos administrativos puede entenderse como parte de los objetivos de calidad regulatoria de estos dispositivos, que en varios puntos requieren no imponer costos excesivos en los procedimientos. Hay también cercanía en los criterios que planteamos para la calificación de procedimientos y en los establecidos para el ACR; si bien trata, finalmente, de criterios transversales al ordenamiento.

Sin embargo, la normativa del ACR es bastante más general. Cómo realizar el análisis se explica en menos de tres páginas en el Manual —el dispositivo más detallado al respecto—, con pautas que tienen la amplitud que requiere referirse a todos los supuestos de aplicación del ACR. Si se quiere analizar en ese marco, este artículo puede leerse como un conjunto de herramientas para concretar las pautas del ACR al supuesto puntual de la calificación de procedimientos administrativos, a partir de un análisis exhaustivo y multifocal de esta actividad, la normativa relacionada y los principios subyacentes a la misma.

33 Rebollo, M. (2009). *La actividad de limitación*. En T. Cano (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo III: la actividad de las administraciones públicas. Volumen II*. Madrid: Iustel.

34 Agradezco al profesor Bruno Sousa por la explicación al respecto.

En la medida en que la normativa del ACR aplica solo a las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo, puede también encontrarse en este artículo un sustento jurídico para exigir algunos de estos criterios —en un procedimiento de barreras burocráticas, básicamente— a las entidades que quedan fuera. Estas son, en varios casos —gobiernos regionales, municipalidades—, precisamente aquellas en las que la necesidad de control es mayor.

NATURALEZA JURÍDICA, COMPETENCIA ADMINISTRATIVA E IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE AMPLIACIÓN DE LA CADUCIDAD A PARTIR DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN EL TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL[1]

Lucio Sánchez Povis
Departamento Académico de Derecho, PUCP*
Gianpierre Valverde Encarnación
Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA), PUCP**

Categoría profesores

El presente artículo tiene como finalidad brindar una explicación coherente y completa del tratamiento del acto de ampliación de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador regulado en el TUO de la LPAG, con el fin de aportar recomendaciones que permitan interpretar la naturaleza jurídica del acto, identificar el órgano competente para realizarlo y averiguar el tratamiento jurídico de una eventual impugnación de la decisión de ampliar la caducidad, siempre que sea procedente efectuarlo.

1. Introducción

Este estudio se traza el objetivo principal de brindar una explicación teórico-práctica de los alcances jurídicos del acto de ampliación de la caducidad regulada en el artículo 259 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

Con tal fin, la investigación se estructura a partir de tres objetivos específicos. El primero de ellos estriba en contextualizar el objeto de estudio a partir del desarrollo del marco teórico propio de la caducidad para que se forme una idea del contenido teórico del tratamiento de la caducidad en el ámbito administrativo. Para ello, se realizó una explicación completa de esta figura para determinar su naturaleza jurídica, su identificación como figura propia del derecho administrativo, sus clasificaciones, sus componentes estructurales y su ámbito de operatividad.

El segundo objetivo específico que estructura esta investigación tuvo como finalidad profundizar en el estudio de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador. De

1 La presente investigación se enmarca dentro de las actividades del GIDA en la línea de investigación en procedimiento administrativo.

* Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master of Laws (LL. M.) por la University College London. Miembro del GIDA.

** Adjunto de docencia de Derecho Administrativo. Bachiller en derecho por la PUCP. Miembro del GIDA.

esta manera, se tiene una visión más acotada y próxima al objeto de investigación, ya que, con ello, se brindará una explicación sobre cómo opera la caducidad en el procedimiento sancionador, cuáles son sus efectos y cómo se calculan sus plazos.

Vinculado con el cumplimiento del tercer objetivo específico, se examinaron tres aspectos esenciales para obtener una real comprensión del acto de ampliación de la caducidad. El primero implica responder cuál es la naturaleza jurídica de este acto. El segundo permite identificar quién tiene la competencia para dictarlo, y el tercer aspecto guarda relación con el interés en reconocer si cabe la impugnación del acto y cómo sería su tratamiento jurídico.

La fijación de estos objetivos permite dar respuesta al problema que existe en torno a la ausencia de precisión y evidente laxitud de la regulación del acto de ampliación de la caducidad. Así, vale plantear como preguntas de investigación las siguientes: ¿por qué resulta necesario determinar la naturaleza jurídica del acto de ampliación? ¿El TUO de la LPAG identifica claramente el órgano competente para emitir el acto que amplía la caducidad? ¿Cuáles y qué tipo de consecuencias generan este hecho? ¿Cuál es la fundamentación jurídica que sustenta la impugnación del acto de ampliación y cuáles serían los supuestos que gatillarían esta facultad en el administrado?

A manera de hipótesis, se considera que el ordenamiento jurídico administrativo peruano no define de forma categórica el tratamiento del acto de ampliación. Únicamente establece líneas generales de actuación y de operatividad, mas no repara en explicar si se trata de una figura discrecional o reglada, así como tampoco determina ante qué tipo de acto se está o identifica de manera expresa qué órgano administrativo tendrá la competencia para dictar dicha ampliación ni mucho menos indica si la decisión de ampliar puede impugnarse y ante qué vías o instancias. Se advierte, de este modo, que todas las preguntas están hiladas, en la medida que para comprender una se necesita esclarecer las demás.

En consecuencia, las conclusiones y recomendaciones de este trabajo de investigación se justifican en el hecho de la poca producción doctrinaria en el Perú sobre este tema. El objetivo es, en ese sentido, contribuir a este propósito desde una posición personal y fomentar el debate académico sobre las particularidades que trae la caducidad del procedimiento sancionador al ordenamiento administrativo y plantear recomendaciones que se consideran convenientes a partir de las conclusiones extraídas de esta investigación.

El tipo de investigación desarrollado es de carácter dogmático jurídico. Como herramienta metodológica se procedió a la revisión de fuentes documentales provenientes de la doctrina jurídica, la legislación y la jurisprudencia relacionadas al objeto de investigación, mientras que para la sistematización de la información recopilada se elaboraron resúmenes de los documentos revisados, así como fichas bibliográficas de estos.

Para conseguir los objetivos propuestos, el presente estudio se compone de cuatro secciones. En la primera sección, se hace una aproximación al concepto jurídico de la caducidad dentro del ordenamiento administrativo. En este apartado, será importante establecer las diferencias que separan al instituto de la caducidad «administrativa» del otro tipo de caducidad, cuyo ámbito de aplicación se sitúa dentro de la rama civil del derecho.

En la segunda sección, se analiza la aplicación de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador y cómo esta se instituye como una figura plenamente diferenciable de los otros tipos de caducidad que operan en el ámbito jurídico-administrativo. La finalidad no es otra que dar cuenta de que este tipo de caducidad es una figura singular que solo tiene aplicación para los procedimientos administrativos sancionadores.

Por su parte, en la tercera sección se describen las características de la caducidad en el Perú. Aquí se caracterizarán los principales aspectos de esta figura, como su carácter jurídico, sus plazos, su tratamiento y sus efectos. En la última sección, se aborda la regulación del acto de ampliación de la caducidad y cómo opera en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador. Su naturaleza jurídica, la competencia administrativa para su dictado y el tratamiento para su impugnación son las materias estudiadas en este último apartado.

Finalmente, el trabajo termina con las conclusiones extraídas de la labor de investigación desarrollada y la presentación de recomendaciones a manera de propuesta de enmienda normativa.

2. La figura de la caducidad en el ámbito administrativo

2.1. Breves apuntes sobre los antecedentes históricos de la caducidad.

La caducidad[2] es un instituto que tiene reconocimiento y aplicación de mucho tiempo atrás en el derecho privado. Sin embargo, su aparición en el derecho administrativo se remonta al siglo XIX en Europa.

Caballero (1999b) investigó los antecedentes de esta figura y halló existencias en el primer tercio del periodo decimonónico, aplicado a los créditos contra el Estado; no obstante, será sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX cuando su uso se generalice, tanto en materia de concesiones como en materia de procedimientos y procesos «como castigos a la falta de oportuno impulso» (p. 9).

Su aparición, señala Caballero (1999b), se genera a raíz de una toma de conciencia por parte de la doctrina alemana sobre las consecuencias derivadas de la actuación de la Administración Pública para con los administrados, quienes se veían en la obligación de soportar situaciones o relaciones administrativas por tiempos prolongados que no tenían, *a priori*, fecha de expiración (p. 16). Así, la doctrina[3] se fue fijando en el *modus operandi* de los plazos breves y tajantes, cuyo transcurso acarreaba la pérdida de un derecho o la posibilidad de adquirirlo para introducirlos como garantías favorables a los administrados.

Tiempo después, la caducidad contará con una regulación en la vía procedimental de forma tardía. Su surgimiento habrá que esperarlo hasta 1889 con la publicación de la Ley de Procedimiento Administrativo (conocida también como la «Ley Azcárate») en España[4]. Esta legislación proporcionó un marco básico para todas las Administraciones que fueron desarrollándose en los años posteriores para llegar a la actual regulación de la caducidad en el ámbito administrativo (Caballero, 1999b, p. 46).

Posteriormente, como lo señala Santamaría Pastor (2005), la figura fue evolucionando a raíz de su propia aplicación y de la labor hermenéutica de los tribunales jurisdiccionales, quienes empezaron a extender sus alcances con el fin de ir acoplando sus características para alcanzar una real y efectiva función de garantía.

---

2 La finalidad de este capítulo es dar cuenta del recorrido histórico que ha tenido la caducidad en el derecho administrativo. Por ello, la noción que se maneja no se limita exclusivamente a la caducidad-perención o caducidad del procedimiento, sino que se presenta cómo esta figura ha ido aplicándose en las relaciones jurídicas entre la Administración Pública y los administrados.

3 Sobre este particular, revísese a Rodríguez-Arana (1993), Gómez Corraliza (1990) y a De Diego (2014).

4 Al respecto, Aguado i Cudolá (2001) señala que «La obsesión del legislador por establecer plazos en los procedimientos administrativos encontrará su refrendo general en la Ley de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889 (Ley Azcárate). Hasta ese momento, como advierten tratadistas de la época, era casi imposible determinar el tiempo de duración de un procedimiento administrativo. Con la nueva Ley se establece un tope perentorio en el cual se ha de sustanciar el procedimiento, pero, sin embargo, no se prevé el silencio administrativo, el cual será implantado en algunos ámbitos a través de los diferentes reglamentos de procedimientos» (p. 162).

2.2. Naturaleza jurídica de la caducidad en el ámbito administrativo[5].

La caducidad es una figura que tiene aplicación en las muchas disciplinas jurídicas del derecho. Así, la de más antigua data es la que se halla en el derecho civil. Señala Rubio (2003) que «el Derecho Civil, y el Código [peruano] vigente, contienen dos conceptos distintos con el nombre de prescripción, y otros dos con el nombre de caducidad» (p. 13).

Sin embargo, la caducidad sobre la que se va a tratar en este estudio es la que tiene presencia en el ámbito administrativo. De esta manera, vale la pena señalar que la caducidad regulada por el derecho administrativo es distinta a la caducidad del derecho civil, toda vez que en esta disciplina la caducidad establece plazos para el ejercicio de un derecho, mientras que en aquella opera para poner fin a un procedimiento administrativo o acto administrativo (Morón, 2017, p. 526).

El derecho administrativo concede a la caducidad un ámbito de actuación y afectación diferente del que es concedido por el derecho civil (Hernández, 1998, pp. 52-53). En el ámbito civilista, producida la caducidad se extingue el derecho y la acción de los sujetos, mientras que los efectos de la caducidad de origen administrativo extinguen el procedimiento administrativo de oficio o iniciado a instancia de parte (Gómez Puente, 2011, p. 525).

En resumidas cuentas, la naturaleza de la caducidad «administrativa» es objetiva, declarativa y extintiva. Es objetiva en tanto su génesis se produce con el transcurso del tiempo, el cual transforma una situación de hecho en una de derecho (Caballero, 1999a, p. 190). Y es extintiva por cuanto provoca la extinción de una situación o relación formada entre la Administración Pública y el administrado (Meseguer, 2003, p. 216).

2.3. Definición de la caducidad.

La caducidad es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la posibilidad de conseguir, obtener, alcanzar o llegar a una posición jurídica determinada ante la inexistencia de actuaciones determinadas por parte del sujeto llamado a realizarlas (Morón, 2017, p. 526).

En su ámbito de aplicación se encuentran incluidos el acto administrativo y el procedimiento administrativo, los cuales pueden ser a instancia de parte o de oficio, entre los que se encuentran los procedimientos de gravamen como los procedimientos administrativos sancionadores.

Propiamente, en el ámbito administrativo sancionador, la caducidad se puede definir como una institución que exhorta a la Administración a no tardarse injustificadamente en resolver aquellos procedimientos administrativos sancionadores en virtud de que, entiende el legislador, los sujetos imputados se encuentran en una situación desfavorable que la Administración no debe alargar más allá de lo razonable (Bermejo, 2016, p. 370).

Al respecto, es válida la reflexión concebida por Meseguer (2003), quien señala que:

> Es por ello por lo que la caducidad del procedimiento sancionador se produce en caso de extemporaneidad de la actuación administrativa imputable a la propia Administración en

5 En el ámbito administrativo, el instituto de la caducidad puede manifestarse y aplicarse tanto a situaciones como a relaciones jurídico-administrativas. Más adelante, se observará cómo la caducidad se aplica en actos y procedimientos administrativos. Si bien el objeto de esta investigación se centrará en la caducidad del procedimiento, se ha considerado necesario iniciar el desarrollo con una conceptualización general de la naturaleza jurídica de la caducidad, rescatando los elementos que son comunes cuando su aplicación se da en actos o en procedimientos administrativos.

> razón de que, cuando ejercita esa potestad punitiva, se exige de ella una actuación especialmente diligente y eficaz, que ponga fin a la situación de incertidumbre en el tiempo estricta y legalmente prefijado. (p. 218)

2.4. Elementos de la caducidad.

2.4.1. Elemento subjetivo.

La caducidad es una categoría jurídica de carácter público que solo puede ser dictada de oficio. Es decir, únicamente la Administración Pública tiene la competencia para declarar la caducidad de una situación o relación administrativa y provocar su extinción (De Diego, 2009, p. 172).

Si bien los administrados cuentan con la facultad de solicitar a la Administración que emita un pronunciamiento que declare la caducidad, no cuentan con habilitación legal que les permita declarar si una situación ha caducado o no como consecuencia indefectible del transcurso del tiempo. Esta potestad solo es detentada por la Administración Pública.

2.4.2. Elemento objetivo.

El tiempo es un elemento destacado en la configuración de la caducidad. Al cumplirse el plazo máximo establecido en la legislación administrativa operará la caducidad, convirtiendo una situación de hecho en una de derecho, *ope legis*.

A decir del maestro Santamaría, el carácter automático de la caducidad queda garantizado, en primer lugar, por su vinculación a un dato fijo y objetivo del plazo máximo que la Administración dispone para emitir un pronunciamiento (2005, p. 23).

2.4.3. Elemento formal.

Señala Aguado i Cudolá (1999, pp. 28-29) que la caducidad debe encontrarse regulada en una ley. De esa manera, las potestades que la Administración Pública puede ejercer ante sus destinatarios comportan asimismo la experiencia de ciertos límites y garantías. Entre tales limitaciones se encuentra la caducidad, la que toma como base la ausencia de actuaciones, por ejemplo, de la Administración Pública.

El régimen jurídico de la caducidad debe estar regulado por una norma con rango de ley a efectos de evitar cualquier distorsión por parte de la Administración Pública y asegurar, de ese modo, una real y eficaz garantía para los administrados.

2.5. Ámbito de aplicación de la caducidad en el derecho administrativo.

En el derecho administrativo, no se puede tener una visión unitaria de la caducidad, dado que es una noción que se emplea para situaciones y relaciones jurídico-administrativas. La caducidad permite no solo limitar en el tiempo los periodos de habilidad en que es posible ejercitar, con eficacia, un derecho o facultad, sino también controlar la duración de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte o de oficio (Beato, 1996, pp. 22-23).

Esto último está vinculado con los efectos que el tiempo provoca en las relaciones y situaciones jurídicas que se configuran entre la Administración Pública y los administrados. Tal es el caso de los plazos de duración para los procedimientos administrativos o el plazo otorgado a los administrados para el cumplimiento de determinadas condiciones que aseguren la vigencia y eficacia de los derechos obtenidos mediante actos administrativos (Becerra, 2015, p. 125).

La caducidad, por lo tanto, tiene aplicación tanto en el acto administrativo como en el procedimiento administrativo. En ambos escenarios, la consecuencia será la misma: la extinción de la situación jurídica administrativa (acto administrativo) o de la relación jurídica administrativa (procedimiento administrativo).

2.5.1. La caducidad del acto administrativo.

En el acto administrativo opera la caducidad para poner fin a los efectos de un título habilitante obtenido por el administrado.

A esta forma de extinción del acto administrativo se le denomina «caducidad-sanción». Esta figura opera cuando se detectan incumplimientos de las condiciones, obligaciones o términos en los que fue concedido el acto administrativo. En ese sentido, debe entenderse este tipo de caducidad como «la extinción de ciertas situaciones activas que están acompañadas de la necesidad de cumplir con determinados deberes, cargas o modalidades», los cuales, al no ser observados por el titular del acto, originan su caducidad (Flores, 2017, p. 226).

Mardones y Cannoni (2016) justifican el carácter sancionatorio de esta figura en la medida en que, por un lado, contempla la existencia de una obligación determinada de forma previa y, por otro lado, su incumplimiento origina una situación de privación cuya consecuencia es la extinción del derecho materializado en el acto administrativo.

Sobre la calificación dada a esta manifestación de la caducidad, cabe indicar que no ha sido aceptada de manera pacífica. El punto de discusión se centra en torno al carácter sancionatorio de la figura. Para algunos, no es acertado aceptar que el incumplimiento de condiciones, obligaciones o términos genere la caducidad del acto, debido a que esta consecuencia es propia de la revocación (Cassagne, 2017, 801-802).

No obstante, como señala Morón (2011, p. 450), la caducidad-sanción no puede asemejarse a la revocación, ya que la primera castiga al administrado con la extinción del acto administrativo por no haber cumplido, dentro de un plazo establecido, con obligaciones y condiciones previamente fijadas, mientras que la segunda se origina en la inexistencia de las razones de interés público que justificaron la emisión del acto y la subsistencia de sus efectos.

De esa manera, el elemento diferenciador entre la caducidad-sanción y la revocación reside en la finalidad de ambas figuras. La caducidad-sanción tiene como finalidad privar «de efectos a actos favorables como consecuencia de incurrir su destinatario en una conducta ilegal o contraria a las obligaciones que el acto impone» (Muñoz Machado, 2017, p. 231).

El objeto de la revocación es retirar a un acto administrativo que ha perdido vinculación con el interés público y, por motivos de mérito y oportunidad, debe ser expulsado del ordenamiento jurídico administrativo (Morón, 2011, p. 441).

2.5.2. La caducidad del procedimiento administrativo[6].

La aplicación de la caducidad en los procedimientos se produce cuando se ha sobrepasado un plazo establecido por la ley sin que hubiere mediado actividad alguna de las partes que tengan

6 En los procedimientos administrativos, la naturaleza de la caducidad es, aparte de extintiva, procedimental, aunque suene redundante. El efecto que produce se limita a ponerle fin al procedimiento administrativo por la inactividad del sujeto llamado a realizar las actuaciones dentro del trámite del mismo. En suma, «se trata del cumplimiento de un plazo, previsto legalmente, a cuyo término ya no puede, en el plano procedimental, ejercitarse una acción determinada» (Quintero, 2010, p. 9).

la obligación de hacerlo. De ahí que la caducidad opera tanto para los procedimientos iniciados a instancia de parte como para aquellos iniciados de oficio.

Respecto del primero, se puede encontrar los antecedentes de esta caducidad en la legislación española de finales del siglo XIX. Hay que remontarse a la «Ley Azcárate» para obtener referencias de la caducidad como instrumento de la Administración para poner fin a actos y procedimientos. Sin embargo, en la legislación administrativa española de 1958 se incorpora de forma expresa la regulación como forma de terminación anormal de los procedimientos iniciados a solicitud de parte. Al respecto, González Navarro (1964) indica lo siguiente:

> [La caducidad es una] forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar a virtud de la declaración de la Administración cuando, paralizado el mismo por causa imputable al interesado, éste no remueve el obstáculo en el plazo que la Ley señala, a pesar de haber sido requerido para ello por la Administración. (p. 194)

En relación con los procedimientos de oficio, nuevamente hay que remitirse a la legislación española, cuya influencia es notable en las regulaciones administrativas de esta parte del continente. Así, en el artículo 25.b de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se establece la mención a la caducidad como aquella institución cuya finalidad es extinguir los procedimientos que hayan sido iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen en los administrados, como los procedimientos administrativos sancionadores.

Al respecto, López Ramón (2014) presenta una acertada precisión para distinguir los ámbitos procedimentales donde opera la caducidad. Señala que, en los procedimientos administrativos iniciados de oficio, la caducidad se aplica por el simple transcurso del tiempo; situación diferente a lo que sucede en los procedimientos iniciados a solicitud de parte, ya que en estos también debe valorarse la demostrada pasividad del interesado.

Por su parte, Santamaría (2005) también hace eco de esta posición, pues asevera que la disposición estipulada se refiere a los procedimientos iniciados de oficio y, fundamentalmente, a los procedimientos administrativos sancionadores. Por lo que descarta la extensión de esta norma a los demás procedimientos.

2.6. Tipos de la caducidad en el ámbito administrativo.

La doctrina se ha encargado de proponer clasificaciones de la caducidad en el ámbito administrativo[7]. Aunque no existe una posición única al respecto, esta se suele clasificar en caducidad de acción y derechos, caducidad-carga, caducidad-preclusión y caducidad-perención. Cabe señalar que la doctrina no tiene una conceptualización unívoca sobre un determinado tipo de caducidad[8]. A continuación, se describirá cada una de las tipologías propuestas.

7 Al respecto, Mardones y Cannoni (2016) señalan que «En la doctrina comparada se señala que la caducidad administrativa es un concepto con diversas significaciones, distinguiéndose entre: i) caducidad de acciones, pretensiones, derechos y potestades; ii) caducidad-preclusión o caducidad de meros trámites procedimentales; y iii) caducidad-perención o caducidad del procedimiento. En dicha clasificación, se aprecia que la caducidad administrativa puede tener efectos jurídicos tanto sobre el derecho mismo (derecho subjetivo o potestad), sobre la posibilidad de su puesta en movimiento (acción) y su movimiento en el marco del procedimiento» (p. 582).

8 La variedad de definiciones sobre los tipos de caducidad tiene registro en la doctrina iberoamericana. En España, Caballero (1999a), Fuentes (2009), Rebollo Puig (2018) y Rodríguez-Arana (1993) mantienen clasificaciones superpuestas de la caducidad sobre supuestos parecidos. Un caso especial se registra en el ordenamiento chileno

2.6.1. Caducidad de acción y derechos.

Gómez y Sanz (2013) la definen de la siguiente manera:

> Se refiere a la imposibilidad de perseguir las infracciones cuando desde la realización de diligencias previas para esclarecer los hechos haya transcurrido un determinado plazo sin incoar el procedimiento sancionador. En estos casos, estamos ante un supuesto de caducidad, con un diez a quo que es el de las diligencias previas, distinto de la prescripción y de la caducidad procedimental que empieza a transcurrir con la incoación del procedimiento sancionador. (p. 795)

En el Perú, esta figura no ha sido recogida en la legislación administrativa, pero en otras realidades, como la ecuatoriana, sí se ha incorporado este tipo de caducidad como forma de extinción de la acción de la Administración cuando aún se encuentra en fase preparatoria y previa al inicio de un procedimiento sancionador (Valverde, 2018, pp. 177-181).

2.6.2. Caducidad-carga.

Se refiere al tipo de caducidad que opera en los supuestos en los que el particular tiene un plazo corto para el ejercicio de un derecho en beneficio propio (Becerra, 2015, p. 125). La doctrina ha señalado que este tipo de caducidad es la de derechos del administrado, el cual tiene una «carga» para poder alcanzar un beneficio determinado. En la norma, esto se vincula con los plazos perentorios para imponer un recurso impugnatorio de reconsideración o apelación y para acudir a la vía Contencioso-Administrativa (Morón, 2017, p. 527).

2.6.3. Caducidad-preclusión.

Este tipo de caducidad se produce cuando existen plazos internos en el procedimiento administrativo en el que el administrado debe realizar una actuación en un periodo de tiempo, fuera del cual no tendrá la oportunidad de desarrollarlo. En ese sentido, vale tomar en cuenta la reflexión ideada por el Tribunal Supremo Español en su Resolución N° 1987/698 del 22 de julio de 1986, cuando nos señala que la técnica de la preclusión debe ser entendida referida a potestades o a cargas procesales, pero no a acciones materiales.

En el Perú, esta figura se puede advertir en lo referido al plazo interno de 25 días hábiles que tiene la Administración para activar el trámite del procedimiento, con el fin de que no se reanude el plazo de prescripción (Maraví, 2015, p. 7).

2.6.4. Caducidad-perención.

Supone la terminación anormal (extinción) de un procedimiento administrativo por ausencia de actividad del interesado o de la Administración Pública. En el caso de los procedimientos sancionadores, la caducidad hace perecer el procedimiento a causa del vencimiento de un plazo legalmente establecido sin que se haya resuelto y notificado el acto que pone fin a la primera instancia administrativa, ya sea para dictar la responsabilidad del imputado o para absolverlo.

Al respecto, Baca (2011) suscribe la interpretación postulada por el Tribunal Supremo Español en su Resolución N° 1987/898 del 18 de diciembre de 1986, pues también considera que «La caducidad-perención, por la cual se extinguen los procedimientos por inactividad, ya

---

con el denominado «decaimiento», el que «es explicado pura y simplemente en la cesación definitiva de la eficacia del acto administrativo, cuando, por ejemplo, desaparece el objeto sobre el cual el acto proyecta sus efectos o los supuestos fácticos que le servían de soporte» (Cordero, 2011, p. 246).

sea del administrativo en los procedimientos iniciados a pedido de parte como de la Administración en los procedimientos de oficio, como es el caso de los procedimientos sancionadores» (p. 266).

Similar apreciación posee Morón (2017) al referirse a la caducidad-perención:

> Este tipo de caducidad origina la terminación anormal y anticipada de un procedimiento, debido a la inactividad prolongada en su trámite que ocasiona que el plazo establecido para su culminación se venza, adelantando el término del procedimiento por mandato de Ley. (p. 527)

3. La caducidad en el ámbito administrativo sancionador

La jurisprudencia y la doctrina bien han acertado en afirmar que en los procedimientos administrativos sancionadores se aplica la caducidad-perención (Fuentes, 2009, p. 494; Montoya, 2008, p. 210; Macías, 2009, p. 49).

En la medida en que exista un plazo de caducidad establecido a través de una norma con rango de ley, la Administración tiene el deber de emitir una resolución final y notificarla a los administrados que se encuentran siendo investigados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Una vez vencido o excedido el plazo sin pronunciamiento de la Administración, el procedimiento sancionador se extinguirá de pleno derecho y sus actuaciones deberán ser archivadas de oficio por la Administración, la cual deberá comunicar esta situación al imputado a efectos de que tenga conocimiento del archivamiento del expediente sancionador. En el caso de que la Administración retarde u omita la declaración de caducidad, el administrado está facultado para solicitar a la Administración que emita dicha declaración.

Propiamente, en el ámbito administrativo sancionador, la caducidad se puede definir como una institución que exhorta a la Administración a no tardarse injustificadamente en resolver aquellos procedimientos administrativos sancionadores en virtud de que entiende el legislador que los sujetos imputados se encuentran en una situación desfavorable que no debe extenderse más allá de lo razonable (Santamaría, 2005, p. 11).

La caducidad provoca la perención del procedimiento y de sus actuaciones, pero no extingue la acción, es decir, siempre que la infracción no haya prescrito, la Administración podrá reabrir un procedimiento caducado[9].

3.1. El carácter extintivo y objetivo de la caducidad.

La caducidad-perención tiene carácter extintivo y declarativo. El primero, porque basta la comprobación del vencimiento del plazo sin existencia de la resolución final para que el procedimiento proceda a extinguirse. Cabe apreciarse que la caducidad opera en función del transcurso del tiempo, es decir, transforma una situación de hecho en una de derecho.

9 Este asunto no ha sido totalmente zanjado por la doctrina especializada. Existen autores quienes están a favor de que los procedimientos caducados puedan reabrirse. Pero también hay otra corriente doctrinaria que sustenta su oposición con base en la vulneración del principio del *ne bis in idem*. Sobre este particular, confróntense a Alfonso Santamaría (2005), López Ramón (2014) y Doménech (2007). Del mismo modo, De Diego (2014) señala que «La Administración no puede reiniciar indefinidamente expediente tras expediente en sustitución de otros anteriores que hubieren caducado. Ello atentaría contra la seguridad jurídica y encuentra sus límites en la doctrina del abuso del derecho o, quizás con mayor rigor desde el punto de vista jurídico-administrativo, en la desviación de poder» (p. 120).

Al respecto, De Diego (2014) señala lo siguiente:

> La perención se vincula exclusivamente a un hecho objetivo: el incumplimiento por la Administración de su obligación de notificar en el plazo la resolución expresa del procedimiento. No puede extrañar, por tanto, que la caducidad de los procedimientos sancionadores se produzca automáticamente, *ope legis*, por el simple vencimiento del plazo máximo establecido para dictar y notificar la resolución sancionadora. Sin otros requisitos y, singularmente, sin necesidad de solicitud del interesado […]. (p. 59)

La Administración, una vez confirmada esta situación, debe declarar de oficio la caducidad, ya que tiene competencia exclusiva para hacerlo. El administrado solo está facultado a solicitar su declaración, pero no tiene potestad para declarar a un procedimiento como caducado.

3.2. Fundamentos.

El fundamento de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador se sustenta en diversas razones. La principal de ellas es que la caducidad ofrece una garantía al administrado que se encuentra investigado por una presunta infracción administrativa.

En esta línea lo expone Santamaría Pastor (2005), quien considera lo siguiente:

> […] la caducidad procedimental se inspira primariamente en el valor de la protección del ciudadano frente a la actuación administrativa […] En términos coloquiales, la caducidad se funda en el sagrado derecho a no ser molestado más que durante un tiempo concreto, predeterminado e improrrogable. No otra es la razón de ser de esta técnica, a la luz de la cual debe interpretarse y aplicarse. (pp. 16-17)

Por otra parte, también se postula la idea de que la caducidad se fundamenta en el principio de eficacia de la Administración Pública. Tal principio exige que la Administración ejerza su potestad sancionadora en estricto cumplimiento de los requisitos, plazos y formas establecidos (López Ramón, 2014, p. 27).

3.3. Plazos.

3.3.1. Inicio del plazo.

El inicio de la caducidad se computa desde el momento que el administrado tiene conocimiento de la imputación de cargos, es decir, desde que es notificado por la Administración Pública. En este tema existe una aceptación pacífica por parte de la doctrina[10], básicamente, porque el procedimiento sancionador inicia con la imputación de cargos, la cual gatilla las demás fases del procedimiento (Montoya, 2008, p. 216).

3.3.2. Término del plazo.

El momento de la materialización de la caducidad se genera con el cumplimiento del plazo. Por ello, es importante tener claridad respecto al *dies ad quem*.

10 Al respecto, véase a Sendín (2010).

La doctrina, en un tiempo, estuvo dividida en dos tesis. La primera se inclinaba a defender que el plazo finalizaba solamente con la emisión del acto administrativo (De Diego, 2009, p. 198; Fuentes, 2009, p. 502)[11]; sin embargo, dicha tesis fue perdiendo peso y se abrió paso la tesis que añadía la notificación a la resolución del acto administrativo (Tardío, 2005, p. 44; Rebollo, 2010, p. 808; Parejo, 2008, p. 358; Santamaría, 2005, p. 31)[12].

Los primeros indicaban que una cuestión es la validez del acto y otra muy distinta es la eficacia del mismo que se da justamente con su notificación. No obstante ello, la doctrina mayoritaria considera que el plazo finaliza no solo con la resolución sino con la notificación, ya que, así como el procedimiento tuvo inicio con la notificación, de la misma forma debe hallar su final (De Diego, 2009, p. 199).

3.4. Efectos.

El efecto de la caducidad-perención es la extinción del procedimiento administrativo sancionador. Tanto el trámite como las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento quedarán caducados. Solo quedará incólume la potestad sancionadora de la Administración, ya que la caducidad no opera sobre esta. Sobre el particular, Zegarra (2010) señala que:

> [...] puede afirmarse que el objeto de la caducidad en el procedimiento sancionador no es el derecho material a perseguir el hecho constitutivo de la infracción, como es el caso de la prescripción, sino la forma de ejercitar el *ius puniendi*, es decir, el procedimiento del que se sirve la Administración. (p. 211)

Bajo ninguna circunstancia la Administración podrá continuar sus indagaciones en un procedimiento caducado. Toda actuación hecha de forma posterior por la Administración, pese a haber transcurrido el plazo de caducidad, será inválido. Admitir lo contrario significaría dejar vacío de contenido a la figura de la caducidad y justificaría erradamente que los procedimientos sancionadores nunca caduquen (De Diego, 2009, pp. 107-108).

Si se produjese una situación en que la Administración emita una resolución posterior al vencimiento del plazo de caducidad, esta deberá ser declarada inválida, ya que se habrá configurado una afectación al elemento de validez del procedimiento que debe seguir todo acto administrativo. Vale decir, «si la caducidad extingue el procedimiento, éste ya no existe y tampoco la resolución sancionadora que en él se hubiera dictado» (De Diego, 2009, p. 218).

---

11 De Diego (2009) da cuenta de cómo, a nivel jurisprudencial, se fue transitando de la tesis que defendía la resolución como acto configurativo del término de la caducidad a la tesis que incluía la notificación como elemento adicional a la resolución: «[…] una primera línea jurisprudencial sostuvo que el *diez ad quem* en materia de caducidad era el día en que se dictase la resolución sancionadora, sin que tuviese relevancia alguna al efecto el día en que se produjera su notificación […] una cosa es la validez del acto administrativo y otra su eficacia, de manera que la notificación no es condición de validez de la resolución sancionadora, ni mucho menos de su existencia, sino simplemente de su eficacia frente al interesado» (p. 198).

12 Fuentes (2009) explica, a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 4442 del 12 de abril de 2000, que «El cómputo del plazo de caducidad que ha de mediar entre la iniciación del expediente y la resolución que le ponga fin no puede considerarse válidamente interrumpido en la fecha en que figure adoptada dicha resolución, sino en aquella en que la misma haya sido notificada al interesado, tal como imponen indeclinables garantías exigibles a favor del administrado, que no permiten el que, sobre la base de una presunción de legalidad en el actuar de la Administración, se conceda efecto interruptivo a una resolución de la misma sin proyección ad extra y consiguiente puesta en conocimiento del interesado […]» (p. 502).

Por último, la caducidad no suspende el plazo de prescripción. Sobre este asunto, De Diego (2009) señala que:

> La caducidad del procedimiento determina la obligación de computar, como tiempo de prescripción, el transcurrido antes y durante su tramitación. La prescripción se iniciará, normalmente, desde el día en que la infracción se cometió y se computará el tiempo transcurrido hasta la fecha en que se notifique al interesado la iniciación del nuevo procedimiento sancionador. (p. 223)

3.5. Las diferencias entre la prescripción y la caducidad.

Otro aspecto importante que debe realizarse es establecer una distinción entre la caducidad y la prescripción, ya que ello permitirá identificar qué instituto operará en determinada situación.

La principal diferencia entre estas dos categorías radica en los efectos que producen en el procedimiento sancionador y en la potestad sancionadora. Por un lado, la prescripción opera sobre la acción, esto es, la potestad sancionadora. Por otro lado, la caducidad extingue únicamente el procedimiento sancionador. Por esta razón es que en la mayoría de las legislaciones administrativas se hace la precisión de que la Administración puede reabrir un procedimiento caducado siempre que no haya prescrito la potestad sancionadora (Zegarra, 2010, p. 213).

Otra diferencia entre estas dos figuras se puede encontrar en la duración de los tiempos. El plazo de prescripción, por lo general, tiene una duración más prolongada que el plazo establecido para la caducidad. Sobre esta diferencia, Zegarra (2010) señala lo siguiente:

> Con relación a los plazos y cómputos, éstos son mayores en el caso de la prescripción que con respecto a la caducidad, y el día en que comienza el cómputo de los mismos (diez a quo) no coincide, ya que en caso de la prescripción comienza en el momento en que se produce la actuación antijurídica y se interrumpe cuando la Administración pone en conocimiento del administrado la realización de una serie de actuaciones conducentes a perseguir y sancionar dicho comportamiento; en cambio en el caso de la caducidad, el plazo comienza con la incoación del procedimiento y para ello no se requiere el conocimiento del afectado. (p. 211)

Otra de las diferencias versa sobre la posibilidad de que los plazos se interrumpan o suspendan. En la prescripción, en función a la legislación administrativa, el plazo puede suspenderse o interrumpirse. En caso la opción se decante por la suspensión, los plazos pueden acumularse y no partir de cero como sucedería si es que el plazo se interrumpiera. En el ámbito de la caducidad, por el contrario, no existe la suspensión de la misma[13] (Gómez Puente, 1999, p. 30).

13 Es importante mencionar que, a raíz de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1396 (Presidencia de Consejo de Ministros, 2018b), se agregó una disposición que habilitaba a la Agencia de Competencia (Indecopi) a suspender los procedimientos sancionadores donde se haya cumplido con supuestos determinados como, por ejemplo, la prejudicialidad penal, la obstrucción del imputado, la dependencia de documentación técnica de otra entidad, entre otros.

4. La figura de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

4.1. El régimen jurídico de la caducidad en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley Nº 27444.

Dentro del ordenamiento jurídico administrativo peruano, la caducidad se encuentra recogida en el TUO de la LPAG[14]. No obstante, es preciso remarcar que esta norma fue modificada y ampliada de forma directa por el Decreto Legislativo Nº 1452 (Presidencia de Consejo de Ministros, 2018a), de modo que la redacción actual quedó de la siguiente manera:

> Artículo 237-A. Caducidad administrativa del procedimiento sancionador.
> 1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
> 2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.
> 3. La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.
> 4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado administrativamente no interrumpe la prescripción.
> 5. La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulte necesario ser actuados nuevamente. Asimismo, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.

4.2. Características de la figura de la caducidad en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.2.1. La noción y el carácter de la caducidad.

En la legislación, la caducidad se tiene como el instituto jurídico que provoca la extinción de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se haya vencido el plazo de caducidad

14 Es importante indicar que el Decreto Legislativo 1272 (Presidencia de Consejo de Ministros, 2016) modificó a la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley Nº 27444, el 21 de diciembre de 2016. Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS, el cual ordenaba las disposiciones en un texto único ordenado que modificó el orden de los artículos de la antigua Ley. Ahora último, se promulgó el Decreto Legislativo 1452, el cual modifica a la Ley Nº 27444, razón por la que la disposición mantiene la antigua enumeración.

sin haberse notificado la resolución que pone fin a la primera instancia. En ese sentido, la tesis adoptada por el TUO de la LPAG es la de la caducidad-perención o del procedimiento.

Del mismo modo, vale reconocer el carácter objetivo de la caducidad, ya que en este caso basta la superación del plazo establecido para que se produzca la extinción del procedimiento. Es decir, el mero transcurso del tiempo configura la caducidad, sumada a la inactividad administrativa.

En cuanto al carácter oficioso y declarativo de la caducidad, se advierte que le corresponde a la Administración Pública declarar de oficio la caducidad del procedimiento y que el administrado puede solicitar dicha declaración mas no dictarla (Maraví, 2017, p. 84).

4.2.2. Ámbito de aplicación.

La caducidad solo opera en el procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con la redacción del artículo 259 del TUO de la LPAG. Por ello, se descarta su aplicación para otro tipo de procedimientos como los iniciados a solicitud de parte y los procedimientos de gravamen en general, entre los que podrían incluirse a los procedimientos de imposición de medidas correctivas o reparadoras.

La ley tampoco reconoce la caducidad del acto administrativo como sí lo hacen otras legislaciones en Latinoamérica y en España. Al respecto, Valverde (2018, pp. 177- 181) pone como ejemplo la legislación ecuatoriana y española, en las que sí se ha tomado como conveniente incluir la caducidad del acto administrativo[15].

Aquí también habría que agregar y mencionar a la legislación salvadoreña, la cual establece en el artículo 111, 114 y 117 de la Ley de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto N° 856, un ámbito de ampliación de la caducidad más extenso que el regulado en el ordenamiento jurídico peruano, ya que contempla a los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte y de oficio dentro del ámbito de operación de la caducidad-perención.

4.2.3. Plazos.

El *a quo* y *ad quem* de la caducidad están predispuestos en la legislación en función del inicio del procedimiento administrativo sancionador y de la notificación de la decisión de primera instancia. Dicho de otro modo:

> El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. (Artículo 259 de la LPAG)

En cuanto al plazo, cabe señalar que se trata de una decisión jurídico-política que debe determinarse en función de la realidad de cada ordenamiento jurídico y de la capacidad de res-

15 Al respecto, véase la Ley N° 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España; la Ley N° 0, Código Orgánico Administrativo de Ecuador; la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México. En particular, en el artículo 208° del Código Orgánico Administrativo se dispone: «En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declara la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones».

puesta de los órganos sancionadores. En el caso peruano, se adoptó la decisión de establecer un plazo de 9 meses prorrogables como máximo a 12. Pero en otras experiencias comparadas, como en el ordenamiento ecuatoriano, el plazo de caducidad es de 2 meses, y en el ordenamiento español el plazo se fija en 6 meses; en tanto que, en la legislación salvadoreña, también se establece un plazo de 9 meses.

Respecto de la ampliación, en el artículo 23 de la Ley 39/2015 de España se regula la posibilidad de ampliar el plazo máximo para resolver y notificar, lo cual directamente amplía el plazo de caducidad. La normativa española en ese sentido, dispone que el órgano competente para resolver, a solicitud del órgano instructor, puede ampliar el plazo máximo para resolver y notificar por 6 meses adicionales.

4.2.4. Efectos.

En cuanto a los efectos de la caducidad, se colige que esta figura produce la extinción del procedimiento sancionador.

Cabe resaltar que la caducidad únicamente origina la expiración del procedimiento más no afecta la acción o potestad sancionadora de la Administración. El proceso que ha sido declarado caduco puede ser reiniciado[16] si es que no se configuró la prescripción de la responsabilidad administrativa.

Otro apunte importante sobre este asunto se encuentra en el tratamiento que deben tener los actos administrativos que hayan provenido de un procedimiento caducado. La doctrina señala que los actos administrativos derivados de un procedimiento caducado acusan un vicio de validez (Garberí, 2008, pp. 168-170). El acto es nulo debido a que no se ha seguido un procedimiento formal del que haya resultado el acto. Toda vez que el procedimiento es un requisito de validez para el proceso de configuración del acto administrativo (López Menudo, 1992, p. 51), los actos que no presenten dicho elemento son inválidos (Cassagne, 2013, p. 256).

Otra característica de la caducidad en la legislación peruana reside en que la caducidad no implica la suspensión de la prescripción. Si la Administración declara la caducidad de un procedimiento sancionador, el mismo no es un acto de suspensión del plazo de prescripción (López Pellicer, 1999, pp. 1195-1197).

Por último, la caducidad no es aplicable para los recursos impugnatorios. Cabe señalar en este punto que los efectos de la caducidad se dirigen sobre el procedimiento administrativo sancionador. En otras palabras, requiere a la Administración resolver el procedimiento en un plazo determinado. Este término es de nueve meses en la legislación peruana e inicia con la notificación del procedimiento. La obligación de la Administración se cumple con la emisión y notificación de la decisión durante el plazo antes señalado. Los hechos posteriores relativos al procedimiento recursivo y sus plazos no afecta ni pueden configurar una caducidad, al menos no una caducidad-perención (Danós, 2013, pp. 700-705).

16 Al respecto, confróntese lo analizado por Doménech (2008) sobre la vulneración del principio *ne bis in idem* al reabrir un procedimiento caducado (pp. 754-755). Es bastante ilustrativa, asimismo, la calificación que Alfonso Santamaría (2005) le arroga a la reapertura de los procedimientos caducados: «[…] de esta forma, se invita indirectamente a la Administración a reabrir un nuevo expediente, prolongando la *pena del banquillo* (énfasis añadido) del imputado, y se priva a la caducidad de su principal efecto: de nada sirve declarara caducado un procedimiento si, acto seguido, la Administración puede reiniciarlo con mínimo esfuerzo» (p.52).

5. El acto de ampliación de la caducidad

De acuerdo con la redacción del artículo 259 del TUO de la LPAG, el plazo de caducidad es de nueve (9) meses. Excepcionalmente, el legislador peruano ha habilitado a la Administración a extender este plazo por tres (3) meses adicionales. Dicha ampliación deberá ser resuelta por la autoridad competente de manera previa al vencimiento de la caducidad y basada en fundamentos objetivos y razonables. A continuación, se hace un repaso de la redacción de la mencionada disposición:

> Artículo 259º. - Caducidad del procedimiento sancionador
> El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. *Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento* (énfasis añadido). La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo […].

De la lectura del artículo anterior, se advierten algunas cuestiones que merecen especial atención en el presente estudio. En primer lugar, se indica que el periodo máximo en que puede extenderse la prórroga es de tres meses. Ello implica que la Administración podrá decidir el tiempo a prolongar en función de los argumentos que den forma y contenido a la ampliación de la caducidad. Esto también implica que mucho dependerá de la forma en que se haya sustentado la petición de ampliar el plazo para verificar si dicho argumento era justificado con base en criterios objetivos y razonables.

En segundo lugar, se hace referencia a la competencia para decidir la ampliación. Se señala que la competencia recae en el «órgano competente». La norma en ese punto es, sin embargo, bastante escueta y poco esclarecedora, ya que no expresa quién debe ser el órgano competente para resolver si corresponde o no ampliar el plazo del procedimiento. Sobre el particular, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, existe una separación entre el órgano instructor y el órgano decisor. La ley así lo reafirma y explicita en el artículo 254, inciso 1, numeral 1. Véase:

> Artículo 254º. - Caracteres del procedimiento sancionador
> 254.1. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentario establecido caracterizado por:
> 1. *Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción* […] (énfasis añadido).

Aunque la ley no lo haya señalado expresamente, no cabe duda de que por «órgano competente» únicamente podría estar haciéndose referencia o bien a la autoridad instructora del procedimiento o bien a la autoridad decisora. Ello, justamente, será sometido a examen en los siguientes apartados con el fin de determinar, a la luz de una labor hermenéutica, sobre quién recae esta competencia.

El tercer presupuesto es la justificación de la ampliación de la caducidad. Esto lleva a colegir que la voluntad del legislador es limitar el ámbito de discrecionalidad de la Administración en el momento en que analice si procede o no la ampliación. Desde el punto de vista

del administrado, parece una decisión acertada y respetuosa del marco jurídico y las garantías de los administrados, ya que impondrá a la Administración el deber de sustentar debidamente sus razones y motivos para ampliar el plazo perentorio. De lo contrario, dicha decisión sería arbitraria y, evidentemente, cuestionable por aquel que haya sido afectado.

Por último, un criterio temporal exige que el acto ampliatorio deba producirse antes del vencimiento del plazo de caducidad. Tiene sentido esta redacción en la medida de que, una vez caducado el procedimiento, la autoridad no puede realizar ningún otro acto, salvo el que declare la producción de la caducidad. En tal sentido, el momento oportuno para ampliar dicho plazo debe realizarse con anterioridad a su terminación.

Ahora bien, una vez identificados los presupuestos de este acto, también es importante que se haga el trabajo de determinar su naturaleza jurídica, de establecer el órgano competente para tomar tal decisión y analizar si este acto es impugnable y cuál es la vía para ejercitar esta facultad recursiva.

5.1. La naturaleza jurídica del acto de ampliación.

La doctrina administrativista sostiene que dentro del desarrollo de un procedimiento administrativo se pueden producir dos tipos de actos. Uno de ellos es el acto de trámite y el otro es el acto definitivo.

Sobre este particular, Morón (2001) los distingue de la siguiente manera:

> En primer lugar, puede distinguirse el acto que pone fin al asunto administrativo, en cuyo caso estamos ante un acto definitivo, del acto de trámite, que no pone fin al procedimiento ni al asunto, sino que, en general tiene carácter preparatorio. La distinción, según el contenido de la decisión, se refiere a que el *acto administrativo definitivo* (énfasis añadido) es el que pone fin a un asunto en cualquiera de las instancias del respectivo procedimiento administrativo. La forma usual de poner fin al procedimiento es la resolución terminal pronunciándose sobre el fondo del asunto, sea estimado o desestimado el petitorio, o definiendo el tema del asunto […] En cambio, la denominación acto administrativo de trámite, sirve para calificar todos aquellos actos instrumentales y preparatorios del acto definitivo, comprendiendo un conjunto de decisiones administrativas concatenadas dirigidas a preparar la materia y dejarla expedita para la decisión final. A diferencia del acto definitivo que posee una declaración de voluntad propiamente, los actos de trámite contienen por lo general, declaraciones de conocimiento o de juicio, y solo excepcionalmente de voluntad administrativa. (pp. 248-250)

Por su parte, Huapaya (2010) señala que la distinción radica en el hecho de que los actos de trámite no pueden ser calificados como actos administrativos propiamente, toda vez que adolecen de carácter regulador en la medida que contienen actos preparatorios, formativos de una decisión administrativa final o resolutiva de un procedimiento. Asimismo, también es importante resaltar el carácter instrumental y accesorio del acto de trámite, puesto que «integran el procedimiento, bien iniciándolo o bien formando parte de su instrucción» (p. 129).

Al respecto, también es preciso mencionar que, si bien los actos de trámite no son actos administrativos en sentido estricto, existen determinados supuestos que, de forma virtual, le otorgan el ropaje de acto administrativo en función a su impugnabilidad (Martín y Diez, 2012, pp. 250-257). En efecto, los actos de trámite que causen indefensión o indirectamente pongan fin al procedimiento tendrán la calificación de acto administrativo con la finalidad de que sean

impugnadas en vía de reconsideración y apelación o en acción contencioso-administrativa (Danós, 2007, p. 268).

De este modo, en el transcurso del procedimiento administrativo, dentro de los que se encuentra el procedimiento administrativo sancionador, se generan los actos de trámite y los definitorios. Mientras que los primeros no son actos administrativos en sentido estricto, los segundos sí lo son, ya que ponen, modifican, crean y/o extinguen situaciones jurídicas en la esfera particular de los administrados, mediante el otorgamiento de derechos, satisfacción de intereses o imposición de obligaciones o medidas de gravamen (Huapaya, 2010).

Asimismo, los actos de trámite son actos subordinados y accesorios al proceso de formación de los actos definitivos, quienes son los que vienen a traducirse en actos administrativos (Cosculluela, 2013, p. 326), por lo que estos sí son susceptibles de impugnación, a diferencia de aquellos que no están sujetos a dicho régimen, a menos de que se presenten determinadas cualificaciones que sí permitan su impugnación en sede administrativa y judicial.

Ahora bien, en lo que respecta al acto de ampliación del plazo del procedimiento sancionador y su correspondiente naturaleza jurídica, se vuelve necesaria la tarea de comparar sus características con las propias de los actos de trámite y definitorios para determinar con qué figura tiene un mejor encuadre. Como punto de partida, se debe recordar que los actos definitivos son actos administrativos y, por lo tanto, están constituidos por elementos que le dotan de validez frente a los administrados a quienes van dirigidos. Estos elementos son los de competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular (Martín y Diez, 2012, pp. 256-259).

Asimismo, la principal cuestión que caracteriza a los actos administrativos —y definitorios— radica en que estos son «la decisión, la manifestación de la voluntad de la administración que produce unas determinadas consecuencias en derecho "dentro de una situación concreta", es decir en un caso particular» (Danós, 2010, p. 27), al modificar y/o extinguir sus derechos, obligaciones o intereses legítimos (artículo 1 de la LPAG) (Danós, 2010, p. 27). Precisamente, estas características no tienen lugar en el acto de ampliación.

Así pues, este último supone un acto que extiende el plazo de caducidad como máximo por tres meses más y que es emitida por la autoridad competente. Es un acto que se da en el marco del desarrollo del procedimiento administrativo y que, dada sus cualidades, no da término al procedimiento administrativo en el que fue dictado y mucho menos constituye, crea o modifica derechos, obligaciones o intereses legítimos en la esfera del particular. No se está, por lo tanto, ante un acto definitivo.

Por otro lado, los actos de trámite carecen de sustantividad propia en que tanto son actos preparatorios para la producción final del acto definitivo (Cosculluela, 2013, p. 256). A esta descripción se subsumen mejor las cualidades del acto de ampliación, ya que estos se producen como parte de una decisión adoptada por la Administración para ampliar el plazo de caducidad que, por sí misma, no pone fin al procedimiento administrativo; antes, al contrario, amplía su vigencia por un periodo de tiempo adicional.

Por lo tanto, el acto de ampliación es un acto de trámite, dado que no es una resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador. Su carácter es incidental en tanto se da en la medida de que la Administración tome a bien ampliar el plazo de caducidad, ya sea por oportunidad o mérito de que el procedimiento tenga más tiempo para investigar la comisión de un ilícito administrativo.

5.2. La competencia para dictar el acto de ampliación.

El procedimiento administrativo sancionador regulado en la legislación administrativa se rige por caracteres que se encuentran contenidos en el artículo 252 del TUO de la LPAG. En específico, interesa comentar el acápite primero de esta disposición, la misma que establece el deber de toda entidad con competencia punitiva de diferenciar en su estructura entre el órgano que conduce la instrucción y el que decide la aplicación de la medida de gravamen (sanción o medida correctiva).

Este enfoque se basa, aunque de forma matizada, en el principio acusatorio que predomina en el derecho penal. Este principio es manifestación del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal y, por ende, también del derecho administrativo sancionador —ambas, manifestaciones de la potestad punitiva del Estado—. La contraparte de este principio es el cada vez más rezagado principio inquisitivo, arquetipo clásico del antiguo modelo de procesamiento penal en el que el mismo juez investigaba y determinaba la pena para el inculpado (Alarcón, 2007, pp. 53-54).

En el extremo opuesto, el principio acusatorio propone la separación y diferenciación del órgano que acusa e investiga al órgano que decide la pena a imponer. Este cambio de paradigma trasciende el ámbito penal al ámbito administrativo sancionador, a través de la introducción de variaciones sustantivas en el *iter* del procedimiento administrativo sancionador (Alarcón, 2007, pp. 53-54).

Aunque esto se venía sosteniendo por la doctrina por mucho tiempo, la ley general recién la recogió sin excepciones luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272 en diciembre de 2016.

Ahora las entidades que conforman la Administración tienen la obligación de marcar una diferencia no solo funcional, sino también organizativa entre los órganos de instrucción y de decisión. De tal manera, en una misma entidad pública tendrá que advertirse la presencia de un órgano que instruye y otro que pone término al procedimiento a través de un pronunciamiento de fondo en el que se declara la responsabilidad administrativa o el archivamiento del mismo.

Hecha esta aproximación sobre el enfoque acusatorio que hoy rige el procedimiento administrativo sancionador, vale traer a colación la referencia que hace el artículo 259 del TUO de la LPAG sobre «el órgano competente para emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo».

La disposición refiere que el acto de ampliación debe ser emitido por el órgano competente. Pero dada esta redacción, cabe plantearse válidamente quién es el órgano competente para emitir dicho acto. Basados en el enfoque acusatorio, resulta lógico concluir que el órgano competente debería recaer en el órgano de decisión, ya que es quien en sí mismo tiene la competencia punitiva para imponer una sanción o decidir no hacerlo.

Desde el punto de vista del administrado, esta interpretación también se condice con el respeto por las garantías y los derechos fundamentales de los particulares, ya que resultaría contraproducente y contradictorio a los principios de imparcialidad, seguridad jurídica, debido procedimiento y legalidad que sea el órgano de instrucción quien se autoatribuya la competencia de emitir un acto para ampliar el plazo del procedimiento.

Tampoco resultará adecuado que sea el mismo órgano de instrucción, que tiene la competencia para realizar las indagaciones, recabar la información y medios probatorios, y formular la imputación, el que decida de forma unilateral que el plazo de caducidad deba am-

pliarse, ya que dicha decisión debería ser estudiada y formulada por un órgano distinto como lo es el órgano decisor.

En ese sentido, se reafirma la posición de que el órgano competente para decidir la ampliación del plazo perentorio debe recaer en el órgano decisor, con lo cual el orden de las actuaciones para generar el acto de ampliación debiera plantearse del siguiente modo:

(a) En primer lugar, el órgano instructor debe solicitar al órgano de decisión la ampliación. Esta petición o solicitud debe tramitarse internamente a través de un documento o informe en el que se deje constancia de las razones que justifican la ampliación del plazo de caducidad. Esta justificación debe estar sustentada correctamente con base en argumentos objetivos y razonables que proporcionen elementos válidos y sólidos al órgano de decisión para alcanzar dicho propósito. Esta solicitud debe constar en el expediente sancionador, a fin de que el particular pueda revisar los fundamentos y tomar la decisión de cuestionarlo o no (en una impugnación contra un eventual acto de sanción).
(b) El órgano decisor recibe la solicitud y procederá a evaluar si corresponde prorrogar o no el plazo perentorio. Su decisión debe demostrar un asentado análisis de los argumentos esgrimidos por el órgano de instrucción, ya sea, para aprobar su solicitud o para denegarla.
(c) Una vez emitido el acto de ampliación, este debe ser notificado al imputado para su conocimiento.

Como resultado de estas actuaciones deben proscribirse determinadas cuestiones que distorsionan el acto ampliatorio. La primera de ellas es que no corresponde esgrimir argumentos relacionados con la problemática institucional que puede padecer coyunturalmente cada institución pública. Se hace referencia aquí a las demoras a las que hacen referencias las entidades por causas de exceso de casos en curso. Se dice que no es un argumento que deba admitirse debido a que, justamente, la Administración debe hacer todo el trabajo previo de recopilación del material probatorio que sostenga la teoría de que el sujeto imputado tiene la probabilidad de ser sancionado. Es decir, no es posible que, recién en la fase de instrucción, la Administración inicie con las investigaciones porque ello, efectivamente, requerirá tiempo y recursos que podrían destinarse de diferente forma (López Ramón, 2014, p. 27).

Y también es inadmisible que los actos de ampliación sean emitidos de forma colectiva. Es decir, cada acto de ampliación debe ser valorado en función a cada procedimiento sancionador en particular, ya que cada caso tiene en su interior cuestiones particulares que no se reproducen, total o parcialmente en otros procedimientos. Por lo que el acto ampliatorio debe contener el análisis del porqué debe ser ampliado el plazo de caducidad para un procedimiento sancionador en concreto en atención a sus especificidades y los factores que generaron que el plazo deba ampliarse.

5.3. La impugnación del acto de ampliación de la caducidad.

El acto de ampliación, al ser un acto de trámite, se rige por las reglas que se le aplica a esta figura. Una de ellas es que los actos de trámite no pueden ser impugnados directamente en la vía administrativa o contencioso-administrativa. Las razones de esto las expone bien García Trevijano (1993), quien sostiene que la prohibición de la recurribilidad autónoma de los actos de trámite:

> Reside en la necesidad de facilitar la actividad administrativa, evitando que se perjudique o paralice el funcionamiento de la Administración Pública como podría suceder si los administrados impugnaran todos y cada uno de los actos de trámite que fueran sucediéndose a lo largo de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo. (pp. 81-105)

Ello quiere indicar que el particular que se encuentra inmerso en un procedimiento sancionador no puede impugnar la ampliación del plazo de caducidad de forma directa, sino que tendrá que canalizarlo a través de la impugnación contra la resolución administrativa.

Sin embargo, la doctrina sostiene que los actos de trámite pueden impugnarse cuando se cumplan dos presupuestos: (a) cuando estos actos pongan fin al procedimiento administrativo o impidan o paralicen su desarrollo, (b) cuando provoquen un estado de indefensión a los particulares por vulneración de sus derechos y garantías (Martín y Díez, 2012, p. 150).

La justificación sobre esta excepción la explica Danós (2007) cuando señala que «lo relevante para determinar el carácter impugnable o inimpugnable de manera separada de un acto de trámite no se deriva de su situación en el procedimiento administrativo sino exclusivamente de la magnitud de los efectos perjudiciales que pueda producir […]» (p. 270).

De modo tal que, a pesar del interesante debate académico que puede surgir a partir de la apreciación que se haga de este tema, se considera que la regla para el cuestionamiento de la validez de los actos de ampliación no debe realizarse de manera autónoma, sino que deben incluirse dentro de los argumentos que sirvan de fundamento y contenido al recurso que impugnará el acto administrativo que ponga fin al procedimiento sancionador en trámite.

6. Conclusiones

En el ámbito administrativo sancionador, la caducidad es del tipo perentorio, ya que extingue el procedimiento administrativo, ya sea sancionatorio o de gravamen, ante el incumplimiento del plazo máximo para resolver y notificar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador. Ante la comprobación de este hecho, la Administración Pública tendrá la obligación de emitir una declaración donde reconozca que el procedimiento ha caducado y, por ende, se procede a su archivamiento. El efecto de la caducidad en este ámbito es la perención del procedimiento mas no de la acción punitiva. La Administración estará en la posibilidad de reabrir el procedimiento caducado cuando no haya prescrito la infracción. Además, las actuaciones realizadas en el procedimiento caducado podrán ser utilizadas por la entidad en otro procedimiento administrativo.

Esta cuestión se explica a la luz de la diferencia entre la prescripción y la caducidad. La primera extingue la potestad punitiva de la Administración, es decir, inhabilita a la entidad competente a continuar con la persecución de la infracción o la investigación del procedimiento administrativo sancionador. La segunda solo extingue el procedimiento administrativo y no afecta la potestad sancionadora en lo absoluto.

Asimismo, las resoluciones provenidas de procedimientos administrativos caducados no tienen validez, justamente, por la inexistencia del requisito obligatorio del procedimiento regular. Así, la Administración solo puede emitir un acto en que declare la caducidad. Por último, el plazo de prescripción no es interrumpido por la caducidad.

En sede nacional, no se cuenta con un dispositivo que define la figura de la caducidad. El artículo 259 del TUO de la LPAG solamente desarrolla el tratamiento, los efectos y los plazos aplicables a la caducidad en cuanto mecanismo de terminación del procedimiento sancionador.

Por lo tanto, cabe señalar que el ámbito de aplicación de la caducidad solo opera para los procedimientos administrativos sancionadores; descartándose otros tipos de procedimientos y la caducidad del acto administrativo. Esto último nos permite advertir que la caducidad regulada en el TUO de la LPAG tiene naturaleza procedimental en la medida en que sus efectos recaen únicamente sobre el procedimiento sancionador.

De ese modo, se colige que el carácter de la caducidad que opera en la legislación peruana es perentorio. Esta figura opera cuando transcurridos los nueves meses establecidos por ley la entidad pública no ha cumplido con resolver y notificar la resolución administrativa donde se impone la sanción o se decide su archivamiento. El factor diferencial reside en la posibilidad de ampliar por tres meses como máximo el plazo de caducidad.

Finalmente, el acto de ampliación es un acto de trámite emitido por el órgano de decisión el cual es resuelto a solicitud del órgano de instrucción. La decisión ampliatoria debe estar debidamente justificada y sustentada en fundamentos objetivos y razonables. Si la parte imputada interpreta que el acto es inválido por carecer de razonabilidad o afectar a sus derechos y garantías procedimentales debe canalizar su cuestionamiento dentro del recurso de impugnación que plantee contra la resolución que pone fin al procedimiento. Esto es así, debido a que, al ser un acto de trámite, no puede impugnarse de forma independiente al procedimiento del cual es subordinado.

7. Recomendaciones

Producto de la investigación se han identificado varios aspectos que requieren ser reformulados y desarrollados por el legislador en torno a la figura de la caducidad. El primero de ellos, y de manera general, estriba en incorporar otras formas de caducidad en el TUO de la LPAG como sucede, por ejemplo, en la legislación ecuatoriana que contempla la caducidad de acción y la caducidad-sanción. Similar regulación tiene la legislación argentina, ya que en el artículo 21 de la Ley de Procedimiento Administrativo, publicado mediante Ley 19.549, se regula la caducidad-sanción, pues autoriza a la Administración a declarar la caducidad del acto administrativo cuando el interesado no cumpla con las condiciones fijadas.

La segunda recomendación apunta a que el TUO de la LPAG incluya dentro del artículo 197 a la caducidad como forma de terminación del procedimiento administrativo en general, con el fin de que el ámbito de aplicación de esta figura también afecte a los procedimientos administrativos de oficio e iniciados a instancia de parte.

Para ello, se sugiere tomar como ejemplo la redacción del artículo 84 de la Ley 39/2015 que estipula la terminación del procedimiento general y considera a la caducidad como técnica de finalización del procedimiento administrativo. También es posible tomar como referencia lo normado en la legislación salvadoreña en su artículo 111, en el que se contempla a la caducidad como forma de terminación del procedimiento.

La tercera recomendación constituye una extensión de la segunda recomendación en la medida que aconseja agregar una disposición que describa el régimen de aplicación de la caducidad para los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte, por un lado, y la ampliación del ámbito de la caducidad para los procedimientos de oficio, en la medida que ya no se circunscriba la operatividad de la caducidad solo a los procedimientos sancionadores, sino a los procedimientos de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen en los administrados.

Como paradigma, nuevamente se vuelve a la norma española y salvadoreña. La primera describe la caducidad de los procedimientos iniciados a instancia de parte en su artículo 95, mientras que la segunda en el artículo 117. Del mismo modo, para hacerse una idea de los alcances de la caducidad del procedimiento de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables resulta pertinente revisar la redacción del artículo 114 de la legislación salvadoreña o el artículo 9 de la legislación argentina antes citada.

La cuarta recomendación se orienta a completar los vacíos jurídicos y teóricos de la actual redacción de la caducidad en el TUO de la LPAG. Así, se parte de la premisa de que la normativa peruana no especifica cuál es la naturaleza del acto de ampliación ni identifica el órgano competente de forma categórica ni esclarece si contra la decisión de ampliación cabe la impugnación.

En cuanto a la naturaleza, se considera que sí es importante señalar que se trata de un acto de trámite que se dicta dentro del decurso del procedimiento sancionador, ya que ello va a permitir tener una certeza sobre la procedencia de la impugnación. Como se advierte, frente a los actos de trámite no cabe la impugnación directa, sino que se tiene que esperar a la emisión de la resolución definitiva para cuestionar la validez del señalado acto de trámite.

Esta precisión puede resolverse de dos maneras. La primera implicará expresar dentro del dispositivo que el acto de ampliación es un acto de trámite; y la segunda alternativa es adicionar que frente a la ampliación no cabe recurso de impugnación alguna, tal como se encuentra redactado en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley 39/2015, la cual señala que «2. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificados a los interesados, no cabrá recurso alguno». El presente estudio se inclina por la segunda vía, debido a que, también resuelve cualquier duda sobre la impugnación del acto de ampliación.

Finalmente, es de recibo atender otra cuestión confusa del artículo 259. La norma no es clara en identificar quién debe ser el órgano competente para dictar y emitir la ampliación. Su salida es indicar que la facultad de ampliar recae en el órgano competente, pero no indica a qué competencia se refiere.

Esta redacción es la que genera la incertidumbre, dado que, en la estructura del procedimiento sancionador existe una división entre la fase sancionadora y la fase resolutora donde se suceden dos órganos distintos y competentes: el primero para instruir y el segundo para resolver. Por ello, es que la norma debe ajustar esta parte, porque su redacción actual provoca interpretaciones diferentes que podrían devenir en nulidades.

Por ello, se recomienda reformar esta sección a fin de que se adicione que la ampliación deba ser dictada por el órgano con competencia para resolver el procedimiento, a solicitud del órgano instructor, tal como se encuentra estipulado en el artículo 23 de la Ley 39/2015 de España.

REFERENCIAS

Alarcón, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas Ediciones. Aguado, V. (1999). *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Madrid: Marcial Pons.

Aguado, V. (2001). *Silencio administrativo e inactividad*. Madrid: Marcial Pons.

Baca, V. (2011). La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). *Revista Derecho & Sociedad*, (37), 263-274.

Beato, M. (1996). El cómputo de los plazos y la caducidad de los procedimientos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativa Común: el principio de seguridad jurídica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (14-15), 19-48.

Becerra, A. (2015). Algunos apuntes sobre la prescripción y la caducidad en el derecho administrativo peruano. En A. Becerra (Dir.), II Convención Estudiantil de Derecho Público (pp. 105-134). Lima: Palestra.

Bermejo, J. (2016). *Derecho Administrativo básico. Parte general.* Navarra: Civitas Ediciones.

Caballero, R. (1999a). *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Madrid: McGraw-Hill.

Caballero, R. (1999b). Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo. *Revista Vasca de Administración Pública*, (55), 9-69.

Cassagne, C. (2013). *El acto administrativo*. Bogotá: Temis.

Cassagne, C. (2017). *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.

Cordero, L. (2011). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la corte suprema del año 2010. *Anuario de Derecho Público*, (2), 243-255.

Cosculluela, L. (2013). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Cizur Menor: Aranzadi.

Danós, J. (2007). La impugnación de los actos de trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja. *Revista Derecho & Sociedad*, (28), 267-271.

Danós, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano? *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 21-37.

Danós, J. (2013). La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del Procedimiento Administrativo Sancionador. En AA. VV., *Derecho*

Administrativo del siglo XXI, Libro de ponencias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo (pp. 727-748). Lima: Adrus.

De Diego, A. (2009). *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador* (2.ª ed.). Barcelona: Bosch.

De Diego, A. (2014). *Tratamiento y efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador*. Madrid: Fe d'erratas.

Doménech, G. (2007). ¿Es compatible con el principio ne bis in ídem reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativa*, (136), 727-755.

Flores, J. C. (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*, *30*(2), 225-249.

Fuentes, J. (2009). *Manual de derecho administrativo sancionador*. Navarra: Cizur Menor.

Gamero, E. y Fernández, M. (2014). *Manual básico de derecho administrativo* (11.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Garberí, J. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.

García-Trevijano, J. (1993). *La impugnación de los actos administrativos de trámite*. Madrid: Montecorvo.

Gómez, M. y Sanz, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Navarra: Cizur Menor.

Gómez Puente, M. (1999). Prescripción, caducidad y perención administrativas. *Justicia administrativa*, (2), 17-40.

Gómez Puente, M. (2011). *La inactividad de la Administración* (4.ª ed.). Navarra: Cizur Menor.

Gómez Corraliza, B. (1990). *La caducidad*. Madrid: Montecorvo.

González, F. (1964). La llamada caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, (45), 191-230.

Hernández, F. (1998). *La caducidad en el procedimiento administrativo*. Madrid: Montecorvo.

Huapaya, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 115-133.

López Menudo, F. (1992). Los principios generales del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, (129), 19-76.

López Pellicer, J. (1999). La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito? *Actualidad Administrativa*, (42), 1171-1199.

López Ramón, F. (2014). La caducidad del procedimiento de oficio. *Revista de Administración Pública*, (194), 11-47.

Macías, J. (2009). Prescripción y caducidad en los procedimientos administrativos sancionadores. *Iuris*, (144), 49-55.

Maraví, M. (2017). Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256. *Revista Ius Et Veritas*, (54), 66-99.

Mardones, M. y Cannoni, N. (2016). Caducidad de la resolución de calificación ambiental y reglamento del SEIA. *Revista Chilena de Derecho*, *43*(2), 575-602.

Meseguer, J. (2003). A vueltas con la caducidad en los procedimientos sancionadores. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (1), 213-222.

Martín, R. y Diez, J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi.

Montoya, E. (2008). Consideraciones sobre actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado. *Documentación administrativa*, (280-281), 196-220.

Morón, J. C. (2001). Los Actos Administrativo en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista Derecho & Sociedad*, (17), 242-257.

Morón, J. C. (2011). La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. *Revista Derecho PUCP*, (67), 419-455.

Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley Nº 27444* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, IV*. Madrid: Lustel.

Parejo, L. (2008). *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2016). Decreto Legislativo 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley Nº 29060, Ley del Silencio Administrativo. Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Presidencia de Consejo de Ministros, 21 de diciembre.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2018a). Decreto Legislativo 1452, Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Presidencia de Consejo de Ministros, 16 de setiembre.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2018b). Decreto Legislativo 1396, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Represión de conductas anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1034. Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Presidencia de Consejo de Ministros, 6 de setiembre.

Quintero, A. (2010). La caducidad en los procedimientos tributarios debida a la inactividad de la Administración. *Hacienda canaria*, (30), 5-31.

Rebollo, M., et al. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.

Rodríguez-Arana, J. (1993). *La caducidad en el derecho administrativo español*. España: RDU.

Rubio, M. (2003). *Prescripción y caducidad: la extinción de acciones y derechos en el Código civil*. Lima: PUCP, Fondo Editorial.

Santamaría, A. (2005). Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*, (168), 7-56.

Sendín, M. A. (2010). El tiempo en el Procedimiento Administrativo español. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 160-175.

Tardío, J. (2005). Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (298-299), 11-53.

Valverde, G. (2018). La figura de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador: una lectura comparada de su régimen jurídico en el Perú y Ecuador. En M. Brito (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: Hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional* (pp. 169-278). Belo Horizonte: Fórum.

Zegarra, D. (2010). La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 207-214.

SECCIÓN II

DERECHO CIVIL, BANCARIO Y ARBITRAJE

EL NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO: ¿UNA CATEGORÍA NECESARIA O UN DISEÑO INEXISTENTE?

Ulises Bautista Quispe
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

El negocio jurídico indirecto, en una sociedad en constante transformación, se ha presentado, dentro del formalismo jurídico, como una herramienta jurídica que ha buscado reconocer la libertad negocial. Sin duda, sus aportes han sido valiosos para la comprensión de la realidad jurídica. En ese sentido, en el presente escrito se abordará el fenómeno del negocio jurídico indirecto, sus antecedentes y su tratamiento dentro del derecho comparado (Italia, Portugal, Argentina y Perú). Además, se demostrará que no puede ser calificado como una categoría jurídica (sí como una categoría histórica y sociológica). Para los fines de la investigación, se hará uso de los métodos dogmático, comparado y funcional.

1. Introducción

Un mundo en que se pueda predecir poco implicaría riesgos que el común de las personas no estaría dispuesto a asumir. Es así que, desde sus orígenes, los seres humanos siempre han buscado avizorar, en lo posible, los comportamientos de sus similares; pues si hay un rasgo característico de la vida en comunidad es que esta se fundamenta en la confianza. En ese sentido, en una sociedad organizada, sus integrantes han convenido que ciertas normas deben ser obedecidas; y en caso sean defraudadas (por infracción u omisión), haya mecanismos para restablecer su vigencia.

En el mundo jurídico, el positivismo ha respondido a esa necesidad a través del concepto de seguridad jurídica. Sin predecibilidad, las personas no podrían adecuar su conducta ante los riesgos, ni elegir, libremente, cuáles asumen. No obstante, la rigidez que presenta ha impedido el desarrollo de la libertad negocial: los esquemas normativos tradicionales han resultado insuficientes para adaptarse al cambio y a las nuevas necesidades. Ante ello, se ha requerido soluciones prácticas dentro del orden jurídico vigente. El negocio jurídico indirecto responde a ello.

En contraposición con el negocio jurídico «directo», donde hay una correspondencia entre lo celebrado y la finalidad típica, se ha entendido al negocio jurídico indirecto como aquel que permite, de manera aislada o conjunta, con su celebración lograr, total o parcialmente, la finalidad jurídica de otro tipo negocial. En su momento, el negocio jurídico indirecto se presentó como una propuesta novedosa. En el estado de conocimiento y de ciencia en que surgió, daba soluciones a supuestos límites sin comprometer el orden jurídico de todo el sistema: usando los esquemas negociales reconocidos permitía satisfacer nuevas necesidades.

En esa perspectiva, con el presente trabajo se tratará de demostrar que el negocio jurídico indirecto respondió al formalismo jurídico. Como tal, se ha presentado como un producto histórico: una rebeldía de la libertad negocial. Con el tiempo, ha llevado a la crisis del positivismo, o al menos a su flexibilización. Se ha tratado de un conjunto de supuestos que, sin llegar a formar una verdadera categoría jurídica, ha puesto al derecho legal en una encrucijada. No es raro, por ello, que se asuma que se trata de negocios jurídicos sospechosos, pues pone en duda el alcance de las normas vigentes.

Dicho lo anterior, este trabajo se desarrollará desde la perspectiva histórica y la del derecho comparado. A partir del diagnóstico de la problemática e información analizada, se determinará los alcances de los negocios jurídicos indirectos y si aún estos tienen alguna importancia para la posterioridad. Asimismo, cada sección en que se aborde el tema se acompañará con un gran número de ejemplos, en su mayoría tomados de la jurisprudencia.

2. Antecedentes del negocio jurídico indirecto

Normalmente, el reconocimiento o creación de una categoría jurídica está asociada a una finalidad jurídica típica. Por ello, cuando se presenta el supuesto de hecho hipotético previsto, se da una consecuencia jurídica determinada previamente (*ex ante*). Sin embargo, en ocasiones, la abstracción de las categorías jurídicas puede servir para lograr fines ajenos a los previstos; eso es lo que sucedió en el derecho romano con los denominados «actos aparentes», los que presentándose bajo una forma abstracta podían ser usados para lograr fines diferentes a los típicos.

2.1. Antiguas manifestaciones del negocio jurídico indirecto en el derecho romano.

Aun cuando no sea posible establecer con exactitud la fecha de aparición de los «actos aparentes», es probable que hayan sido usados desde el Periodo Arcaico (siglo VIII a. C. al II a. C.). De hecho, un sector de la doctrina refiere que instituciones abstractas, como la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *sponsio prejudicialis*, el *nexun*, el *nexi liberatio* y la *coemtio fiducie causa*, fueron usadas para lograr finalidades no típicas (Ihering, 1904, pp. 231-336). Como se intuye, las categorías jurídicas se instrumentalizaban para obtener fines diversos.

Un ejemplo, usado por la doctrina, puede ayudar a entenderlo mejor. La Ley de las XII Tablas (siglo V a. C.) establecía la sanción de la pérdida de patria potestad a quien vendiera su hijo tres veces[1]; esto último fue aprovechado por quien, voluntariamente, quería renunciar a su patria potestad. Se usaba el supuesto de hecho para una función no prevista en la norma (Ferrara, 1961, p. 107). De este modo, si «A» no querría ejercer más la patria potestad, podía vender su hijo, «B», menor de edad, consecutivamente a «X», «Y» y «Z», de modo que «B» adquiriese plena capacidad jurídica.

Uno de los primeros en advertir la presencia de estos actos en la casuística romana fue Rudolf von Ihering (1818-1892), quien los diferenció de los casos de simulación en la medida que en los primeros no había nada que ocultar, mientras en los segundos se buscaba crear una apariencia jurídica frente a terceros. Ello era así, en tanto que en los «actos aparentes» se quería, realmente, los efectos del contrato celebrado; mientras en la simulación, a partir de

1 Véase Tabla IV: «[…] 2. Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto» [«[…] 2. Si el padre vende tres veces al hijo, el hijo será libre del padre»] (*Ley de las XII Tablas*, siglo V a. C./1993, p. 507).

un acuerdo simulatorio, no se querían, total o parcialmente, los efectos jurídicos del contrato celebrado.

En el ejemplo anterior, si «A» vendía su menor hijo «B», los efectos de ese contrato eran realmente los de la transferencia de propiedad. En cambio, en una simulación, a través de un acuerdo simulatorio, «A» podría acordar con «Y» que —frente a terceros— el contrato de compraventa que celebrasen públicamente no surtiría efectos jurídicos entre ellos; mientras que en una simulación relativa, podrían acordar, además, que paralelamente y de manera oculta, celebran o celebrarían una donación que es la que surtiría efectos jurídicos.

Si bien el «acto aparente» podía ser usado para lograr fines prohibidos por el ordenamiento jurídico romano, no lo era siempre, pues con este también era posible un resultado compatible con los valores jurídicos. Esto último es lo que sucedió con la triple venta, la cual se originó como una sanción en la Ley de las XII Tablas; y años después, su uso se generalizó como un medio para la emancipación; prueba de ello es que en el siglo II d. C. del Periodo Clásico se pueda leer a Gayo comentar que este procedimiento era el regular para que el hijo saliera de la patria potestad[2].

Lo que debe quedar claro es que el «acto aparente», dentro de la historia jurídica, representó un antecedente de lo que se conocerá, posteriormente, como negocio jurídico indirecto. Sin embargo, no se los podría equiparar debido a que en el derecho romano no se admitía una categoría abstracta de contratos, como hoy se conoce a partir del racionalismo y las modernas codificaciones del siglo XVIII, que permiten celebrar cualquier contrato con protección jurídica[3]; menos al negocio jurídico, el cual tiene un grado mayor de abstracción que el contrato.

2.2. Nuevas manifestaciones del negocio jurídico indirecto en el derecho romano.

Después del Periodo Clásico (siglo II a. C.-III d. C.), el derecho romano perdió el resplandor que había presentado por siglos; la jurisprudencia se presentaba cada vez con más contradicciones, lo que causaba inseguridad jurídica al momento de resolver un caso. Al advertir ello, el emperador Justiniano (527 d. C.-565 d. C.) llevó adelante la empresa más grande de recopilación[4] con el *Corpus Iuris Civilis*[5]. Toda la producción jurídica relevante fue reducida a cuatro obras: el *Digesto*, las *Institutas*, el *Codex* y las *Novelas*.

---

2 Véase Gayo (siglo I d. C./1987, pp. 128-129, fragmento 132).

3 Un sector de la doctrina, con razón, ha señalado que el vocablo «contrato» en el derecho romano solo tuvo más de «homofonía» que de parecido a la noción actual (Alpa, 2004, p. 1097).

4 La comisión estuvo a cargo de Tribonian (siglo VI d. C.). Se ha comentado que, bajo su dirección, se revisaron alrededor de dos mil libros: un total de tres millones de líneas que contenían fragmentos de la Época Arcaica y Clásica (Zimmermann, 2012, p. 415).

5 Se hipotetiza que fue Dionisio Godofredo quien incorporó al *Corpus Iuris* el término *Civilis* en el año 1583, ello con el fin de diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici* (Pietro Bonfante). Pues bien, el *Corpus Iuris Civilis*, en su tiempo, se presentó como la única fuente legislativa reconocida dentro del ordenamiento romano; tenía como fin, además de reunir lo mejor del derecho, garantizar el orden y la seguridad jurídica. Para hacer efectiva su finalidad, el emperador Justiniano restringió la creación del derecho mediante la jurisprudencia, y prohibió a los jurisconsultos interpretar o comentar los dispositivos normativos vigentes, salvo para traducirlo al griego. Sobre lo último, un sector de la doctrina refiere que queda la duda de si la prohibición solo se refería a inexpertos o también a expertos y/o autoridades públicas de derecho. Más allá de ello, lo cierto es que el primer comentario apareció durante el gobierno de Justiniano (Zimmermann, 2012, p. 417).

En este contexto, los contratos romanos pasaron a tener una taxatividad cerrada; solo los que tuvieran un remedio jurídico, reconocido previamente (*ex ante*) en el *Corpus luris* contaban con protección jurídica. Aquello no quería decir que los sujetos no pudiesen celebrar otros convenios no reconocidos; lo podían hacer, solo que lo celebrado se fundamentaría en la confianza y buena fe de los intervinientes. De allí que no hubo manera, al menos en los primeros tiempos, de compeler jurídicamente a los sujetos a que ejecutaran los convenios no reconocidos.

Ante el limitado número de convenios reconocidos y la necesidad de contar con nuevos esquemas contractuales que permitieran satisfacer las necesidades de una sociedad en transformación, con las herramientas ya reconocidas, los romanos flexibilizaron la rigidez de su sistema contractual. Expresión de ello, en caso una de las partes del convenio no reconocido ejecutara lo comprometido, son la *condictio causa data causa non secuta*[6], la *actio praescriptis verbis*[7] y la *condictio propter poenitentiam*, acciones procesales abstractas destinadas a evitar el enriquecimiento sin causa.

Bajo lo último, si una de las partes de un convenio sinalagmático hubiese cumplido su prestación, por razones de justicia y equidad, el ordenamiento romano, a través de las acciones señaladas, permitía la restitución de lo ejecutado o, alternativamente, el cumplimiento de lo programado por la otra parte. De este modo, se contractualizaba —indirectamente— supuestos que no eran convenios reconocidos como contratos; esto fue una realidad incontrolable, al punto que posteriormente se los identificó en la categoría de «contratos innominados»[8].

Por ejemplo, si «A», a cambio de cuatro espadas, se comprometía a dar dos caballos de su propiedad a «B», el mero acuerdo de ambos no les otorgaba algún remedio jurídico; para ser tratado como un contrato, alguno debía cumplir lo comprometido. Imagínese que «A» cumplía con entregar los dos caballos a «B», y este último se negase a cumplir con su parte; haciendo uso del *condictio causa data causa non secuta*, el primero podría solicitar la restitución de los dos caballos entregados; o alegando la *actio praescriptis verbis,* solicitar se cumpla con la entrega de las cuatro espadas.

Las acciones comentadas, tradicionalmente, no son identificadas como «actos aparentes»; sin embargo, sí cumplen con elementos básicos para ser absorbidas dentro de estos. Prueba de ello es que con el tiempo han dado paso a los «contratos innominados», los que un sector de la doctrina considera como verdaderos contratos[9]. La tolerancia llegó a tal punto que la mayoría de estos supuestos, posteriormente, se independizaron y obtuvieron su reconocimiento jurídico; tal es el caso de la permuta, la transacción, entre otros.

6 Véase Justiniano (siglo VI d. C./1968, pp. 487-491: D. 12, 4).

7 Véase Justiniano (siglo VI d. C./1968, p. 730: D. 19, 5, 3).

8 De acuerdo con un sector de la doctrina, fueron los compiladores quienes, en los tiempos del emperador Justiniano, dieron a este tipo de pactos, donde una de las partes ejecuta la prestación, la denominación de «contratos innominados» (Girard, 1906, p. 585). Por su parte, otro sector de la doctrina es de la posición que la expresión de «contratos innominados» no era conocida a los juristas romanos; esta correspondería a los glosadores, quienes la habrían acuñado durante la Edad Media (Renaut, 2008, p. 30). Independientemente a la controversia, se debe advertir que no todo convenio en esta categoría carece de nombre, pues algunos sí lo tenían, como es el caso del contrato de permuta o hipoteca.

9 Véase Chevreau, Mausen, y Bouglé (2011, p. 87).

2.3. Algún punto sin respuesta que deja el derecho romano a la modernidad.

En contraste a un sistema cerrado, como ocurrió en el derecho romano posclásico, donde los contratos se restringían, de forma taxativa, a los reconocidos previamente (*ex ante*) en el *Corpus Iuris Civilis*, el sistema contractual [negocial] moderno permite una mejor adaptación al cambio; a través del reconocimiento de la libertad negocial, la autonomía privada se ha convertido en un instrumento revolucionario. Ante la ausencia y deficiencia del derecho de fuente legal, ha permitido adecuar los negocios jurídicos existentes o crear nuevas estructuras negociales.

Dentro de este marco, se han sostenido dos posiciones. La primera señala que la rigidez del sistema romano, frente a lo que sucedería en los sistemas flexibles —como el moderno—, habría llevado a que los negocios jurídicos indirectos hayan tenido más incidencia (Ascarelli, 1965, p. 42; Rubino, 1953, p. 35). La segunda, por el contrario, ha sostenido que es, más bien, en los sistemas modernos, gracias al reconocimiento de la libertad negocial, que es posible no solo celebrar negocios jurídicos típicos o atípicos, sino también usarlos para fines diferentes (De Carvalho, 1952, pp. 49-50).

Aun cuando la polémica resulte interesante, el hecho concreto es que no se tiene ninguna base estadística que permita confirmar alguna de las dos posiciones sostenidas. Lo cierto es que el negocio jurídico indirecto se ha presentado en los ordenamientos jurídicos modernos, tanto en doctrina como jurisprudencia. Su presencia, sin embargo, como en el derecho romano, ha suscitado desconfianza, pues se encuentra en los límites permitidos. Sin lugar a dudas, se trata de un tema que despierta, a primera vista, el interés del operador jurídico.

3. El negocio jurídico indirecto en el derecho comparado

Se ha advertido que el «acto aparente» no se trató de una figura aislada en la historia; bajo distintas formas, estuvo presente en distintas culturas. Por ejemplo, en el antiguo derecho germano, en algunos casos de ventas a un precio irrisorio; en el derecho francés, donde para evitar los problemas que podrían traer las hipotecas ocultas, en lugar de la compraventa, se acordó realizar las transferencias de propiedad a través de un proceso ejecutivo que tenía como efecto eliminar los gravámenes; y en el derecho medieval italiano, en otros casos (Ferrara, 1961, pp. 108-109).

En tiempos modernos, el estudio dogmático del negocio jurídico indirecto fue retomado en Alemania. Sus representantes más conocidos fueron Rudolf von Ihering, Ludwig Enneccerus y J. Kholer. Bajo la influencia de ellos, en Italia se desarrolló un amplio debate sobre el tema, y destacaron, entre muchos, Francesco Ferrara, Giuseppe Messina, Santoro Passarelli, Cariota Ferrara, Gino De Gennaro, Tulio Ascarelli y Domenico Rubino. Por su parte, en Portugal, siguiendo la influencia alemana e italiana, se tiene, sobre todo, los aportes de Orlando de Carvalho.

En Francia, por su lado, el tema no ha tenido acogida. No se ha intentado crear una categoría general como la del negocio jurídico indirecto (*acte juridique indirect*); ello a pesar de que en su Código Civil de 1804 se cuenta con algunas manifestaciones concretas como la donación indirecta. Esto se puede apreciar de algunas normas que admiten tal posibilidad[10]. De allí que su doctrina lo haya comentado[11] y se tenga un pronunciamiento jurisprudencial. Con

10 El artículo 843 hace mención a las «donaciones recibidas indirectamente»; y el artículo 1099, que hace mención a la prohibición de «donarse indirectamente» establecida a los cónyuges.

11 Entre los juristas que lo han tratado, de manera enunciativa véanse Ponsard (1946, pp. 13-281), Méau-Lautour (1985, pp. 199-202 y 394-408), Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud (1964, pp. 431-439), Planiol y Ripert (1935,

el transcurso del tiempo, se advierte que ha sido menor el número de juristas que tratan este tema, al punto que resulta extraño en muchos libros y manuales contemporáneos que abordan los temas de derecho civil.

En lo que sigue del presente trabajo, solo se desarrollará el tema del negocio jurídico indirecto en los ordenamientos jurídicos italiano, portugués, argentino y peruano. No se abordará el derecho alemán debido a la ausencia de información que pueda dar una idea sólida sobre este tema, ni el derecho francés, porque —como se ha comentado— no se trata de un ordenamiento que haya desarrollado el negocio jurídico indirecto como categoría jurídica. La selección de los países, con excepción del Perú, responde a que son los principales ordenamientos jurídicos que han tratado el tema (el derecho peruano solo se incluye para notar el estado de la cuestión sobre este tema).

3.1. El negocio jurídico indirecto en el ordenamiento jurídico italiano.

El negocio jurídico indirecto no tiene un reconocimiento legal expreso en Italia, pero sí tiene, al igual que en Francia, normas que hacen referencia a la donación indirecta[12]. A diferencia de lo que sucedió en aquel país, en Italia la doctrina llevó a ampliar la donación indirecta a otros supuestos, hasta el punto de reconocer la categoría del negocio jurídico indirecto (*negozio giuridico indiretto*). Sobre el tema abundan estudios no solo en manuales antiguos, sino actuales. La jurisprudencia no ha estado al margen; ha emitido varios pronunciamientos sobre el particular[13].

Históricamente, la puesta en vigencia del negocio jurídico indirecto en Italia ha sido atribuida a Tullio Ascarelli (1903-1959), el investigador más importante en esta materia. Sus estudios lo llevaron al centro de atención de la doctrina, cuando ya casi se había perdido interés en el tema, al ser considerado por la doctrina germana como un equivalente al negocio *in fraudem* (De Castro y Bravo, 1985, p. 446). El jurista italiano ha destacado que el negocio jurídico indirecto no siempre ha estado vinculado a la ilegalidad, ni con la simulación ni con el fraude a la ley.

De manera particular, en este país la noción del negocio jurídico indirecto ha estado asociada a lo que se debe entender por causa del contrato, uno de los elementos para que un contrato sea celebrado de manera válida. Bajo este panorama, es posible identificar dos posiciones en la doctrina: los que consideran a la causa como abstracta y los que la consideran como concreta; advirtiendo que dentro de estas, hay algunas propuestas particulares que merecen ser estudiadas por su relevancia.

(a) Los que consideran que la causa es abstracta y coincide con el tipo negocial regulado por el código civil o ley especial. Según esta posición, todos los negocios

pp. 427-437), Josserand (1951, pp. 45-52) y Lambert (2006, pp. 316-317 y 358-390). Debe advertirse que, en Francia, la donación indirecta, en muchos casos, antes que hacer referencia al negocio jurídico indirecto, se referiría a supuestos de liberalidades diferentes a la donación; por lo que no siempre se lo debiera identificar como una manifestación concreta del primero.

12 El reconocimiento legal, de manera expresa, se puede encontrar en el artículo 737 del Código Civil italiano de 1942, que hace referencia a la «donación indirecta», la que sigue, a su vez, el artículo 1001 del Código Civil italiano de 1865. Debe advertirse que la donación indirecta —al igual que en Francia— en muchos casos, antes que hacer referencia al negocio jurídico indirecto, se referiría a supuestos de liberalidades diferentes a la donación; por lo que no siempre se lo debiera identificar como una manifestación concreta del primero.

13 De manera enunciativa, véanse Cassazione civile. II Sezione, n. 56 (03/01/14), Cassazione civile. III Sezione, n. 17941 (24/07/13), Cassazione civile. II Sezione, n. 21083 (27/11/12) y Cassazione civile. II Sezione, n. 10163 (09/05/11).

jurídicos desarrollan siempre una causa típica prevista por la ley (finalidad abstracta); por lo que cualquier «finalidad ulterior» solo calificaría como un motivo. Por ejemplo, si «A» celebra un negocio jurídico de compraventa con «B», por el que el primero transfiere al segundo un bien inmueble de 800 m^2, cuyo valor de mercado es de S/100 000, a cambio de S/5000, no interesa si con el precio bajo «A» quería realizar una donación. Según esta posición, solo hay una compraventa; la liberalidad a más sería un motivo.

Dentro de esta posición, respecto de la relevancia jurídica de los motivos, es posible encontrar dos tendencias:

(i) *Para quienes el motivo, salvo excepciones, no tendría relevancia jurídica dentro del negocio jurídico celebrado*[14]. Se considera que, excepcionalmente, el motivo tendría relevancia jurídica (1) cuando sea presentada como común a las partes y vaya contra determinadas normas imperativas que pretenden prohibir un determinado resultado, en cuyo caso el negocio jurídico sería nulo (Ascarelli, 1965, p. 33); o (2) cuando la ley, de manera expresa, ha atribuido relevancia jurídica a los motivos (De Gennaro, 1934, pp. 85-86)[15].

(ii) *Para quienes el motivo sí tendría relevancia jurídica dentro del negocio jurídico celebrado*[16]. Para quienes lo defienden, los fines ulteriores presentes en el negocio indirecto no serían meros motivos, sino motivos cualificados («fines extralegales»), es decir, verdaderos fines jurídicos con relevancia jurídica, los cuales corresponderían a lo regulado por otros negocios jurídicos típicos o, incluso, atípicos (Rubino, 1953, p. 26). En ese sentido, no interesaría si se han establecido, expresamente, para el negocio jurídico celebrado.

Para los juristas que consideran la relevancia restringida del motivo, en los casos de los negocios jurídicos indirectos, por regla, se debería seguir la disciplina del negocio jurídico que contenga la causa típica. Solo excepcionalmente se aplicará una norma prohibitiva. Para la posición que asocia los fines indirectos con los fines relevantes, contrario a la intuición moderna, también se debería aplicar esa regla, pero no porque haya una finalidad abstracta que la subsuma, sino porque se considera que esta es instrumental al cumplimiento de la finalidad indirecta.

(b) Los que consideran que la causa es concreta y no necesariamente tiene que coincidir con el tipo negocial previsto por el código civil o ley especial. Según esta posición, todos los negocios jurídicos, sean típicos o atípicos, desarrollan una finalidad económica concreta (función concreta); por lo que no tendrían que corresponder, necesariamente, con la finalidad jurídica prevista para un negocio jurídico típico. Al ser ello así, la discusión del negocio jurídico indirecto no tendría razón de ser, puesto que los sujetos siempre buscarán una finalidad concreta[17]. Al no haber una coincidencia o reconducción a los tipos negociales de fuente legal (limitados en cantidad), mal se haría en hablar de una «finalidad ulterior» a la típica.

14 En esta posición, véanse Ascarelli (1965), De Gennaro (1939) y Cariota Ferrara (1948/2011).

15 Un jurista ha cuestionado que en los casos en que la ley da relevancia jurídica a los motivos se pueda hablar de un negocio jurídico indirecto; ello en razón de que los efectos jurídicos se darían de modo directo (De Gennaro, 1934, pp. 86-90).

16 En esta posición, véase Rubino (1953).

17 Sobre la causa concreta y la crisis del negocio indirecto, véanse Granelli (2006, párrs. del 1 al 65), Bianca (2007, p. 506) y Di Paolo (1995, párrs. del 1 al 38).

Entonces, para esta corriente de pensamiento el tema del negocio jurídico indirecto habría surgido por la manera como se concibió la causa del negocio jurídico; ha sido parte de un proceso histórico de lo que se entendió por causa[18]. En la actualidad, ya no sería más confundida con la finalidad típica del negocio jurídico. El reconocimiento de la libertad negocial lleva a admitir la posibilidad de que los sujetos, válidamente, se separen de las finalidades previstas en los esquemas negociales típicos y el ordenamiento les dé protección jurídica.

- ***Algunas precisiones del negocio jurídico indirecto en el ordenamiento jurídico italiano***. Para la obtención de la finalidad indirecta del negocio jurídico se han señalado dos medios: (1) con la sola celebración del negocio jurídico típico, y (2) a partir de una cláusula añadida al negocio jurídico típico (Rubino, 1953, p. 59). En el primer caso, el resultado indirecto sería total; mientras en el segundo, se presentaría de manera parcial. La doctrina ha calificado al primero como un supuesto de negocio jurídico indirecto en sentido estricto; mientras al segundo, como un supuesto de «negocio con cláusula indirecta» (Caredda, 2008, p. 189).

  A partir de la última distinción, algunos juristas han diferenciado al negocio jurídico indirecto del negocio jurídico mixto. Al respecto, en el primero la cláusula añadida se presentaría como accesoria a la finalidad típica; mientras en el segundo, en concurrencia —en similar importancia— con la finalidad típica. De allí que, en el caso del negocio jurídico indirecto se debiera aplicar la disciplina del negocio jurídico usado como instrumento; mientras en el negocio jurídico mixto, los métodos de integración de absorción, combinación o analogía (Ascarelli, 2012, pp. 27-43)[19].

  Por ejemplo, «A» celebra un contrato de donación del inmueble «X» a favor de «B», teniendo como cargo que el segundo mantenga, por el plazo de un año, dentro del bien a «D», quien ha sido un trabajador leal del primero. En este caso, se estaría ante un contrato de donación con una cláusula que regula el cargo. Al presentar tal estructura, la disciplina jurídica a aplicar sería la de la donación, por ser el negocio jurídico usado como instrumento; mientras la cláusula del cargo (elemento de onerosidad) solo sería accesoria.

  Ahora bien, se debe destacar que en el derecho italiano, al igual que en el romano, se comparte la posición de que los negocios jurídicos indirectos son distintos de los supuestos de simulación y, en ocasiones, del fraude de ley. Respecto al primero, en tanto que en el negocio indirecto los sujetos quieren, en verdad, los efectos del negocio celebrado y no solo aparentarlos; respecto al segundo, los efectos queridos dentro del negocio indirecto son, muchas veces, tolerados dentro de los valores del ordenamiento jurídico, lo que no sucede con el fraude a la ley.

  A pesar de la utilidad que el negocio jurídico indirecto pueda presentar, en Italia la opinión mayoritaria considera que no se trata de una categoría jurídica autónoma[20], debido a que no tendría un tratamiento jurídico particular; cada negocio jurídico indirecto seguiría el tratamiento del negocio jurídico usado como instrumento. En posición contraria, un sector minoritario considera que las «finalidades ulteriores» podrían tener relevancia jurídica en

18 En ese sentido, un jurista ha manifestado que «históricamente el negocio indirecto ha marcado la decadencia del concepto del fin típico» (Bianca, 2007, p. 507).

19 Un sector de la doctrina ha criticado la posición señalada, debido a que al concurrir en el negocio jurídico mixto finalidades de similar importancia solo se le podría aplicar el método de integración de la combinación y analogía, mas no el método de la absorción (Rubino, 1953, pp. 54-57).

20 De manera enunciativa, véanse Ascarelli (1965, p. 28), Rubino (1953, p. 143), De Gennaro (1934, p. 85), Cariota Ferrara (1948/2011, p. 258) y Auricchio (1957, p. 221).

determinados casos[21]; sería en esos supuestos que se justificaría la identificación como una categoría jurídica propia[22].

3.2. El negocio jurídico indirecto en el ordenamiento jurídico portugués.

En Portugal, su Código Civil de 1966, legislativamente, no reconoce al negocio jurídico indirecto (*negócio jurídico indirecto*) ni a la donación indirecta; sin embargo, hay un gran número de juristas —de influencia italiana— que lo han desarrollado. Uno de ellos, Orlando De Carvalho, quien en la década de los años 50 realizó el escrito más extenso, hasta la fecha, sobre el tema. Más allá de esta investigación, solo se cuenta con comentarios generales de un número reducido de juristas. A pesar de ello, su jurisprudencia lo ha reconocido[23].

En ese país, un sector de la doctrina ha señalado que en el negocio jurídico indirecto se presentaría una finalidad típica (De Carvalho, 1952, pp. 1-149); y no, como alguno lo ha sostenido, un conflicto entre la finalidad típica y una ulterior. Para argumentar ello, ha recordado que en esta modalidad de negocio jurídico los sujetos quieren aprovecharse de la seguridad de la disciplina jurídica del negocio jurídico típico que usan como instrumento; por lo que se relegaría la «finalidad ulterior», subordinándola como un motivo psicológico «trascendente» con «virtualidad típica en abstracto».

Para la obtención de la finalidad indirecta del negocio jurídico, al igual que en el derecho italiano, se han señalado dos medios: (1) con la sola celebración del negocio jurídico típico; y (2) a partir de una cláusula añadida al negocio jurídico típico. Al respecto, alguno ha señalado que solo en el primer supuesto, en sentido estricto, se estaría ante un negocio jurídico indirecto (Pais de Vasconcelos, 2009 p. 252); mientras que el último supuesto, propiamente, más en un caso de negocio jurídico mixto (Menezes Cordeiro, 2014, p. 252)[24].

Otros, por su parte, han tratado de diferenciar los supuestos en los que la finalidad indirecta se produciría como consecuencia de una cláusula añadida. Al respecto, se ha señalado que en el negocio jurídico mixto habría una concurrencia de varios elementos típicos —de la misma jerarquía— perteneciente a negocios jurídicos diferentes que llevaría a una «finalidad mixta»; mientras en el negocio jurídico indirecto, serían únicamente cláusulas accesorias, por lo que solo se realizaría una finalidad típica (De Carvalho, 1952, pp. 67-77).

Dentro de esta polémica, una posición más reciente considera que, en el caso del negocio jurídico indirecto, sea puro o con la incorporación de una cláusula, en verdad, se está ante un «contrato cuasi típico» (Pais de Vasconcelos, 2009, p. 256); ello sería así, en tanto que los sujetos cuando lo celebran quieren valerse del tipo negocial que usan, pero además pretenden realizar una finalidad distinta; de manera que la «finalidad ulterior», por razones de

21 En ese sentido, se ha comentado que el negocio jurídico indirecto sería un «fenómeno jurídico» que no siempre es «intrascendente» (Rubino, 1953, p. 143).

22 A la tesis minoritaria hay quien ha respondido afirmando que la relevancia de las «finalidades ulteriores» se daría por disposiciones legislativas especiales que así lo atribuyen, y no por la estructura interna del negocio jurídico indirecto (De Gennaro, 1934, p. 86). Al no tener una disciplina jurídica diferenciada, entonces, no podría ser una categoría jurídica autónoma.

23 De manera enunciativa, véanse Acórdão STJ 8013/10.8TBBRG.G2.S1 (05/05/16), Acórdão STJ 1363/09.8TBSTR.C1.S1 (01/04/14), Acórdão STJ 873/05.0TBVLN.G1.S1 (28/11/2013) y Acórdão STJ 3026/05.4TBSTS.P1.S1 (11/09/2012).

24 Aunque no se pronuncie expresamente en ese sentido, se puede deducir en la misma posición a De Almeida Costa (2009, p. 374).

justicia, debiera tener protección jurídica. Así debiera suceder cuando se lo interprete o haya una divergencia entre lo querido y declarado.

En lo que sí hay unanimidad es que el negocio jurídico indirecto es un supuesto diferente al de la simulación, ya que en el primero efectivamente las partes quieren celebrarlo. En consideración a ello, un sector de la doctrina ha señalado que la utilidad de los negocios jurídicos indirectos ha sido, justamente, separar los negocios realmente queridos de los supuestos de simulación y fraude a la ley (Pais de Vasconcelos, 2009, pp. 248-257). Su origen, pues, no estaría en la vejez de las instituciones jurídicas, sino en su riqueza (De Carvalho, 1952, pp. 1-149).

Para concluir este apartado, se debe señalar que, de modo mayoritario, la doctrina en este país no ha entrado a la discusión de si el negocio jurídico indirecto se trata de una categoría jurídica; no obstante, implícitamente se puede deducir —principalmente, De Carvalho[25] y Pais de Vasconcelos— que hay argumentos para mantenerlo como una categoría jurídica autónoma (los argumentos de estos juristas llevan a un tratamiento jurídico diferenciado). Estos aportes justifican la revisión de lo desarrollado, sobre este tema, en Portugal.

3.3. El negocio jurídico indirecto en el ordenamiento jurídico argentino.

En Argentina, en los últimos años, a partir de estudios que se tenía de fuente italiana, se han discutido los alcances de los negocios jurídicos indirectos. Así, en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en el 2005, se estableció que el negocio jurídico indirecto, frente a los tradicionales tipos contractuales, era un instrumento para hacer frente a las nuevas necesidades de contratación. En algunos casos, dependiendo de su uso, podrían obtener una tipicidad[26]. Asimismo, el debate no ha estado lejos de su jurisprudencia[27].

Un sector de la doctrina de ese país, al igual que en el derecho italiano, ha distinguido el negocio jurídico indirecto que se obtiene de forma pura, de aquellos en que se logra a través de la incorporación de una cláusula (Valente, 2015, párr. 12). Sin embargo, sobre estos dos supuestos no se ha hecho mayor aclaración, por lo que estarían comprendidos dentro del negocio jurídico indirecto. Antes bien, la discusión en ese país se ha centrado en si se debería reconocer como una categoría jurídica autónoma. Al respecto, se han presentado dos posiciones:

> ***(a) Aquellos que reconocen al negocio jurídico indirecto como categoría jurídica.*** Se ha indicado que su reconocimiento como categoría jurídica autónoma ayudaría a quien tenga que determinar la aplicación del derecho a buscar una solución más justa. En ese sentido, el operador jurídico debiera tener en cuenta los «fines ulteriores» del negocio jurídico indirecto, y no quedarse en la apariencia del tipo negocial usado como instrumento (Palmero, 2005, p. 1037; Cobo, Aira, y Andrea, 2006).
>
> De este modo, se lograría dar mecanismos jurídicos que permitan (i) cumplir con la «finalidad ulterior» del negocio jurídico usado como instrumento, (ii) proteger a los terceros que, potencialmente, se perjudicarían por confiar en la apariencia creada por el negocio jurídico empleado,

25 Este jurista, recientemente, en la segunda edición del libro *Páginas de direito I*, reafirma la vigencia de la categoría de los negocios jurídicos indirectos, y advierte que algunos de los supuestos tradicionales— ante las modificaciones normativas incorporadas— dejaron de ser un caso de negocio jurídico indirecto. Véase De Carvalho (1998, p. 27).

26 En el mismo sentido, en el derecho italiano se ha manifestado que las cláusulas que se incorporan e inciden en la finalidad típica, con el tiempo llegan a transformarse en un nuevo negocio jurídico (Ascarelli, 1949, p. 184).

27 El caso más emblemático, que se comentará más adelante, es la CAUSA 72348/04 «Fracchia Raymond SRL» (03/05/15).

y (iii) evitar defraudar las normas prohibitivas en el ordenamiento jurídico (Fornari, Cobo, López, Marino, y Andrea, 2005, pp. 1-10). En ese sentido, en cuanto régimen jurídico, a las «finalidades ulteriores» se les aplicaría las mismas restricciones que el tipo negocial usado como instrumento.

(b) Aquellos que rechazan al negocio jurídico indirecto como una categoría jurídica. Se trata del sector mayoritario de la doctrina, el cual considera que no se le debiera reconocer como una categoría jurídica autónoma, pero sí como un modo de manifestarse del negocio jurídico (Mosset Iturraspe, 2001, p. 184; Santangelo, 2010, p. 89; Nicolau, 2005, p. 373). Una de las razones que así lo justificaría sería la diversidad de supuestos que comprendería, lo que lleva a la no uniformidad en su tratamiento jurídico.

La «finalidad ulterior» del negocio jurídico indirecto, al tener diversos supuestos, entonces, impediría que se establezca un conjunto de normas uniformes (los argumentos son los mismos que la doctrina italiana advirtió en su oportunidad). La categoría jurídica solo se explicaría bajo la posibilidad de que se comprenda dentro de ella un conjunto de supuestos similares con un tratamiento similar. De tal modo que, si ello no es posible, no se podría hablar de una categoría jurídica.

En este marco, el reciente Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el año 2015, ha reconocido —legislativamente— al negocio jurídico indirecto en su artículo 385 (acto jurídico indirecto)[28]. Según una posición de la doctrina, con ello se habría permitido no solo dar «tipicidad», sino reconocer relevancia a la «finalidad ulterior» (Valente, 2015, párr. 10). Además se ha agregado que, en cuanto compatible, el negocio jurídico deba regirse por normas del tipo negocial usado como instrumento y las de la «finalidad ulterior» (Benavente, 2015, p. 601).

A partir del nuevo Código, un sector de la doctrina ha equiparado al negocio indirecto, en algunos de sus efectos, a la simulación. Al respecto, se ha señalado que a los terceros de buena fe no se les podría oponer la «finalidad ulterior», dado que habrían confiado en la «realidad aparente» del tipo negocial usado como instrumento (Benavente, 2015, p. 602). Con esta propuesta —en cuanto no afecte a un tercero— se estaría reconociendo protección jurídica a la finalidad indirecta.

Del análisis de los comentarios del nuevo Código, se puede advertir que bajo el reconocimiento del negocio jurídico indirecto se ha pretendido alcanzar dos objetivos: (i) dar relevancia jurídica a los «fines ulteriores», y (ii) dar una protección a los terceros que de buena fe y a título oneroso han confiado en el negocio jurídico usado como instrumento para «fines ulteriores». Y en cuanto a las normas jurídicas que le serían aplicables, no han sido reguladas en el Código, por lo que esta labor habría sido delegada a la jurisprudencia para que, en cada caso en concreto, lo puedan identificar.

La revisión del ordenamiento jurídico argentino toma especial importancia debido a que es el único país, hasta la fecha, que —de manera expresa— reconoce la categoría del acto indirecto B[negocio jurídico indirecto] dentro de un código civil. La interpretación, por un sector de la doctrina, de los alcances de las normas que la regulan, sin embargo, ha llevado a algunas imprecisiones, como el asimilarlo a la simulación, cuando estas son figuras —totalmente

28 Artículo 385 del Código Civil argentino de 2014: «Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero».

— distintas. Habrá que estar a la espera de lo que resuelva su jurisprudencia a partir del dispositivo normativo aprobado.

3.4. El negocio jurídico indirecto en el ordenamiento jurídico peruano.

En el Perú no se tiene un reconocimiento legal ni del negocio jurídico indirecto ni de la donación indirecta. El antecedente más antiguo sobre el tema del negocio jurídico indirecto ha sido una tesis sanmarquina del año 1965[29]. Antes de esta, solo se hacía referencia, en algunos escritos, a la donación indirecta. En la actualidad, el tema ha sido abordado, de manera general y breve, en algunos artículos[30] o libros[31] para diferenciarlo de los supuestos de simulación; mientras que a nivel de jurisprudencia no ha habido un pronunciamiento.

Se ha indicado que en el negocio jurídico indirecto los sujetos recurren a un negocio jurídico para alcanzar consensual y conscientemente finalidades diferentes al tipo negocial celebrado (Núñez Molina, 2012, p. 346); ello con la finalidad de aprovecharse de la disciplina jurídica del tipo negocial usado como instrumento. Tal posibilidad residiría en la libertad contractual [negocial] (Villavicencio Cúneo, 1965, p. 53); mientras que para alguno se trataría de una modalidad de negocio jurídico, sin que por ello se lo considere una categoría jurídica autónoma (Roca Mendoza, 2008, p. 53).

El «fin ulterior», en principio, no formaría parte del tipo negocial usado como instrumento; de lo contrario, el negocio jurídico indirecto dejaría de ser tal para ser uno con finalidad directa; por ello, se lo ha relegado al ámbito de los «motivos» (Villavicencio Cúneo, 1965, p. 59). Otros, en cambio, indican que se trataría de una «causa tácita» (Núñez Molina, 2012, p. 346). Más allá de esa discusión, alguno ha advertido que la «finalidad indirecta» tendría relevancia jurídica (Roca Mendoza, 2008, pp. 54-55), tal sería el caso de cuando se presenta con fines defraudatorios.

El uso indebido que se le podría dar al negocio jurídico indirecto ha llevado incluso a asimilarlo a la simulación; ello debido a que en ambas instituciones se haría uso de la apariencia jurídica. En la simulación se aparentaría un negocio jurídico que no se quiere total o parcialmente; y en el negocio jurídico indirecto, bajo la apariencia de un negocio jurídico real, se estaría celebrando otro (Vidal Ramírez, 2013, p. 462). Todo pareciera indicar que con tal analogía se pretendería proteger al tercero de buena fe a título oneroso frente a esta modalidad de negocios jurídicos.

En el Perú se ha tomado una variedad de posiciones sobre el negocio jurídico indirecto, de tal modo que no es posible encontrar una posición uniforme. El estado de cosas en que se presenta aporta poco en la discusión dentro del derecho comparado. Como se ha podido apreciar, el debate ha sido pobre; salvo algunas excepciones, para analizar estos casos se sigue manteniendo una posición de causa abstracta, ya superada desde hace años en la doctrina; y en otros, se lo confunde con la apariencia jurídica, cuando entre estos no hay una relación ni de identidad ni de semejanza.

29 Véase Villavicencio Cúneo (1965, pp. 50-61).

30 Véanse Roca Mendoza (2008) y Villavicencio Cúneo (1998).

31 Véanse Núñez Molina (2012, p. 346) y Castillo Freyre (1993, pp. 413-414).

4. Análisis del negocio jurídico indirecto

En contraposición del negocio jurídico con finalidad directa, donde hay una correspondencia entre el negocio jurídico celebrado y la finalidad típica, se ha entendido al negocio jurídico indirecto como aquel que permite, de manera aislada o conjunta, con su celebración realizar, total o parcialmente, la finalidad jurídica de otro tipo negocial, sea este típico o atípico. Por las características que presenta, una parte de la doctrina ha aclarado que antes que hablar de negocios indirectos, se debería hablar de negocios con un fin indirecto (De Gennaro, 1934, p. 196; Ascarelli, 1965, p. 11).

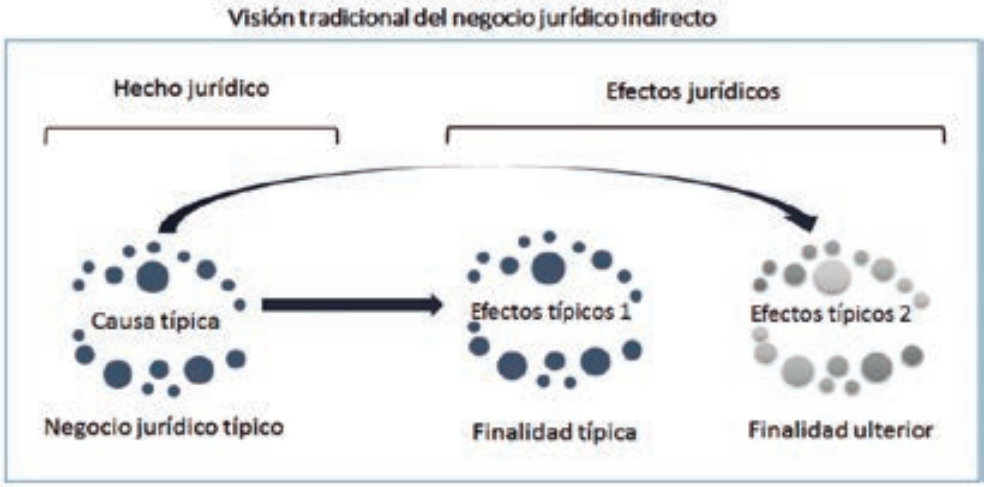

Figura 1. Visión tradicional del negocio jurídico indirecto. Elaboración propia.

4.1. El negocio jurídico indirecto ante la simulación y el fraude.

El negocio jurídico indirecto no ha sido ajeno a las controversias dentro del derecho; su presencia ha estado vinculada, sospechosamente, a la ilegalidad. Al celebrarse, sería posible que se eviten las normas imperativas que corresponden a la «finalidad ulterior». Ya lo ha advertido la doctrina al señalar que los negocios jurídicos indirectos se presentan frente al operador jurídico como formas sospechosas, pues ponen en duda cuál debiera ser la calificación jurídica que les corresponde (Rubino, 1953, p. 31). En ese sentido, su presencia no ha tenido la mejor de las valoraciones.

Por ejemplo, «A», propietario del inmueble «Y», lo arrienda a «B» a cambio de S/800 mensuales. En el contrato se establece que en caso de que la renta no sea pagada dentro de los cinco días posteriores al vencimiento, el deudor deberá pagar una penalidad de S/200. A través de la cláusula penal se estaría llegando a resultados análogos a los intereses usureros; ello debido a que en el ordenamiento jurídico peruano el interés moratorio tiene un límite (no puede pasar del interés convencional máximo establecido por la BCR)[32].

Esta percepción ha llevado a que se califique al negocio jurídico indirecto como una «figura bastarda» (De Castro y Bravo, 1985, p. 444) o «anormal» (De Gennaro, 1934, p. 72;

32 Artículo 1243 del Código Civil peruano de 1984: «La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor».

laccarino, 2011, p. 29); ello en razón de que se llega a efectos completamente ajenos al del negocio jurídico celebrado, los que podrían —en algunos casos— llegar a ser efectos jurídicos prohibidos. Dada esta situación, cuando se está ante su presencia, el operador jurídico actúa con recelo, pues una mala decisión podría comprometer al ordenamiento jurídico.

En este otro ejemplo, «A», una empresa dedicada a fotografías, celebra un contrato de adhesión con «B», consumidor, para el revelado de fotos de este último (los momentos más importantes de su vida en Europa). En el programa contractual se establece que en caso el royo se perjudique o se destruya, la empresa deberá pagar una penalidad de S/200. Hay quien podría ver en este esquema contractual un negocio indirecto, debido a que con la penalidad (permitida) se llega a limitar la responsabilidad, supuesto que estaría prohibido por el ordenamiento jurídico peruano[33].

El negocio jurídico indirecto es diferente a la simulación; esta última es una institución que permite celebrar negocios aparentes, ya sea porque, de modo total o parcial, no se quiere ningún efecto jurídico, o se quiere otros. En cambio, con el negocio jurídico indirecto no se pretende aparentar nada frente a terceros; el negocio jurídico es verdadero y sus efectos son queridos, o consecuencia normal de este tipo de operaciones[34]; por ello, en estos casos no se puede hablar de apariencia jurídica, como lo ha hecho un sector de la doctrina argentina y peruana.

Asimismo, se debe destacar que la simulación requiere, ya sea de manera previa o simultánea al negocio jurídico aparente, de un acuerdo simulatorio (el que se mantiene en reserva). En este pacto, en el que participan todos los involucrados, se reglamentan los alcances de la apariencia y, de ser el caso, su relación con el negocio oculto o verdadero; de tal modo que sin la concurrencia de este, no se puede hablar de simulación[35]. Esto no ocurre en el negocio jurídico indirecto, en que no hay un pacto que concurra de manera paralela y establezca que el negocio celebrado es aparente.

Esto último es así debido a que, como se ha comentado líneas arriba, no hay una intención de los sujetos que celebran el negocio jurídico indirecto de ocultar una realidad jurídica diferente. En la simulación, sí lo hay; las partes en el acuerdo simulatorio establecen que el negocio jurídico que se celebre frente a terceros no surtirá, total o parcialmente, efecto entre ellos. De esa manera, en la simulación se hace que las consecuencias jurídicas del negocio jurídico aparente no sean oponibles a quienes participan en esta; un tema distinto será su oponibilidad al tercero a título oneroso y de buena fe.

Ahora bien, el negocio jurídico indirecto, en algunos casos, coincidirá con los supuestos de fraude a la ley; en ambos casos, los sujetos quieren efectivamente el negocio celebrado y sus efectos jurídicos. Se trata de supuestos donde las partes tratarán de sustraerse de las normas imperativas correspondientes a la «finalidad ulterior», o realizar una finalidad jurídica prohibida; en esos casos, la consecuencia jurídica será la nulidad o la aplicación de la norma defraudada.

33 Artículo 1398 del Código Civil peruano de 1984: «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad […]».

34 Los investigadores del derecho romano se equivocan cuando asocian el negocio jurídico indirecto con los «actos de apariencia», dado que con el primero no se pretende generar ninguna apariencia.

35 En este punto hay unanimidad en la doctrina. Véanse enunciativamente Cariota Ferrara (1948/2011, p. 540), Bianca (2007, pp. 717-719), Roppo (2011, p. 649), Torrente y Schlesinger (2013, p. 608), Malaurie y Aynès (2013, p. 376) y Pais de Vasconcelos (2015, p. 598).

En otros casos, los negocios jurídicos indirectos harán referencia a finalidades toleradas por el ordenamiento jurídico.

Un ejemplo en el que se logra una «finalidad indirecta» prohibida sería el caso en el que dos personas celebran una permuta, por la que una parte entregaría 10 000 sacos de soja a cambio de que la otra le restituya, luego de un plazo, 15 000 sacos del mismo producto; a pesar de ser un intercambio de bienes, en el fondo, se ocultan intereses prohibidos (Konder, 2014, pp. 243-244). Si bien los pactos usureros están referidos al préstamo de dinero, en el caso en comentario, se llega —por vía indirecta— al mismo resultado con el uso de bienes.

Aunque, probablemente, el mayor número de casos que se presenta se realiza con fines de evadir —sea consciente o inconscientemente— determinadas consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico para otro tipo negocial; no por ello, se debe considerar toda celebración de estos negocios como uno con «fin prohibido». El ordenamiento jurídico, por el contrario, ha previsto y valorado la libertad negocial. Al respecto, se prefiere un control posterior (*ex post*), como sucede con varias instituciones jurídicas[36].

El negocio jurídico indirecto, entonces, solo tendrá una valoración negativa cuando afecte un valor jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. Para determinar ello, se debe tener en cuenta que las normas imperativas no se presentan como una cualidad inherente, sino, de acuerdo a un contexto determinado, como una valoración social. Al cambiar de un contexto a otro, o de una época a otra, es posible que la valoración jurídica también cambie. En razón de ello, el negocio jurídico indirecto no siempre estará relacionado con la ilegalidad.

Un ejemplo para aclarar el tema es el siguiente: en el 2005, en Argentina se presentó un caso (CAUSA 72348/04)[37] donde el inspector general de Justicia, mediante una resolución, denegó la inscripción de la sociedad «Fracchia Raymond S.R.L.» por considerar que se pretendía realizar una simulación. La razón fue que, en la constitución de la empresa, uno de los socios pretendía contar con 99,9999 % del capital social y su abogado con el 0,0001 %. La resolución fue cuestionada y la controversia pasó a la Sala E de la Sala de la Cámara Comercial de la Nación.

La parte afectada criticó la resolución, indicó que se estaba ante un negocio jurídico indirecto que no infringía ninguna norma prohibitiva; además, esta modalidad de constitución de sociedad era reconocida dentro de la *praxis*. El representante del Ministerio Público, en respuesta, señaló que se estaba ante una simulación absoluta, debido a que se pretendía limitar la responsabilidad con la S.R.L. La Sala, finalmente, al considerar que la inscripción de la sociedad no constituía un negocio jurídico indirecto resolvió confirmar la resolución recurrida.

Entre las razones que dio la Sala, se refiere a que no había una verdadera intención de las partes de asociarse y dedicarse al giro del negocio (recuérdese la calidad del abogado y su porcentaje de acciones). Implícitamente se señalaba fraude a la ley, debido a que en el ordenamiento argentino, antes del nuevo Código Civil[38], no se reconocía la

36 Tal es el caso, por ejemplo, de la simulación; lo ha explicado un sector de la doctrina italiana al indicar que los contratos simulados por sí mismo (*per se*) no son malos ni prohibidos. Por el contrario, contra ellos no habría un prejuicio moral. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico recoge lo que sucede en la vida diaria y regula sus consecuencias jurídicas de manera racional (Roppo, 2011, p. 648). Por ello, en el Código Civil peruano de 1984 no se entiende la norma que prescribe que la sola presencia de la simulación absoluta sería nula (artículo 219, inciso 4). La norma debiera ser inaplicada o ser leída razonablemente; esto es, será nulo solo cuando afecte los valores jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

37 De la sentencia se puede encontrar comentarios también en (Santangelo, 2010, pp. 84-85).

38 El actual Código Civil y Comercial argentino de 2014 (en vigencia desde el 2015) trajo entre sus disposiciones

sociedad unipersonal, como quedó establecida en la exposición de motivos de la S.R.L., la cual exige la pluralidad de integrantes. La doctrina se ha mostrado en contra de la decisión, ya que no hay razones de fondo para negar la S.R.L. unilateral (Palmero, 2005; Cobo, Aira, y Andrea, 2006).

El caso materia de comentario no es extraño al ordenamiento jurídico peruano. En el Perú, a nivel registral, también es común encontrar la constitución de sociedades S.R.L. en las que una de las partes tiene un porcentaje mínimo, a fin de cumplir con el requisito de pluralidad de personas. En muchos casos hay por parte del registrador un análisis estructural para aceptar esta modalidad de sociedad; es decir, como metodología se usa la subsunción de la norma al supuesto materia de análisis (solo se verifica que cumpla con la pluralidad para que acepte la constitución de la S.R.L.).

Con el porcentaje mínimo de acciones, en los hechos, se está ante una sociedad unipersonal, y ello no repugna al derecho. Esto queda constatado por la cantidad de ordenamientos jurídicos que, con el transcurso del tiempo, han ido reconociendo a la sociedad unipersonal. Por ejemplo, la directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo permite a los Estados miembros constituir una sociedad unipersonal y regular esta institución debido a los posibles riesgos que podría representar su vigencia.

Pues bien, con el negocio jurídico sobre viejas instituciones es posible que se realicen nuevas funciones toleradas. Estas, con el tiempo, tienen un reconocimiento social, en muchos casos, debido a que las limitaciones legales no guardan un criterio de necesidad y razonabilidad. Entonces, como se podrá intuir, el negocio jurídico indirecto no siempre estará vinculado al fraude a la ley; lo ha señalado la doctrina al precisar que, desde tiempos del derecho romano, los efectos indirectos han sido aceptados conforme a la «evolución de la conciencia jurídica» (Ferrara, 1961, pp. 108-112).

4.2. Deconstruyendo el negocio jurídico indirecto.

El negocio jurídico indirecto, en principio, solo podría lograrse a través de (a) un negocio jurídico típico «aislado», en el que es suficiente su celebración para llegar a un «resultado ulterior»; sin embargo, al constatarse que la «finalidad ulterior» también es posible a través de (b) una pluralidad de negocios jurídicos coligados (o conexos)[39], sería mejor el empleo de la denominación de «negocios jurídicos con un fin indirecto»[40] para comprender ambos supuestos. A continuación, se pasará a analizar ambos supuestos debido a las particularidades que pueden presentar.

> ***(a) Un negocio jurídico típico*** «***aislado***». Dentro de esta clasificación es posible que la «finalidad ulterior» se logre de dos maneras:
>
> *(i) El negocio jurídico típico sin ninguna modificación.* Son los casos donde con la sola celebración del negocio jurídico típico se llega a la finalidad de otro tipo negocial. En estos supuestos la finalidad indirecta alcanzada es total (completa). Por ello, en estricto, se podrá hablar de negocios jurídicos indirectos puros; por ejemplo, la celebración del matrimonio de un extranjero

la reforma de su Ley General de Sociedades. Dentro de ella, se reconoce la posibilidad del uso de la sociedad anónima unipersonal.

39 En esta posición, véanse De Gennaro (1939, p. 6), Ascarelli (1965, p. 23), Rubino (1953, p. 84 y p. 86), Di Paolo (1995, párrs. 1-38) y Cariota Ferrara (1948/2011, p. 258).

40 En lo que sigue del trabajo, por un tema de practicidad, se seguirá usando el término «negocio jurídico indirecto».

con fines de adquirir la nacionalidad, en la que el negocio jurídico cumple una función ulterior al lado de la típica.

Por ejemplo, «A» y «B» celebran un contrato de compraventa en virtud del cual el primero se compromete a transferir la propiedad del inmueble «X» en favor de «C» a cambio de S/400 000. A partir de este esquema contractual (el contrato a favor de tercero), «C» recibe una liberalidad por parte de «B». Con esta operación, se habría llegado a los mismos resultados a la de una donación de un bien inmueble entre «B» y «C», pero evitando algunos requisitos esenciales de una donación de este tipo, como es la escritura pública.

(ii) El negocio jurídico típico con alguna modificación. Son los casos donde con la incorporación de cláusulas especiales (típicas de otro negocio jurídico) se llega a la finalidad de otro tipo negocial. Dada su peculiaridad, se ha preferido llamarlos «negocios con cláusulas indirectas» (Rubino, 1953, p. 21). En estos supuestos, la finalidad indirecta es solo parcial, por lo que, a lo más, se lo podría identificar, en sentido amplio, como un negocio jurídico indirecto. Un ejemplo es la compraventa a precio bajo, con el que, parcialmente, se llega a la donación.

Un ejemplo alternativo, «A» y «B» celebran una compraventa con pacto de retroventa[41] del inmueble «X» al costo de S/500 000; si de los hechos, «A» entregase el inmueble y «B» pagase el precio acordado, nada impediría que el primero —en virtud de la retroventa— resuelva el contrato para recuperar su propiedad. Dadas esas características, este esquema contractual podría ser usado para llegar a los resultados de una «hipoteca invertida» o un mutuo con garantía real, incluso evitando la prohibición del pacto comisorio[42].

(b) Una pluralidad de negocios jurídicos coligados (o conexos). Dentro de esta clasificación es posible que la «finalidad ulterior» se logre de dos maneras:

(i) La pluralidad de negocios jurídicos típicos sin ninguna modificación. Son los casos donde con la sola celebración de la pluralidad de negocios jurídicos típicos se llega a la finalidad de otro tipo negocial. Un ejemplo clásico es la venta a crédito seguida de una inmediata reventa al contado, pero a un precio menor, para llegar a los mismos efectos que un mutuo; ello con el fin de evadir la prohibición de pactos usureros (Rubino, 1953, p. 88). Ello es claro si se tiene en cuenta que, con la venta, el vendedor recibe menos dinero que con la reventa.

(ii) La pluralidad de negocios jurídicos típicos con alguna modificación. Son los casos donde con la incorporación de un contrato atípico dentro de la pluralidad de negocios jurídicos coligados, se llega a la finalidad de otro tipo negocial. Por ejemplo, «A» otorga un poder a «B», en virtud del cual se legitima al segundo a

41 Artículo 1586 del Código Civil peruano de 1984: «Por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial». Es lo que tradicionalmente se ha conocido como pactos de rescate (Torrente y Schlesinger, 2013, p. 700); en sentido estricto, lo regulado por el Código Civil peruano de 1984 no sería un pacto de retroventa, dado que en esta última hay la obligación de celebrar un nuevo contrato de compraventa.

42 Artículo 1111 del Código Civil peruano de 1984: «Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario».

comprar a nombre e interés del primero el inmueble «X» de «C»; asimismo, paralelamente, como muestra de aprecio, en otro contrato, «B» se compromete, como liberalidad, a pagar la adquisición del inmueble a favor de «A»[43].

En el caso comentado, a través de estos negocios jurídicos, se llega al mismo resultado al de una donación, pero sin seguir la formalidad requerida para esta. El ejemplo presentado no es el único medio para llegar a los efectos de una donación; son posibles otros. Imagínese que «A» y «B» acuerdan que el costo de la adquisición del bien inmueble «X» será asumido por «B»; de modo que cuando «A» y «C» celebran la compraventa, se aclara que «B» será quien asumirá todos los costos de la adquisición del inmueble.

4.3. Argumentos a favor del negocio jurídico indirecto.

4.3.1. Los negocios jurídicos indirectos como medio para llegar a finalidades atípicas.

Con el transcurrir del tiempo, de modo extendido, en el derecho se han presentado dos situaciones: primero, nuevos hechos sociales o económicos no regulados han surgido; segundo, las valoraciones que se han tenido de determinados hechos legislados han cambiado. En ambos supuestos se asiste a lo que se conoce como lagunas de derecho; y, por tanto, ante la necesidad de encontrar una norma jurídica que los valore adecuadamente. Ante este escenario, ha sido necesario crear una nueva regulación o modificar la vigente.

Considerando que, dentro de un código civil o ley especial, la creación de normas o su modificación se han presentado como un proceso lento (y muchas veces burocrático), se ha pretendido generar, en la historia, soluciones temporales que permitan atenuar las deficiencias del derecho positivo. Dentro de estas, se pueden encontrar dos alternativas: (1) la labor de la jurisprudencia para adaptar el derecho a los nuevos cambios[44], o (2) usar los instrumentos jurídicos ya reconocidos para nuevas funciones[45]. A este segundo es al que se ha prestado atención con el negocio jurídico indirecto.

Lo que en el fondo se discute con los negocios jurídicos indirectos es la pretendida seguridad jurídica; en palabras de un reconocido jurista: «La satisfacción de nuevas exigencias solo se verifica lenta y gradualmente, y esto precisamente para evitar comprometer la continuidad del sistema y la certeza de la norma jurídica aplicable» (Ascarelli, 1965, p. 9); de lo contrario, el uso de los negocios jurídicos atípicos, al desconocerse qué norma jurídica aplicar, llevaría a la arbitrariedad de los operadores jurídicos. Ante ese riesgo, sería mejor acoger el negocio jurídico indirecto.

---

43 Este tipo de operaciones, en el derecho italiano, ha recibido el nombre de «intestación de bienes a nombre de otro», justamente para diferenciarlo de los supuestos de simulación.

44 Esto ha quedado demostrado durante la vigencia de los códigos civiles; el caso más emblemático entre los países que mantienen un código civil es Francia. La jurisprudencia de ese país ha cumplido un rol importante para adecuar el derecho a la realidad; tan profusa ha sido la labor de la jurisprudencia que un sector de la doctrina ha considerado que el sistema francés se habría acercado al sistema del *common law* (Zweigert y Kötz, 1998, pp. 111 y 118).

45 El derecho tiene la fuerza de desarrollarse espontáneamente bajo los instrumentos ya regulados. Ya lo decía un jurista: «[…] en el tronco de viejos institutos incesantemente se renuevan y desempeñan nuevas funciones» (Ascarelli, 1965, p. 8). En materia del negocio jurídico, eso ha significado que los tipos negociales legislados podían ser usados para funciones no previstas como propias o típicas.

4.3.2. El negocio jurídico indirecto como medio para llegar a finalidades típicas.
Como se sabe, el ordenamiento jurídico no regula en el código civil, ni en la ley especial, todos los negocios jurídicos que los sujetos podrían celebrar. Lo que hace, al contrario, dependiendo de su frecuencia en el tráfico jurídico, es regular, únicamente, los más importantes. Solo en esos supuestos, señala qué normas se requieren para su celebración, y cuáles serán las que gobernarán su ejecución. Dentro de estas limitaciones, el ordenamiento jurídico otorga a los sujetos alternativas de esquemas negociales típicos que pueden usar, ya sea de modo aislado o conjunto.

De este modo, dependerá de los sujetos decidir si realizan una permuta de bienes inmuebles a partir de un solo contrato o si lo hacen a partir de dos donaciones recíprocas; el resultado final será el mismo. La libertad negocial permite a los sujetos elegir el esquema negocial que mejor satisfaga sus intereses; y en tanto no afecte a terceros ni valores que el ordenamiento jurídico protege, no hay nada que lo debiera restringir. Dentro de esta línea, el negocio jurídico indirecto resulta ser una modalidad más de un negocio jurídico.

Desde un análisis estructural, ello sería así, dado que los sujetos que celebran el negocio jurídico indirecto cumplen con los elementos y requisitos estructurales del negocio que usan como instrumento; en razón de ello, se benefician de la disciplina jurídica de este. Lo importante es que la «finalidad ulterior» no esté prevista por la norma del negocio jurídico como un posible efecto jurídico; advierte un jurista que tal sería el caso de la donación modal, en la que la finalidad onerosa del cargo está prevista como un posible efecto de la donación (Rubino, 1953, pp. 22-23).

4.4. El negocio jurídico indirecto como una pretendida categoría jurídica.
En el derecho moderno hay una pretensión a la abstracción: se crean unas cuantas normas con la capacidad de regular la mayor cantidad de supuestos. Para lograrlo, se hace uso de categorías jurídicas, que son un conjunto de hechos similares con un tratamiento jurídico, también, similar. De manera que la creación de una categoría jurídica solo se justificará si se tiene un hecho diferente que merezca un tratamiento jurídico distinto; así, por ejemplo, dentro de los contratos, se distingue la compraventa de la donación por tener ambos un tratamiento jurídico diferente.

Estas categorías pueden ser de fuente legislativa, si han sido previstas en el código civil o ley especial; jurisprudencial, si han sido creadas en la labor jurisprudencial; o dogmáticas, si se trata de la construcción que la doctrina realiza para suplir las deficiencias de las normas. Lo importante es que las categorías jurídicas, sin importar su fuente, ordenen el derecho y faciliten la tarea de los operadores jurídicos. En este escenario, el negocio jurídico indirecto ha llevado a la doctrina a preguntarse si se le podría calificar como una categoría jurídica.

Al respecto, se han presentado dos posiciones. (1) Un sector minoritario que considera que las «finalidades ulteriores» podrían tener relevancia jurídica en determinados casos[46], por lo que se justificaría que se califique al negocio jurídico indirecto como una categoría jurídica; a lo que podría agregarse como apoyo el reconocimiento legal por parte del Código Civil argentino. (2) Un sector mayoritario que considera que el negocio jurídico indirecto no es una categoría jurídica[47]; la razón, al seguir el tratamiento del negocio usado como instrumento, no tendría un tratamiento jurídico diferenciado.

46 Véanse Rubino (1953, p. 143) y Pais de Vasconcelos (2009, p. 256).

47 De manera enunciativa, véanse Ascarelli (1965, p. 28), Rubino (1953, p. 143), Cariota Ferrara (1948/2011, p. 258) y Auricchio (1957, p. 221).

Para resolver la controversia, se debe distinguir primero entre el negocio jurídico indirecto en sentido estricto o puro, del que se presenta con «negocio con cláusula indirecta». En este último, propiamente, habría un negocio jurídico mixto. Si «A» vende a «B», su hija, un inmueble, cuyo valor en el mercado es de S/80 000, al precio de S/5000, a fin de ayudarle económicamente, se estaría en lo que la doctrina llama donación indirecta, en el que por medio de la compraventa se estaría realizando los efectos típicos de la donación; sin embargo, ello no es cierto.

Para aclarar esto regrésese al ejemplo anterior. Lo celebrado entre «A» y «B» no es una donación indirecta, sino un negocio jurídico mixto: un contrato atípico. Se trata de un negocio jurídico que realiza una finalidad concreta, que coincide parcialmente con la compraventa y donación sin llegar a identificarse con ninguna. Esto obedece a que la libertad negocial permite celebrar negocios jurídicos con finalidades distintas a las típicas; de modo que cuando se tiene una finalidad —gradualmente— distinta, corresponde un tratamiento jurídico diferenciado.

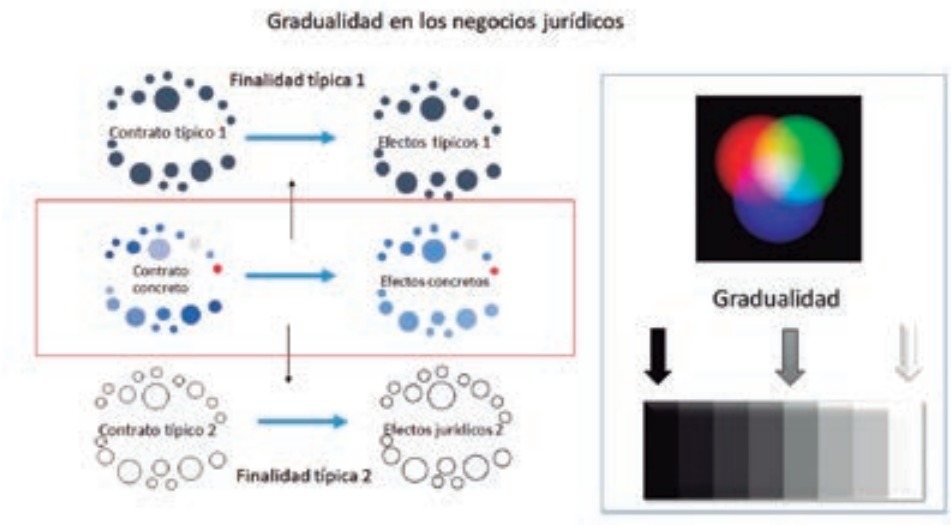

Figura 2. Gradualidad en los negocios jurídicos. Elaboración propia.

Al ser ello así, solo quedaría analizar el negocio jurídico indirecto en sentido estricto o puro. Pues bien, en este la variedad de supuestos no tiene un elemento en común que permita abstraerlo. Lo único que nos permite reconocer esta figura es si el ordenamiento jurídico es tolerante o no con finalidades jurídicas distintas a las típicas. Al respecto, es posible que el negocio jurídico asuma nuevas finalidades; basta recordar, como se ha comentado, en el derecho romano la sanción que establecía la Ley de las XII Tablas sobre la pérdida de la patria potestad a quien vendiese a su hijo tres veces, y que con el transcurso del tiempo se generalizó como un medio para la emancipación.

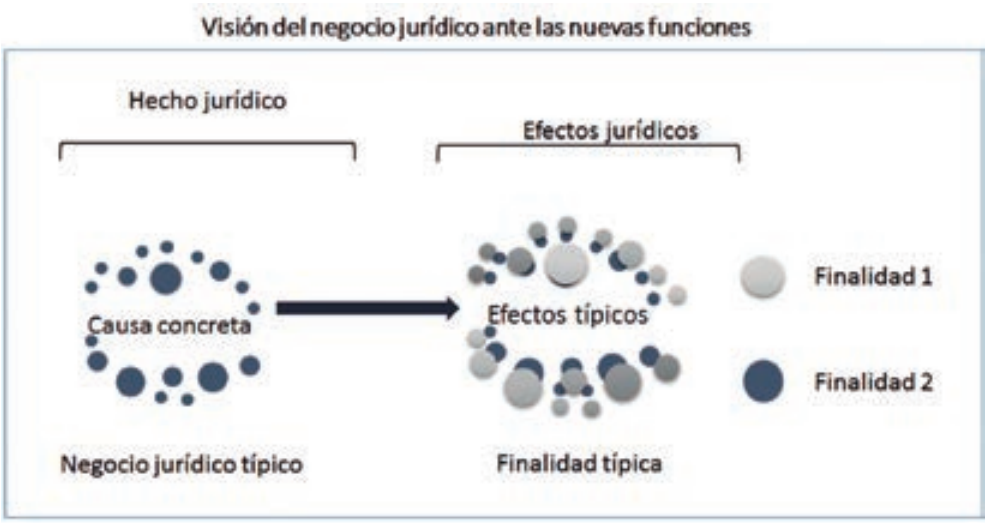

Figura 3. Visión del negocio jurídico ante las nuevas funciones. Elaboración propia.

Al no tener un tratamiento jurídico diferenciado, no podría ser una categoría jurídica; razón por la cual, quizá, casi todas las legislaciones —con la excepción de la argentina— no lo han reconocido. Asimismo, no se comparte la posición de un sector de la doctrina portuguesa que considera al negocio jurídico indirecto como un «contrato cuasi típico», pues la divergencia entre lo declarado y querido encuentra remedio jurídico con la regulación de los vicios de voluntad. Entonces, no sería necesario crear una categoría para repetir lo que ya tiene remedio jurídico dentro de un código civil.

El que la «finalidad ulterior» vaya contra los valores del ordenamiento jurídico tampoco justifica su autonomía, debido a que el código civil ya da una respuesta, con carácter general, para esos casos. En la mayoría de ordenamientos, ya sea en la parte general del código civil, en la parte general de los contratos o en el libro del negocio jurídico —como es el caso peruano— se señala qué sucede cuando un negocio jurídico tiene una finalidad ilícita u otra patología en su formación. Por ello, no se justificaría el reconocimiento del negocio jurídico indirecto como una categoría jurídica.

Llegado a este punto, se debe decir que si bien el negocio jurídico indirecto no calificaría como una categoría jurídica autónoma, ello no niega su valor como categoría histórica y sociológica, en tanto permite explicar las nuevas funciones que va adquiriendo el negocio jurídico. Como se ha comentado, ello solo debiera entenderse para los supuestos, en sentido estricto, de negocios jurídicos indirectos; no a los otros supuestos, dado que al negocio jurídico mixto, al ser un supuesto que tiene elementos de atipicidad, le corresponde un tratamiento jurídico diferenciado.

Entonces, al intentar dar una respuesta a la pregunta formulada en el título de este escrito, se debe señalar que, en sus inicios, el negocio jurídico indirecto sí fue una categoría necesaria, debido a que permitió reconocer la libertad negocial y distinguir a este supuesto de los de simulación y fraude; sin embargo, en la actualidad ya no lo sería, dado que el estado de conocimientos permite una respuesta adecuada sin hacer uso de este. No obstante, por el valor histórico y sociológico que representa, no se podría negar su existencia. Asimismo, su estudio permite entender mejor la libertad negocial y la autonomía privada.

5. Conclusiones

El negocio jurídico indirecto es un producto histórico, propio del formalismo del derecho. Bajo esta ideología se buscaba reducir el mundo jurídico a unas cuantas categorías jurídicas reconocidas. Ello, moralmente, no era reprochable, pues en el fondo se buscaba no comprometer la seguridad jurídica de todo el ordenamiento jurídico. Con el paso de los años, la libertad negocial también jugó un rol importante al permitir a los sujetos mantenerse dentro de los esquemas negociales típicos. De este modo, se lo llevó a límites extremos.

El negocio jurídico indirecto se trata de un conjunto de supuestos que tiene sus antecedentes en el derecho romano; y desde sus inicios diferentes ordenamientos jurídicos lo han empleado, sea para obtener finalidades de otros negocios jurídicos típicos o atípicos, sea para obtener finalidades prohibidas o acordes a los valores vigentes. Estas características han llevado a que siempre se lo mire con sospecha, ya que siempre trae problemas de calificación jurídica. Por ello, se debe determinar sus alcances en el análisis de cada caso en concreto.

El análisis realizado lleva a separar al negocio jurídico indirecto en sentido estricto del negocio jurídico mixto. Solo se estará en el primer supuesto cuando se logre la finalidad indirecta sin incorporar elementos que pertenezcan a otro negocio jurídico típico; mientras que en el negocio jurídico mixto, cuando concurran elementos de otros tipos negociales —típicos o atípicos— que hagan que merezca un tratamiento jurídico diferenciado. Entonces, no se debiera confundirlos; de lo contrario, se llevará a soluciones jurídicas indebidas por no tener en cuenta al contenido del negocio jurídico.

El negocio jurídico indirecto no llega a ser una categoría jurídica, debido a que los supuestos que subsume no tienen un tratamiento jurídico diferenciado. No obstante, por su importancia se le debe reconocer como una categoría histórica y sociológica, ya que ha permitido diferenciarlo de los supuestos de simulación y entender que no todo efecto jurídico atípico implica estar en fraude a la ley. Sus aportes, en ese sentido, serían más pedagógicos, lo que no niega su impacto en la valoración de los operadores jurídicos.

Ahora bien, el negocio jurídico indirecto, como categoría histórica y sociológica, debe invitar a la reflexión a los juristas de este tiempo, puesto que abre el camino para preferir (valorar) la sustancia sobre la forma. Se reconoce, a partir de ello, que el ordenamiento jurídico está en constante transformación; y, en consecuencia, los negocios jurídicos están en constante ampliación de la finalidad típica que les es propia. Entonces, ante el cambio de la sociedad, el negocio jurídico está llamado a cumplir nuevas funciones.

REFERENCIAS

Alpa, G. (2004). Las nuevas fronteras del derecho contractual (L. León Hilario, Trad.). En L. León Hilario (Recopilador), *Estudios sobre el contrato en general* (pp. 1093-1117). Lima: Ara Editores.

Ascarelli, T. (1949). *Panorama del derecho comercial* (S. Sentis Melendo, Trad.). Buenos Aires: Editorial Depalma.

Ascarelli, T. (1965). *Negócio jurídico indirecto* [Negocio jurídico indirecto] (F. De A. -F., Trad.). Lisboa: Jornal do Foro.

Ascarelli, T. (2012). Contrato misto, negócio indireto, 'negotium mixtum cum donatione' [Contrato mixto, negocio indirecto, 'negocio mixto con donación'] (traducción del italiano al portugués). *Revista dos Tribunais, 101*(925), 27-43.

Auricchio, A. (1957). Negozio indiretto [Negocio indirecto]. En *Novissimo digesto italiano* [Novísimo digesto italiano] (pp. 220-222). Turín: Editrice Torinese.

Benavente, M. I. (2015). Artículo 385 [Comentarios]. En M. Herrera, G. Caramelo, S. Picasso (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400* (p. 590). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil. El contrato* (F. Hinestrosa, y É. Cortés, Trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caredda, V. (2008). Donazione indirette [Donaciones indirectas]. En A. Palazzo, S. Mazzarese (Coords.), *Trattato dei contratti. I contratti gratuiti* [Tratado de los contratos. Los contratos gratuitos] (pp. 173-291). Turín: Utet Giuridica.

Cariota Ferrara, L. (2011). *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino* [El negocio jurídico en el derecho privado italiano. Reimpresión de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino] (Vol. XI). Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane. (1948).

Castillo Freyre, M. (1993). *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Chevreau, E., Mausen, Y., y Bouglé, C. (2011). *Histoire du droit des obligations* [Historia del derecho de las obligaciones] (2.ª ed.). París: LexisNexis.

Cobo, L., Aira, J., y Andrea, V. (2006). Negocio jurídico indirecto. *La Ley*, (952), 1-18.

De Almeida Costa, M. J. (2009). *Direito das Obrigações* [Derecho de las obligaciones] (12.ª ed.). Coímbra: Almedina.

De Carvalho, O. (1952). *Negócio jurídico indirecto* [Negocio jurídico indirecto]. Lisboa: Coimbra Editora.

De Carvalho, O. (1998). *Escritos. Páginas de direito I* [Escritos. Páginas de derecho I] (2.ª ed.). Coímbra: Almedina.

De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas S.A.

De Gennaro, G. (1934). *I contratti misti: delimitazione, classificazione* e *disciplina, negotia mixta cum donatione* [Los contratos mixtos: deliminación, clasificación y disciplina, negocio mixto con donación]. Padua: CEDAM.

De Gennaro, G. (1939). *Sul valore dommatico del negozio indiretto* [Sobre el valor dogmático del negocio indirecto]. Milán: Giuffrè Editore.

Del Prato, E. (2012). Contratti misti: variazioni sul tema [Contratos mixtos: variaciones sobre el tema]. *Rivista di diritto civile, 58*(1), 87-120.

Di Paolo, M. (1995). Negozio indiretto [Negocio indirecto]. En *Digesto delle discipline privatistiche- sezione civile* [Digesto de la disciplina privatística- Sección civil] (Vol. XII; DVD). Turín: Utet Giuridica.

Ferrara, F. (1961). *La simulación de los negocios jurídicos* (R. Atard, y J. De la Puente, Trads.). Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado.

Fornari, M. J., Cobo, L., López, D., Marino, M., Andrea, V. (2005). Negocio jurídico indirecto. En *XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 1-4). Buenos Aires.

Gayo. (1987). *Institutas* (A. Di Pietro, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (siglo I d. C.).

Girard, P. F. (1906). *Manuel élémentaire de droit romain* [Manual elemental de derecho romano] (4.ª ed.). París: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

Granelli, C. (2006). El negocio jurídico indirecto. *La Ley*, (307), 1-7.

Iaccarino, G. (2011). *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa* [Liberalidad indirecta. Enunciación del intento liberal como metodología operativa]. Milán: IPSOA Gruppo Wolters Klumer.

Ihering, R. (1904). *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Libro II; E. Príncipe y Satorres, Trad.). Madrid: Baylly- Bairriere e hijos.

Josserand, L. (1951). *Derecho civil. Liberalidades* (S. Cunchillos Manterola, Trad.; Tom. III, Vol. III). Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores.

Justiniano. (1968). *El Digesto de Justiniano* (A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido, y J. Burillo, Trads.). Pamplona: Editorial Aranzadi. (siglo VI d. C.).

Konder, C. N. (2014). *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional* [Causa y tipo: la calificación de los contratos desde la perspectiva civil-constitucional]. Río de Janeiro.

Lambert, S. (2006). *L'intention libérale dans les donations* [La intención liberal en las donaciones]. Marsella: Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Ley de las XII Tablas. (1993). (C. Rascón García, y J. M. García González, Trads.). Madrid: Tecnos. (siglo V a. C.).

Malaurie, P., y Aynès, L. (2013). *Les obligations* [Las obligaciones] (6.ª ed.). París: Lextenso éditions.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Mazeaud, J. (1964). *Lecciones de derecho civil* (L. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.; Vol. III, Parte 4.ª). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Méau-Lautour, H. (1985). *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation* [La donación simulada en el derecho civil francés. Contribución a la teoría general de la donación]. París: Libraire générale de droit et de jurisprudence.

Menezes Cordeiro, A. (2014). *Tratado de Direito Civil VII. Direito das Obrigações: Contratos. Negócios unilaterais* [Tratado de derecho civil VII. Derecho de las obligaciones: Contratos. Negocios unilaterales]. Coímbra: Almedina.

Mosset Iturraspe, J. (2001). *Contratos simulados y fraudulentos.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Nicolau, N. L. (2005). Negocios indirectos y contratos indirectos de garantía. En S. Díaz Alabart (Ed.), *Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe (Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales)* (pp. 3-25). Santa Fe: Ediciones UNL.

Núñez Molina, W. (2012). *Acto jurídico. Negocio jurídico: concepto, representación, simulación e ineficacias en general* (2.ª ed.). Lima: Ediciones Legales.

Pais de Vasconcelos, P. (2009). *Contratos atípicos* [Contratos atípicos] (2.ª ed.). Coímbra: Almedina.

Pais de Vasconcelos, P. (2015). *Teoria geral do Direito Civil* [Teoría general del derecho civil] (8.ª ed.). Coímbra: Almedina.

Palmero, J. (2005). Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima. *La Ley*, (1027), 1-30, 2005-E.

Planiol, M., y Ripert, J. (1935). *Tratado práctico de derecho civil francés. Donaciones y testamentos* (M. Díaz Cruz, Trad.). Habana: Cultural S.A.

Ponsard, A. (1946). *Les donations indirectes en droit civil français* [Las donaciones indirectas en el derecho civil francés]. París: Recueil Sirey.

Radbruch, G. (1946). *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (M. I. Azareto de Vásquez, Trad.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Renaut, M.-H. (2008). *Histoire du droit des obligations* [Historia del derecho de las obligaciones]. París: Ellipses Édition.

Roca Mendoza, O. (2008). ¡Ojos bien abiertos! Los negocios indirectos en fraude a la ley y, por qué no, a los acreedores. *Actualidad Jurídica*, (Tomo 172), 52-55.

Roppo, V. (2011). *Il contratto* [El contrato] (2.ª ed.). Milán: Giuffrè Editore.

Rubino, D. (1953). *El negocio jurídico indirecto* (L. Rodríguez-Arias, Trad.). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Santangelo, M. V. (2010). El negocio jurídico indirecto y las relaciones de familia. *Revista Jurídica UCES*, (14), 74-89.

Scevola, R. (2008). *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuale* [Negocio mixto con donación. Orígenes terminológicos y conceptuales]. Padua: CEDAM.

Torrente, A., y Schlesinger, P. (2013). *Manuale di diritto privato* [Manual de derecho privado] (21.ª ed.). Milán: Giuffrè Editore.

Valente, L. (2015). Ponderación del negocio jurídico indirecto en el nuevo Código Civil y Comercial. *elDial.com (Biblioteca jurídica online)*. Recuperado de http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1615-ponderacion-del-negocio-juridico-indirecto-nuevo-codigo-civil-y

Vidal Ramírez, F. (2013). *El acto jurídico* (9.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Villavicencio Cúneo, V. (1965). *Las donaciones indirectas o atípicas* (Tesis para optar el grado de abogado). Lima: UNMSM.

Villavicencio Cúneo, V. (1998). El negocio jurídico indirecto. En A. J. Paredes Galván (Ed.), *Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo* (pp. 597-605). Lima: Editorial San Marcos.

Zimmermann, R. (2012). Corpus juris civilis [Cuerpo de derecho civil]. En J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (Eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [Enciclopedia Max Planck de derecho privado europeo] (Vol. I; pp. 415-418). Reino Unido: Oxford University Press.

Zweigert, K., y Kötz, H. (1998). *Introduzione al Diritto Comparato, Vol I: Principi fondamentali* [Introducción al derecho comparado, Volumen I: Principio fundamentales] (B. Pozzo, Trad.). Milán: Giuffrè Editore.

ALCANCES Y RETOS DEL SECRETO BANCARIO

Antonio de la Haza Barrantes
Departamento Académico de Derecho, PUCP*
Beatriz Aguedo Huiza
Grupo de Investigación en Derecho Bancario y Financiero, PUCP**
Cristina Flores Ligarda
Grupo de Investigación en Derecho Bancario y Financiero, PUCP***

Categoría profesores

Con el presente artículo se busca explicar el alcance y los retos que implica el secreto bancario hoy para las empresas bancarias que forman parte del sistema financiero nacional. Se sostiene que el secreto bancario continúa siendo el principio que hace viable el modelo de la banca múltiple reconocido por la Ley 24702 en el Perú. Esto se debe a la necesidad de contar con el deber de reserva que presta toda empresa bancaria sobre el patrimonio de su cliente.

1. Introducción

Un fenómeno que se viene observando en los medios de comunicación escritos, radiales o televisivos es la necesidad de contar con información de la actividad financiera de personas naturales o jurídicas (en adelante «personas») al existir un interés público sobre ellas. Por ejemplo, en distintos medios escritos podemos encontrar titulares como «Solicitan levantar el secreto bancario - Ministerio Público investiga a 35 personas y pide revisar sus cuentas» (Yufra Puma, 2014), «Lava Jato: piden levantar el secreto bancario de 24 empresas» (*Gestión*, 2016), «Solicitan levantar el secreto bancario del fiscal Enrique Dávalos por caso "Los Ilegales"» (Fernández, 2018), «Procuraduría solicitó levantar secreto bancario de "Los Cuellos Blancos del Puerto"» (Coaquira, 2014), «Fiscal solicitará levantamiento del secreto bancario de Kenji Fujimori» (Mejía Huaraca, 2018), «Lava Jato: levantan secreto bancario y telefónico a 19 exfuncionarios» (Mendoza, 2018), entre otros.

De igual manera, las estadísticas muestran una situación particular. En la Figura 1 está representado el número de oficios emitidos por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) vinculados al levantamiento del secreto bancario, requeridos por la autoridad judicial a las

* Abogado por la PUCP, máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, doctor en Derecho por la PUCP y profesor de la misma casa de estudios. Código ORCID: 0000-0002-4650-8120. Correo electrónico: antonio.delahaza@gmail.com

** Bachiller en Derecho por la PUCP. Código ORCID: 0000-0001-8780-9918. Correo electrónico: beatriz.aguedo@gmail.com

*** Estudiante de Derecho en la PUCP. Correo electrónico: a20122148@pucp.pe

empresas de operaciones múltiples, mediante los cuales requiere información de los titulares de cuentas bancarias de personas entre los meses de enero y diciembre de 2017. Se puede apreciar que el número total de solicitudes por el levantamiento del secreto bancario en el 2017 fue de 10 789, siendo julio el mes con el menor número de requerimientos (520) y septiembre el mes con el número más alto (1304).

Figura 1. Número de solicitudes de levantamiento del secreto bancario. Elaboración propia.

De la información puede concluirse que, si dividimos el número total de requerimientos entre el número de días laborales de un año y las horas de trabajo de un empleado, su nivel de impacto podría ser considerado bajo. Ahora bien, dentro del análisis de los resultados obtenidos, se debe considerar que la figura muestra el número total de requerimientos producto de delitos relevantes únicamente para las instituciones financieras por el riesgo de tener a un cliente que podría estar siendo investigado por delitos como el narcotráfico, terrorismo, contrabando, defraudación tributaria, secuestro, tráfico de armas y personas, proxenetismo, extorsión y delitos contra la administración pública. Es decir, la *data* no incluye otros delitos como el homicidio, el robo o el hurto debido a que, aunque su persecución es importante para el Estado, no es relevante para los intermediarios financieros, cuando estos últimos aplican una metodología de administración por riesgo crediticio, operativo o de mercado. Considerando lo explicado, se puede concluir que existe un alto número de solicitudes de levantamiento del secreto bancario requerido por el Poder Judicial a nivel país.

Además de analizar el contenido de los medios, se vio que era relevante determinar el nivel de conocimiento sobre esta institución por el ciudadano (funcionario o empleado) que labora en alguna institución bancaria para determinar cómo es la actitud hacia el secreto bancario y su reciente aplicación en el actual contexto peruano. Para ello, luego de realizarse una encuesta[1] de un universo de 100 personas naturales de grado de instrucción superior, se obtuvieron los siguientes resultados:

1 Se elaboró un cuestionario con 10 preguntas en el que se preguntó por información relacionada con el secreto bancario, pidiéndose valoraciones sobre el acceso y la necesidad de su uso. En tres preguntas se usaron elementos de «Sí» y «No» y, en las demás preguntas, una escala de 1 a 5, donde 1 indica el mayor grado de aceptación y 5 el menor grado. La encuesta se repartió a todas las personas que no eran abogadas de profesión en los meses de julio y agosto de 2018. La totalidad de esas personas trabajaban en una entidad del sistema financiero. El cuestionario se encuentra en el Anexo 1.

1. Un 25 % de los encuestados considera —a pesar de trabajar en una entidad financiera peruana— que conoce lo suficiente sobre el secreto bancario, mientras que del resto, un 66 % considera que sabe regular y un 9 % poco.
2. Aproximadamente el 59 % de los encuestados considera que el secreto bancario cumple un rol fundamental en el sistema financiero.
3. El 97 % de los encuestados ha señalado que el secreto bancario es un derecho fundamental que se encuentra protegido por la Constitución peruana.
4. El 39 % de los encuestados está de acuerdo con el intercambio de la información bancaria con las instituciones tributarias peruanas y extranjeras. Asimismo, se debe considerar que el 21 % no se encuentra de acuerdo ni en desacuerdo.
5. El 33 % de los encuestados considera que el intercambio automático de información bancaria con entes estatales de fiscalización tributaria implicaría la eliminación del secreto bancario. Mientras que un 28 % opina que se eliminaría dicho concepto.
6. El 35 % de los encuestados está de acuerdo con que la SUNAT tenga acceso al secreto bancario, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1434. Por otro lado, el 29 % no tiene una posición clara respecto a este supuesto.
7. El 38 % de los encuestados está de acuerdo con el manejo actual de los pedidos del secreto bancario por parte de las comisiones investigadoras del Congreso de la República.
8. El 66 % de los encuestados están o muy de acuerdo o de acuerdo con la supresión del secreto bancario para personas que ejerzan cargos políticos como parte de una política anticorrupción.
9. El 86 % de los encuestados considera que las únicas instituciones que requieren tener acceso al secreto bancario son la Unidad de Inteligencia Financiera y la SUNAT.

Sumados a los dos componentes anteriores que forman el actual contexto peruano, también se debe explorar el actual alcance del secreto bancario y lo que significa para los intermediarios financieros. En ese sentido, es importante clarificar que no en todos los casos una persona a la que se le levantó el secreto bancario es titular de una cuenta; en realidad, puede ser titular de varias cuentas y por cada una es necesario entregar como información su movimiento transaccional en los últimos diez años o si el cliente tiene depósitos a plazo, si ha hecho transferencias o recibido dinero del exterior, si tiene operaciones activas, como un préstamo de libre disponibilidad, un crédito hipotecario o ser titular de una tarjeta de crédito, o si tiene operaciones neutras, como el uso de una caja de seguridad o el pago de servicios en general. Por ello, para el intermediario financiero, dicho requerimiento de información por parte de la autoridad competente ya no es un simple trámite: pasó inmediatamente a ser una actividad compleja tanto en su atención como por los costos que la misma demanda, no solamente en horas hombre, sino también en la inmediatez de brindar la información solicitada por la autoridad competente.

Por todo lo expuesto, las empresas del sistema financiero peruano hoy se preguntan lo siguiente: «¿De qué debo preocuparme al tener un cliente a quien se le solicita el levantamiento del secreto bancario?». La respuesta es muy sencilla: la preocupación radica no solo en el impacto económico que genera atender el requerimiento de la autoridad, sino también en el riesgo de no cumplimiento, que se puede manifestar en temas de riesgo reputacional o lavado de activos al no haber aplicado de forma correcta una política de conocimiento del cliente

desde el momento que se dio origen a la relación comercial cuando solicitó o se le ofreció algún servicio financiero a dicha persona.

A continuación, se desarrollarán los aspectos y problemáticas más importantes de la institución del secreto bancario desde la perspectiva de las empresas del sistema financiero y sus necesidades.

2. El secreto bancario en la legislación peruana

El secreto bancario es tan antiguo como el mismo sistema financiero, como un elemento innato de la actividad de la banca. Tanto es así que, desde que una empresa bancaria se constituye, nace con ella automáticamente el secreto bancario. Esta institución tiene en sus orígenes el llamado «deber de reserva». El concepto de reserva se puede entender estudiando los inicios del siglo pasado en el Perú. Cuando el sistema financiero se regulaba por el Código de Comercio del año 1902, las transacciones en su gran mayoría eran en efectivo, y no existía el soporte informático tal como lo conocemos ahora. En ese tiempo, cuando había un requerimiento de una autoridad judicial solicitando información bancaria de una persona natural o jurídica, como por ejemplo: «Indicar si en la cuenta n.° 1234 de ABC con fecha ZYX se ha producido un depósito de S/ 10 000 000», el intermediario financiero no tenía forma de saberlo desde el punto de vista práctico, porque el dinero entraba y salía de una cuenta sin poder determinar a ciencia cierta quién era realmente la persona que actuaba como ordenante del depósito efectuado, ya que no había una verdadera política de conocimiento del cliente[2].

Varios años después, el secreto bancario era regulado de forma positiva con la primera Ley de Bancos, Ley 7159, que rigió desde el año 1931 hasta el 30 de junio de 1991. En esta ley, los artículos 20 y 103 establecían que estaba absolutamente prohibido al superintendente de Banca y Seguros y a sus empleados proporcionar información a terceros de personas o entidades sometidas a su supervisión, salvo los casos previstos en la ley.

Es con la Constitución de 1979 en su artículo 2 inciso 8 que se reconoce el derecho a la intimidad como un derecho de la persona que justifica el secreto bancario como una obligación impuesta a las empresas del sistema financiero. Este hecho luego fue reconocido por la Ley de Bancos de 1991, aprobada por el Decreto Legislativo 637 del año 1991, con la cual se le otorgó jerarquía de ley a lo que se denominaba «reserva bancaria», pues antes del referido decreto legislativo, la reserva bancaria estaba regulada solo por normas administrativas. Posteriormente, en el año 1993, con la aprobación del Decreto Legislativo 770 en sustitución del anterior, se mantuvo el mismo principio pero con ligeros cambios en la nomenclatura, siendo llamado «secreto bancario».

En el año 1993, entró en vigencia la actual Constitución del Perú, en cuyo artículo 2 inciso 5 se reconoce al secreto bancario como un derecho fundamental de la persona. Asimismo, la actual Ley de Bancos, Ley 26702, regula los alcances del secreto bancario, pero se están efectuando actualizaciones o ajustes sobre su alcance.

En la actualidad, el concepto de secreto bancario ha evolucionado y ya no es únicamente el deber de reserva traducido en el «deber de guardar» del banquero (Enrique Odero, 2017), sino que se trata de un deber de observar y supervisar al cliente. Esta nueva acepción de deber implica saber si una persona tiene una cuenta en el banco o es titular o no de un producto o servicio bancario a la fecha, así como un control de las operaciones financieras realizadas, con lo cual se generan nuevas obligaciones a las instituciones financieras.

2 No existía un registro sistemático en el sistema financiero que permitiera la identificación plena y específica de los depositantes, impidiendo conocer —de esta manera— el origen del dinero colocado en la banca.

3. Concepción actual del secreto bancario

En este contexto de transición, la afirmación de que el secreto bancario responde únicamente al deber impuesto, tanto al establecimiento bancario como a sus trabajadores y funcionarios, de mantener en reserva la información de los clientes como una prohibición de entregar información a terceros, sin causa o motivo al amparo de la ley, sería una posición sesgada que negaría el gran cambio de los elementos que conforman hoy el secreto bancario en el Perú.

Este cambio, producto de la tecnología, radica en la factibilidad de poder saber el origen y destino del dinero que circula a través de cuentas bancarias. De esta manera, hoy en día, el secreto bancario involucra elementos tales como la fecha de inicio de la relación comercial, el monto, el plazo, la transaccionabilidad y el movimiento de la cuenta. También, se ha incluido el concepto del registro de operaciones por monto igual o superior a USD 10 000 para transacción única y USD 50 000 para transacciones acumuladas en el mes, con el objetivo de tener identificado al ejecutante, ordenante y beneficiario de la operación ya sea de manera virtual o física[3]; además, se ha incluido, en el proceso de la relación comercial alrededor de una cuenta, al tercero y a la contraparte como personas distintas al cliente de la empresa bancaria.

En ese sentido, la diferencia entre el movimiento y la transacción de una operación bancaria se describe analizando el núcleo duro del secreto bancario. Dentro de la práctica operativa, el movimiento de cuenta está vinculado al titular de una o más cuentas y su relación exclusiva con ella(s). Por ejemplo, hay una persona natural que es titular de una cuenta de ahorros, tiene un depósito a plazo, una cuenta corriente, una tarjeta de crédito y todo el movimiento de la operación está vinculado a su propia persona, tanto en el origen y destino de los fondos. La transacción es el vínculo del titular de la cuenta con un tercero que no necesariamente tiene una relación jurídica patrimonial, sino sencillamente tiene una obligación de mantener o mandar una suma de dinero, saliendo dicha transacción de aquel círculo virtuoso protegido por el movimiento de cuenta de lo que sería el secreto bancario.

4. Alcances del secreto bancario

A nivel internacional, el secreto bancario también viene siendo objeto de cambios en su contenido producto del desarrollo tecnológico. Muestra de ello es el titular de una noticia periodística de un diario de la localidad: «Un centro bancario busca reinventarse a sí mismo» (Redacción Gestión, 2018); un país que viene operando como centro financiero a nivel global busca reinventarse y lo hace todo el tiempo. No obstante, cuando se discute cuál es el país titular o que ha tenido mejor éxito en el manejo del secreto bancario, indiscutiblemente este ha sido Suiza. Desde el año 1934, Suiza ha manejado con eficiencia lo que es el secreto bancario, y ha sabido sortear los cuestionamientos formulados a esta institución (Dunant y Wassmer, 1988), con múltiples intentos por demostrar que la legislación Suiza consistía en un respeto a la libertad individualidad, enmarcada en un derecho a la privacidad, el cual, pese a los cuestionamientos, sí estaba dentro de un proceso de evolución para responder a las necesidades sociales (Aubert, 1984). Pese a ello, los escándalos causados por esta modalidad regulatoria persistieron: los casos emblemáticos y típicos que siempre se mencionan son las cuentas de aquellas personas vinculadas con el nazismo alemán de la Segunda Guerra Mundial y las cuentas

3 Se comprende «operación física» como aquella efectuada en efectivo en las oficinas o agencias de la empresa de operaciones múltiples.

cifradas, dinero oculto mal habido sumamente cuestionado de aquellos tiranos o dictadores a nivel global que ha custodiado.

Sin embargo, después de la crisis internacional que afectó en especial a Estados Unidos en el año 2007, la comunidad internacional ha comenzado a replantear —por decir lo menos— el alcance de lo que debe entenderse por el secreto bancario por intereses netamente económicos de recaudación tributaria. Por ejemplo, Estados Unidos cuenta con la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas en el Extranjero (FATCA, por sus siglas en inglés), la cual fue promulgada por el Parlamento estadounidense en el año 2010 como una solución a la evasión fiscal por parte de los contribuyentes a través de la utilización de cuentas bancarias fuera del país, ya que al Gobierno le interesaba que sus ciudadanos tributen independientemente del lugar geográfico en que se encuentren en el mundo. Ello ha llevado a una serie de dificultades «técnico-políticas» al establecer obligaciones a las instituciones financieras extranjeras y a las entidades extranjeras que no son financieras (es decir, cualquier tipo de entidad de operaciones múltiples no constituida en Estados Unidos de Norteamérica) de ver si deben adoptar las medidas establecidas por la referida ley, es decir, si deben firmar o no un acuerdo o convenio con las autoridades fiscales del Gobierno estadounidense (IRS, por sus siglas en inglés)[4] (Sheppard Castillo, 2014). Tanto es así que Suiza —producto de la presión internacional— ha tenido que admitir ciertas reglas de juego, por un lado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de la cual forma parte desde el año 1961[5] (Bartles y Arias, 2010), y por otro de la Unión Europea, al geográficamente estar situada al medio de Europa, rodeada de varios países miembros con el discurso de mayor transparencia financiera (Gibson, 2017). Otra fuente de presión internacional fueron las sanciones que recibieron dos de los bancos más poderosos y antiguos de Suiza por parte del Departamento de Justicia de los Estados unidos, bajo acusaciones de conspiración criminal: Credit Suisse recibió una multa de USD 2600 millones y UBS fue sancionado con $ 780 millones por «ayudar» a la evasión fiscal (Zhao, 2014).

El año 2014 fue un hito en la historia puesto que Suiza, con el fin de evitar perder su condición de centro financiero global, finalmente firmó el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el intercambio país por país, mediante el cual admitió el levantamiento del secreto bancario de aquellas personas que hubieren sido sentenciadas por defraudación tributaria (Swiss say goodbye to banking secrecy, 2017). Luego de la ratificación del tratado por el parlamento suizo en 2016, el país se comprometió a hacerlo efectivo a partir del año 2018, año en el cual efectivamente se llevó a cabo el primer intercambio automático de información de cuentas financieras con la Administración Federal de impuestos (FTA siglas en inglés) (Shields, 2018). Solo a partir del 2019 se podrá evaluar el grado de impacto que ha tenido la medida tomada.

Si se planteara la pregunta de qué significa para Suiza el secreto bancario a nivel internacional para que sea considerado como referencia, se podría decir que es un país que tiene 8 millones de habitantes, el desarrollo de su sector financiero le representa el 9,6 % de su producto bruto interno y cuenta aproximadamente con 266 empresas bancarias. Por tanto, no es muy fácil para la economía de Suiza despojarse de aquello que le ha sido sumamente

4 La norma americana no se encuentra exenta de críticas, siendo sumamente complejo por parte de las empresas del sistema financiero peruano y en especial para el Estado su aplicabilidad por el principio de legalidad dentro del marco constitucional.

5 Es importante destacar que Colombia y Chile se acaban de incorporar a la OCDE.

ventajoso: el haberse convertido en el principal administrador del patrimonio o el gestor de fortunas privadas de extranjeros al copar un tercio de la cuota mundial. A esto se suman nuevos casos en contra de bancos suizos en la medida de que la información es más transparente, como por ejemplo la acusación contra UBS por la defraudación en la venta de valores respaldados por hipotecas residenciales (Williams, 2019). Pese a ello, lo que viene ocurriendo hoy en Suiza es que se busca dar al secreto bancario un nuevo matiz a través de la protección de los datos personales, mediante la aplicación de los principios de legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, imposición de recursos y nivel de protección.

En la actualidad, los intermediarios financieros, en especial los bancos, vienen buscando —de la mejor forma posible— conocer más del alcance de lo que comprende, desde el punto de vista operativo, la aplicabilidad del secreto bancario para la prevención del lavado de activos. Para ello, han recurrido a redefinir el tipo de riesgo que aborda; se sabe que no se trata de un riesgo crediticio, ni de mercado: se trata de un riesgo no financiero y, como tal, debe operar como cualquier otro riesgo conformado desde un punto de vista metodológico por factores (cliente, producto, servicio, canal y ubicación geográfica) y variables (tipo de moneda, forma de pago, monto pagado, otros).

Una nueva variable que se debe considerar, ahora relacionada con la teoría del riesgo, es el levantamiento del secreto bancario, el cual, mediante la denominada política de conocimiento del cliente, permite conocer mejor a la persona, ya sea natural o jurídica. En ese sentido, no es natural que a las personas, con frecuencia, a través de la autoridad competente, se les esté solicitando el levantamiento del secreto bancario. Si se tiene un cliente del cual se sabe que se le ha levantado el secreto bancario y se encuentra vinculado con un tipo de los delitos denominados precedentes al lavado de activos, como el narcotráfico, el contrabando, la defraudación tributaria o los delitos cometidos por los funcionarios públicos como el peculado, el intermediario financiero deberá preocuparse sobre los controles apropiados que le permitan determinar la procedencia del dinero del cual mantiene en custodia en cuenta.

Es importante también mencionar que muchas personas tienden a confundir temas afines al secreto bancario como el conocimiento del cliente y el del beneficiario final. Estos son nuevos conceptos que a la fecha no tienen una definición propia y que se encuentran en estado de formación conceptual. Mediante Decreto Legislativo 1372, el Estado peruano aprobó la obligación de las personas jurídicas o entes jurídicos de informar a la SUNAT la identificación del beneficiario final que al final debe ser una persona natural que efectivamente posee o controla a la persona jurídica o ente jurídico, dentro de un marco de transparencia de aquella persona que tiene una participación dentro del capital social de la empresa igual o mayor del 10 %.

El conocimiento del cliente que realmente es un principio comercial ha sido tomado para la prevención de lavado de activos y se utiliza como contraparte de la política del conocimiento del mercado; el primero no puede darse sin el segundo, es decir, no es factible conocer a una persona si no se logra conocer su actividad económica que justifique la procedencia de sus fondos.

5. Teorías del secreto bancario

Las teorías que justifican la existencia del secreto bancario van desde las teorías contractualista, de usos y prácticas comerciales, de la responsabilidad civil extracontractual y de la actividad bancaria hasta la teoría constitucionalista. En el caso de la legislación peruana, indiscutiblemente se ha basado en todas ellas en diferentes estadios normativos; sin embargo, en la presente

investigación, se presta la mayor atención a la teoría de usos y prácticas comerciales y a la teoría constitucionalista[6].

5.1. Teoría de los usos y prácticas comerciales.

Como está indicado en su nombre, esta teoría encuentra su fundamento en las tradiciones, usos, prácticas y costumbres universalmente reconocidos y aceptados por los agentes económicos, que se integran al contrato entre el cliente y la empresa del sistema financiero, no solo a lo expresado en el documento, sino también a la necesidad de justificar las consecuencias que se derivan de la responsabilidad de su falta de observancia.

Es de esta manera que codificando este uso y/o práctica comercial, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros —Ley 26702—, en su artículo 140 y siguientes,

6 Entre las teorías más generalizadas con las que se trata de justificar la existencia del secreto bancario, se puede mencionar las siguientes:

- Teoría contractualista: basada en la autonomía de voluntad, en la libertad de contratar y contractual, por la cual la institución financiera pacta con el cliente la obligación de no divulgar las operaciones activas, pasivas y neutras que relacionan a la institución con este, situándose como deber accesorio a la prestación principal objeto materia del contrato. Es de esta manera que en las operaciones bancarias (activas, pasivas y neutras), al plasmarse en un contrato bancario, las partes pueden estipular dentro del acuerdo comercial la no divulgación de la información adyacente a dichas operaciones.
- Teoría de la responsabilidad civil extracontractual: a primera vista, la relación contractual que, por ejemplo, nace desde la suscripción de un marco de servicios bancarios, es la que lleva implícita la razón de ser del secreto bancario; forma parte de las obligaciones de una de las partes (el banco en este caso) el no revelar información a terceros sin que medie consentimiento del cliente, ya sea expreso, escrito, oral, etc.
  Sin embargo, la razón de la discusión para dar cabida a la teoría de la responsabilidad civil extracontractual radica en la necesidad del resarcimiento al cliente por la entrega de información por acto ilícito bajo la regla genérica de que el causante del daño debe indemnizar, así sea por acción u omisión, o por culpa o negligencia grave. Con base en ello, la relación sinalagmática (Castañeda, 1969) entre ambas partes genera que una de sus obligaciones genéricas sea el deber de reserva de la actividad del cliente: las partes no solamente se encuentran obligadas por aquello expresamente convenido, sino que adicionalmente existe una obligación implícita en la empresa del sistema financiero, y consiste en el deber de reserva. El factor de atribución de responsabilidad recaerá sobre la culpa del autor, en este caso la empresa del sistema financiero, que comprende la negligencia o imprudencia (por ejemplo, falta de capacitación del personal del área de atención al usuario que revela información de un cliente a un tercero) como el comportamiento doloso, entendido como la voluntad de causar daño o perjuicio al cliente (por ejemplo, incluir más información de la requerida en respuesta a una carta de pedido de levantamiento de secreto bancario a modo de represalia de un cliente temerario que ha presentado varios reclamos a lo largo del año).
- Teoría de la actividad bancaria: esta teoría encuentra su fundamento en la necesidad de protección que debe brindar el Estado a las empresas que componen el sistema financiero en general, la cual está consagrada en la Constitución desde la obligación formal del Estado de fomentar el ahorro y de constituir un organismo autónomo que regule las actividades financieras y sus participantes. La obligación del Estado está expresada en el artículo 87 de la Constitución, el cual perfila lo siguiente: «Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley […]». Un ejemplo de cómo se plasma esta obligación se vio reflejado en el rol del Estado Peruano como regulador y supervisor durante la lucha contra los efectos de la crisis económica del 2008. Según una investigación del Banco Mundial, Perú, junto con Malasia, lograron mantener la estabilidad dentro de su sistema financiero mediante una serie de medidas preventivas, sin importar que sea un país en vías de desarrollo (Banco Mundial, 2012). Por ello, el legislador debe proveer de herramientas para la tutela básica del ahorro y la inversión.

desarrolla los alcances del secreto bancario, al relacionarlo con la confidencialidad de las operaciones pasivas que realiza una persona natural o jurídica, estableciendo una obligación de reserva a todo aquel que posea dicha información en el ejercicio de su actividad.

Cabe resaltar que la posición de los autores del presente artículo de optar por la presente teoría y no por la contractualista nace porque los usos y prácticas comerciales son anteriores al mismo contrato del servicio bancario, al formar parte del derecho mercantil.

En el derecho mercantil, al uso y/o práctica comercial se le reconoce poseer autonomía, llegando a tener mayor vitalidad por su mismo carácter técnico-práctico. Pero en el caso del Perú, ello no se da por una falta de raigambre, que es reemplazado por un Estado legislador que se traduce en el derecho del consumidor y los contratos por adhesión.

Frente a esta situación real y propia del Perú en la que el poder contractual que tienen las partes para regular sus intereses no es «el apropiado» al existir una asimetría en la información por la naturaleza de los productos y servicios financieros, el deber de reserva —comprendido por una acepción contractual— se debilita porque una de las partes tiene mayor capacidad de negociación respecto de las obligaciones accesorias que acompaña al mismo contrato de servicio bancario; el Estado está facultado constitucionalmente para asegurar el equilibrio contractual en los negocios bancarios[7].

Del mismo modo, el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero[8], el cual regula las exigencias aplicables a las entidades bancarias en temas de la transparencia de información, oferta y contratación de productos y servicios financieros, propone de forma directa que el contrato marco de servicio bancario de las instituciones financieras contemple la estipulación del secreto bancario al darse por sentada su trascendencia constitucional; la(s) cláusula(s) sobre manejo de información bancaria está(n) redactada(s) de tal forma que reconoce(n) las circunstancias en las que el secreto bancario puede ser exceptuado, liberando a la institución financiera de la reserva y de cualquier tipo de responsabilidad penal, civil o administrativa.

---

7 Ley 26702 para intervenir y asegurar el equilibrio contractual en los negocios jurídicos bancarios:
Artículo 349.- ATRIBUCIONES.
Son atribuciones del Superintendente, además de las ya establecidas en la presente ley, las siguientes:
[…]
2. Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al sistema financiero y del Sistema de Seguros, ejerciendo para ello, el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen;
[…]
6. Interpretar, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, así como a las que realizan servicios complementarios, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia;
[…]
8. Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil;
[…]
18. En general, se encuentra facultada para realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, de conformidad con la presente ley.

8 Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero - Resolución SBS 3274-2017.

5.2. Teoría constitucionalista.

Su fuente es la Constitución del Estado como norma de mayor jerarquía, de tal modo que sistematiza a nivel normativo la dimensión sociológica que integra el fenómeno jurídico. Es así que el secreto bancario se encuentra regulado en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución Política del Perú[9]. Se presenta junto con la reserva tributaria como una excepción al derecho de información al requerirse el permiso de un juez, del fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso para acceder a este tipo de información.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional —en el expediente 00009-20184-PI/TC— establece que el secreto bancario es una manifestación del derecho a la intimidad en la medida que busca proteger un aspecto de la vida privada de la persona. En otras palabras, forma parte del contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho[10].

Cuando una autoridad competente ordena el levantamiento del secreto bancario, es porque en realidad alguien ha hecho algo al margen de la ley: es una garantía, un derecho de la persona reconocido en la Constitución por el que existe un riesgo de pérdida que se debe mitigar.

Hay dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas con el manejo del secreto bancario que son de interés en esta investigación. La primera es una acción de *habeas data*, producto del recurso interpuesto por Nuevo Mundo Holding SA (NMH) contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (exp. 1219-2003-HD) en el proceso seguido contra la Superintendencia de Banca Seguros y AFP (SBS). En este, NMH alega que se le vulneró su derecho de acceso a la información documentada, al no habérsele proporcionado copia de los documentos que los interventores de la SBS en el Banco Nuevo Mundo (BNM) entregaron al Banco Interamericano de Finanzas (BIF), entre otros.

Lo relevante de esta primera sentencia del Tribunal, y de allí su carácter aleccionador, es que la confidencialidad es un sinónimo de la reserva bancaria; ni la SBS ni el banco son titulares del secreto bancario, sino que el mismo corresponde al cliente, ya sea persona natural o jurídica, que mantiene una relación con el intermediario financiero. La publicidad de la información que custodia el secreto bancario debe ser la excepción en la medida que la misma responda a la regla de proporcionalidad y razonabilidad. El levantamiento del secreto bancario solamente puede ser autorizado por su titular (persona) o cuando hay mandato judicial del fiscal de la nación o una comisión investigadora del Congreso de la República.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional tiene que ver con el famoso impuesto a las transacciones financieras (ITF), interpuesta por los colegios profesionales y otros (exp. 0004-2004-AI/TC)[11] en el sentido que el verdadero interés del Estado es acceder a información

9 Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:
[…]
5.- A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. (Constitución Política del Perú, 1993)

10 Demanda interpuesta ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales.

11 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirieron el Colegio de Abogados

bancaria del ciudadano (cliente bancario) a través de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), de manera no prevista en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de hacer el pago y la declaración en nombre de sus clientes. Esto podría implicar atentar contra el núcleo duro del derecho a la intimidad.

Lo afirmado en el párrafo anterior podría ser interpretado en dos sentidos diferentes: el primero, que implicaría atentar contra el núcleo duro del derecho a la intimidad, y el otro, como una restricción de dicho secreto hacia la SUNAT, cuyo uso solo podrá tener finalidades institucionales de control de tributación y de fiscalización[12]. El Tribunal, en su interpretación constitucional, considera que la primera es incompatible; mientras que sobre la segunda, opina que debe realizarse un juicio de proporcionalidad y razonabilidad para que la misma proceda en su levantamiento, en el sentido que debe hacerse efectivo el principio de solidaridad contributiva en un Estado constitucional. Luego de hacer el examen de proporcionalidad, tal como lo afirma Traverso (2013), se puede concluir que, «en efecto, desde el punto de vista de la juridicidad y de la ética no se puede sostener que el secreto bancario pueda servir como instrumento para proteger la comisión de delitos tributarios o fraudes fiscales, constitutivo de ilícitos penales, que representan un perjuicio patrimonial al Estado y consecuentemente al interés de la sociedad» (p. 47).

Desde el punto de vista constitucional, el secreto bancario es un derecho fundamental de la intimidad económica de la persona, empero, debe hacerse una distinción entre aquella parte que opera como un núcleo duro del derecho que no admite ningún tipo de limitación, de aquella otra que sí lo admite en la medida que tenga por límite la razonabilidad y proporcionalidad para su levantamiento, caso contrario implicaría la imposición de obstáculos para la persecución de delitos económicos[13].

---

de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a la transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-.AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)].

12 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirieron el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a la transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-.AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)] (f.j. 32).

13 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Cusco, el colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho; se adhirieron el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín; contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,13,14,15,16,17,18,19 y 20 del Decreto Legislativo 939, Ley

El alcance de este derecho regulado por la Constitución se ha visto desarrollado tanto en la Ley General del Sistema Financiero —Ley 26702— como en normas administrativas vinculantes propuestas por la SBS[14].

La Ley General del Sistema Financiero regula la prohibición de guardar reserva sobre el secreto bancario de la siguiente forma (artículo 140):

> Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142 y 143.
>
> También se encuentran obligados a observar el secreto bancario:
>
> 1. El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de las cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.
> 2. Los directores y trabajadores del Banco Central.
> 3. Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

Sin embargo, hay excepciones a la regla contenidas en la misma ley, la cual indica que no operará cuando se trate de operaciones relacionadas con el lavado de activos, a la vez que existe la obligación de hacer de conocimiento la operación a la Unidad de Inteligencia Financiera, y no se incurrirá en ningún tipo de responsabilidad penal o administrativa por comunicar dicho hecho.

Se encuentran autorizados a solicitar el levantamiento del secreto bancario (artículo 143):

> 1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.
> 2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.
> 3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.
> 4. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la

de Medidas para la Lucha contra la Evasión y la Informalidad, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo 947, que regulan la denominada «bancarización» y crean el impuesto a la transacciones financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18 y 19 de la Ley 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, que subroga los referidos decretos legislativos [exps 0004-2004-.AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004AI/TC 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados)] (f.j. 37).

14 Por ejemplo, la Resolución SBS N° 4705-2017.

Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.
5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión

Es importante indicar que, además de los casos mencionados como excepción, se han venido dando mediante normas posteriores y de otros sectores del Estado supuestos para el levantamiento del secreto bancario, que hasta la fecha son cuestionados por estimar que son incompatibles con lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, al no responder al criterio de razonabilidad y proporcionalidad planteados como supuestos requeridos de las dos sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente mencionadas, en relación con el principio de solidaridad tributaria que se debe observar. Los casos en cuestión son los siguientes:

1. La Ley 27785, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, señala que el contralor general tiene acceso a información que las entidades mantienen, aun las protegidas con secreto, por lo que podría considerarse como otra autoridad facultada para levantar el secreto bancario o lo normado por la Ley 29782 que señala que la SBS y la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) compartirán información que posean respecto de personas naturales y jurídicas, incluyendo la información protegida por el secreto bancario. Por otro lado, también indica que el secreto bancario será levantado cuando medie pedido de algún organismo de control del mercado de valores en el marco del acuerdo multilateral de entendimiento, lo que debe ser canalizado a través de la SMV.
2. La Resolución SBS 4353-2017, con la cual se autoriza a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) a solicitar el levantamiento del secreto bancario a través del juez penal competente en donde tenga su domicilio principal la SBS y regula la forma y condiciones en que se debe proporcionar la información protegida por el secreto bancario.
3. El Decreto Legislativo 1434, que modifica el artículo 143-A de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, reglamentado por el D.S. 256-2018 -EF, que establece que la información financiera se debe suministrar a la SUNAT para que realice el intercambio de información automático conforme a lo convenido en los tratados internacionales y en las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN). El supuesto de suministro de información a la SUNAT por parte de las empresas del sistema financiero versa sobre operaciones pasivas de sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, ya sean personas naturales o jurídicas.

El cuestionamiento nace porque serán las empresas del sistema financiero las que suministrarán a la SUNAT la información que pudiera requerir por una vía distinta a la prevista por el numeral 1 del artículo 143 de la Ley 26702 a través del requerimiento del juez. Con ello, lo que se busca es dar cumplimiento a los tratados internacionales o a las decisiones de la CAN y, por otro lado, combatir la evasión y elusión tributaria con el propósito de que el país forme parte de la OCDE.

Con mecanismos de excepción como el que se está planteando, se estima que se atenta contra el Estado constitucional de derecho en la medida que no se logre acreditar la

racionalidad y la proporcionalidad de lo requerido como plantea el Tribunal Constitucional, generando mayor confusión entre los contribuyentes aun cuando se afirme que la información será tratada bajo reglas de confidencialidad exigidas por los estándares internacionales o que las empresas del sistema financiero pondrán a disposición de sus clientes los medios que permitan acceder a la información proporcionada a la SUNAT.

6. Casos donde se aplican los usos y prácticas comerciales

Con esta investigación también se buscó, desde el punto de vista de los usos y prácticas comerciales, la comprensión sobre cómo se debe aplicar el levantamiento del secreto bancario sin infringir la Constitución, evitando con ello la comisión de delitos económicos por parte de terceros en la relación que se debe observar sobre origen y destino del dinero. Se pudo determinar el supuesto del registro de operaciones en efectivo de las entidades bancarias, donde se verifica la identidad de las partes que participan como son el ejecutante, ordenante o beneficiario de la operación y adicionalmente la fecha de la operación, el monto y la cláusula sobre el origen o procedencia de los fondos. Frente a ello, la pregunta que se generó es si se está haciendo un correcto levantamiento del secreto bancario. Se estima que sí, en la medida que se demuestre que responde al criterio de proporcionalidad y razonabilidad como sostiene el Tribunal Constitucional que se debe observar para que proceda la recopilación de la *data* que gira alrededor de una transacción u operación bancaria.

Un caso típico que se debe tener en consideración donde el secreto bancario se aplica de forma apropiada al no admitirse su levantamiento se presenta hoy por el tema del fraude. Existen empresas constructoras inmobiliarias que sorprenden a los ciudadanos y dicen, por ejemplo, lo siguiente: «le voy a vender este *stand* en el Centro de Lima que se terminará de construir el próximo año, cuyo valor es de 250 mil dólares», pero dentro de las tratativas de la negociación le solicitan al comprador efectuar un depósito en una determinada cuenta bancaria como muestra de su deseo de efectuar la compra del *stand*. Pasan los días desde la fecha del depósito y la cuenta se cierra por orden de la empresa constructora inmobiliaria; pasa el tiempo y la persona que pensó adquirir el *stand* se percata de que no hay tal inmueble y tampoco ubica al vendedor; automáticamente, el comprador se considera engañado por el fraude cometido. Inmediatamente, acude al banco pidiendo razón por el titular de esa cuenta en particular donde efectuó el depósito requerido inicialmente. El banco en calidad de intermediario financiero puede y debe negarse a brindar información por la aplicación de la garantía constitucional del secreto bancario, porque existe el debido proceso a través de la autoridad del Ministerio Público, el cual pone la denuncia respectiva para acceder a dicha información de la titularidad de la cuenta aun cuando la misma se encuentre cancelada. En ese caso, el juez ordenará el levantamiento del secreto bancario de la cuenta, aplicándose el debido proceso para acceder a la información de la titularidad y movimiento de cuenta.

Adicionalmente, se revisó una serie de oficios relacionados con el levantamiento del secreto bancario requeridos a las empresas del sistema financiero por autoridades competentes[15]; en ellos, se pudo observar que había una constante en el requerimiento sobre los siguientes puntos:

15 Son oficios de requerimiento de información que corresponden al primer semestre del año 2017, que por un tema de confidencialidad mantenemos reserva de la fuente.

- remisión de información en un plazo no mayor de un número de días recibido el requerimiento y el amparo jurídico de una norma específica
- registro de operaciones (RO) con el detalle del origen de los fondos y el rango de fecha de las operaciones requeridas
- estado de movimiento de la tarjeta de crédito que registran las personas naturales o jurídicas
- copia del expediente de crédito otorgado
- transferencias de/al exterior recibidas/ordenadas por personas naturales o jurídicas
- movimiento de cuenta sin precisar el saldo de cuenta.

Del análisis de los requerimientos, se determinó que la autoridad, de forma muy hábil —por decir lo menos—, en un oficio en que solicita información ya sea de una persona natural o jurídica, vincula todas sus operaciones, sean las mismas activas, pasivas o neutras, donde el dar parte de la información, aun cuando se niega a brindar aquella otra porque no se encuentra facultada para ello, permite a la autoridad reconstruir todo el patrimonio económico de la persona investigada o procesada, accediendo mediante este mecanismo al secreto bancario que de otra forma no podría obtener.

La solución práctica que se viene observando y que aplican los intermediarios financieros frente a solicitudes como las expresadas en el párrafo anterior es revisar el movimiento de las cuentas del cliente con el propósito de determinar alguna transacción inusual que debe ser calificada como sospechosa, con el objetivo de ser reportado de oficio por parte del oficial de cumplimiento en prevención en lavado de activos. De esta manera, se cubre la posibilidad de que la empresa bancaria a través de sus funcionarios de negocios hubiese aplicado de forma deficiente la política de conocimiento del cliente, incurriendo en una omisión de reporte por lavado de activos.

Se tiene otro supuesto que también genera gran debate sobre el alcance del secreto bancario: lo que se ha denominado producto de la presente investigación como[16] los super

16 Reporte de operación sospechosa (ROS) es la decisión del oficial de cumplimiento en PLA de comunicar transacciones que ameritan ser de conocimiento de la UIF del Perú, conforme al artículo 58 de la Resolución SBS 2660-2015 el Oficial de cumplimiento en PLA:

Artículo 58.- Reporte de Operaciones Sospechosas.

La empresa tiene la obligación de comunicar a la UIF-Perú a través de su oficial de cumplimiento, las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados. A estos efectos, se considera buen criterio, al discernimiento o juicio que se forma el oficial de cumplimiento a partir, por lo menos, del conocimiento del cliente y del mercado; abarca la experiencia, la capacitación y diligencia en la prevención del LA/FT.

La comunicación debe ser realizada de forma inmediata y suficiente, es decir, en un plazo que - conforme a la naturaleza y complejidad de la operación sospechosa- permita al oficial de cumplimiento la elaboración, documentación y remisión del ROS a la UIF-Perú, el cual en ningún caso debe exceder las veinticuatro horas (24) desde que la operación es calificada como sospechosa. Una operación es calificada como sospechosa cuando dicha categoría puede presumirse luego del análisis y evaluación realizado por el oficial de cumplimiento.

El oficial de cumplimiento debe dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas, para la calificación de una operación como inusual o sospechosa, así como el motivo por el cual una operación inusual no fue calificada como sospechosa y reportada a la UIF-Perú, de ser el caso. Las operaciones calificadas como inusuales y el sustento documental del análisis y evaluaciones se conservan por un plazo no menor a diez (10) años, conforme al artículo 55.

La comunicación de operaciones sospechosas y el ROS que realizan las empresas por medio de sus oficiales de

reportes de operaciones sospechosas (ROS). El super ROS está vinculado a grupos financieros; entre ellos pueden tener convenios para intercambiar información, políticas y procedimientos con cláusulas de salvaguardas adecuadas sobre la confidencialidad, lo cual es válido y beneficioso. Sin embargo, si hay una empresa del grupo que a su vez ha tenido o tiene un cliente que va a hacer objeto de reporte por lavado de activos, se genera la gran pregunta si se debería compartir el ROS con las demás empresas del mismo grupo.

Hoy en día, la norma prohíbe compartir el ROS aun cuando sea una empresa del grupo, porque lo único que permite la normativa es compartir información[17]. El problema se presenta, por ejemplo, cuando la casa matriz pide un informe de la cantidad de ROS mensuales y/o semanales elaborados. La respuesta frente a dicha pregunta es que no se puede responder porque la ley prohíbe contestar si es que se efectuó un ROS; pero si se llega a este super ROS y a este nuevo levantamiento del secreto bancario vinculado con protección de datos personales, desde el punto de vista formal, se debería permitir comunicar a las empresas que forman parte de un grupo económico o a la casa matriz que se ha elaborado un ROS y quiénes son las personas involucradas. No obstante ello, han aparecido los detractores del presente planteamiento al sostener que dichas personas serían discriminadas al negárseles el acceso al sistema financiero al contarse con información relevante negativa entre empresas del grupo económico.

Otro supuesto es el qué pasaría si el ROS que se ha elaborado también impacta —en el ejemplo— al banco de la competencia. ¿Sería posible avisarle al banco y a otros bancos que se está reportando a su cliente? La respuesta del legislador es que no es factible hacerlo.

Sin embargo, frente a la afirmación de que no se puede compartir un ROS hay otra respuesta: como privado se le niega el acceso al sistema financiero —a tal persona en calidad de cliente— porque se está aplicando una metodología por riesgo y su interés privado individual no puede perjudicar al sistema financiero en su conjunto, el cual responde además a un interés público que es administrado también por el Estado.

7. Conclusiones

1. En la actualidad, la Constitución y la legislación nacional reconocen el derecho al secreto bancario a favor de los clientes de una empresa del sistema financiero. Sin embargo, este derecho corresponde únicamente por operaciones pasivas (depósitos) de los clientes.
2. La encuesta brindó como resultado que en el sistema financiero se considera que el secreto bancario es un derecho fundamental, protegido por la Constitución, que cumple un rol básico, siendo que, en relación con el intercambio de información y/o el acceso a esta reserva, no se tiene una postura definida o mayoritaria de un intercambio automático de la información protegida por el secreto bancario ya sea con la SUNAT u otra institución.

cumplimiento tienen carácter confidencial y reservado. Únicamente el oficial de cumplimiento, o de ser el caso el oficial de cumplimiento alterno, puede tener conocimiento del envío del ROS. Para todos los efectos legales, el ROS no constituye una denuncia penal o administrativa.

17 La información que se puede compartir es todo aquello que no forme parte del núcleo duro de protección por el secreto bancario al tratarse de una operación pasiva; por ejemplo, el monto que mantiene el cliente en calidad de depósito en una empresa bancaria. Es factible cambiar información como tiempo que una empresa lo tiene como cliente, profesión u ocupación, centro laboral, número telefónico, domicilio, etc.

3. El derecho al secreto bancario en el Perú no es absoluto, estableciéndose en forma expresa —concordante con la tendencia internacional— los supuestos en los cuales procede el levantamiento del secreto bancario cuando uno se encuentra frente a un interés público del Estado que así lo amerite.
4. En el caso de las operaciones activas (préstamos) y neutras de un cliente realizadas a través de una empresa del sistema financiero, existe una obligación de custodia de la información; sin embargo, se entregará la misma cuando sea también solicitada por una autoridad competente.
5. El secreto bancario, al ser considerado derecho fundamental de la persona, es referido únicamente a la privacidad económica del individuo, teniendo como límite para su aplicabilidad la razonabilidad y la proporcionalidad en la medida que no puede amparase limitantes a la persecución de delitos económicos.
6. El secreto bancario como garantía constitucional se encuentra en constante evolución y el manejo presente que se desea brindar se vincula con la protección de los datos personales.
7. Es necesario un mayor desarrollo doctrinal sobre lo que se debe comprender por los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad para la debida aplicación del secreto bancario como lo plantea el Tribunal Constitucional.
8. El gran cambio está en que, producto de la tecnología, sí es factible saber el origen y destino del dinero que circula a través de cuentas bancarias; hoy en día el secreto bancario involucra elementos como los siguientes: fecha de inicio de la relación comercial, el monto, el plazo, la transaccionabilidad y el movimiento de cuenta.

8. Nuevas líneas de investigación

Si bien es cierto que esta investigación partió de los usos y prácticas comerciales y de la aplicación de la normativa contenida en la misma Constitución del año 1993 de lo que debe comprender el secreto bancario, se ha dejado abierta la posibilidad para que otros investigadores continúen desarrollando el presente tema bajo otras perspectivas teóricas como son la contractualista, la de la responsabilidad civil extracontractual y la de la actividad bancaria, las cuales también describen el alcance de lo que es el secreto bancario y su relación con la evasión tributaria.

Anexo 1

Ficha técnica

ENCUESTA SOBRE EL SECRETO BANCARIO

Por favor dedique un momento a completar esta encuesta. La información que nos proporcione será utilizada para la elaboración de un artículo de investigación sobre la institución del Secreto bancario en el Perú. La encuesta es anónima. Le solicitamos que lea todas las preguntas y luego proceda a marcar la mejor respuesta.

1. ¿Trabaja usted en una entidad del sistema financiero peruano?

   1 Sí

   2 No

2. ¿Cuánto conoce sobre el SB?

   1 Mucho

   2 Regular

   3 Poco

3. ¿Considera que el Secreto Bancario cumple un rol fundamental en el Sistema Financiero?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

4. ¿El Secreto bancario es un derecho fundamental que se encuentra protegido por la Constitución Peruana?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

5. ¿Está de acuerdo con el intercambio automático de la información bancaria con la Hacienda peruana y de otros países?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

6. ¿Considera usted que el intercambio automático de información bancaria con las haciendas implicaría la eliminación del Secreto bancario?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

7. ¿Está usted de acuerdo con que la SUNAT tenga acceso al secreto bancario, según el Decreto Legislativo 1434?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

8. ¿Está de acuerdo con el manejo actual de los pedidos del secreto bancario por parte de las comisiones investigadoras del congreso?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

9. ¿Estaría de acuerdo con la supresión del secreto bancario para personas que ejerzan cargos políticos como parte de una política anticorrupción?

Muy de acuerdo	De acuerdo	Ni acuerdo ni desacuerdo	En desacuerdo	Muy en desacuerdo
1	2	3	4	5

10. ¿Considera que hay otra institución además de la Unidad de inteligencia Financiera y la SUNAT que requiera tener acceso al secreto bancario?

    1 Sí
    2 No
    En caso de ser sí, indique cual _____

REFERENCIAS

Aubert, M. (1984). The limits of Swiss banking secrecy under domestic and international law. *Berkeley Journal of International Law*, *2*(2), 273-297.

Banco Mundial. (2012, 12 de setiembre). *Repensar el papel del Estado en el ámbito financiero, aconseja el Banco Mundial* [Comunicado de prensa]. Recuperado de http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2012/09/13/rethink-role-state-finance-says-world-bank

Bartels Villanueva, J., y Arias Alpízar, L. (2010). El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual. *Diálogos Revista Electrónica*, *11*(2), 71-88. http://dx.doi.org/10.15517/dre.v11i2.581

Castañeda, J. E. (1969). El contrato bilateral. *Derecho PUCP, (27)*, 61.

Cervini, R. (2016). El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (1), 55-81.

Coaquira, A. (2014, 20 de agosto). Procuraduría solicitó levantar secreto bancario de «Los Cuellos Blancos del Puerto». Recuperado de https://larepublica.pe/politica/1301868-cuellos-blancos-puerto-procuraduria-solicito-levantar-secreto-bancario-integrantes-organizacion-criminal

Constitución Política del Perú. (1993).

Yufra Puma, R. (2014, 30 de diciembre). Solicitan levantar secreto bancario: Ministerio Público investiga a 35 personas y pide revisar sus cuentas. *Correo* (p. 3). Moquegua.

De La Haza Barrantes, A. (2018). *Levantamiento del secreto bancario* [Presentación]. PLA 2018 X Congreso Internacional de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Dunant, O., y Wassmer, M. (1988). Swiss bank secrecy: Its limits under Swiss and international laws. *Case Western Reserve Journal of International Law, 20*(2), 541-575. Recuperado de http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol20/iss2/6

Enrique Odero, M. G. (2017). Secreto bancario. *Revista Electrónica Direito e Sociedade - REDES*, *5*(2), 221-228. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6182132

Fernández, F. (2018, 14 de setiembre). Solicitan levantar el secreto bancario del fiscal Enrique Dávalos por caso «Los Ilegales». *Correo*. Recuperado de https://diariocorreo.pe/edicion/

piura/solicitan-levantar-el-secreto-bancario-del-fiscal-enrique-davalos-por-caso-los-ilegales-841770/

Gestión. (2016, 19 de febrero). Lava Jato: piden levantar el secreto bancario de 24 empresas. Recuperado de http://www.imacorpmediosdigitales.com/PRENSA/2016/FEBRERO/PERUPETRO/19-02-2016%20PERUPETRO/POLITICA/GESTION%20ECONOMIA%2015%20LAVA%20JATO%20PIDEN%20LEVANTAR%20EL%20SECRETO%20BANCARIO%20DE%2024%20%20EMPRESAS%2019-02-2016.jpg

Gibson, S. (2017). Swiss bank secrecy---their lips say yes, but their eyes say no. *Forbes*. Recuperado de https://www.forbes.com/sites/taxanalysts/2017/04/05/switzerland-their-lips-say-yes-but-their-eyes-say-no/#1a9779ff5783

Is the era of banking secrecy over? [Página web]. (s. f.). Financial Secrecy Index. Recuperado de https://www.financialsecrecyindex.com/faq/is-the-era-of-banking-secrecy-over

Mejía Huaraca, M. (2018, 4 de setiembre). Fiscal solicitará levantamiento del secreto bancario de Kenji Fujimori. *El Comercio*. Recuperado de https://elcomercio.pe/politica/fiscal-solicitara-levantamiento-secreto-bancario-kenji-fujimori-noticia-552902

Mendoza, R. (2018, 26 de enero). Lava Jato: Levantan secreto bancario y telefónico a 19 exfuncionarios. *Correo*. Recuperado de https://diariocorreo.pe/politica/lava-jato-levantan-secreto-bancario-telefonico-exfuncionarios-799662/

Redacción Gestión. (2018, 2 de marzo). *The Economist*: Un centro bancario busca reinventarse a sí mismo. *Gestión*. Recuperado de https://gestion.pe/mundo/the-economist-centro-bancario-busca-reinventarse-228411

Sheppard Castillo, K. (2014). El régimen FATCA y sus principales aristas de aplicación en el Perú. *Derecho PUCP*, *0*(72), 103-124. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/9772

Shields, M. (2018). Era of bank secrecy ends as Swiss start sharing account data. *Reuters*. Recuperado de https://www.reuters.com/article/us-swiss-secrecy/era-of-bank-secrecy-ends-as-swiss-start-sharing-account-data-idUSKCN1MF13O

Swiss say goodbye to banking secrecy [Artículo]. (2017, 1 de enero). *SWI swissinfo.ch*. Recuperado de https://www.swissinfo.ch/eng/business/tax-evasion_swiss-say-goodbye-to-banking-secrecy-/42799134

Traverso Cuesta, D. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *Ius Et Veritas*, (47), 318-331. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11949/12517

Vergara Blanco, A. (1988). Sobre el fundamento del secreto bancario. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, *38*(194), 363-390.

Williams, O. (2019). Secret banking secrecy became extinct one year ago today. *Forbes*. Recuperado de https://www.forbes.com/sites/oliverwilliams1/2019/10/05/secret-banking-secrecy-became-extinct-one-year-ago-today/#556ff5d05cb8

Zhao, G. (2014). Why Swiss Banks Can't Be as Secretive in 2014 as 1934. *Global Financial Integrity*. Recuperado de https://gfintegrity.org/swiss-banks-confess-banking-secrecy/

DIEZ PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LAUDOS ARBITRALES EN LIMA-PERÚ DURANTE EL AÑO 2017

Ricardo León Pastor
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

El problema de investigación radica en describir y clasificar el tipo de problemas que encontraron los jueces de Lima durante el período 2017, al momento de ejecutar los laudos arbitrales emitidos en el Perú.
Dichos problemas son relevantes porque afectan la eficacia del laudo y la eficiencia de los procesos arbitrales, los mismos que, como vía alternativa al sistema judicial, deben ser especializados y céleres.
Se plantea como hipótesis de trabajo que dichos problemas son multicausales, en la medida en que son generados sea por prácticas arbitrales inadecuadas, por un exceso de «garantismo» durante el proceso judicial de ejecución o por un uso abusivo de las partes del recurso de apelación durante el proceso de ejecución del laudo.

1. Metodología

El problema de investigación radica en describir y clasificar el tipo de problemas que encontraron los jueces de Lima durante el período 2017, al momento de ejecutar los laudos arbitrales emitidos en el Perú. Dichos problemas son relevantes porque afectan la eficacia del laudo y la eficiencia de los procesos arbitrales, los mismos que como vía alternativa al sistema judicial, deben ser especializados y céleres.

El marco teórico de referencia será la doctrina nacional que se ha producido en los últimos diez años sobre la materia. En particular, se incluirán referencias, comentarios o estudios de profesoras y profesores de derecho procesal. La síntesis del marco teórico permitirá identificar los principales problemas evidenciados por la academia hasta el año 2016, para así poder contrastar dichos análisis o comentarios con el estudio de las sentencias judiciales producidas por las salas comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima en el período 2017.

Se plantea como hipótesis de trabajo que dichos problemas son multicausales, en la medida en que son generados sea por prácticas arbitrales inadecuadas, vinculadas a la falta de experiencia o precisión para el cumplimiento de una función esencial de los tribunales arbitrales: el cuidado con garantizar la «ejecutabilidad» del laudo, o por un exceso de «garantismo» durante el proceso judicial de ejecución que entorpece la ejecución del laudo o por el uso abusivo que las partes hacen del recurso de apelación durante el proceso de ejecución del laudo.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derecho por la Universidad Católica de Bruselas. Árbitro incluido en la lista de Leaders League de los mejores árbitros del Perú 2019.

Con esta investigación se persigue relievar problemas en la cultura arbitral y judicial local, de tal modo que esto permita aprender lecciones, tanto para árbitros como para jueces, en pos de una mayor eficiencia y eficacia de los laudos arbitrales ejecutados en el Perú, en especial en el departamento de Lima.

2. Marco teórico introductorio

La comunidad de practicantes del arbitraje es plenamente consciente de que al arbitrar por encargo de partes privadas debe respetar el contenido esencial del debido proceso. En ese contexto, la profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta (2010) manifiesta que el arbitraje tiene como eje central la voluntad de las partes de no recurrir al Estado, sino a un mecanismo privado en el que tienen la libertad de escoger a las personas que resolverán sus controversias, estableciendo un procedimiento adecuado y evitando la indefensión (pp. 77-78). Esta finalidad se logrará si se cumplen tres objetivos, a saber:

i) *que el tiempo que dure el arbitraje sea corto, al punto que la solución a la que se arribe, sea eficiente;*
ii) *que el costo del mismo sea accesible; y*
iii) *que se satisfagan las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo.* (Arrarte Arisnabarreta, 2010, pp. 77-78)

Sobre las calidades del laudo, el profesor Julio Guzmán Galindo (2011) sostiene que:

> El laudo es una decisión final de un proceso arbitral; siendo su principal función la de establecer expresamente una realidad sustantiva como verdadera. Esto supone que el laudo ha eliminado el conflicto o la incertidumbre jurídica que las partes sometieron al Tribunal […] sin embargo, en ocasiones la parte vencida no cumple el fallo del tribunal lo que, a su vez, genera que la parte vencedora acuda al órgano jurisdiccional para exigir una tutela específica que asegure lo que se ha decidido en el laudo […]. (p. 764)

La tutela procesal efectiva supone que las decisiones jurisdiccionales finales, en este caso los laudos arbitrales, sean ejecutadas sin dilación. Pero lamentablemente, suele suceder que en el Perú la parte vencida no cumple con las órdenes contenidas en el laudo arbitral. El propósito de este artículo es distinguir la diversidad de problemas que se presentan en la ejecución judicial del laudo arbitral. De inicio, se adelantan las principales conclusiones de la investigación dogmática realizada respecto a la jurisprudencia limeña del año 2017:

(a) Los tribunales arbitrales fallan cuando no cumplen con una de sus misiones esenciales: asegurar que el laudo que dicten sea ejecutable. Esa ejecutabilidad tiene mucha vinculación con la exigibilidad y liquidez de las órdenes contenidas en la condena arbitral. La poca costumbre arbitral o simple pereza de tribunales no familiarizados con ejecución de condenas no justifica la afectación de la ejecutabilidad del laudo.
(b) Los jueces, expertos en la materia, enseñan a los árbitros que las condenas no solo deben ser exigibles, sino también líquidas. No es recomendable dejar «condenas pendientes» para que un juez, que no conoció el caso arbitral, deba inmiscuirse con

los detalles del caso arbitral. Los jueces en su jurisprudencia han dicho claramente que esa no es su misión, y que ella es privativa de los tribunales arbitrales.

(c) Las condenas arbitrales que ordenan pagos específicos deben contener todos los elementos para que los jueces puedan ordenar directamente su ejecución. Para ello, es recomendable fijar en el laudo la orden de pago, el período correspondiente, la tasa aplicable, desde qué fecha hasta qué fecha aplican tasas a costos y la forma del cálculo de los impuestos. Esto incluye los montos principales debatidos en la contienda arbitral, intereses, impuestos, gastos del proceso y otros que sean relevantes.

(d) Por su lado, observamos que los jueces han abusado de sus facultades procesales, al conceder recursos de apelación contra sentencias que ordenan la ejecución del laudo. Eso no está contemplado en la Ley de Arbitraje, y vulnera la eficacia del laudo al dilatar por varios años los procesos de ejecución. Un mal entendido garantismo puede hacer, y de hecho está haciendo, un grave daño al arbitraje.

(e) Algunas partes, incluyendo entidades estatales, vienen abusando del sistema de ejecución para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones de pago. Este litigio temerario o malicioso debe ser controlado y condenado por la judicatura, cerrando la puerta a quienes, simplemente, no quieren asumir obligaciones preteridas por tanto tiempo.

Por otro lado, en la medida en que no es frecuente entre nosotros que sean los tribunales los competentes para ejecutar los laudos, son los tribunales judiciales los encargados de estas tareas. Ahora bien, la ejecución judicial del laudo arbitral ¿debe seguir las provisiones de la Ley de Arbitraje o del Código Procesal Civil o de ambos cuerpos normativos?

La profesora Arrarte Arisnabarreta (2010) ha insistido en la preminencia de la décima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, la misma que señala que, en caso de conflictos normativos, prima la Ley de Arbitraje sobre el Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768), así que solo en lo no previsto por la ley especial aplican las disposiciones procesales comunes (p. 92).

Esta opinión no es pacífica. La profesora y hoy magistrada constitucional Marianella Ledesma Narváez (2009) opina que, en el caso de que las partes no hayan otorgado facultades ejecutivas al tribunal arbitral, debe aplicar el Código Procesal Civil. Siguiendo esa lógica, solo se podrá ejecutar un laudo cuando sea firme, y siempre que cumpla los requisitos previstos en el artículo 689 del CPC, debiendo contener una obligación cierta, expresa, exigible y, tratándose de dinero, debe ser líquida o liquidable (p. 212). De la misma posición es Roger Vidal Ramos (2017, p. 90).

Como indica Pérez Vargas (2011), con el mérito del laudo y la documentación complementaria, el juez debe ordenar de inmediato la ejecución. El ejecutado solo puede oponerse si ha cumplido con la obligación o la ejecución del laudo está suspendida. La resolución que declara fundada la oposición podrá ser apelada (p. 767).

¿Cuál es la extensión de la oposición y de la apelación? El mismo autor considera que no solo el estricto cumplimiento del pago puede fundar una oposición o contradicción, sino también otras formas de pago como la novación, consolidación, compensación, condonación y transacción, en la medida en que cumplen la misma finalidad (Pérez Vargas, 2011, p. 768).

El autor considera, por otro lado, que la Ley de Arbitraje expresa que la impugnación sobre la decisión que declara fundada la oposición promovida por la parte vencida se concede con efecto suspensivo. Se pregunta qué pasa si la oposición es infundada. En ese supuesto

considera que la apelación debería otorgarse sin suspensión, salvo que el impugnante ofrezca garantía para lograr el efecto suspensivo (Pérez Vargas, 2011, p. 770). De la misma postura es Roger Vidal Ramos (2017, p. 93).

La profesora Arrarte Arisnabarreta (2010) discrepa con esta postura, pues señala que el inciso 3 del artículo 86 de la Ley de Arbitraje ordena que la decisión que deniega la oposición al mandato de ejecución, disponiendo la continuación de la ejecución forzada, no es impugnable. Nos recuerda que se ha prohibido al juez conceder otro recurso que dilate la ejecución del laudo (p. 96).

En especial, resalta que «aspectos como la limitación de las causales de contradicción del mandato de ejecución, así como el carácter inimpugnable de la decisión que ordena se proceda a la ejecución forzada del laudo arbitral, deben ser lineamientos esenciales a respetar, para evitar su desnaturalización» (Arrarte Arisnabarreta, 2010, pp. 104-105).

Con este marco introductorio, cabe preguntar: ¿cuáles son los problemas más frecuentes al momento de ejecutar judicialmente un laudo?, y ¿fluye una ejecución célere como está previsto en el ordenamiento jurídico?

Como ha resumido recientemente el magistrado de la Corte de Lima Julio Martín Wong Abad (2017), varios de los problemas recurrentes en la ejecución de laudos son los siguientes: el primero, que algunos tribunales arbitrales deciden con carácter final que corresponde que el demandado pague una indemnización al demandante, *sin determinar el monto de dicha indemnización*; el segundo, que los tribunales deciden que *el demandado asuma las costas y los costos del proceso arbitral, sin indicar montos específicos*; el tercero, que *condenan el pago de intereses sin fijar la tasa de interés ni la fecha* desde la cual deben contabilizarse (pp. 102-103).

Coincide con esta opinión el profesor Gonzalo García Calderón (2017), quien menciona que cuando el juez peruano recibe un laudo sin el cálculo detallado de los intereses, al entender que no es especialista en la materia, *llama a un perito*, e incluso podrían ser más, y judicializa la ejecución no ya en aplicación de la Ley de Arbitraje sino del Código Procesal Civil. Los *informes de los peritos adoptados por el juez pueden ser apelados*, con lo cual se ingresa en una típica vorágine judicial (p. 109).

También anota que se producen dificultades cuando un *laudo simplemente no se entiende*, e incluso se pueden producir nuevos procedimientos arbitrales derivados de aquel laudo incomprensible, cuyos mandatos no son ejecutables por un juez.

La profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta (2017) más recientemente anota un vacío en la legislación sobre ejecución de laudos arbitrales: *ante un vacío en la parte decisoria del laudo, ¿cómo deben proceder los jueces?* La legislación de la materia, que los jueces peruanos siguen estrictamente, indica que el laudo debe ser ejecutado en sus propios términos, sin intervención judicial sobre el contenido ordenado en el propio laudo (p. 76).

Otro problema que denuncia la autora es que *en el proceso de ejecución se puede apelar la sentencia ejecutiva e incluso plantear contra la sentencia superior un recurso de casación* (Arrarte Arisnabarreta, 2017, p. 77). Ello genera, en ocasiones, que la ejecución tome más tiempo del que consumió el proceso arbitral, lo que carece de lógica.

Para la autora, como hemos señalado antes, solo cabe apelar la decisión que declara fundada la oposición a la ejecución del laudo, ninguna otra. No cabe apelar, menos plantear un recurso casatorio respecto a la sentencia que ordena ejecutar el laudo. Pero se está haciendo en el país una indebida judicialización del proceso de ejecución, violando aquella disposición de la Ley de Arbitraje que prohíbe al juez admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

Otra falencia en el proceso de ejecución que anota Giancarlo Mandriotti (2017) es la conducta procesal de los procuradores del Estado. Sostiene que lo esperable, cuando una parte procesal vence a una entidad estatal, es que o el Estado diga que ya cumplió con el pago, o, si no ha cumplido, que indique cuándo va a hacerlo. Pero los *procuradores suelen «defender lo indefendible» formulando contradicción a la ejecución del laudo con la única finalidad de dilatar el cumplimiento*. Eso debería merecer una solución legislativa a criterio del autor (pp. 101-102).

Una reflexión muy oportuna es planteada por la profesora Ledesma Narváez (2009). Al constatar que, en promedio, *la ejecución de un laudo arbitral en sede judicial demora un tiempo mayor a tres años*, considera que esa respuesta tardía responde a la falta de especialización de los jueces (lo que constataba en el año 2009), la sobrecarga procesal, la marcada litigiosidad del proceso judicial, entre otros aspectos (pp. 221-222). Por eso, concluye que es preferible que sean los propios árbitros los que se encarguen de la ejecución: «[…] resulta un contrasentido que las partes, habiendo pactado un convenio arbitral para huir en buena cuenta de la actividad judicial y todo lo que ello signifique, terminen sometidos a la actividad de los jueces en el proceso de ejecución» (Ledesma Narváez, 2009, pp. 221-222).

3. Cómo se han ejecutado los laudos arbitrales según el estado de la jurisprudencia limeña en el año 2017

La Corte Superior de Justicia de Lima ha publicado 45 sentencias en materia de ejecución de laudos[1] durante el período 2017. De las 45 sentencias, 24 corresponden a una discusión sobre la liquidez del mandato contenido en el laudo arbitral, lo que indica la importancia de este problema a la hora de lograr el cumplimiento del laudo.

Todas las resoluciones estudiadas absuelven recursos de apelación. No se ha encontrado una base de datos sistematizada sobre las sentencias emitidas por los jueces comerciales en primera instancia, ni sobre cómo resuelven estas apelaciones otras cortes superiores en el Perú.

Las sentencias que absuelven apelaciones han abordado, recurrentemente, algunos de los problemas indicados en nuestro marco introductorio, o algunos otros, que en total suman diez, a saber:

(1) sobre el carácter cierto, exigible y líquido de la condena arbitral, incluso para entidades estatales;
(2) sobre órdenes contenidas en el laudo o en la ejecución que no son líquidas;
(3) sobre inejecutabilidad de la prestación contenida en el laudo;
(4) sobre medidas cautelares;
(5) cuestionamientos a peritajes;
(6) solicitudes de nulidad de auto admisorio de la demanda de ejecución;
(7) sobre motivación defectuosa del laudo;
(8) anulaciones por exigir requisitos no contemplados en la ley;
(9) desajustes entre la condena del laudo y la solicitud de ejecución del laudo;
(10) sobre condena de costas y costos en el procedimiento de ejecución judicial del laudo, devolución de aranceles, representación de abogados, firmeza del laudo, excepciones procesales, multas y otros.

1 Véase Poder Judicial del Perú. (s. f.). La consulta fue realizada durante el mes de octubre de 2018.

3.1. Sobre el carácter cierto, exigible y líquido de la condena arbitral, incluso para entidades estatales.

En el expediente n.º 56-2015-31 (2.ª Sala, 2 de mayo de 2017), el Ministerio de Educación del Perú (MINEDU) demandó al Sr. Jaime Reaño Oviedo Valenzuela. La entidad había planteado una demanda por daños y perjuicios contra el Sr. Reaño en la vía arbitral. El laudo ordenó el pago a favor de la entidad por un monto de más de 35 mil soles.

El Sr. Reaño alegó ante el juez de ejecución que la obligación había prescrito, lo que el juez desestimó ordenando la ejecución. Sin embargo, ante la apelación propuesta por el Sr. Reaño, la sala revisora confirmó la sentencia anterior, entendiendo que el laudo contenía una orden de pago cierta, expresa, exigible y líquida, y que era un título ejecutivo válido.

En el expediente n.º 125-2013-16 (1.ª Sala, 23 de agosto de 2017), el Sr. Luis Alberto García Cisneros demandó a Ingetek Contratista Generales SAC. Anteriormente, Ingetek había demandado a Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC) para que le pague un monto de 229 900 soles por la liquidación de un contrato en la vía arbitral. El tribunal estimó la demanda y condenó a la entidad para que efectúe el pago.

Sin embargo, el Sr. García Cisneros, probablemente en representación de CORPAC, planteó en la vía de ejecución judicial una excepción de oscuridad en la forma de presentar la demanda, alegando que la pretensión que Ingetek quería ejecutar no estaba contenida en una condena sino en una mera declaración formulada por el tribunal arbitral.

Examinado el asunto, el juez decidió desestimar la excepción y ordenar la ejecución del laudo. Frente a la apelación promovida por la entidad, la sala superior confirmó la decisión del juez de instancia. Lo hizo considerando que el laudo contenía una orden de pago cierta, expresa, exigible y líquida, y que era un título ejecutivo válido.

En el expediente n.º 8668-2016-39 (2.ª Sala, 24 de mayo de 2017), Consorcio Nueva Gambeta inició ejecución contra el Gobierno Regional del Callao de dos laudos emitidos en la Cámara de Comercio de Lima, por montos superiores a 2 millones de soles uno y 9 millones de soles el otro, más intereses moratorios legales e impuesto general a las ventas (IGV).

El juez admitió la ejecución respecto a los montos líquidos, mas no sobre el pago de intereses e IGV, pues sostuvo que estas operaciones superaban el ámbito de una mera operación aritmética y requerían otros criterios no fijados en el laudo e incluso necesitaban valoración probatoria. El consorcio apeló la decisión, pero la sala la encontró arreglada al contenido del laudo en el que no se liquidaron aquellos aspectos.

Situación similar se produjo en el expediente n.º 6683-2006 (2.ª Sala, 11 de julio de 2017) en que Peruana de Petróleo SAC solicitó ejecución de laudo contra la empresa Inversiones Deheza Vásquez SRL y los Sres. Deheza como garantes hipotecarios, para el pago de 180 y 200 mil dólares americanos respectivamente, que devienen de un proceso arbitral tramitado en el año 2002.

El Sr. Deheza Vásquez se opuso a la ejecución, sosteniendo básicamente dos razones: que no había sido válidamente notificado con el auto de ejecución y que se pretendía hacer un doble cobro, pues la deuda actual ascendía a 180 mil dólares y que los 200 mil dólares eran el monto máximo de la garantía hipotecaria sobre dicha deuda. Ello hacía inexigible la obligación.

El juez decidió que el Sr. Deheza sí había sido válidamente notificado, primero a su dirección consignada en el proceso arbitral y después a otra dirección que consignó cuando decidió apersonarse al proceso. Por otro lado, consideró que los argumentos planteados sobre el doble pago no tenían vínculo alguno con el carácter exigible o no de su obligación de pago, pues los montos ordenados estaban plenamente determinados en el laudo arbitral.

Contra estas resoluciones el Sr. Deheza formuló apelaciones. La sala, confirmando el razonamiento anterior, confirmó las resoluciones judiciales.

Hay también en el expediente n.º 7685-2014-8 (2.ª Sala, 4 de abril de 2017) un cuestionamiento a las decisiones arbitrales adoptadas en el laudo. El demandante Traffic Engineering & Control Corporation solicitó la ejecución de un laudo contra la Municipalidad Distrital de San Isidro, por el cual se ordenó que la entidad reciba los equipos de control de tráfico y pague una suma superior a los 300 mil soles.

La entidad formuló oposición, alegando que el área usuaria no había dado conformidad a la recepción de los equipos, lo que ya había sido objeto de discusión durante las actuaciones arbitrales. El juez decidió desestimar la oposición. Y la Sala de apelación confirmó dicho criterio.

También se produjeron cuestionamientos de fondo en el expediente n.º 9643-2016-49 (2.ª Sala, 18 de octubre de 2017) en que la Sra. Icaza Santa Gadea Vda. de Ramírez demandó ejecución de laudo contra Pavel Korotkikh sobre restitución de bien inmueble. El Sr. Korotkikh había apelado el auto de ejecución, porque no se había admitido a trámite su oposición, en la que cuestionaba la regularidad del arbitraje y la validez del laudo. La sala confirmó el criterio judicial.

Más cuestionamientos de fondo se produjeron en el expediente n.º 13309-2015-66 (1.ª Sala, 9 de noviembre de 2017) en que la Sra. Gina Casafranca Salgado, como parte de un consorcio con MDS Planes y Proyectos, inició ejecución sobre un extremo del laudo que ordenó a Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) un pago a su favor por 21 mil soles. SEDAPAL contradijo el pedido de ejecución. Afirmó que ese monto era parte de una nueva liquidación, sin que esta se haya producido, y quedaba aún pendiente un levantamiento de observaciones. El juez declaró infundada la contradicción, lo que fue confirmado por la sala de apelación.

Lo propio sucedió en el expediente n.º 10963-2012-20 (1.ª Sala, 9 de noviembre de 2017) en que la empresa Tres Palmeras SA y Cinco Robles SAC demandaron la ejecución de un laudo del año 2012 ganado contra Auto Gas SAC, que ordenaba que los accionistas de inmobiliaria H-06 SAC transfieran el 100 % de acciones a Tres Palmeras, además de cumplir con reembolsar los gastos del arbitraje. Los coejecutados se opusieron, cuestionando que «Inmobiliaria» no fue partícipe del «compromiso de contratar», que no se tuvo en cuenta un mandato judicial de no renovar, ni la inmutabilidad de las acciones, entre otros argumentos de fondo. El juez rechazó la oposición y la sala confirmó este criterio.

En el expediente n.º 424-2015-89 (2.ª Sala, 4 de setiembre de 2018), Consorcio Único inició ejecución contra la Municipalidad Distrital de los Baños del Inca. Mucho antes, en el año 2013, en un proceso arbitral seguido por las partes, el tribunal decidió condenar a la entidad a pagar más de 800 mil soles al consorcio por diversos conceptos vinculados a mayores gastos generales, ampliación de plazo contractual e indemnización.

Pero la entidad alegó, ante el juez de ejecución, que no tenía domicilio en Lima, pero tampoco acreditó ningún otro domicilio, a pesar de los requerimientos judiciales para que lo haga. También alegó que, para el cumplimiento del laudo, debía iniciarse el trámite administrativo correspondiente con la respectiva calendarización y compromiso de pago; sin ello la obligación era inexigible.

El juez no admitió el reclamo vinculado a la falta de domicilio en Lima y ordenó la ejecución del laudo. En la apelación promovida por la entidad, la sala superior confirmó la decisión del juez, entendiendo que el trámite de pago es exigible y que la propia ejecución forzada

del laudo activa la normativa estatal sobre el particular, en especial el artículo 47 de la Ley N° 27584, el mismo que prevé el procedimiento para la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero por parte del Estado.

Del mismo criterio fue la corte de Lima en el expediente n.° 1160-2016-0 (1.ª Sala, 8 de junio de 2017) en el que Ingeniería Eléctrica Integral SAC demandó al Ministerio de Vivienda. La compañía reclamaba, en vía ejecutiva, el pago que le adeudaba la entidad por 54 mil soles, conforme a la parte resolutiva de un laudo arbitral. El ministerio sostuvo, ante el juez de instancia, que la deuda no era exigible porque no se había respetado el marco jurídico para cobro de deudas al Estado, en especial, el procedimiento previsto en la Ley N° 27584.

El juez declaró improcedente el pedido de la entidad y la Sala revisora confirmó el mismo criterio. Sostuvo que es la ejecución forzada la que activa la normativa estatal para el pago de deudas.

Una situación similar se presentó en el expediente n.° 6616-2015-42 (2.ª Sala, 4 de abril de 2017), cuando Ascensores Delta SAC demandó la ejecución de un laudo arbitral contra el Hospital Militar Central del Ejército Peruano, sobre pago de 86 mil soles por mantenimiento y reparación de ascensores y montacargas, devenido de un laudo de abril del año 2013.

El procurador del Ejército se opuso a la ejecución, alegando que había dado cumplimiento al procedimiento administrativo contemplado conforme a la Ley N° 10137 para priorización y atención de pago de sentencias judiciales contra el Estado. El juez razonó diciendo que el cumplimiento de tal procedimiento no había resultado en el pago efectivo de la deuda, por lo que ordenó la ejecución. La sala confirmó tal criterio.

En el mismo sentido, la sala, en el expediente n.° 7955-2015-86 (2.ª Sala, 4 de abril de 2017), decidió confirmar la improcedencia de la nulidad propuesta por la Municipalidad de Santiago de Surco, en la ejecución de laudo seguida por CAH Contratistas Generales, y confirmar al mismo tiempo el auto definitivo de ejecución.

Dicho auto fue apelado en el expediente n.° 7957-2015-76 (1.ª Sala, 16 de junio de 2017) sobre la base del supuesto irrespeto de la normatividad para el pago de deudas estatales fijadas en sentencias judiciales. La sala, siguiendo su línea jurisprudencial anterior, confirmó el mandato de ejecución.

Un caso llamativo se presentó en el expediente n.° 7764-2015-67 (2.ª Sala, 21 de marzo de 2017) en que la sala declaró la nulidad de una nulidad establecida por el juez comercial de instancia. Se trató de un pedido de embargo, en forma de retención, solicitado por Innova Ambiental SA, para asegurar la ejecución de un laudo contra la Municipalidad Distrital de San Isidro, por un monto mayor a los 15 millones de soles.

La entidad reclamó la nulidad de tal medida, lo que el juez de la materia efectivamente declaró. Innova apeló esta decisión, y la sala estimó que la decisión judicial, al no haber tenido en cuenta la regulación contenida en la Ley N° 27684, sobre procedimiento de pago de deudas estatales fijadas en sentencias judiciales, debía anularse, declarando improcedente el pedido cautelar.

Además, estableció que el juez debería pronunciarse respecto al auto final de ejecución, determinando si cumple con los requisitos del procedimiento fijados por la Ley N° 27684, o si es necesario efectuar requerimiento expreso a la oficina de presupuesto de la entidad con apercibimiento de, ante un eventual incumplimiento, iniciar la ejecución forzada.

De manera similar se pronunció la corte de Lima en el expediente n.° 12264-2016-14 (2.ª Sala, 6 de diciembre de 2017) en el pedido de medida cautelar, embargo en forma de retención por más de 3 millones de soles, promovido por consorcio Idom y Serconsult SA

contra el Programa de Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Saneamiento en Perú (PROCOES).

En el expediente n.º 5073-2015-75 (1ª Sala, 2 de mayo de 2017), la Sra. Nuria Fabela Vásquez demandó la ejecución y lanzamiento de los Sres. Peña de un inmueble ubicado en el distrito de La Perla, Callao.

Los Sres. Peña plantearon contradicción frente al lanzamiento, pero no cumplieron con pagar el arancel judicial. El juzgado declaró inadmisible la contradicción, lo que no fue impugnado, quedando firme la decisión. Una vez que el juzgado ordenó el lanzamiento, los Sres. Peña, en apelación, insistieron en que el auto que declaró inadmisible la contradicción era nulo, pero no aportaron razones sobre su pedido de apelación. Por ello, la sala confirmó la ejecución del laudo.

En el expediente n.º 5993-2016-62 (1.ª Sala, 3 de agosto de 2017), Casas Ingenieros Contratistas SAC inició ejecución contra Electro Ucayali SA, sobre pretensiones declaradas fundadas en un laudo arbitral de enero de 2015, ordenando a la compañía eléctrica devolver las cartas fianza de fiel cumplimiento, anticipo en efectivo y adelanto de materiales, señalando en cada caso los montos exactos en soles.

La empresa ejecutada, sin embargo, a pesar de la certeza, exigibilidad y liquidez de las pretensiones anotadas, planteó una oposición que no estaba vinculada al cumplimiento de estos requisitos, razón por la cual la sala confirmó el mandato de ejecución expedido por el juez.

De los 17 casos reseñados hasta ahora, se desprenden de las decisiones adoptadas por las Salas Comerciales seis aspectos llamativos:

(a) En todos los casos, tanto en este acápite como en los siguientes, se verá que los jueces de instancia conceden apelación no solo contra los autos que rechazan la ejecución sino, sobre todo, contra los autos que la conceden. Esto, como ha sido comentado en el marco introductorio, dilata enormemente el proceso de ejecución del laudo, contra lo establecido en la Ley de Arbitraje.

(b) En la gran mayoría de los casos, el criterio de la corte de Lima es la aplicación combinada de la Ley de Arbitraje y el Código Procesal Civil. Los jueces no renuncian a aplicar el Código Procesal, porque entienden que allí están los elementos analíticos precisos para constatar si, en el caso concreto, la condena arbitral es exigible.

(c) En la gran mayoría de estos casos, los ejecutados sostienen posiciones que no son atendibles jurídicamente. Se asume que lo hacen para dilatar el cumplimiento del laudo, lo que daña la eficacia del arbitraje.

(d) En una parte importante de estos cuestionamientos, quien se opone sin argumentos a la ejecución de laudo son los procuradores de entidades estatales, tal como ha sido advertido en el marco introductorio.

(e) Varias de las sentencias comentadas provienen de laudos dictados en el año 2012 en adelante, lo que supone un grave retraso en la ejecución de los mismos. Los procesos de ejecución dilatan demasiado la alegada eficacia del laudo.

(f) En un caso, al no liquidarse en el laudo el pago de intereses e IGV, esta falencia generó que la corte excluya dicho pago del mandato de ejecución. Casos similares serán vistos más adelante.

3.2. Sobre órdenes contenidas en el laudo o en la ejecución que no son líquidas.

En el expediente n.º 3198-2012-51 (1.ª Sala, 17 de marzo de 2017), Alimentos La Melchorita SAC demandó al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA). En un laudo muy anterior, de octubre de 2007, el tribunal arbitral había condenado al PRONAA a que cumpla y pague a la empresa «Alimentos» 186 mil soles por la compra de 35 mil kilogramos de papilla.

Ante la renuencia de la entidad, «Alimentos» solicitó al juez la ejecución forzada. La entidad formuló contradicción, alegando que la obligación no era líquida, alegación que el juez desestimó.

Ante la apelación promovida por la entidad, insistiendo en que la suma no era líquida, la sala razonó sosteniendo que, de la lectura del laudo, no fluía con claridad el valor unitario del kilogramo de papilla, y que al no estar establecida la liquidez de la obligación en el laudo, la resolución judicial que ordenaba el pago forzoso debía anularse, lo que efectivamente dispuso.

En el expediente n.º 7063-2016-27 (2.ª Sala, 4 de agosto de 2017), Consorcio Vera y Moreno SA - Projects & Facilities Management SL iniciaron ejecución contra el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud, conforme a un laudo que condenaba al programa a un pago de 790 mil soles por enriquecimiento ilícito. Este extremo no fue cuestionado, sino el monto de 13 mil soles por concepto de costas y costos del proceso arbitral, más intereses legales.

El proyecto se opuso al método de cálculo de las costas y costos, fijadas por el juez, sin que se haya explicado dicho método y porque en el auto admisorio el juez exigió un pago de 13 266 soles, pero en la demanda el consorcio consignó el monto de 13 423 soles. También cuestionó el pago de intereses.

Ante el rechazo del juez, la sala razonó sosteniendo que el juez no hizo un estudio adecuado de la contradicción planteada por el programa ejecutado, ni analizó el título de ejecución, para saber si determinaba el laudo una cuantía específica sobre los gastos del arbitraje o señalaba todos los elementos necesarios para hacer posible su liquidación. Por ello anuló la decisión judicial.

En el expediente n.º 9817-2013-22 (2.ª Sala, 7 de marzo de 2017), Consorcio Promont demandó en ejecución al Gobierno Regional de Apurímac. El pago de intereses ordenado en el laudo carecía de la tasa de interés para hacer la liquidación de los mismos. Por ello el juez desestimó ese extremo. Ante la apelación, la sala confirmó el criterio judicial.

Algo similar ocurrió en el expediente n.º 11590-2015-24 (2.ª Sala, 14 de diciembre de 2017) en la ejecución de laudo promovida por consorcio Huaura contra la municipalidad distrital del mismo nombre. En el laudo no se precisó la fecha desde la cual debía computarse el pago de intereses respecto a dos valorizaciones impagas. El juez de ejecución entendió que debía aplicarse el interés legal, computado desde la fecha de emisión del laudo hasta el día efectivo de pago. Pero la sala de apelación no estuvo de acuerdo, pues no encontró ni fecha cierta ni tasa de interés aplicable en el laudo materia de ejecución. Por ello, revocó el auto de ejecución respecto al pago de intereses.

Otro caso relevante sobre pago de intereses se tramitó en el expediente n.º 12001-2014-67 (2.ª Sala, 7 de marzo de 2017) en que la compañía Lichtfield del Perú SAC inició proceso de ejecución contra el Gobierno Regional del Callao, tanto para el pago de una liquidación de contrato más intereses, como el pago de una indemnización por 180 mil soles. El juez dictó auto de ejecución por ambos montos, más intereses legales en ambos casos. Pero la entidad

apeló respecto al pago de intereses sobre la indemnización, en la medida en que no había sido ordenado en el laudo. La sala declaró nula la decisión judicial y ordenó emitir una nueva.

Un caso similar sobre pago de intereses más IGV se produjo en el expediente n.º 12264-2016-32 (2.ª Sala, 18 de octubre de 2018). PROCOES reclamó en la ejecución promovida por el consorcio Idom y Serconsult, que tanto el IGV como los intereses legales moratorios, vinculados a la orden de pago contenida en el laudo, no eran sumas líquidas. El juez declaró improcedente la contradicción y ordenó la ejecución. En la apelación, la sala reconoció que dichos montos no eran líquidos, razón por la cual anuló la decisión judicial anterior.

En el expediente n.º 8212-2013-0 (1.ª Sala, 10 de agosto de 2017), la Sra. Doris Crisanto Varona (gracias a derechos cedidos por Montrealex SAC) solicitó ejecución parcial de laudo contra la compañía Electrocentro. Dicha compañía formuló contradicción, pero no se basó en ninguna de las razones normativas que sustentan este tipo de defensas. También formuló apelación del auto final que ordenaba el pago de gastos generales, valorizaciones y otros trabajos por una suma equivalente a 300 mil soles.

Sin embargo, en el laudo objeto de ejecución, el tribunal arbitral había ordenado que se realice una nueva liquidación contractual, para que la entidad siguiera los criterios contenidos en el laudo y se estableció un procedimiento para el pronunciamiento posterior de las partes. Por ello, la sala entendió que, en la medida que las cantidades liquidadas estaban sujetas a esta condición, la obligación aún no era exigible. Por ello, declaró nulo todo lo actuado e improcedente la demanda.

De los siete casos reseñados, se desprende lo siguiente:

(a) Cuando los tribunales arbitrales no fijan con precisión los criterios, fechas, tasas y demás aspectos relevantes en la condena de pago de intereses, la corte suele o excluir estas pretensiones del mandato de ejecución o, cuando los jueces intentan suplir la falta de criterios, las salas proceden a anular estas decisiones.
(b) La corte razona de manera similar ante falencias contenidas en la condena arbitral sobre costas y costos del arbitraje.
(c) Como en casos anteriores, hay obligaciones ordenadas en laudos arbitrales que no son exigibles, porque requieren de pasos o procedimientos previos, tales como liquidaciones, como requisitos para su ejecución.

3.3. Sobre inejecutabilidad de la prestación contenida en el laudo.

En el expediente n.º 2547-2012-29 (2.ª Sala, 11 de setiembre de 2017), Lidercon Perú SAC demandó a la Municipalidad Metropolitana de Lima. Anteriormente, las partes contendieron sobre un contrato de concesión para la ejecución de revisiones técnicas vehiculares suscrito en el año 2004. La controversia fue resuelta por un tribunal arbitral en el año 2011. Lidercon, victoriosa en el proceso arbitral, pidió la ejecución forzada del laudo.

El laudo contenía dos tipos de prestaciones, unas vinculadas a la modificación del contrato de concesión según los términos expresados en el laudo, por un lado, y por otro un conjunto de obligaciones dinerarias que el tribunal arbitral impuso a la municipalidad.

Pero la entidad se opuso al cumplimiento del laudo, alegando, en síntesis, que su competencia sobre revisiones técnicas vehiculares había sido transferida, por imperio de la Ley Nº 29237 promulgada en mayo de 2008, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Ante la contradicción propuesta por la municipalidad, el juez la rechazó y ordenó la ejecución forzada de ambos tipos de prestaciones. Sobre las primeras, la sala sostuvo que estas eran *intuitu personae*, y ante la renuencia de la municipalidad, el juzgador no podía sustituirse. Además, que al haber perdido competencia legal sobre la materia, la municipalidad simplemente no podía ejecutar las modificaciones al contrato de concesión. Por ello declaró inejecutables esas prestaciones, revocando la decisión del juez.

En cambio, sobre las prestaciones dinerarias, la sala confirmó la decisión adoptada por el juez de instancia.

3.4. Sobre medidas cautelares.

En el expediente n.º 2378-2011-0 (1.ª Sala, 21 de setiembre de 2017), SGS del Perú SAC inició ejecución contra Agro Jugos SAC. Mucho antes, en el año 2010, en un arbitraje seguido por SGS contra Agro Jugos en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la primera solicitó una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un inmueble de propiedad de la segunda, la misma que fue concedida. En el proceso arbitral, SGS resultó victoriosa y logró una condena para que Agro Jugos le pague 77 mil dólares americanos.

Ante la renuencia de Agro Jugos, SGS inició el proceso de ejecución forzada en el año 2011, pero se desistió de la pretensión en el mismo proceso ante el pago que hizo Agro Jugos. El proceso fue enviado al archivo en el año 2012.

Agro Jugos pidió, en este marco, que el juez de instancia levante la medida cautelar. Ello porque en el año 2013 la Cámara de Comercio de Lima había expresado que el tribunal había cesado en sus funciones. Sin embargo, el juez decidió declarar improcedente el pedido, dejando a salvo el derecho del accionante de hacerlo valer ante la Cámara.

La sala que conoció la apelación del auto discrepó del criterio judicial, en especial porque ya no existía un tribunal arbitral que pudiera levantar la medida cautelar. Por ello declaró nulo el auto, ordenando al juez renovar el acto viciado.

En el expediente n.º 9477-2014-9 (2.ª Sala, 15 de agosto de 2017) seguido entre Gravitas Gestión SL en ejecución contra Empresa de Generación Eléctrica del Cusco, «Gravitas» se encontraba intentando ejecutar un laudo y solicitó trabar embargo en forma de inscripción por 167 mil soles sobre la concesión otorgada por el Estado a la generadora eléctrica. El pedido fue declarado improcedente por el juez.

Su razonamiento consistió en que las concesiones no son derechos reales de propiedad sobre la infraestructura pública; si bien las concesiones son consideradas como bienes inmuebles, no deben confundirse con la propiedad de la infraestructura, la misma que no pertenece a la empresa concesionaria. Además, no es correcto que la concesionaria no tenga otros bienes de su propiedad, tales como cuentas bancarias en el sistema financiero. Ante la apelación, la sala confirmó el criterio judicial.

3.5. Cuestionamientos a peritajes.

En el expediente n.º 2886-2013-70 (2.ª Sala, 4 de diciembre de 2017), la empresa 4 PACK BTL SAC demandó al Sr. Enrique Orihuela Gómez. Por un laudo arbitral anterior, el Sr. Orihuela había sido condenado a pagar a la empresa 4 PACK una garantía equivalente a USD 6600 más intereses legales y la suma de 77 mil soles por daño emergente. No aparecen más datos en la escueta resolución judicial. Ante la resistencia del ejecutado, la empresa pidió la ejecución forzada.

El Sr. Orihuela se opuso a la misma, alegando que no se habían disgregado las observaciones que hizo al informe pericial que determinó una valuación de las acciones y derechos del ejecutado. El juez se limitó a aprobar la tasación.

La sala sostuvo que esa aprobación realizada por el juez fue «conforme a derecho» y por eso el auto apelado fue confirmado.

En el expediente n.º 3722-2006-22 (1.ª Sala, 18 de enero de 2017), Telefónica del Perú SAA demandó a Magic Mail & Service SAC. Antes, un árbitro único había ordenado a «Magic Mail» que pague una indemnización a Telefónica del Perú, aparentemente de acuerdo con la información de la resolución judicial, por haber permitido o tolerado la realización de «llamadas eróticas».

De la información contenida en la resolución judicial, puede entenderse que el monto de la indemnización no fue fijado por el árbitro, y que por ello Telefónica pidió al juez de ejecución la actuación de un peritaje para acreditar el monto indemnizatorio. La perita designada pidió toda la información relevante a Telefónica, quien manifestó que no podía entregar la copia del libro diario ni comprobantes financieros, incumpliendo con la carga probatoria asignada judicialmente.

Ante la situación, la perita no encontró que Telefónica haya acreditado la existencia ni reclamaciones sobre «llamadas eróticas», razón por la cual declaró que el monto indemnizatorio era inexistente. El juez procedió a aprobar mediante auto el dictamen pericial. Telefónica apeló el auto. La sala decidió confirmar dicha decisión por encontrarla ajustada al ordenamiento procesal.

El laudo que se pretendió ejecutar en el proceso judicial aludido fue citado por la autora, Marianella Ledesma Narváez (2009), como un caso de laudo con reserva de condena, pues en la sexta decisión amparó una pretensión sobre el monto de la indemnización por daño patrimonial, ordenando a un perito determinar el *quantum* (p. 207).

Otro caso en que la sala confirmó el criterio judicial fue el tramitado en el expediente n.º 13383-2014-73 (2.ª Sala, 3 de julio de 2017). Consorcio Nell Business SAC inició ejecución contra el Ejército del Perú para que este le pague un monto ordenado en laudo arbitral por la suma de 116 mil soles. La jueza ordenó un peritaje para el cálculo de intereses legales. El Ejército formuló observaciones al peritaje, pero la jueza las desestimó ordenando la ejecución, tanto del monto principal como de los intereses por más de 7 mil soles. Ello fue confirmado por la sala.

Lo interesante del caso es que la sala llamó la atención a la jueza, pues no fue necesario ordenar un peritaje cuando el juzgado, accediendo a la calculadora de intereses legales del portal web del Banco Central de Reserva del Perú, pudo haber hecho automáticamente esta operación sobre monto fijo y período único.

Sobre los tres casos reseñados, se desprende lo siguiente:

(a) Los laudos arbitrales con «reserva de condena» no suelen ser eficaces. Los jueces no pueden ejecutarlos, porque los laudos no contienen todos los criterios o elementos para realizar el peritaje correspondiente. Como se mencionó en el marco introductorio, es mucho más eficiente que sean los propios tribunales arbitrales quienes dispongan la actuación de peritajes (si las partes no lo hubieran hecho en el decurso del proceso arbitral) para la determinación específica de los montos objeto de la condena.

(b) Por otro lado, cuando la fecha, tasa y oportunidad para el cálculo de intereses han sido consignadas en el laudo, no es necesario que los jueces recurran ni a peritajes ni a cálculos aritméticos más o menos sofisticados. Simplemente deben usar el sistema inteligente para el cálculo automático de deudas de acuerdo al interés legal diario establecido por el Banco Central de Reserva.

3.6. Solicitudes de nulidad de auto admisorio de la demanda de ejecución.

En el expediente n.º 4629-2014-78 (1.ª Sala, 18 de abril de 2017), Ivesur SA solicitó la ejecución de laudo arbitral contra Lidercom Perú SAC. En un laudo de abril de 2013, el tribunal arbitral había dispuesto la obligación de Lidercom para que contrate a la empresa Price Waterhouse Coopers como encargada de procedimientos de auditoría. El laudo previó que, si Lidercom no cumplía con tal mandato, Ivesur quedaba facultada a requerir en la ejecución del laudo, que Price Waterhouse efectúe la administración de Lidercom o la empresa que la reemplace según un orden establecido en el propio laudo.

Ante el incumplimiento de Lidercom, Ivesur solicitó integrar como punto demandado en la vía arbitral la contratación directa de Price Waterhouse, lo que fue declarado improcedente por el juzgado, en la medida que ese mandato no formaba parte del laudo.

Ivesur no apeló esta decisión, sino que interpuso la nulidad de esta, la que fue rechazada por el juzgado y confirmada por la sala de apelación.

En el expediente n.º 5657-2015-0 (2.ª Sala, 9 de mayo de 2017), el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud demandó la ejecución de laudo contra Consorcio Apurímac. El juzgado no admitió la demanda en la que la entidad pretendía ejecutar al consorcio para que pague la liquidación final de un contrato por 154 mil soles, costas y costos más intereses legales. No admitió, concretamente, las pretensiones sobre costas y costos porque no fueron liquidados en el laudo, ni los intereses legales reclamados porque la tasa no fue fijada en el laudo, pero nada dijo sobre el monto de la liquidación final del contrato.

La sala ordenó anular la decisión judicial, para que se pronuncie sobre el íntegro de las pretensiones demandadas.

En el expediente n.º 14065-2016-6 (1.ª Sala, 17 de octubre de 2017), Biomedical Care Representaciones SAC solicitó ejecución de laudo contra el Hospital María Auxiliadora. Mediante resolución Nº 2 el juez admitió a trámite la demanda, para que el ejecutado cumpla con «la forma de pago» del contrato, bajo apercibimiento de ejecución forzada. Pero en el laudo se había declarado infundadas las pretensiones de Biomedical sobre pagos e intereses, ordenándose que cada parte asuma los costos del arbitraje, en el orden de los 9 mil soles por lado. Según la sala de apelación, el juez no tomó en consideración los elementos del artículo 122 del Código Procesal Civil, probablemente en referencia a la exigencia de mencionar clara y precisamente lo que el juez ordena. Por ello anuló la resolución.

3.7. Sobre motivación defectuosa del laudo.

En el expediente n.º 2050-2015-0 (1.ª Sala, 18 de mayo de 2017), el Instituto Nacional Penitenciario del Perú (INPE) inició ejecución contra el Consorcio B & G. Anteriormente, en una controversia sobre supervisión de obra en la ciudad de Tarapoto, entre el INPE y Consorcio B & G, un tribunal arbitral en el año 2014 condenó al consorcio a que pague a la entidad la suma de un millón 300 mil soles por indemnización de daños y perjuicios.

El consorcio se opuso a la ejecución forzada, sosteniendo ante el juez que el laudo había caído en una serie de imprecisiones que configuraban una motivación inadecuada, así como la extinción de la obligación de pago.

El juez desestimó estas oposiciones, y la sala ratificó ese criterio porque consideró que no cumplían con las únicas dos condiciones permitidas en la Ley de Arbitraje para detener la ejecución. Dijo la sala que las alegaciones sobre falta de motivación son cuestionamientos de fondo, que no pueden atenderse en el marco de la ejecución del laudo, y la alegación sobre la extinción de la obligación tampoco correspondía al tratamiento que sobre el particular hace la Ley de Arbitraje.

3.8. Anulaciones por exigir requisitos no contemplados en la ley.

En el expediente n.º 4030-2016-0 (2.ª Sala, 10 de abril de 2017), el ejecutante Petróleos del Perú S.A. inició ejecución contra Comercial Industrial Lurín Gas SRL, sobre un laudo emitido en mayo de 2014, en que la vía de reconvención le fue favorable.

El juez de ejecución rechazó de manera liminar el pedido de ejecución porque, a su modo de ver, Petroperú no cumplió con adjuntar el original de la carta notarial con el requerimiento de pago. La sala estimó que tal requisito no está contemplado en la legislación de la materia, por lo que anuló dicha decisión.

3.9. Desajustes entre la condena del laudo y la solicitud de ejecución del laudo.

En el expediente n.º 7253-2016 (2.ª Sala, 1 de junio de 2017), el Sr. Hernán de la Vega pidió la ejecución del laudo contra el Sr. Christian Olaya Huanca. El laudo emitido en marzo del año 2015 ordenó el pago de 34 mil dólares por no devolver dicho monto proveniente de un contrato de mutuo y, si se incumplía con la devolución, la ejecución y remate de un inmueble ubicado en el Callao, objeto de un contrato que garantizaba el mutuo mencionado.

El demandante, sin embargo, solicitó la ejecución de una orden de desalojo del inmueble, lo que no era consistente con la condena contenida en el laudo, por eso el juez declaró improcedente la demanda, criterio ratificado por la sala de apelación.

3.10. Sobre condena de costas y costos en el procedimiento de ejecución judicial del laudo, devolución de aranceles, representación de abogados, firmeza del laudo, excepciones procesales, multas y otros.

En el expediente n.º 4374-2015-34 (2.ª Sala, 4 de abril de 2017), la demandante Inversiones Natocy SAC inició ejecución contra la Municipalidad Distrital de Barranco. En ese marco, la jueza condenó a la entidad al pago de 40 mil soles por costas y costos del proceso de ejecución.

Producida la apelación, la sala consideró que, en aplicación del artículo 413 del Código Procesal Civil, al estar exonerados de dicho pagos los Gobiernos locales, debía revocar ese extremo del auto definitivo.

El mismo criterio fue seguido en el expediente n.º 8273-2014-44 (2.ª Sala, 7 de marzo de 2017) entre Consorcio Echarati y la municipalidad distrital del mismo nombre.

En el expediente n.º 6316-2016-0 (1.ª Sala, 1 de junio de 2017), Ceba SAC demandó ejecución de laudo contra Electrocentro SA. El juez dictó, en el marco de la ejecución, una resolución que no atendió el pedido de devolución de aranceles, porque el pago de estos es un «requisito de fondo» para la presentación de la demanda.

Ceba no estuvo de acuerdo con este razonamiento; planteó que la resolución estaba mal motivada, en la medida en que el pago de aranceles es un requisito para la admisión de la demanda y que en ese proceso se había desistido de su pretensión. La sala constató, en efecto, que la demanda ya había sido calificada y que no había, en la decisión judicial, riesgo alguno para la tutela judicial efectiva del demandante, con lo cual validó la motivación del juez como suficiente.

En el expediente n.º 7617-2007-27 (1.ª Sala, 20 de abril de 2017), Consorcio Minero solicitó ejecución de laudo contra Activos Mineros SAC. «Activos» solicitó la nulidad de una resolución porque no se había acreditado la representación del abogado del ejecutante, pedido que el juez declaró improcedente porque tal representación sí se había producido, en calidad de defensa colegiada. Ante la apelación, la sala confirmó la decisión judicial.

En el expediente n.º 8294-2014-64 (2.ª Sala, 4 de abril de 2017), Critical SAC inició ejecución contra la Municipalidad Regional del Callao. La entidad propuso excepciones de incompetencia y oscuridad en la forma de plantear la demanda de ejecución, las que fueron desestimadas por el juzgador. La sala confirmó dicho criterio.

En el expediente n.º 8401-2016-62 (2.ª Sala, 11 de setiembre 2017), Servicios Postales del Perú (SERPOST) fue condenada al pago de una multa de una unidad de referencia procesal porque no cumplió con el mandato judicial de fijar una casilla electrónica, en el proceso seguido con la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco. La entidad apeló sosteniendo que solo se le notificó una de las dos páginas de aquella decisión, pero esa defensa no la planteó en su primera oportunidad, razón por la cual la sala confirmó la decisión de instancia.

En el expediente n.º 7764-2015-8 (2.ª Sala, 7 de marzo de 2017), Innova Ambiental SA solicitó ejecución contra la Municipalidad Distrital de San Isidro. La entidad formuló contradicción porque sostuvo que el laudo no era firme, ya que si bien hubo un recurso de anulación declarado improcedente, estaba pendiente una apelación a la resolución que rechazó de manera liminar una demanda de amparo.

El juez sostuvo que la firmeza del laudo deriva de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento. Por ello es plenamente exigible. La sala confirmó el criterio judicial que declaró infundada la contradicción.

En un caso similar, tramitado en el expediente n.º 11162-2015-16 (2.ª Sala, 11 de setiembre de 2018), el consorcio Ortiz Incosa demandó la ejecución del laudo ganado contra el Gobierno Regional de Tumbes. La entidad formuló oposición argumentando que estaba pendiente de resolución un recurso de anulación contra el laudo. El juez desestimó el pedido, criterio que fue confirmado por la sala de apelación.

Finalmente, en el caso n.º 11521-2013-6 (2.ª Sala, 20 de octubre de 2017), la Municipalidad Provincial de Huaura interpuso excepción de incompetencia y alegó afectación del debido proceso en la ejecución de laudo impulsada por Importaciones y Representaciones Saras SRL. El laudo ordenaba pagar a favor de esta última más de 33 mil soles. El juez desestimó la excepción de incompetencia promovida por la entidad y, sobre la supuesta afectación del debido proceso, sostuvo que, en la medida en que hubo un error material al no consignar a la municipalidad, sino al Gobierno Regional de Huara, debía corregirse tal error sin afectación alguna del debido proceso. Estos criterios fueron confirmados por la sala de apelación.

4. Conclusiones: lecciones aprendidas

Luego de este detallado recuento del estado de la decisión sobre ejecución de laudos en la corte de Lima durante el año 2017, se puede puntualizar las siguientes lecciones aprendidas:

(a) Los tribunales arbitrales fallan cuando no cumplen con una de sus misiones esenciales: asegurar que el laudo que dicten sea ejecutable.
(b) La ejecutabilidad, en el contexto descrito arriba, tiene mucha vinculación con la exigibilidad y liquidez de las órdenes contenidas en la condena arbitral. La poca costumbre arbitral o simple pereza de tribunales no familiarizados con ejecución de condenas no es justificación alguna para afectar la ejecutabilidad del laudo.
(c) Los jueces, expertos en la materia, enseñan a los árbitros que las condenas no solo deben ser exigibles, sino también líquidas. No es recomendable dejar «condenas pendientes» para que un juez, que no conoció el caso arbitral, deba inmiscuirse con los detalles del caso arbitral. Los jueces en su jurisprudencia han dicho claramente que esa no es su misión, y que ella es privativa de los tribunales arbitrales.
(d) Las condenas arbitrales que ordenan pagos específicos deben contener todos los elementos para que simplemente los jueces puedan ordenar directamente su ejecución. Para ello, es recomendable fijar en el laudo la orden de pago, el período correspondiente, la tasa aplicable, desde qué fecha hasta qué fecha aplican tasas a costos, la forma del cálculo de los impuestos, desde qué fecha, entre otros detalles. Esto incluye los montos principales debatidos en la contienda arbitral, intereses, impuestos, gastos del proceso y otros que sean relevantes.
(e) Por su lado, observamos que los jueces han abusado de sus facultades procesales, al conceder recursos de apelación contra sentencias que ordenan la ejecución del laudo. Eso no está contemplado en la Ley de Arbitraje, y vulnera la eficacia del laudo al dilatar por varios años los procesos de ejecución. Un mal entendido garantismo puede, y de hecho está haciendo, un grave daño al arbitraje.
(f) Algunas partes, incluyendo entidades estatales, vienen abusando del sistema de ejecución para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones de pago. Este litigio temerario o malicioso debe ser controlado y condenado por la judicatura, cerrando la puerta a quienes, simplemente, no quieren asumir obligaciones preteridas por tanto tiempo.

REFERENCIAS

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2010). Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo N° 1071, nueva ley de arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje*, (10), 77-105. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2017). Ejecución del laudo arbitral y su problemática. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Actas del Octavo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2014* (Vol. 39 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; pp. 71-79). Lima: Centro de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú; Estudio Mario Castillo Freyre.

García Calderón, G. (2017). Tercer panel: Problemática de la ejecución de los laudos en los arbitrajes con el Estado. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Actas del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016* (Vol. 41 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; pp. 106-112). Lima: Centro de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú; Estudio Mario Castillo Freyre.

Pérez Vargas, J. C. (2011). Comentario del Art. 68°.- Ejecución judicial. En C. Soto Coaguila y A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje* (Tomo I; 588-597). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Ledesma Narváez, M. (2009). *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mandriotti Flores, G. (2017). Ejecución del laudo arbitral y su problemática. En M. Castillo Freyre (Ed.), Arbitraje. *Actas del Octavo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2014* (Vol. 39 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; pp. 94-99). Lima: Centro de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú; Estudio Mario Castillo Freyre.

Poder Judicial del Perú. (s. f.). Búsqueda especializada. Sistema de Jurisprudencia V 1.0.20 [Página web]. *Jurisprudencia Nacional Sistematizada V. 1.0.20*. Recuperado de https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml

Vidal Ramos, R. (2017, julio-diciembre). Alcances de la ejecución del laudo arbitral. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (11), 84-98.

Wong Abad, J. M. (2017). Tercer panel: Problemática de la ejecución de los laudos en los arbitrajes con el Estado. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Actas del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016* (Vol. 41 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; pp. 102-106). Lima: Centro de Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú; Estudio Mario Castillo Freyre.

EL MODELO DE MODIGLIANI Y LA CUANTIFICACIÓN DEL CRÉDITO ALIMENTARIO EN SEDE JUDICIAL

Gilberto Mendoza del Maestro
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

El presente trabajo busca abordar la problemática de la cuantificación de la pensión de alimentos que se ha encontrado a partir de la revisión de diferentes resoluciones judiciales. Para ello, se parte por justificar la naturaleza patrimonial del derecho a la pensión de los alimentos, analizando sus características con el fin de poder abordar con solvencia sus condiciones. Ahí es donde se han verificado los problemas en la determinación del crédito alimentario, por lo que se ha elegido el modelo de Modigliani para dar el marco inicial al que puede referirse para otorgar la pensión de alimentos.

1. Introducción

Recientemente, la Defensoría del Pueblo ha publicado un lúcido estudio denominado «El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos» (Defensoría del Pueblo, 2018) en el cual, de una muestra interesante de 3512 expedientes archivados a nivel nacional de las Cortes Superiores de Justicia[1], en las que se recopila y procesa información sobre el proceso del derecho a los alimentos[2] —desde los diferentes agentes—; muestra información poco conocida sobre diferentes situaciones que existen en la tramitación de los procesos de alimentos en el Perú.

Así pues, del total de expedientes estudiados, el 55.9 % culminó con una sentencia estimatoria por mensualidad (Defensoría del pueblo, 2018, p. 71), De este porcentaje, al 81.2 % se le concedió una mensualidad de entre 1 a 500 soles, al 13.4 % se le otorgó una mensualidad de entre 501 y 1000 soles, al 13.4 % se le dé una mensualidad de entre 501 y 1000 soles, al 2.4 % se le dio una mensualidad entre S/ 1001 y S/ 2000; y el 0.8 % con un monto superior a los S/ 2000.

* Profesor a tiempo completo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 313 órganos jurisdiccionales correspondientes a las 33 Cortes Superiores.

2 Se hace la precisión de que se utiliza la expresión «derecho a los alimentos», dado que parece más preciso que «derecho de alimentos» que normalmente se difunde en los títulos de los textos académicos (Cantuarias, 1987, p. 84), (Gonzáles Fuentes, 2007).

En este último caso, los montos superiores a S/ 2000 son poco frecuentes, destacándose el caso de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, que registra el más alto porcentaje con un 7.7 %, seguido por Lima con un 5.6 % (Defensoría del pueblo, 2018, p. 72).

En cuanto a lo anterior, debe de tenerse en consideración que un dato importante vinculado es el conformado por los estudios del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) sobre la canasta básica familiar, la cual ha evolucionado a través de los años, de manera que, históricamente, en el 2012, la canasta básica tenía un costo promedio mensual por persona ascendiente a S/ 284 y, en un modelo de hogares de cuatro miembros, ascendiente a S/ 1136.

En el 2013, fue de S/ 292 por persona y S/ 1168 si son cuatro miembros en un hogar. Al año siguiente, S/ 303 por persona y S/ 1212 por cuatro miembros en un hogar. Durante el año 2015, S/ 315 por persona y S/ 1260 si son cuatro miembros en un hogar. Finalmente, en el 2016, el costo mensual fue de S/ 328 por persona y S/ 1312 por cuatro miembros en un hogar (Camara de comercio de Lima, 2018).

Entonces, si bien el estudio brinda valiosa información sobre el resultado de la cuantificación de alimentos actual en el país, no ofrece los criterios —y, por lo tanto, tampoco una sistematización de los mismos— que utilizan los jueces para determinar el monto.

Este es el área en la cual se desenvolverá el presente trabajo, es decir, verificar los criterios que utilizan en el Poder Judicial para determinar el monto asignado por concepto de los alimentos, a partir de la hipótesis de que, en sede judicial, la cuantificación de los alimentos es intuitiva sin un análisis profundo.

El objetivo del presente trabajo es, luego de verificar esta realidad, brindar una herramienta a los jueces sobre la base de un modelo básico (Modigliani), con el fin de que se tome en cuenta al momento de emitir la cuantificación de los alimentos.

Ahora bien, dado que la muestra que se tiene en el informe es alta, se ha trabajado con la recopilación de 50 sentencias emitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao (en adelante, SJPLC), del cual se han extraído ciertos criterios que serán analizados a continuación.

2. Punto de partida: ¿qué contiene el derecho a los alimentos?

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos resguarda el derecho a proteger el nivel de vida adecuado de todas las personas, y hace énfasis en la tutela de los niños. El fundamento de dicha tutela es la denominada solidaridad familiar[3], la cual se concretiza en preservar la vida e integridad del acreedor alimentario mediante la satisfacción de sus necesidades esenciales (Wodok, 2002, p. 34), la oportunidad de una vida digna y con la garantía de un desarrollo personal adecuado.

Los alcances de dicha relación jurídica alimentaria en el ordenamiento peruano tienen un contenido amplio, tanto subjetiva como objetivamente. Subjetivamente, porque se establece respecto de padres en relación con sus hijos[4], tanto como de los hijos respecto de sus padres cuando estos son adultos mayores (Juzgado de paz letrado, expediente 381-2013) y entre cónyuges (SJPLC, expediente 1761-2014).

Objetivamente, respecto del contenido, el cual, si bien no se encuentra definido en el ordenamiento ni el Código Civil[5] (en adelante CC), ni el Código de Niños y

3 Para mayor desarrollo, Auletta (1984), quien previamente difundió «diritto di partecipazione alle sostanze della familia» (p. 24).

4 Artículo 6 de la Constitución.

5 Artículo 472.

Adolescentes[6] (en adelante CNA), brinda alcances de aquello que debe tenerse en cuenta al momento de determinar, es decir: a) sustento, b) habitación, c) vestido, d) educación, e) instrucción, f) capacitación para el trabajo, g) asistencia médica y psicológica, y h) recreación[7]. Asimismo, se extiende a los gastos de la madre desde la concepción hasta el posparto.

Téngase en cuenta, tal como se analizará en el modelo de ahorro-gasto en líneas posteriores, que el ser humano al nacer requiere de cuidado y atenciones para poder sobrevivir. Además, los primeros años desarrolla ciertas capacidades que no podrá realizar de forma independiente, por lo que sus padres son los encargados de brindar el sostén para su adecuado desarrollo físico, intelectual, de personalidad y de índole moral.

2.1. ¿El contenido es patrimonial o no patrimonial?

Un primer tema interesante a dilucidar, dado que, de forma intencional, se ha colocado como título «crédito alimentario», es determinar si el derecho a los alimentos es de naturaleza patrimonial, con lo cual se le aplican las reglas de las obligaciones en su exigibilidad y mutación, o si es un tipo de relación distinta que se construye con elementos propios, por lo que su estructura no puede analizarse con los lentes del derecho civil patrimonial.

Para responder esta interrogante, se plantea una pregunta más general para fundamentar la posición de este estudio: ¿la construcción de la autonomía privada es igual en el derecho de familia que en el derecho civil patrimonial?

En el derecho civil patrimonial, la construcción del concepto de autonomía privada, según la posición normativa del negocio jurídico que se acoge, parte de validarse a propósito de la fuente de validez superior que tiene como cima los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y, a partir de ello, tiene un efecto multiplicador como fuente de producción de relaciones jurídicas diversas. Este ejercicio de la fuente de producción no tiene un criterio orientador previo, dado que son las partes las que determinaron su contenido, o mediante la autonormación y el autocontrol.

Esto es distinto del esquema del derecho de familia, en el cual la construcción se basa en un esquema de poder-función donde este último extremo se nutre de criterios orientadores (Ferri, 2001, p. 12) como el interés superior del niño.

Dependiendo de la intensidad del énfasis, esto puede llevar a un análisis en el cual se evalúe, para el estudio de los actos de autonomía privada, la verificación de conductas que tiendan a tomar en consideración el interés público (Mortati, 1935, p. 90) como signo distintivo del derecho de familia, lo cual va a orientar el enfoque del derecho a los alimentos desde una perspectiva extrapatrimonial (De Ruggiero, 1934, p. 31)[8].

No obstante, se debe tener cuidado con este enfoque, ya que, si bien existen criterios orientadores en el caso del derecho de familia —interés superior del niño—, esto no determina, por ejemplo, que el derecho a los alimentos tenga estructuralmente una naturaleza jurídica distinta del crédito, sino que lo que va a existir son prerrogativas especiales de estos en su interacción con otras instituciones jurídicas[9].

En este sentido, se considera aquí que la naturaleza del derecho a alimentos es compleja, puesto que, de un lado, tiene parte de contenido extrapatrimonial, no en el sentido de

6 Artículo 92.

7 Téngase en cuenta que el CC hace una distinción del contenido de los alimentos en sentido amplio y los estrictamente necesarios en el artículo 473.

8 En igual sentido, véase a Cicu (1965, p. 713). Naturaleza extracontractual dado su finalidad de cuidar a la persona.

9 Muestra de ello se encuentra, por ejemplo, en la preferencia en el cobro en los procesos concursales.

que no pueda ser ni gravado ni cedido, porque esto no deriva en que pertenezca a relaciones familiares de naturaleza distinta de las obligacionales, sino que el derecho a los alimentos, según se considera en este trabajo, contiene —en general— un aspecto extrapatrimonial que es propio de las relaciones familiares, aunque en la práctica no son efectivamente exigibles, más sí son susceptibles de protección. Un ejemplo de esto se verifica en el derecho que tienen los hijos a que se les brinde afecto y las condiciones para un adecuado desarrollo emocional, pero que —por ejemplo, en el caso del afecto— no pueden exigirse o compelerse (Cuarto Juzgado de Paz letrado de Familia de Chorrillos, expediente N° 218-2014)[10] de forma efectiva. En caso de que se dispongan talleres de ayuda psicológica para acercar a padres e hijos, esto no obliga a los padres a modificar su «afecto» por dichas medidas.

Lo que sí puede determinarse es que, si las conductas del padre o la madre son nocivas para el desarrollo emocional del menor, pueda requerirse la suspensión o restricción en el régimen de visitas.

De otro lado, al igual que Messineo (1954) en su ordenamiento (p. 190), se considera que también —y sobre todo— el contenido es patrimonial tanto por su definición en los dispositivos normativos, en su naturaleza de deber y el *quantum*, como en su aplicación judicial, puesto que es verificable en todos los procesos que en el presente texto se analizan. Es por ello que diversos autores le atribuyen la naturaleza de «obbligazione come un diritto di credito» (Vincenzi, 1973, p. 789) o de «credito alimentare» (Provera, Giuseppe, 1972, p. 159)[11].

2.2. ¿Qué son los alimentos?

La palabra «alimentos» viene del término latino *alimentum*, el cual es definido por el DRAE como una «prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades» (Real Academia de la Lengua Española, 2018).

El presente trabajo se delimitará al derecho a los alimentos como las obligaciones privilegiadas de fuente principalmente heterónoma que nacen del vínculo filial entre padres e hijos desde la concepción[12].

Ahora bien, en doctrina se distingue entre fuente heterónoma y fuente de autonomía privada. En este último caso, se brindan como ejemplos los supuestos legados que se imputan como alimentos de un no obligado, lo cual tiene características de liberalidad, mas no así de alimentos en sentido estricto[13], pero que, en el ámbito del derecho de familia, se le ha atribuido la condición de alimentos que se originan por actos de autonomía privada.

De igual forma, debe distinguirse entre la fuente de la obligación y la ejecución de la misma. La fuente de la obligación es principalmente legal, aunque pueden darse manifestaciones de autonomía privada, según lo previamente mencionado, en la ejecución de la misma como autonormación. En razón de ello, en el derecho comparado se distingue entre la causa inmediata de la obligación, que es la ley, y la causa mediata, que puede diversificarse en el vínculo conyugal, la legítima parentela, natural o civil, y la afinidad, la gratitud, el infortunio (Manitto,

10 Si bien este caso pertenece a un juzgado distinto, se ha considerado pertinente incluirlo.

11 Ténganse en cuenta que estos autores enfatizan el aspecto patrimonial(Barassi, 1932, p. 244), en el que se afirma que en silencio de la ley en familia en alimentos deberá aplicarse las reglas generales de las obligaciones.

12 En este estudio, se deja de lado la obligación de alimentos entre cónyuges, intencionalmente, para enfocarse solo en el derecho de los alimentos de los padres a los hijos.

13 Artículo 766: El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472 a 487.

1995, p. 6). Dicha fuente genera relaciones obligatorias que están compuestas, en términos generales, por un elemento subjetivo (los sujetos), un elemento objetivo (la prestación) y el interés del acreedor (Giorgianni, 1958, p. 61).

Así pues, se tiene en el elemento subjetivo la vinculación entre el deudor y el acreedor alimentario. Sobre este último, es necesario advertir que al tenerse en cuenta que el artículo I del CNA considera como niño a todo ser humano desde la concepción, se ha incluido dentro de las obligaciones de alimentos los gastos en que se incurran en el periodo de gestación hasta el parto, de manera que se consideran los controles periódicos prenatales, las medicinas, la intervención misma del parto, hasta los gastos que se acarreen en el posparto con un plazo de caducidad que se extiende hasta el año, contado desde el nacimiento.

El elemento objetivo es la prestación a cargo del deudor alimentario, el cual se verifica en el ofrecimiento de sustento, las condiciones para tener una morada, la vestimenta, los gastos en educación, el grado de instrucción, la capacitación para el trabajo, la asistencia médica y psicológica, y la recreación. Asimismo, se amplía para los gastos en que incurra la madre desde la concepción hasta el parto (artículo 92 del CNA).

Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de esta obligación se hace *in natura* o por equivalente (Secco y Rebuttati, 1957, pp. 153), y que debería cumplirse primero *in natura* o *in specie,* satisfaciendo de forma directa las necesidades del menor. En caso de que no pueda cumplirse de esta forma, entonces puede realizarse el pago en dinero o por equivalente.

Lamentablemente, en la realidad peruana la regla es al revés cuando se causaliza judicialmente, dado que, de las sentencias revisadas en todas las ocasiones, tanto el *petitum* de la demanda como la sentencia se concretizan en un monto de dinero.

La justificación de ello, quizá de índole práctica, parte del grado de conflictividad entre los padres por lo cual se busca evitar situaciones de tensión dado que el contacto continuo de entrega de bienes puede generar conflictos, por lo que la vía más utilizada es el depósito en cuenta bancaria.

Finalmente, el interés del acreedor, el cual recoge tanto las necesidades básicas materiales y espirituales, que puedan tener los acreedores alimentistas en función de su dignidad personal a fin de no privar su subsistencia en un primer momento, y su libre desarrollo de la personalidad[14].

3. Características

Ahora bien, habiéndose indicado que el derecho a los alimentos tiene naturaleza mixta, se procederá a analizar sus características.

En primer lugar, es necesario enfatizar que, en el ordenamiento peruano, en sentido estricto, el derecho a los alimentos es un crédito privilegiado. Esto se puede verificar en los casos de cobro, debido a que tienen preferencia en los procedimientos concursales, tal como se indica en la Ley 27809, en su segundo considerando del artículo 42.1[15], y en su característica de inembargabilidad regulada en el numeral 7 del artículo 648 del Código Procesal Civil (en adelante CPC).

14 Es interesante verificar lo señalado en el *Codice Civile* italiano, que menciona elementos de la relación obligatoria: artículo 1174 del Códice italiano: «La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor».

15 Artículo 42, Orden de preferencia: «42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente: [...] Segundo: Los créditos alimentarios, hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual [...]».

Resalta su carácter personalísimo, toda vez que es *intuitu personae*. Esto se determina dado que los derechos a los alimentos se otorgan heterónomamente por la calidad de los sujetos y la relación jurídica que existe entre los mismos, la cual no existe si se otorgan a favor de terceros.

En razón de ello, se deriva la característica de intransmisibilidad, toda vez que se indica que no se transmite *mortis causa* a los herederos[16]. Ahora bien, en el caso de transmisiones *inter vivos*, en este trabajo se considera que, por su naturaleza, no puede ser considerado intransmisible, en especial en el medio donde la determinación del monto derivado del derecho a los alimentos no es producto de un análisis profundo sobre las condiciones existentes.

La posición de este estudio, entonces, se orienta a que, por su naturaleza, sí podría aplicarse el artículo 1208[17], en especial en los casos en que los acreedores alimentarios sean mayores de edad, en los casos en que —por ejemplo— deban pagar cursos de perfeccionamiento, los cuales no estén contemplados en la sentencia que, en el caso en concreto, se fije en la determinación de los alimentos.

Toda vez que el derecho a los alimentos, cuando es determinado, es un ingreso periódico, no se hallan obstáculos en la práctica para poder cederlo con el fin de financiar sus estudios y recibir de forma anticipada los meses que le corresponderían en el año para poder cancelarlos, y en este escenario el tercero que financia podría cobrar de forma mensual obteniendo cierta utilidad[18].

Ahora bien, se ha señalado en el medio que «[s]e impide que la obligación alimentaria pueda ser objeto de transferencia o cesión por actos inter vivos al ser una obligación *intuitu personae*. El artículo 1210[19] del Código corrobora este carácter inalienable cuando establece que la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la naturaleza de la obligación» (Canales Torres, 2013, p. 10). Esta opinión no puede compartirse dado que, justamente, por la naturaleza de la obligación, es un crédito que una vez cuantificado puede ser sujeto de cesión. Por su naturaleza, entonces, no se presenta un supuesto de intransmisibilidad.

Sin embargo, dicho artículo 1210 también prohíbe la cesión de derechos cuando esta se oponga a la ley, lo que se puede interpretar conjuntamente con el artículo 487[20], el cual afirma que «el derecho de pedir alimentos es intransmisible e intransigible».

La lectura de dicho artículo, entonces, debe tener en cuenta que la limitación es para «pedir alimentos», con lo cual cobra sentido que otra persona (*intuitu personae*) no pueda requerir a título propio los alimentos del acreedor alimentario o que se pueda transar no requerirlos.

En este trabajo, lo que no se considera que esté prohibido —por lo menos no se deduce de dicho dispositivo normativo— es que una vez definida la cuantía de los alimentos, en función de las necesidades del acreedor dado que se estaría en una especie de suministro en un periodo de tiempo, no puedan administrarse las prestaciones incluso de forma anticipada mediante la cesión de derechos.

16 Artículo 486: «La obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del obligado o del alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 728. En caso de muerte del alimentista, sus herederos están obligados a pagar los gastos funerarios».

17 Artículo 1208: «Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

18 Véase, por ejemplo, el producto bancario denominado adelanto de sueldo.

19 Artículo 1210: «La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor [...]».

20 Artículo 487: «El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable».

En el caso de los menores de edad, sería necesaria la autorización judicial previa debida fundamentación y, en el caso de los mayores de edad, ellos serían responsables de administrar ello.

De otro lado, dicho artículo también otorga la característica de incompensable[21] al crédito alimentario, del cual, a partir de una lectura literal del artículo 1290[22], se realiza la siguiente deducción: los derechos a los alimentos son créditos inembargables, el artículo 1290 prohíbe de forma expresa la compensación de créditos inembargables, por tanto, el artículo 487 estaría acorde con ello.

Existen autores que acogen dicha interpretación: «[n]o se permite la compensación de la obligación alimentaria con alguna otra obligación existente entre el acreedor y el deudor alimentario. Esto último se comprueba, en lo dispuesto en el artículo 1290 del Código Civil que prohíbe la compensación del crédito inembargable [...]» (Canales Torres, 2013, p. 11).

No se puede aquí compartir dichos comentarios, pues si bien puede ocurrir que el menor genere daños a propiedad ajena, y el padre tenga que responder por ello. Es evidente que dicha responsabilidad patrimonial no puede trasladarse al menor vía compensación de alimentos.

Otro es el escenario en el cual los padres aseguran por salud a sus hijos y realizan el pago de forma completa y no fraccionada para poder obtener un descuento por el pago inmediato. En estos casos, se considera que dicho pago sí puede tomarse en cuenta para el suministro de los alimentos toda vez que forman parte del mismo.

3.1. Pensión variable.

De otro lado, dado que las condiciones cambian en el transcurso del tiempo[23], tiene como característica el ser variable. Asimismo, dicha variación puede ser tanto de tipo pasivo como activo:

> CUARTO.- […] el artículo 482° […] al señalar las causas por las cuales la pensión de alimentos puede aumentar o disminuir, y trata exclusivamente de las variaciones que puede experimentar la pensión de alimentos a consecuencia de una modificación en el aspecto pasivo (una disminución del patrimonio del deudor alimenticio) o en el aspecto activo (un incremento en los ingresos del alimentista) y a las circunstancias personales en las que se encuentre el obligado, siempre que sean de tal entidad que justifiquen el cambio solicitado. (SJPLC, expediente N° 1370-2015)

En el aspecto pasivo, entonces, de un lado con el transcurso del tiempo, se presume que aumentan las necesidades, salvo en los casos en que los hijos alcanzan la mayoría de edad, supuesto en el cual se extinguiría de forma general el derecho a los alimentos, excepto en el caso de que no se puedan proporcionar sus propios medios de subsistencia por supuestos de discapacidad física o mental. En dicho caso, recae en ellos la carga de la prueba de dicha necesidad: «OCTAVO.- […], las demandadas no acreditan padecer de alguna discapacidad física o mental que les impida solventar sus propios gastos, por lo que se puede concluir que ha desaparecido en ellas el estado de necesidad, […]» (SJPLC, expediente N° 316-2015).

---

21 Debe recordarse que el CC aborda la compensación en el artículo.

22 Artículo 1290: «Se prohíbe la compensación: […] 3.- Del crédito inembargable […]».

23 Se determinó como pensión el 40 % de los ingresos del demandado, pero como la edad se encontraba en edad escolar se indicó que la necesidad iba a incrementarse (SJPLC, expediente N° 2342-2014).

Sentado esto, si el acreedor alimentario sigue estudios exitosos, la pensión continúa mientras duren los mismos y no cuando estos hayan culminado, como en el caso de que falte el procedimiento del bachillerato:

> OCTAVO.- […] la obligación de alimentos, sin embargo, ésta puede extenderse más allá de esta fecha en el caso de que el hijo mayor de edad siga una profesión u oficio con éxito, esto es, sólo mientras curse estudios y no cuando estos hayan culminado y sólo se encuentra pendiente realizar un trámite administrativo para obtener el grado de bachiller, […]. (SJPLC, expediente N° 316-2015)

Es importante precisar que por estudios exitosos no se hace referencia únicamente a estudios universitarios, sino también a preuniversitarios, puesto que se indica en el juzgado que «se debe valorar la voluntad y constancia de la alimentista para ingresar a una universidad […]» (SJPLC, expediente N° 6544-2003-CI).

Finalmente, debe tomarse en cuenta que, en los casos de aumento de pensión de alimentos, según el caso en concreto, debería poderse reconvenir el cese de los mismos, siendo que, por ejemplo, en el expediente 849-2015 se solicitó el aumento de alimentos; sin embargo:

> OCTAVO.- Respecto al incremento de las necesidades de la alimentista […], cabe resaltar que esta actualmente cuenta con 28 años de edad y ha formado una familia, en la cual ha procreado a su menor hija […] de 01 año de edad. Asimismo, la alimentista ha culminado su carrera de Fotografía Profesional […], y actualmente se viene desempeñando en el cargo de Sub-Gerente de la empresa GRUPO KHANA S.A.C., […]. Además de ello la alimentista es dueña de la empresa ARTÍSTICAMENTE con RUC […]; por lo que, queda acreditado que la alimentista puede solventar adecuadamente sus necesidades en forma personal. (SJPLC, expediente N° 849-2015).

En este caso, se declaró infundada la demanda de aumento de alimentos, pero no cesó la obligación alimentaria, a pesar de que estaba acreditado que la alimentista ya podía valerse por sí misma.

En cuanto a la situación activa, puede variar también la situación del obligado. De un lado, esta variación puede ser positiva al aumentar los ingresos del obligado y para ello deberá realizarse: «[p]ara el aumento de alimentos debe compararse la situación de los ingresos en la conciliación o resolución de alimentos que otorga la pensión de alimentos, y la situación nueva» (SJPLC, expediente N° 849-2015).

En sentido distinto, cuando los ingresos disminuyen, ya sea por los ingresos laborales o, en otros casos, porque la situación cambia por enfermedad (SJPLC, expediente N° 846-2009)[24]

24 Si bien este caso no es de alimentos de menor, sí lo es de alimentos entre excónyuges que, si bien tienen como fundamento la sentencia de divorcio, la juzgadora resalta la merma económica, por la cual determina el cese de la obligación alimentaria. DÉCIMO SEGUNDO: «[…] en estos años las posibilidades económicas del demandante, han disminuido por cuanto tiene que destinar una parte de sus ingresos para atender temas de salud; por lo cual, corresponde amparar la demanda». No obstante esto, en el expediente N° 846-2009 (SJPLC) sobre el cese de alimentos a la excónyuge, se determina el interés más que por la capacidad adquisitiva del demandante de cese de alimentos, por si continúa el estado de necesidad de la demandada.

o por retiro (60 años)[25], puede exonerarse del pago de alimentos cuando se pone en riesgo la propia subsistencia una vez fijada la pensión de alimentos: «SÉPTIMO.- […] se considerará su edad (71) años; lo cual, lo convierte en una persona que le será difícil generar ingresos para atender su subsistencia […]» (SJPLC, expediente N° 381-2013).

Esto no implica que quien no tenga trabajo puede alegar ello para incumplir con los alimentos, tal cual como se indica a continuación:

> OCTAVO.- Sobre la existencia de posibilidades económicas del obligado.- [...] más aun con la prueba de oficio ordenada en audiencia única, se acredita que fue el demandado quien voluntariamente renuncia a su centro laboral […], sin embargo en dicho informe se puede apreciar el demandado percibía un ingreso mensual ascendente de S/.1,965.00 soles, y que por tanto está en capacidad de reinsertarse al mercado laboral; en ese sentido, se encuentra acreditada la posibilidad económica del demandado para cubrir las necesidades de su menor hijo […]. (SJPLC, Expediente N° 352-2015)

Ahora bien, en el caso de que el acreedor alimentario tenga otros hijos menores, el transcurso del tiempo no implica *per se* la posibilidad de reducción de la pensión. En un caso, al momento de celebrarse el acta de conciliación el señor tenía cuatro hijos aparte del menor, al cual se le había otorgado alimentos. En dicho momento, resolvieron otorgar el monto de S/ 350 a S/ 200 por alimentos. Dos años después, requirió la reducción de alimentos, lo cual fue denegado de plano ya que, según el criterio del juzgado, no había disminuido las posibilidades económicas del deudor alimentario (SJPLC, expediente N° 624-2016). Si utilizamos el criterio del propio juzgado en otros casos en los que el transcurso del tiempo hace presumir el aumento de las necesidades, el razonamiento, en este caso, fue contradictorio, porque dos años después todos los hijos, probablemente, han aumentado sus necesidades.

3.2. ¿Puede fiscalizarse el destino de los alimentos?

Algunos autores del medio han señalado lo siguiente:

> En nuestra opinión diremos que resultaría lesivo, para el derecho alimentario, que se permitiera al alimentante actuar judicialmente para indagar por el destino final de su aporte económico; primero porque aquél deudor no tiene capacidad moral para hacerlo, ya que cometió una infracción y substracción (SIC) de carácter ético, moral y legal de ésta obligación inexcusable para con su alimentista; y segundo, porque ésta acción inexcusable para con su alimentista; y segundo, porque ésta acción implicaría una constante revisión del proceso mismo, y por consiguiente, una excesiva y harto ociosa "judicialización" del proceso alimentario [...]». (Campana, 2003, pp. 35-36)

No se puede compartir lo manifestado por dicho autor porque generaliza una situación que no es aplicable a todos los casos, de manera que, si uno de los padres desea brindar alimentos de manera judicial voluntariamente, el otro puede negarse. Se invita a la conciliación,

25 NOVENO.- «[…] a la fecha cuenta con 60 años de edad; lo cual demuestra que desde que se fijó la pensión de alimentos a la fecha la *situación laboral del demandado varió, pues ahora es un profesional que percibe una pensión de retiro; consideración por la cual se acredita la variación de sus posibilidades económicas* (énfasis añadido» (SJPLC, expediente N° 316-2015).

y estos procesos, normalmente, son declarados improcedentes al presentarse en el poder judicial.

Así, el argumento ético no es suficiente para sustentar la posición de dicho autor, aún más porque la gran cantidad de procesos de alimentos son respecto de menores de edad, los cuales son representados por la madre (generalmente) o por el padre. En este sentido, si los representantes directos no administran de forma adecuada los alimentos, debería existir una supervisión para ellos.

Se es consciente de que esta idea no se puede generalizar a todos los casos, ya que al final, en relaciones conflictivas, puede dar pie a mayores conflictos. Sin embargo, si el padre o la madre que no tiene la tenencia otorga alimentos, y puede acreditar que lo otorgado es utilizado para otros fines y no para beneficio del menor, puesto que quizá no se cumplen con los pagos de necesidades del menor como la educación o vestimenta, la supervisión está plenamente justificada.

Este escenario es, lamentablemente, menos posible en la realidad, tal como se comprobará al final en el estudio de las resoluciones del juzgado en estudio, cuando no existe un análisis debido en la cuantificación de los alimentos. Evidentemente, si los números que se otorgan son meramente intuitivos, poder realizar una labor de supervisión en el país es inviable.

4. Condiciones

Una vez revisadas las características, corresponde analizar el marco en el cual se dan las condiciones para determinar los alimentos.

El artículo 481 del CC señala que debe existir, para que se puedan otorgar los alimentos: (i) la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación, (ii) el estado de necesidad del solicitante, y (iii) la posibilidad económica de los obligados a prestarlos, para lo que debe tomarse en consideración las circunstancias y las obligaciones que tengan los obligados.

Si se quiere brindar una aproximación para la determinación de los alimentos, se puede señalar lo siguiente:

Necesidad (n) = Posibilidad del Obligado 1 (O1) + Posibilidad del obligado 2 (O2)

En el que Posibilidad de los obligados (O1, O2) = (x,y) (n)

por lo que (n) = x(n) + y(n)

donde 0< (x,y) <1; donde x + y = 1

Así pues, (x,y) (n) ≤ Ingreso - necesidades básicas - obligaciones de igual naturaleza

Téngase en cuenta que el juzgado solo considera equiparables otras obligaciones de tipo alimentario[26] y no, por ejemplo, las que tienen los obligados con sus padres, lo cual se considera un error si es que se lleva una debida cuantificación.

26 SJPLC (expediente N° 1442-2015). En el mismo sentido, SJPLC (expediente N° 2783-2015), SJPLC (expediente N° 1712-2013).

En el ordenamiento, tomando en consideración que, como regla, se puede afectar hasta el 60 % de los ingresos del padre[27] o madre que no tienen la tenencia, se ha verificado la siguiente inferencia, sin mayor análisis:

- Si no tiene carga familiar: (0.6) ingresos: o sea (0.6)i[28]
- Si tiene otro hijo: (0.3) ingresos: o sea (0.3)i
- Si tiene otros 2 hijos: (0.2) ingresos: o sea (0.2)i[29]
- Si tiene otros 3 hijos: (0.15) ingresos: o sea (0.15)i (SJPLC, expediente N° 2045-2015)

Es interesante verificar ello en el proceso de prorrateo de alimentos seguido en el expediente N° 2045-2015, en el cual se reconoció que mediante el proceso 5878-2008-CI se había otorgado la pensión de 60 % en total por dos menores del deudor alimentario. Que mediante Acta de Conciliación SS° 15-183, de fecha 19 de noviembre de 2015, se acordó otorgar 30 % (15 % por cada menor) por dos hijos menores del deudor alimentario distintos de los que previamente habían obtenido la pensión vía judicial.

En ese sentido, el juzgado señaló:

> SEXTO: Procedencia de la redistribución de los ingresos afectados: Analizados así los hechos, esta Juzgadora considera necesario efectuar una nueva redistribución de los porcentajes que percibe cada alimentista, teniendo en consideración las condiciones de cada uno de ellas respecto de la renta afectada, adecuándolo hasta el máximo establecido por ley […]. (SJPLC, expediente 2045-2015)

Luego de dicho considerando sexto, siguió la parte resolutiva, en la cual se asignó el 15 % por cada hijo, sin analizar en concreto ni las condiciones de los beneficiarios ni del obligado. Asimismo, tampoco se realizó el análisis de las obligadas.

4.1. La existencia de una norma legal que establezca dicha obligación.

Este estudio se ha aproximado al derecho a los alimentos como las obligaciones privilegiadas de fuente principalmente heterónoma que se originan desde el vínculo filial entre padres e hijos desde la concepción.

Dichos alimentos pueden proporcionarse voluntariamente o ser exigidos en un proceso, dado que detrás del mismo se encuentra la satisfacción de las necesidades básicas de los menores que ellos, por sí mismos, no pueden proveerse.

En el caso de que nos se esté en un proceso, según el artículo I del Título Preliminar del CPC, debe respetarse el debido proceso, por el que (según el artículo III) el juez debe resolver un conflicto de intereses [30] apreciando todos los medios probatorios en su conjunto con base

27 «[...] una proporción máxima que por ley puede ser equivalente hasta el sesenta por ciento de su remuneración total [...]» (SJPLC, expediente N° 544-2014).

28 Puede ser en porcentajes o montos fijos. En el expediente 1249-2015, la argumentación giró en asumir la remuneración mínima vital en dicho periodo (850) y, como no se habría acreditado otra obligación, se asignó sin ningún análisis el monto de S/ 500 (58.82 %) (SJPLC, expediente N° 1249-2015). La misma carencia de análisis se encuentra en SJPLC, expediente N° 2096-2015.

29 En el caso del expediente N° 2138-2012, se determinó un monto proporcional igual al 20 % para cada menor, con lo cual cumplían con el máximo de 60 % que puede afectarse del obligado (SJPLC, expediente N° 2138-2012).

30 Artículo III CPC.

en la lógica y a su experiencia personal, para arribar a un razonamiento eficiente y certero. Además, para esto deberá coadyuvar la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo del juzgador (SJPLC, expediente N° 1370-2015).

En ese sentido, formalmente el juzgado señala:

> SEGUNDO.- Ahora bien, una de las actividades intelectuales más trascendentes que realiza el Juzgador dentro del proceso es el relativo a la apreciación de la prueba, siendo que de su evaluación jurídica depende el sentido de las resoluciones interlocutorias que expide, como en la que decide finalmente el resultado de la materia controvertida, constituyendo por tanto la motivación de su pronunciamiento; el Código adjetivo recoge un sistema valorativo único y ponderado en virtud del cual el Juzgador aprecia todos los medios probatorios en su conjunto en base a la lógica y a su experiencia personal, para arribar a un razonamiento eficiente y certero para lo cual deberá coadyuvar la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo del juzgador. (SJPLC, expediente N° 1370-2015)[31]

En este tipo de procesos, los principios y normas procesales, según lo dispuesto en el Precedente Judicial del Tercer Pleno Jurisdiccional de Familia, se flexibilizan[32]. Una muestra de ello es que «no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar alimentos» (artículo 481 del Código Civil).

Si bien dicha flexibilización es necesaria en este tipo de procesos, debido a que existen diversos casos en los cuales uno de los obligados esconde sus ingresos, dicha política debe aplicarse para ambos obligados, ya que se verifica en todos los procesos estudiados en el presente texto, solo se analiza a uno de los obligados, y, en función de sus ingresos, se determina la pensión, lo cual puede ser un análisis incompleto del tema materia de estudio.

En términos específicos se ha indicado que:

$$n = (x)n + (y)n$$

Pero en el ordenamiento se tiende a determinar que:

$$n = (0.6)\ (i\mathrm{O}1)$$

¿Cómo se acredita el vínculo? Es reiterativo en los procesos de alimentos que la relación familiar se acredite suficientemente con la partida de nacimiento (SJPLC, expediente N° 2342-2011).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en este Juzgado, los casos de rebeldía causan presunción legal relativa de los hechos expuestos en la demanda de alimentos (artículo 24 del), en referencia al incumplimiento de la obligación alimentaria con sus hijos[33].

---

31 Lamentablemente, en el contenido de esta y demás resoluciones no se verifica dicho análisis en conjunto de los medios probatorios. Es preciso mencionar que puede denotarse en muchos casos la determinación del monto en función de la intuición y no de un análisis lógico.

32 «[…] los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, eventualidad, formalidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros […]».

33 Artículo 461 del CPC.

4.2. El estado de necesidad del solicitante.

En sede judicial, se parte del presupuesto de que la minoría de edad acredita el estado de necesidad del menor (SJPLC, expediente N° 2342-2011), ya que ella no le permite valerse por sí mismo y solventar necesidades a través de los ingresos que del patrimonio preexistente. Adicionalmente, se justifica este criterio por el desarrollo biofísico, del cual depende el crecimiento físico e intelectual del menor (SJPLC, expediente N° 144-2015)[34].

Si se parte del concepto de necesidad como carencia material, en caso de que esta se encuentre satisfecha, no debería otorgarse alimentos. Considérese el supuesto de que un menor reciba una casa como herencia de su madre fallecida. Del alquiler de esa casa percibe una renta mensual por montos muy superiores a los que se había planteado en la demanda por alimentos.

Si las necesidades materiales del menor ya han sido cubiertas, se considera que no debería declararse fundada la demandada de alimentos[35], por lo que se concuerda con Bustamante y Reyna (2003) cuando, al definir la característica de irrenunciabilidad a los alimentos, señala lo siguiente: «[...] dado que como derecho le está conferido a la persona del beneficiario, quien siempre que se encuentre en estado de necesidad podrá pedírselo a los obligados frente a él [...]» (p. 4), por lo que, en sentido contrario, cuando no se encuentra en dicha necesidad, no deberá otorgarse en el ámbito patrimonial.

En igual sentido, Bustamante y Reyna señalan (2003): «[...] por ello para reclamar alimentos basta alegar que se carece de bienes y se encuentra en estado de necesidad, pasando entonces al demandado la carga de la prueba de que el demandante tiene bienes y le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades; [....]» (p. 11).

Asimismo, tal como se ha mencionado, debe indicarse que las necesidades incrementan con el transcurso del tiempo. Un niño recién nacido no tiene las mismas necesidades que uno de seis u otro de doce años. En ese sentido, el Juzgado interpreta que solo el transcurso del tiempo acredita el incremento de las necesidades (SJPLC, expediente N° 1370-2015).

El transcurso del tiempo es un elemento importante en el análisis, pero es esencial, en concreto, analizar el estado de necesidad del menor. Los juzgados tienden a otorgar alimentos sobre el máximo legal n=(0.6)i, con lo cual se llega a la situación de que si los padres no incrementan sus ingresos, entonces los menores encontrarán insatisfechas sus necesidades con el transcurso del tiempo de forma permanente.

Frente a esta consecuencia evidente, el juzgado no tuvo mejor idea —como se verá más adelante— que exigirle al obligado buscar mayores ingresos. Es por esta razón que se va a analizar a continuación la necesidad de trabajar con un modelo económico para la asignación de alimentos, porque su cálculo no puede ser necesariamente un porcentaje de lo que ganan los padres n=(0.6)i.

Llegados a la mayoría de edad, el artículo 473 del CC señala que fenece el derecho a los alimentos, salvo cuando el menor alimentario no se encuentre apto para subsistir por incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Es decir, no basta con la mayoría de edad, sino también que no puedan valerse por sí mismos.

En estos casos, por ejemplo, si una persona logra obtener el grado de bachiller o tener una profesión, esto implica que no se le siga otorgando alimentos, salvo que sea incapaz de mantenerse (SJPLC, expediente N° 403-2016).

---

34 En el mismo sentido (SJPLC, expediente N° 352-2015).

35 Esto no quiere decir que el padre no tenga deberes para con su hijo, pero estos no se verifican en el plano patrimonial, sino extrapatrimonial.

4.3. Posibilidad económica de los obligados a prestarlos.

Según lo dispuesto en el CC, en sus artículos 474 y 475, interpretado conjuntamente con el artículo 93 del CNA, los padres están obligados a prestar alimentos a sus hijos.

En principio, tal como ya se ha adelantado, la obligación es de ambos padres; no obstante, en el ámbito judicial solo es evaluado el que es demandado.

El modelo de resolución que utiliza el juzgado en la mayoría de los casos tiene el siguiente tenor:

> SEGUNDO.- Condiciones para la exigibilidad de alimentos: [...] (iii) posibilidad económica *del obligado a prestarlos* (énfasis añadido); de analizar y verificarse las mismas, el juzgador debe establecer la obligación alimentaria de manera proporcional [36].

En todas las resoluciones con dicho tenor, no ha existido un análisis de las necesidades del menor ni se ha considerado que ambos padres son los obligados, sino que única y exclusivamente se ha enfocado en los ingresos de uno de los obligados[37].

Si bien formalmente se coloca la obligación de ambos padres, en el análisis de las resoluciones no se desprende la revisión de las posibilidades económicas de ambos padres, sino igualmente solo de uno de ellos:

> SÉTIMO.- Sobre el estado de necesidad del menor alimentista: […] entendiéndose que dicha obligación es de ambos padres y no solo uno de ellos, lo que deberá ser merituado en su real contexto al fijarse los alimentos que correspondan a cargo del demandado. (SJPLC, expediente N° 352-2015)[38]

Ahora bien, lamentablemente, en la práctica esto no se cumple, pues no se ha encontrado un solo caso en el que el juzgado haya analizado la posibilidad de ambos obligados.

5. Cuantificar, he ahí el problema

5.1. Cuantificación de los alimentos en sede jurisdiccional.

De la revisión de los diversos expedientes citados en el presente trabajo, se ha podido detectar diversos errores, desde temas de fondo en la utilización de conceptos, aparente motivación en todas las sentencias utilizando citas de normas legales pero sin analizar la necesidad de los menores ni la posibilidad de ambos obligados, sino solo de uno, por lo que en ninguna de las sentencias se verificó un criterio claro de por qué se otorgaba dicho monto o porcentaje.

Así pues, en el derecho de obligaciones se distingue, por la naturaleza de la naturaleza de la obligación, las de tipo divisibles e indivisibles; y, por cómo se obligan las partes, en parciarias, mancomunadas y solidarias.

---

36 Dicha posición, según este estudio parece errado, se unen diversos autores del medio. «5.3.3 Posibilidad del Obligado» (Campana, 2003, p. 98).

37 En los casos estudiados solo en los ingresos del padre.

38 Así también, «SÉTIMO.- […] entendiéndose que dicha obligación es de ambos padres y no solo uno de ellos, lo que deberá ser merituado en su real contexto al fijarse los alimentos que correspondan a cargo del demandado» (SJPLC, expediente N° 2342-2011).

Entonces, dado que se está frente a obligaciones de fuente heterónoma[39], imagínese que los padres tengan un solo hijo. En este caso, se estaría frente a una obligación parciaria de la pensión alimenticia, que debería ser repartida entre los dos padres según sus posibilidades.

Este resaltado de exigencia que se analice la capacidad de ambos obligados es necesario, y el juzgado formalmente lo ha señalado en diversas resoluciones [«Obligación de ambos padres que deberán merituarse en su real contexto» (SJPLC, expediente N° 3223-2013)], pero que *en ningún caso de los citados ha realizado*, lo cual puede llevar a procesos innecesarios cuando esté en discusión la tenencia del menor:

Véase lo señalado por el juzgado:

> Debería determinarse no sólo la prestación que deberá cumplir uno de los obligados sino de ambos, en especial cuando no esté claro quién tiene la tenencia del menor: «[…] si bien las partes no acreditan con ningún instrumento la tenencia del menor Eduardo Matías Farfán Vilca, la pensión que se fija deberá ser administrada por el progenitor que en su oportunidad la acredite**».** (SJPLC, expediente N° 2969-2015)

Entonces, según el expediente, si el padre al final obtiene la tenencia, el proceso de alimentos no habrá sido útil, por lo que se deberá realizar un nuevo proceso contra la madre[40].

No obstante, si un padre tiene tres hijos, también nos encontramos frente a un supuesto de parciaridad[41], aunque no inicialmente de la pensión alimenticia, sino de cuánto deberá corresponder por cada uno de los obligados. En este caso, de forma abstracta, sin análisis del caso en concreto, sería el 20 %.

Evidentemente, el análisis es más complejo que este esbozo, lo cual no se tiene claro en el juzgado:

> SEXTO: […] si bien la pensión puede dividirse, la obligación es indivisible, de este modo cuando concurren varios deudores frente a un acreedor, la pensión total se completa con el aporte que cada cual da como obligación independiente. En cambio, cuando concurren varios acreedores lo que se divide no es el monto de la pensión dada, sino la renta gravada al deudor a esta operación por la cual se reparten en proporciones la renta de un deudor a fin de que sean ejecutables las pensiones fijadas se llama prorrateo […]. (SJPLC, expediente N° 2138-2012)

39 No obstante ello, el juzgado ha señalado que las fuentes son legales, declaraciones judiciales o convenios (SJPLC, expediente N° 2942-2015).

40 Igual supuesto lo encontramos en el caso que a partir de sus ingresos ascendente a S/ 2878.16, se fijó como pensión el 25 % de sus ingresos, pero dado se encontraba en trámite el proceso de tenencia, se determinó que la pensión alimenticia «la administrará (la hará efectiva), el progenitor que ostente la tenencia de la menor» (SJPLC, expediente N° 1868-2015).

41 (SJPLC, expediente N° 712-2016).

De otro lado, la determinación de la cuantía no deriva de un análisis que se verifique en la sentencia: en algunos casos se establece un monto fijo[42]; en otros, un porcentaje[43] [44] proporcional entre sus hijos[45], la cual debería depender de la necesidad de cada menor, aunque a veces el criterio utilizado pueda parecer no coherente.

En el expediente 995-2016, teniendo el padre tres hijos de 6, 8 y 15 años, el juzgado otorgó el 30 % al de 6 años, en tanto que los los menores de 8 y 15 años debieron recibir el restante 30 %, lo cual en principio no es lógico dado que, por edad, las necesidades de los niños de 8 y 15 años serían mayores (SJPLC, expediente N° 995-2016).

Esta incoherencia ha derivado en muchos casos en que el juzgado asume el criterio de que todo niño «llega con pan bajo el brazo», porque tener más hijos no merma sus posibilidades económicas, sino, por el contrario, demuestra que tiene mejores ingresos:

> […] esto a consideración de la juzgadora no disminuye sus posibilidades económicas, por el contrario el tener otros hijos demuestra que cuenta con mejores ingresos para asumir su obligación alimentaria, tanto más si no acredita padecer de ninguna deficiencia física que le impida generar ingresos […] (SJPLC, expediente N° 3071-2015) […] pues este se encuentra en obligación de generar mejores ingresos en beneficio de sus hijos y propio […]. (SJPLC, expediente N° 3183-2015)

Esto lleva, en diversos casos, a exceder de forma manifiesta el umbral del 60 % de los ingresos, puesto que, por ejemplo, en ocasiones frente a la existencia de tres menores se otorgó el monto de S/ 400 (tomando en consideración el sueldo de S/ 750 del deudor alimentario) a favor de uno de ellos (53.3 %)[46], dejando el resto para sus otros menores hijos y exhortándole a generar mayores ingresos: «[…] a S/ 400.00 soles, pues al ser el padre un trabajador independiente está en la obligación de esforzarse y generar mejores ingresos en beneficio de sus tres hijos […]» (SJPLC, expediente N° 2808-2015).

Con lo cual, según el criterio de los ingresos de los padres, el juzgado mide lo que probablemente puede generar con un esfuerzo mayor y no sobre lo que realmente obtiene, lo cual es un despropósito, debido a que puede desproteger a los otros menores con dicho criterio y dejarlos en situación de desamparo.

5.2. Cuantificación de los alimentos y el «ciclo de vida».

Se señala que ya acreditadas la necesidad y el entroncamiento, hay que cuantificar (Aguilar Llanos, p. 25), para lo cual, siendo conscientes de los problemas mencionados previamente en el desarrollo del presente texto, se ha trabajado con el modelo elaborado por el economista

42 S/ 255 (30 %) para cada menor sobre el monto de referencia de S/ 850 (SJPLC, expediente N° 598-2016). S/ 500 (SJPLC, expediente N° 2096-2015). En otros casos, habiéndose acreditado el ingreso básico de S/ 1940.10, se otorgó el monto de S/ 350 para dos menores (en total 700) (SJPLC, expediente N° 2812-2014).

43 Se estableció la pensión del 25 % de los ingresos del padre, cuyo sueldo básico asciende a la suma de S/ 3600 (SJPLC, expediente N° 992-2015).

44 En el caso, se determinó el 30 % de los ingresos del deudor alimentario (0.3)i sin tener en consideración cuál era la necesidad del menor (SJPLC, expediente N° 1039-2015).

45 20 % en caso de tres hijos (SJPLC, expediente N° 1660-2016); 15 % para cuatro menores (SJPLC, expediente N° 1043-2016).

46 Caso similar de exceso del 60 % (SJPLC, expediente N° 668-2015).

Franco Modigliani (Modigliani, 1954; Ando, 1963)[47] sobre el ciclo de vida y el ahorro, a partir de su observación de que el ingreso fluctúa a través del transcurso de la vida de las personas y que el comportamiento del ahorro personal está determinado por el momento en el que se encuentra la persona en su ciclo de vida.

Así pues, en los primeros años no hay posibilidad de ahorro, por lo que solo consume y tiene más gastos que ingresos. No obstante, ello llega en un momento en el que los ingresos son mayores que los gastos, por lo que la línea tiene un pendiente creciente. Estos ingresos se consumen y parte de ellos se ahorran, los cuales aumentan en el transcurso del tiempo hasta que llegan a un tope, luego del cual disminuyen y se empiezan a consumir los ahorros hasta que se fallece, tal como se verifica en la siguiente figura (Larraín y Sachs, 2002, p. 417):

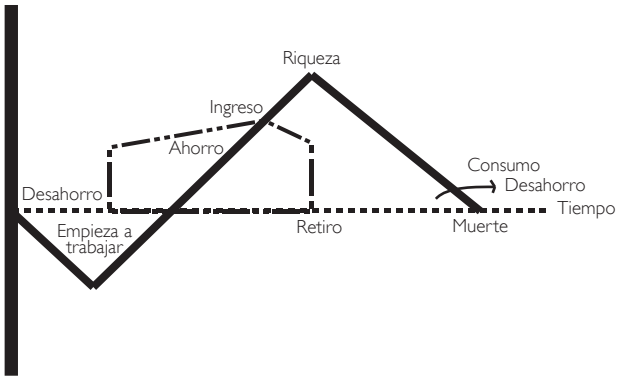

Figura 1: Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro.

Con este modelo sencillo, se pretende determinar que lo que se tiene que cubrir con los alimentos es el triángulo inferior invertido que representa el momento desde que se nace hasta el que se produce riqueza.

Para llegar a esto, se tienen los siguientes presupuestos: imagínese que la vida total de la persona es representada por n (periodo de tiempo). Ahora bien, el periodo laboral es representado por Z.

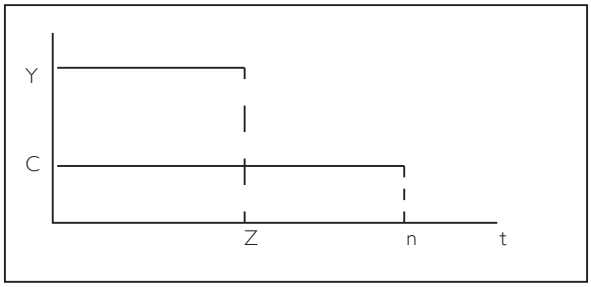

Figura 2: Vida de la persona y periodo laboral

47 También es importante analizar su discurso para el premio Nobel publicado en *American Economic Review*, en junio de 1986.

Toda vez que es un modelo, la renta Y, el tipo de interés es I y el consumo es C son constantes. Durante los n periodos de vida, hay una renta (Y), y existe Z periodo laboral, tiempo en el que el consumo C es constante[48].

En ese sentido, en el periodo Z va a ver un excedente de los recursos, dado que los ingresos son mayores que lo consumido, lo cual va a ser utilizado en el periodo que ya no se trabaje, si se asume que la variación de la riqueza cuando nació y cuando falleció es igual a 0, por lo que valor presente de consumo es igual al valor presente de la renta.

En este caso, el valor presente del consumo es n.C y el valor presente de la renta es Z.Y por lo que el consumo es igual a:

$$c = \ . y$$

Entonces, si el periodo laboral es 70 años y el periodo de vida es 90, con un ingreso de S/ 1000 y un consumo de S/ 700, entonces, cada momento de su vida consume (70/90)*1000, lo cual da como resultado: 777.77.

Respecto del ahorro, se pueden distinguir dos situaciones: si trabaja o si no trabaja. En caso de que trabaje ($t \leq Z$), significa que el ahorro se obtendrá de la renta menos el consumo ($S = Y - C$), lo que al reemplazarse da la siguiente ecuación: $Y - \ Y = \ Y$

En este caso, se tiene (90-70)/90 *1000, lo que da como resultado 222.22.

Por lo tanto, el total del ahorro cuando trabaja es $\ Y. Z$

En caso de que la persona no trabaje ($T \geq Z$) y no reciba pensión, probablemente esté consumiendo sus ahorros $S = 0 - \ y = - \ Y$.

Por lo que, en el caso en concreto, el desahorro será igual a -(70/90) *1000= 777.77 Y el desahorro total = $- \ y (n-Z)$

Por ello, comparando el ahorro en el periodo de trabajo $\ Y. Z \geq 0$ y el desahorro en el periodo de jubilación (asumiendo que no se recibe pensión) $- \ y (n-Z)$, debe dar lugar a la suma de 0.

Si se desea entender el patrimonio que va almacenando mientras que trabaja, este se obtiene por el ahorro $\ y$ multiplicado por el tiempo que se desea calcular T:

$$y.t$$

En caso de que se desee analizar el patrimonio almacenado máximo, se obtiene en función del ahorro .Y multiplicado por el periodo del trabajo Z.

$$.Y.Z$$

A partir de que vaya consumiendo, entonces se tendrá todo lo que ha ahorrado $\ Y$ menos lo que vaya consumiendo de los ahorros $\ Y (T-Z)$, donde T es el periodo que se desea calcular.

Con esta información, se puede entender mejor el primer cuadro (Larrain, 2002, p. 417):

48 El gráfico se ha simplificado a efectos del objeto del trabajo, pero puede revisarse en Modigliani (1987, p. 7).

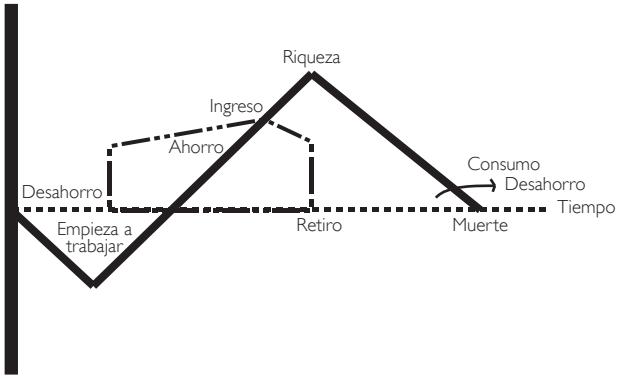

Figura 3: Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro.

Al inicio de la vida, toda persona se encuentra en una situación de desahorro; es una etapa en la que no produce y está cubierta por los padres.

> SÉTIMO.- […] el menor […] tiene a la fecha 02 años de edad, y tratándose de necesidades alimenticias de un menor, especialmente si es un menor de dos años de edad, las mismas que se presume sin admitirse prueba en contrario, […]. (SJPLC, expediente N° 2496-2015)

Se tiende a señalar que esta es creciente:

> […] Finalmente, encontrándose la menor en etapa escolar, sus necesidades se incrementarán paulatinamente; por tanto, la demandante y el demandado se encuentran en igualdad de condiciones para generar mejores ingresos, y así brindar la mejor atención posible a su hija. (SJPLC, expediente N° 2408-2015)

Recién cuando se empieza a trabajar se obtienen ingresos que sirven tanto para el consumo como para el ahorro. Ese punto de inicio en el que se generan ingresos y ahorros es variable, ya que en algunos casos empieza con la mayoría de edad, cuando culminan los estudios superiores (SJPLC, expediente N° 2247-2014FC), hasta un plazo máximo de 28 años. En otros casos, es más complicado, por causas de incapacidad física o mental:

> QUINTO.- […] Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. (SJPLC, expediente N° 2066-2015)

Una vez que se llega al retiro se consume lo ahorrado en la etapa de trabajo. Esto es interesante para el análisis del derecho de alimentos porque lo que se tiene que satisfacer es la etapa de desahorro inicial. Sin embargo, los obligados estarán dependiendo del momento de su vida en la etapa creciente de consumo más ahorro o en la etapa de consumo de lo ahorrado previamente.

Si bien este modelo que se basa en la gestión del ahorro para la jubilación, no es fiel reflejo de la realidad, puesto que el ingreso no es constante, sino que fluctúa a través del tiempo, es útil.

6. ¿Cómo cuantificar en los procesos de otorgamiento de la pensión de alimentos?

Tomando en consideración lo previamente desarrollado, y en función de la limitación de espacio del presente texto, se esbozarán algunos criterios que pueden considerarse útiles para la cuantificación de la pensión de los alimentos.

En primer lugar, un presupuesto será verificar las condiciones en las que viven tanto los menores como los padres. En un segundo momento, deberá determinarse la necesidad del acreedor alimentario. En tercer lugar, deberá determinarse la posibilidad económica de los obligados.

6.1. Condiciones de vida.

Por condiciones de vida se alude a la ubicación de la residencia, del patrimonio que poseen, como por ejemplo si tienen inmueble propio, si viven con sus padres o en inmueble alquilado, si tienen carro o no, entre otros.

Esto es relevante para determinar el costo de vida del menor al que debería aspirar en las condiciones en las que sus padres pueden otorgarle.

Así, por ejemplo, en otro juzgado del Callao se señaló:

> 28. Sin embargo, de acuerdo al costo de vida en la Provincia Constitucional del Callao deviene en imposible que un menor pueda subsistir con 225 Nuevos Soles mensuales, debiendo además tenerse presente que según datos del año 2013, la línea de pobreza total (canasta básica per cápita mensual) es de 292 Nuevos Soles (Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares Anual, 2013), es decir el monto mínimo para la subsistencia de una persona incluyendo productos alimenticios y otros servicios equivale a tal cantidad. (Primer Juzgado de Paz letrado del Callao, expediente N° 0039-2014)

En España, por ejemplo, se puede ingresar a una tabla de referencia de alimentos[49] en el que, por ejemplo, al introducir la misma información pero diferente residencia del menor, la pensión de alimentos es distinta. Así, por ejemplo, en el 2018, el custodio monoparental con ingreso de los padres de € 1000 cada uno, con un solo hijo, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, provincia de Cáceres, en la localidad de Aldea del Cano, asciende a una pensión de € 140[50]. En cambio, con las mismas condiciones, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, provincia de Barcelona y en la localidad de Arenys del Mar, la pensión total asciende a € 196.

6.2. Necesidad del acreedor alimentario.

En principio, se debe señalar que la satisfacción/necesidad de los acreedores alimentarios tiene el límite del 60 % de los ingresos de los obligados, es decir, solo puede ser satisfecha si: $n \leq (0.6)i$ (O1; O2).

49 Véase http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/

50 Debe tenerse en cuenta que no se encuentran incluidos los gastos de vivienda (hipoteca, alquiler, IBI) y educación de los hijos, entre otros gastos que deberán ser evaluados casuísticamente.

La aplicación de esto se encuentra en el siguiente caso: si el sueldo mínimo es S/ 850 y se tienen dos hijos, se puede afectar solo hasta S/ 510. Por lo tanto, se otorga como pensión S/ 300 para el acreedor alimentario que demanda:

> […] en ese sentido, se encuentra acreditada la posibilidad económica del demandado para cubrir las necesidades de su menor hija en una proporción máxima que por ley **puede ser equivalente hasta el sesenta por ciento de su remuneración total (60 % de 850 = 510)**, […], en este caso en aplicación de las reglas de la sana critica, la pensión a fijarse deberá ascender a S/ 300,00 soles. (SJPLC, expediente N° 2245-2015)

El gran inconveniente que se ha encontrado es que no se cuantifica la necesidad del menor. Una forma sencilla es realizar un listado de las necesidades del menor donde se indiquen montos aproximativos de lo que se gasta, para luego determinar cuál es el monto que van a asumir cada uno de los obligados.

En dicha lista puede ir, por ejemplo: alimentos (desayuno, almuerzo y cena, así como adicionales diarios y mensuales que requiera el menor), educación (gastos de pensión colegio/universidad/instituto, útiles escolares, otros estudios), salud (medicinas, atención), vestido, recreación, entre otros.

Una vez determinados estos montos, los cuales incluso pueden establecer criterios de actualización para no requerir nuevas demandas de alimentos —pudiendo ser de ayuda la tabla de Düsseldorf[51]—, corresponde determinar la posibilidad de los obligados.

6.3. Posibilidad de los obligados.

La determinación de los ingresos de los demandados puede ser advertida de los ingresos declarados, del criterio de sumar los gastos para determinar su poder adquisitivo (SJPLC, expediente N° 1370-2015)[52]. Asimismo, se toma como referencia lo que percibía en su último centro laboral (SJPLC, expediente N° 352-2015) o, en caso de no tener mayores elementos de convicción, se les asigna la remuneración mínima vital vigente[53]. Finalmente, el juzgado también observa la potencialidad del trabajo, aunque no ha brindado criterios lógicos de cómo obtener ello.

Estos criterios son útiles para determinar la medida en que pueden cubrir los obligados la necesidad del menor, y deben señalar que, si aumentan las necesidades del menor, deben afectarse las posibilidades de los obligados. Pero si aumentan las posibilidades de los obligados, esto no afecta las necesidades del menor, sino, en todo caso, pueden afectar las condiciones de vida.

Debe realizarse un análisis serio de esto con el objetivo de evitar resoluciones sin análisis de fondo que justifican la asignación en: (i) la obligación del padre de asistir a sus hijos, (ii) no existan otras obligaciones, (iii) no hay deficiencias físicas; a pesar de que no hay deficiencias

51 Véase http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2018/Duesseldorfer-Tabelle-2018.pdf

52 El demandado en su escrito de apersonamiento señaló que percibía la suma de S/ 900 mensuales en su condición de chofer de carros. No obstante ello, afirmó que sus gastos eran los siguientes: S/ 913 (gastos de su menor hijo) y S/ 250 (arrendamiento), los cuales suman S/ 1163. La jueza, a partir de la suma de gastos, determinó que el verdadero ingreso es de S/ 1163 (SJPLC, expediente N° 1370-2015).

53 Expediente N° 2342-2011 y expediente N° 144-2015, en los que el demandado indica que gana S/ 450 mensuales; sin embargo, la jueza indica que, debido a que él se dedica a diversas labores e incluso ha trabajado en el extranjero, se toma como referencia la remuneración mínima vital de ese momento, es decir, S/ 850.

físicas, se asigna un monto arbitrario sin ninguna justificación que puede ser S/ 250.00[54]; S/ 400.00[55]; S/ 450.00[56]; S/ 600.00[57] o a argumentaciones poco sólidas:

> OCTAVO**.-** Resulta importante señalar que si bien la primigenia pensión fue acordada en el monto de S/ 100.00 soles, el demandado ahora señala que puede aumentar la pensión a S/ 200.00 soles, vale decir el demandado confirma que sus ingresos si se han incrementado, […], a consideración de la Juzgadora se fijará como nueva pensión la suma de S/ 300,00 soles. (SJPLC, expediente N° 1726-2015)

O de otro lado, la asignación se produce en porcentajes (v. g. 30 %[58]); además, uno de los argumentos que se tiene para otorgar porcentajes es que, si bien los hijos aumentan sus necesidades con el transcurso del tiempo, también es cierto que los padres pueden incrementar los ingresos. En este sentido, al aumentar sus ingresos, aumentaría la pensión, por lo cual ya no sería necesario un reajuste (SJPLC, expediente N° 2700-2013), como si la pensión de alimentos fuese acciones de empresas.

Entonces, tendrá que evaluarse las posibilidades económicas de ambos obligados tomando en consideración para cuantificar normas como la ley N° 30550 que modifica el art. 481 del CC: «El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente».

7. Conclusiones

Actualmente, no existen criterios definidos para cuantificar la pensión de alimentos, toda vez que no se verifica el análisis de la necesidad del menor.

Asimismo, se toma en consideración solo la cuantificación del obligado demandado y no de ambos padres.

Es necesario hacer un esfuerzo al momento de cuantificar la pensión de alimentos, siendo el modelo de Modigliani uno sencillo a tomar en cuenta para coadyuvar a los magistrados a determinar una pensión más acorde con la realidad.

54 (SJPLC, expediente N° 2720-2011).
55 (SJPLC, expediente N° 413-2016).
56 (SJPLC, expediente. N° 2342-2011).
57 (SJPLC, expediente N° 468-2016).
58 (SJPLC, expediente N° 1370-2015).

REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (s. f.). Las necesidades económicas del acreedor alimentario como uno de los criterios a tomar en cuenta para fijar la prestación alimentaria. En *Claves para ganar los procesos de alimentos. Un enfoque aplicativo de las normas la doctrina y la jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Ando, A. y Modigliani, F. (1963). The Life Cycle hypothesis of saving: aggregate implications and test. *American Economic Association, 53*(1), 55-84,

Auletta, T. (1984). *Alimenti e solidarietá familiar*e. Milano: Giuffrè.

Barassi, L. (1932). *Dell'obligo degli alimenti.* En *Osservazioni intorno al progetto di riforma del libro 1º del códice civile*. Milano: Vita e Pensiero

Bustamante, E. y Reyna, A. L. M. (2003). *Alimentos. Cuadernos jurisprudenciales.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Cámara de comercio de Lima. (2018). Sube el costo de la canasta básica y aún no está del todo cubierta. Recuperado de https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r786_2/info_esp_786.pdf

Campana, M. (2003). *Derecho u obligación alimentaria* (2.ª ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.

Canales Torres, C. (2013). *Criterios en la determinación de la pensión de alimentos en la jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Cantuarias, F. (1987). Derecho de alimentos a favor del hijo alimentista. *Themis-Revista de Derecho*, (8), 82-82.

Cicu, A. (1965). *La natura giuridica dell'obbligazione alimentare fra congiunti*. En *Scritti minori* (Vol. I) (pp. 713-766). Milán: Giuffrè.

Cuarto Juzgado de Paz letrado de Familia de Chorrillos. (2014). Expediente Nº 218-2014.

Defensoría del Pueblo. (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.

De Ruggiero, R. (1934). *Instituzioni di diritto civile* (Vol. II). Milano: Messina.

Ferri, L. (2001). *La autonomía privada*. Granada: Comares.

Giorgianni, M. (1958). *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Barcelona: Bosh.

Gonzáles Fuentes, C. G. (2007). *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Banco Mundial: Poder Judicial.

Larraín, F. y Sachs, G. (2002). *La economía global*. Buenos Aires: Pearson Education.

Manitto, A. (1995). *L´obbligazione legale degli alimenti*. Firenze: Noccioli.

Messineo, F. (1954). *Manuel de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA.

Modigliani, F. y Brumberg, R. (1954). *Utility Analysis and the consumtion function: an interpretation of cross*. Nueva Jersey: Rutgers University Press.

Mortati, C. (1935). *La volonta e la causa nell´atto amministrativo e nella legge*. Roma: R. De Luca.

Primer Juzgado de Paz letrado del Callao. (2014). Sentencia del 31 de julio de 2015. Expediente N° 0039-2014.

Provera, G. (1972). *Degli alimenti, Art.443-338, in Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca* (Libro primero). Bologna, Roma: *Figura 3:* Hipótesis del ciclo de vida en el consumo y el ahorro.

Real Academia de la Lengua Española. (2018). Recuperado de http://dle.rae.es/?id=1rm36tt

Secco, L. (1957). *Degli alimenti: Commento del titolo XIII del libro I del Codice civile / Luigi Secco, Carlo Rebuttati. Pref. di Riccardo Orestano*. Milano: Giuffrè.

SJPLC (2009). Sentencia del 26 de junio de 2017. Expediente N° 846-2009, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2011). Sentencia del 2 de febrero de 2017. Expediente N° 2342-2011, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2011). Sentencia del 23 de noviembre de 2016. Expediente N° 352-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2011). Sentencia de 13 de diciembre de 2016. Expediente N° 2720-2011, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2012). Sentencia de trece de febrero de 2017. Expediente N° 2138-2012, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2013). Sentencia del 20 de enero de 2017. Expediente N° 381-2013, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2013). Sentencia de 16 de junio de 2017. Expediente N° 6544-2003-CI, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2013). Sentencia de 23 de noviembre de 2016. Expediente N° 2700-2013, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2013). Sentencia de 12 de diciembre de 2016. Expediente N° 3223-2013, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2013). Sentencia de 12 de diciembre de 2016. Expediente N° 1712-2013, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 19 de enero de 2017. Expediente N° 2812-2014, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 20 de enero de 2017. Expediente N° 544-2014, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 30 de marzo de 2017. Expediente N° 1761-2014, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 30 de marzo de 2017. Expediente N° 2969-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 16 de junio de 2017. Expediente N° 2247-2014FC, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia de 11 de julio de 2017. Expediente N° 2342-2014, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2014). Sentencia del 20 de agosto de 2017. Expediente N° 544-2014, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 2 de febrero de 2017. Expediente N° 144-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 13 de febrero de 2017. Expediente N° 2096-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 17 de febrero de 2017. Expediente N° 1249-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 30 de marzo de 2017. Expediente N° 992-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 31 de marzo de 2017. Expediente N° 849-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 2245-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 10 de mayo de 2017. Expediente N° 316-2015-FC, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 17 de mayo de 2017. Expediente N° 2066-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 30 de mayo de 2017. Expediente N° 3183-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 15 de junio de 2017. Expediente N° 3071-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia del 11 de julio de 2017. Expediente N° 1370-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 11 de julio de 2017. Expediente N° 1370-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 11 de julio de 2017. Expediente N° 2045-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 11 de julio de 2017. Expediente N° 2408-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia del 5 de octubre de 2017. Expediente N° 316-2015-FC, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Expediente N° 1726-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 23 de noviembre de 2016. Expediente N° 2496-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 25 noviembre de 2016. Expediente N° 2783-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 7 de diciembre de 2016. Expediente N° 2808-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia del 13 de diciembre de 2016. Expediente N° 668-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 15 de diciembre de 2016. Expediente N° 1249-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2015). Sentencia de 13 de diciembre de 2016. Expediente N° 1868-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 13 de febrero 2017. Expediente N° 2096-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 16 de junio de 2017. Expediente N° 413-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 598-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 995-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 1043-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 1660-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 28 de abril de 2017. Expediente N° 2942-2015, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia del 17 de mayo de 2017. Expediente N° 403-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia del 11 de julio de 2017. Expediente N° 624-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

SJPLC (2016). Sentencia de 24 de noviembre de 2016. Expediente N° 468-2016, Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao.

Vincenzi, D. (1973). *Gli alimenti, struttura giuridica* e *funzione sociale*. Milano. En *Rescigno, Trattato di diritto privato, Persone* e *familia*. Band IV, 2, Torino 1982, Neudruck 1986.

Wodok, W. (2002). *Familiäre Solidarität - Der Verwandtenunterhalt im italienischen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Kindesunterhalts und sozialrechtlicher Aspekte*. Bd/Vol.344.

SECCIÓN III

DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

LA ELIMINACIÓN DE RESTRICCIONES AL COMERCIO EN LA COMUNIDAD ANDINA: ¿HASTA DÓNDE PUEDE LLEGAR LA INFLUENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA?

Yovana Reyes Tagle
Escuela de Posgrado, PUCP*

Categoría profesores

El presente artículo busca determinar que las restricciones al comercio que establece el Tribunal de Justicia de la CAN deben ser cautelosas al aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea, a la luz del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena de no restricción de capacidad y autonomía regulatoria de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

1. Introducción

El ingenio del hombre para diseñar medidas restrictivas al comercio jamás se detendrá (Jackson, 1997, p. 154). Los países tendrán que lidiar siempre con la posibilidad de nuevas limitaciones al comercio en la forma de restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Las primeras son las clásicas restricciones al comercio, y las más evidentes. Por esta razón, es más difícil para los Estados justificar su adopción. Sin embargo, las segundas, las llamadas invisibles (Mathijsen, 1995, p. 174), son las más difíciles de detectar[1].

En cuanto a la Organización Mundial del Comercio (OMC), el artículo XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) obliga a los miembros a eliminar las restricciones cuantitativas y otras medidas que prohíban o restrinjan las importaciones; además, enumera algunos ejemplos de esta clase de restricciones, tales como los contingentes y las licencias de importación. Esta norma no incorpora el concepto de Medidas de Efecto Equivalente a las Restricciones Cuantitativas (MERC), como sí lo hace el artículo 34 del Tratado de

* Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Doctora en Derecho (LL.D.) y magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Helsinki, Finlandia. Es docente y miembro del Comité Directivo de la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP.

1 Según Ederington y Ruta (2016), el concepto de medidas no arancelarias es un concepto negativo; incluye aquellas medidas que no son aranceles a las importaciones, pero pueden tener un impacto en los flujos del comercio internacional. Este concepto abarca una amplia gama de medidas teniendo en cuenta el propósito, el tipo de política o dónde se produce la acción (p. 4). Asimismo, Knebel y Peters (2015) señalan que este tipo de medidas con frecuencia se denominan obstáculos no arancelarios por su naturaleza inequívocamente discriminatoria y protectora.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sin embargo, como sostiene Herdegen (2012), «El GATT somete a un control estricto las restricciones aplicables a las importaciones» (p. 201). Para que exista una restricción a las importaciones en la OMC, por ejemplo, no se requiere probar una afectación a las importaciones[2]. En China —materias primas[3]—, y en Indonesia —carne de pollo[4]—, los Grupos Especiales coincidieron en señalar que «La mera posibilidad de que se limite el comercio es suficiente para que haya restricción».

Asimismo, en la OMC, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) reconoce el derecho de los Estados a aplicar reglamentos técnicos para proteger sus objetivos legítimos, para lo cual establece límites al ejercicio de esa autonomía con la finalidad de evitar obstáculos innecesarios para el comercio (art. 2.2 del Acuerdo OTC). En esta línea, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) permite a los Estados adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias siempre que cumplan con las obligaciones asumidas. Se busca garantizar que las medidas sean justificadas, tengan como sustento principios científicos y no constituyan una restricción encubierta al comercio (art. 2.2 y 2.3 del Acuerdo MSF).

Por su parte, en la Comunidad Andina (CAN), el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena consagra el principio de libre circulación de mercancías. Como resultado, los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre las importaciones están prohibidos. La definición de este principio ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). Una revisión de la jurisprudencia andina revela que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por ejemplo, con su célebre fórmula Dassonville para definir el concepto de MERC, ha sido aplicada en la CAN para determinar la existencia de restricciones al comercio. De esta manera, el TJCAN ha adoptado un enfoque amplio en la interpretación del principio de libre circulación de mercancías para incorporar una serie de medidas que pueden afectar las importaciones procedentes de los países andinos (Reyes Tagle, 2012, p. 24).

Este artículo busca analizar de qué manera la interpretación del concepto de MERC, desarrollada por el TJUE, es aplicable a la noción de «restricciones de todo orden» del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

¿Por qué debe la fórmula Dassonville ser aplicada sin ningún límite en la CAN? Esta investigación plantea que la determinación de la existencia de restricciones al comercio requiere que el TJCAN sea cauteloso al aplicar la jurisprudencia del TJUE con el fin de establecer los límites del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, para no restringir innecesariamente la autonomía y capacidad regulatoria de los países andinos[5]. Como sostienen Maduro y de Sousa (2016), cuando se revisan las medidas nacionales que afectan el comercio, los tribunales deciden sobre los límites de los poderes de los Estados y el impacto en el grado de regulación en el mercado. El alcance de los poderes de regulación que puede ser ejercitado por los Estados,

2 OMC, Informes del Grupo Especial. Argentina - Medidas que Afectan a la Importación de Mercancías. Documento, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R, 22 de agosto de 2014, párr. 6.264; OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000, párr. 11.20.

3 OMC, Informes del Grupo Especial. China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas, WT/DS394/R / WT/DS395/R / WT/DS398/R y Corr. 1, 22 de febrero de 2012, párr. 7.1081.

4 OMC, Informe del Grupo Especial, *Addendum*. Indonesia - Medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo. Documento WT/DS484/R/Add.1, 17 de octubre de 2017, párr. 60.

5 A diferencia del TFUE, el Acuerdo de Cartagena no enumera qué competencias pertenecen exclusivamente a la CAN, y cuáles son compartidas entre la CAN y sus Estados miembros.

en este contexto, depende de la interpretación que se dé a las normas que regulan el principio de libre circulación de mercancías, la cual afecta la regulación del mercado (p. 205).

Para este fin, ha de tenerse en cuenta que, en la doctrina europea, a través de los años, ha habido una ardua discusión acerca de los límites del artículo 34 del TFUE que consagra el principio de libre circulación de mercancías (White, 1989, pp. 235-280) y los nuevos retos que la jurisprudencia del TJUE enfrenta en las recientes crisis económicas (Hojnik, 2012, pp. 291-326). El TJUE respondió a estas interrogantes y cuestionamientos e hizo el esfuerzo por limitar el alcance de su fórmula Dassonville para excluir determinadas medidas adoptadas por los Países Miembros de la Unión Europea fuera del alcance del concepto de MERC. En la CAN, tal desarrollo no ha sido planteado hasta el momento y se mantiene una amplia interpretación del concepto de restricciones de todo orden.

Este artículo presenta de qué manera se ha regulado el principio de libre circulación de mercancías, en particular el tema de las restricciones de todo orden en la CAN; expone los casos andinos que reflejan la utilización de la jurisprudencia del TJUE; analiza las controversias, imprecisiones y el debate originado en torno a las consecuencias de la fórmula Dassonville en la Unión Europea; y precisa las diferencias de regulación existentes entre los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 34 y 36 del TFUE. Estas controversias presentadas se basan en las investigaciones que diversos autores han realizado sobre el tema. Más que hacer un análisis de las diferencias institucionales o del desarrollo de los procesos de integración en la CAN y la Unión Europea, el artículo se enfoca en advertir la problemática de la jurisprudencia del TJUE y, sobre esta base, destaca la necesidad de no realizar una aplicación automática de dicha jurisprudencia en la CAN.

2. La regulación del principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina

2.1. El Acuerdo de Cartagena y la obligación de eliminar las restricciones al comercio.

En reiteradas oportunidades, el TJCAN ha declarado la necesidad de mantener y defender el principio de libre circulación de mercancías[6]. Este órgano jurisdiccional ha enfatizado la importancia de eliminar los obstáculos al comercio para la integración económica y el rol central que juega este principio para alcanzar el mercado común[7]. Asimismo, el TJCAN ha intentado encontrar un balance entre el principio de libre circulación de mercancías y otros principios o derechos reconocidos en la normativa andina. De esta manera, por ejemplo, el TJCAN ha opinado que la protección de los derechos al consumidor tiene un límite, no debe representar un obstáculo al comercio[8], y que, además, existe la necesidad de impedir el ejercicio abusivo de los derechos de la propiedad intelectual que conlleve a una limitación del comercio[9].

El Programa de Liberación del intercambio comercial constituye uno de los mecanismos que el mismo Acuerdo de Cartagena establece para lograr sus objetivos (artículo 3). El artículo 72 del Acuerdo de Cartagena consagra el principio de libre circulación de mercancías y establece que «el Programa de Liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones

6 TJCAN, Proceso 2-AI-97, p. 16.
7 TJCAN, Proceso 3-AI-96, pp. 15-16.
8 TJCAN, Proceso 125-AI-2004, p. 20.
9 TJCAN, Proceso 2-AI-96, p. 33.

de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro». El segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo define el concepto de «restricciones de todo orden». A la luz de esta norma, son restricciones ilegales al comercio andino «cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral». Esta norma enumera también las excepciones al principio de libre circulación de mercancías, entre ellas, la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales.

Asimismo, mediante el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, se otorga a la Secretaría General de la CAN (SGCAN) la facultad exclusiva de calificar si una medida adoptada por un País Miembro constituye una restricción al comercio[10]. Según el TJCAN, el objetivo del artículo 74 es controlar la actividad de los Países Miembros[11]. No obstante, el TJCAN ha aclarado que, dado que las resoluciones de la SGCAN están sujetas a revisión judicial, es el tribunal el que tiene la tarea de decidir cuándo una medida unilateral de un País Miembro constituye un gravamen o restricción.[12] Según el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, corresponde al TJCAN la facultad de interpretar las normas andinas.

Asimismo, el artículo 77 del mismo acuerdo regula la llamada cláusula *standstill* e impone a los Países Miembros la obligación de no modificar los niveles de gravámenes ni introducir nuevas restricciones al comercio andino.

El propósito del artículo 73 es aclarar el amplio concepto de «restricciones de todo orden», introducido por el artículo 72. El TJCAN se ha pronunciado con respecto a la razón de ser de una disposición del Acuerdo de Cartagena que contiene una definición. Cuando el TJCAN analizó el concepto de gravámenes a la importación, contenido en el mismo artículo 73, precisó que este acuerdo «no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros, sino que lo amplía, de manera muy generosa, a "cualesquier otros recargos de efectos equivalentes"»[13]. En otras palabras, el TJCAN admite que el concepto de gravámenes no está limitado porque se ha introducido el concepto de recargos de efectos equivalentes.

Sin embargo, este mismo enfoque no fue adoptado por el Acuerdo de Cartagena cuando se define el concepto de restricciones de todo orden. La redacción del artículo 73 revela que sus redactores estaban conscientes del concepto de medidas de efecto equivalente; no obstante, optaron por no incluirlo. De esta manera, a diferencia de la definición del concepto de gravámenes a la importación, el concepto de restricciones de todo orden no ha sido generosamente ampliado por el Acuerdo de Cartagena. En realidad, el artículo 73 restringe este concepto a tres tipos de medidas: administrativas, financieras y cambiarias. Notablemente, han sido el TJCAN y la SGCAN los que han introducido el concepto de medidas de efecto equivalente, recurriendo a la jurisprudencia del TJUE. Aunque el TJCAN ha definido el concepto de medidas administrativas, financieras y cambiarias del artículo 73, sus sentencias con respecto al propósito de esta norma de definición han sido limitadas en cuanto a su alcance.

10 El TFUE no establece una competencia similar para la Comisión de la Unión Europea, la cual deberá seguir el procedimiento de solución de controversias contemplado en el mismo tratado. La SGCAN tiene como una de sus funciones el velar por la aplicación y el cumplimiento de las normas andinas (Artículo 30 a) del Acuerdo de Cartagena); sus Resoluciones son vinculantes para los Países Miembros (Artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN).

11 TJCAN, Proceso 14-IP-2008, p. 12.

12 TJCAN, Proceso 121-AI-2003, p. 13.

13 TJCAN, Proceso 12-AN-99, p. 12.

3. El alcance del principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad Andina

3.1. El concepto de restricciones de todo orden en el Acuerdo de Cartagena.

El establecimiento de la existencia de restricciones al comercio en la CAN ha seguido un análisis de dos niveles que se asemeja al del TJUE. En ambos procesos de integración, primero, se ha evaluado si la medida adoptada por un Estado constituye una restricción al comercio. Luego, se ha analizado si dicha medida puede ser justificada al amparo de una de las excepciones previstas en el Acuerdo de Cartagena y el TFUE, según corresponda. Gormley (2011) observa que el clásico enfoque Dassonville del TJUE consiste, precisamente, en estas dos etapas (p. 1597).

Para el TJCAN una restricción de todo orden incluye «una medida de cualesquiera órdenes que disminuya, limitando y modificando, una situación actual en detrimento del comercio interandino»[14]. De esta manera, este órgano jurisdiccional ha considerado que una restricción al comercio puede incluir «cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones […] Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que las mercancías de producción nacional»[15].

Desde los inicios de los años noventa, el TJCAN ha destacado que una restricción que afecta el comercio es lo que el Acuerdo de Cartagena busca evitar. El TJCAN ha seguido un enfoque objeto-efecto cuando ha analizado una medida restrictiva nacional (Reyes Tagle, 2012, pp. 8-9), y ha confirmado en su jurisprudencia que «Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que tengan por objeto y como resultado imposibilitar las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden»[16]. En este sentido, existe una semejanza con la jurisprudencia del TJUE, en la cual se sostiene que las medidas adoptadas por un País Miembro que tenga como objeto o efecto tratar con productos procedentes de otro País Miembro de un modo menos favorable constituye una medida de efecto equivalente[17].

Desde el punto de vista del TJCAN, la forma, la intención o el propósito de una medida es irrelevante para efectos de determinar la existencia de una restricción al comercio. En su opinión, una medida restrictiva puede adoptar las siguientes formas:

> Una norma jurídica de efectos generales —aunque pudieren afectar, particularmente a un solo sector—, de una decisión o resolución con eficacia *inter partes* o *erga omnes*, de operaciones materiales o físicas, de omisiones o, en fin, cualquier actitud positiva o negativa, incluidas las prácticas administrativas al margen de la ley o incluso derivadas de esta[18]. (TJUE, Asunto 110/05 Comisión vs. Italia. [2009] I-00519, párr. 37)

Se observa la semejanza con la jurisprudencia del TJUE. En efecto, la forma de la medida de efecto equivalente no ha sido relevante en la jurisprudencia del TJUE, sino el efecto de la misma (Chalmers, Davies y Monti, 2010, p. 752). De manera similar, en el caso Comisión vs. Francia (TJUE, Asunto C-265/95 Comisión vs. Francia [1997] E.C.R.), se produjeron actos

14 TJCAN, Proceso 69-IP-2013, p. 19.
15 TJCAN, Proceso 2-AI-96, p. 31.
16 TJCAN, Proceso 69-IP-2013, p.19; Proceso 80-IP-2013, p. 21. Véase el Proceso 3-AI-96y el Proceso 11-IP-2008.
17 TJUE, Asunto 110/05 Comisión vs. Italia. [2009] I-00519, párr. 37.
18 TJCAN, Proceso 2-AN-98, p. 10.

violentos por parte de individuos y movimientos de protesta de los agricultores franceses contra los productos procedentes de otros Países Miembros. Esta acción de los particulares obstruía la libre circulación de frutas y hortalizas. El TJUE partió de la fórmula Dassonville para declarar que Francia había incumplido el artículo 34 del TFUE «al no adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas para que determinadas acciones de particulares no obstaculicen la libre circulación de frutas y hortalizas»[19].

En consecuencia, la acción y la inacción de los estados que afecten las importaciones pueden ser consideradas como una violación al principio de libre circulación de mercancías tanto en la Unión Europea como en la CAN.

Asimismo, desde su sentencia en el Proceso 5-IP-90, la cual ha sido reiterada en posteriores fallos[20], el TJCAN ha definido el concepto de medidas administrativas, financieras y cambiarias incorporado en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Las primeras incluyen «desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones»[21]. En el segundo caso, el TJCAN se refiere a «los controles financieros, que se encuadran dentro de las reglamentaciones sobre préstamos para el pago de importaciones, costo del financiamiento externo y disponibilidad del mismo»[22]. En el tercer caso, el TJCAN considera que las mismas «de alguna forma obstaculizan el funcionamiento libre, abierto y pleno del mercado de divisas»[23].

Esta definición de medida restrictiva desarrollada por el TJCAN se asemeja mucho a la contenida en la Directiva 70/50 de la Comisión de la Unión Europea de 1969, que trataba el tema de las MERC y definía el concepto de medidas. Por ejemplo, en la jurisprudencia del TJCAN se han incluido algunas medidas enumeradas en el artículo 2.3 de esta Directiva. Asimismo, esta Directiva influyó en las decisiones de la SGCAN[24] y el TJCAN. Por lo tanto, esta Directiva y la jurisprudencia del TJUE moldearon la conceptualización del principio de libre circulación de mercancías en la CAN.

Además, al precisar el objetivo de la eliminación de los gravámenes y las restricciones de todo orden, el TJCAN ha citado el asunto 159/78 para señalar que el objetivo es que, conforme lo sostuvo el TJUE, «los intercambios de mercancías entre Estados miembros se efectúen en condiciones lo más parecidas posible a las que existan en un mercado interior»[25]. A partir de esta jurisprudencia del TJUE, el TJCAN concluyó que:

> La liberación absoluta del intercambio intracomunitario debe percibirse como una situación que se asemeje, en la medida de lo posible, a la que existe en el interior de los territorios de los Países Miembros, logrando una fusión de los mercados nacionales en un espacio económico común, sin fronteras estatales que impliquen dificultades pecuniarias, administrativas, formales o de cualquier otro tipo[26].

19 TJUE, Asunto C-265/95 Comisión vs. Francia [1997] E.C.R., p.I-7005.
20 TJCAN, Proceso 117-AI-2003, Proceso 2-AN-98.
21 TJCAN, Proceso 106-IP-2012, p.11; Proceso 194-IP-2007, p. 12; Proceso 5-IP-90, p. 11. SGCAN, Resolución 244.
22 TJCAN, Proceso 5-IP-90, p. 11.
23 TJCAN, Proceso 5-IP-90, p. 11.
24 SGCAN, Resolución 047.
25 TJCAN, Proceso 2-AN-98, p. 10.
26 TJCAN, Proceso 2-AN-98, p. 10.

Esta jurisprudencia del TJCAN se asemeja a la del TJUE en el caso Gaston Schul. En este caso, el TJUE sostuvo que el mercado común «tiene por objeto la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con el fin de fundir los mercados nacionales en un mercado único estableciendo condiciones lo más próximas posibles a las de un auténtico mercado interior»[27]. De esta manera, la definición de mercado común del TJUE ha servido de base para que el TJCAN decida respecto a las medidas nacionales que pueden obstruir o limitar las importaciones.

En el análisis de las medidas adoptadas por los Países Miembros, a la luz de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, hay una serie de medidas que han sido consideradas como restricciones al comercio y que, por lo tanto, no pueden ser permitidas. De esta manera, las cuotas de importación[28], los registros previos[29], los vistos buenos, la solicitud y aprobación de las licencias previas de importación[30], el requisito de autorizaciones previas[31] y las prohibiciones a la importación[32] están incluidos en la noción de «restricciones de todo orden». Asimismo, la imposición de requisitos técnicos[33] y la cancelación de autorizaciones vigentes sin expresión de causa, sin tener ninguna base legal o por razones discriminatorias o no objetivas[34], entre otras, constituyen restricciones al comercio.

Por otro lado, se observa que, en el doble enfoque seguido en la jurisprudencia del TJCAN al analizar las restricciones al comercio, se han presentado algunas inconsistencias. Por ejemplo, el TJCAN ha afirmado que, a la luz del Acuerdo de Cartagena, «No todas las restricciones a la libertad de comercio necesariamente son ilícitas "per-se" […] hay causales de excepción que justifican la limitación o prohibición de importar por razones válidamente consideradas en la ley»[35]. En cambio, en otras ocasiones, el TJCAN ha sostenido que las excepciones que permite el artículo 73 «no constituyen restricciones»[36]. Asimismo, este tribunal ha expresado que una medida puede dejar de ser restrictiva por tener el carácter de excepción[37]; así, las excepciones no constituirían una restricción al comercio[38]. En realidad, el TJCAN, en estos últimos casos, se equivocó al no observar que, aun cuando una medida sea justificada al amparo de las excepciones al principio de libre circulación de mercancías, dicha medida sigue siendo una restricción al comercio. La diferencia se presenta en que tal restricción ha sido justificada. Recurrir a las excepciones del artículo 73 presupone la existencia de una restricción al comercio.

No es de sorprender que el mismo error se aprecie en la jurisprudencia del TJUE. Gormley (2011) cita el caso Comisión vs. Italia (Asunto 110/05 de 2009) y encuentra la misma forma de análisis del TJUE que, al justificar una restricción a la importación, la excluye del

27 TJUE, Asunto 15/81, Gaston Schul Douane Expediteur BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal [1982] ECR. p. 361.
28 SGCAN, Resolución 490.
29 SGCAN, Resolución 407.
30 TJCAN, Proceso 136-AI-2004, p. 22. Véase, SGCAN, Resolución 967.
31 SGCAN, Resolución 604.
32 SGCAN, Resolución 986.
33 SGCAN, Resolución 1289, Resolución 1564.
34 SGCAN, Resolución 209.
35 TJCAN, Proceso 5-IP-90, p.12.
36 TJCAN, Proceso 3-AI-96, p.20.
37 TJCAN, Proceso 5-AN-97, p.24.
38 TJCAN, Proceso 11-IP-2008, p. 8; Proceso 117-AI-2004, p. 25.

concepto de medida de efecto equivalente. Gormley indica que este error de lógica se hace muy frecuentemente y debería terminar en la jurisprudencia del TJUE (p. 1614).

3.2. El concepto de restricciones al comercio y la utilización de las normas de la Organización Mundial del Comercio en la jurisprudencia de la Comunidad Andina.

El TJCAN ha considerado que los acuerdos internacionales suscritos por los Países Miembros constituyen fuente del derecho en la CAN[39]. En este sentido, el TJCAN ha observado que el GATT ayuda a explicar el significado de los conceptos de liberación comercial y las restricciones al comercio[40].

Asimismo, el TJCAN ha reconocido que, ante la existencia de vacíos en el ordenamiento jurídico comunitario, las normas de la OMC pueden ser utilizadas «en forma complementaria»; no obstante, tal utilización está condicionada a que las normas multilaterales sean compatibles con los «principios y normas del Acuerdo de Integración Andina»[41]. A partir de esta jurisprudencia, el uso de las normas de la OMC para interpretar los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena conllevaría necesariamente un análisis de compatibilidad entre las normas andinas y las de la OMC que tendrá que ser realizado por el TJCAN.

Sin embargo, el TJCAN no siempre va a discutir el tema de la compatibilidad de las normas multilaterales con las andinas. Por ejemplo, el Perú promulgó el Decreto Supremo N°. 010-97-ITINCI que permitía las patentes de segundo uso, a pesar de que la entonces Decisión 344 no lo hacía. Ante el TJCAN, el Perú invocó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, y le solicitó que declare la incompatibilidad de la norma andina con la de la OMC. El TJCAN rechazó este pedido por varias razones. Entre ellas, consideró que los argumentos del demandado contradecían el principio de autonomía y primacía del derecho comunitario andino[42].

En otros casos, los Países Miembros han recurrido a la aplicación de las normas multilaterales como mecanismo de defensa. Frente a esto, el TJCAN no ha aceptado que las obligaciones que los Países Miembros han contraído individualmente como miembros de la OMC constituyan una excepción al cumplimiento del ordenamiento jurídico andino[43]. Por ejemplo, Ecuador sostuvo que su Resolución 183 del COMEXI se basaba en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación de la OMC, y que sus procedimientos no podían ser considerados como una restricción al comercio al ser consistentes con el derecho nacional y andino. En opinión del TJCAN, la participación de los países andinos en la OMC no los exime de la obligación de cumplir el derecho andino[44]. Por lo tanto, los Países Miembros no pueden imponer restricciones al comercio sobre la base de la OMC y en contravención de las normas andinas.

A pesar de lo expuesto, el TJCAN ha intentado dar contenido al artículo 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, y se ha referido a las normas de la OMC y la Unión Europea. Así, en

39 TJCAN, Proceso 34-AI-2001, p. 47.
40 TJCAN, Proceso 5-IP-90, p. 11.
41 TJCAN, Proceso 118-AI-2003, p. 47.
42 TJCAN, Proceso 89-AI-2000, pp. 37-38.
43 TJCAN, Proceso 10-AN-2000 y 61-AN-2000 (conjunto), pp. 25-26.
44 TJCAN, Proceso 117-AI-2003, p.18.

el Proceso 3-AI-96, y, posteriormente, en el Proceso 2-AN-2015[45], el TJCAN afirmó que el Acuerdo de Cartagena:

> No contiene norma sustantiva relativa a las medidas de efecto equivalente contenidas en el artículo [artículo 34 del TFUE]; sin embargo, ésta puede constituir valiosa fuente supletoria del derecho - junto con las normas aplicables al tema de restricciones cuantitativas a nivel de la Organización Mundial de Comercio[46].

A partir de este argumento, el TJCAN concluyó que:

> Un obstáculo o impedimento a la importación libre de mercancías que se salga del objeto específico de la medida […] dirigiéndose a imposibilitar injustificadamente la importación de un determinado producto o de hacer la importación más difícil o más costosa, pued[e] reunir las características de restricción al comercio y más aún, si una medida tiene el carácter discriminatorio[47].

Asimismo, la SGCAN destacó que, para determinar la existencia de restricciones al comercio, se requiere analizar «los efectos eventualmente limitantes o restrictivos del comercio», y ha planteado que de esta manera se ha entendido en la OMC y en la Comisión de la Unión Europea[48].

Si se revisa la jurisprudencia de la OMC en torno a las restricciones cuantitativas, se observa que hay semejanzas con lo que el TJCAN propone. En Colombia —precios indicativos—, el Grupo Especial precisó lo siguiente sobre el artículo XI.1 del GATT:

> Es aplicable a medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso de las importaciones a los mercados o hacen que la importación sea prohibitivamente costosa, circunstancias todas que tienen repercusiones en la posición competitiva de un importador[49].

En República Dominicana —cigarrillos—, el Grupo Especial consideró que el artículo XI.1 del GATT comprende las medidas que afectan las oportunidades de importación[50]. Por su parte, a propósito del significado del término restricción del artículo XI.1, en el caso India - Restricciones cuantitativas, el Grupo Especial opinó que este «tiene también un amplio alcance, como se comprueba por su sentido corriente, que es "una limitación de la acción,

45 TJCAN, Proceso 2-AN-2015. párr. 3.3.10 y 3.3.12.
46 TJCAN, Proceso 3-AI-96, p. 17.
47 TJCAN, Proceso 3-AI-96, p. 17.
48 SGCAN, Resolución 047, p. 5; Resolución 449, p. 5.
49 OMC, Informe del Grupo Especial. Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. Documento WT/DS366/R, 27 de abril de 2009, párr. 7.240. Este mismo enfoque ha sido seguido por los Grupos Especiales en casos posteriores. OMC, Informes del Grupo Especial. Argentina - Medidas que Afectan a la Importación de Mercancías. Documento, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R, 22 de agosto de 2014, párr. 6.260.
50 OMC, Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. Documento WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004, párr. 7.261.

una condición o reglamentación limitativas"»[51]. El Grupo Especial en India-automóviles parte de esta definición para concluir que:

> Esa frase sugiere la necesidad de identificar no simplemente una condición impuesta a la importación, sino una condición que sea limitativa, es decir, que tenga un efecto limitativo. En el contexto del artículo XI, ese efecto limitativo debe afectar a la importación misma[52].

En los casos India —restricciones cuantitativas[53]— y Japón —comercio de semiconductores, los Grupos Especiales coincidieron en destacar que el artículo XI.1 del GATT permite una amplia interpretación en torno a las medidas nacionales que pueden ser consideradas como restricción al comercio. En este segundo caso, el Grupo Especial señaló que el artículo XI.1 «era de vasto alcance: se aplicaba a todas las medidas impuestas o mantenidas por una parte contratante que prohibieran o restringieran la importación…»[54]. En este contexto, las multas prohibitivamente costosas impuestas como consecuencia de la importación de neumáticos recauchutados en Brasil[55], así como las prohibiciones a las importaciones han sido consideradas incompatibles con esta norma multilateral[56].

Sin citar la jurisprudencia de la OMC, el TJCAN coincide con la conceptualización de restricciones al comercio que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han desarrollado en el sentido de la imposición de condiciones que tienen el efecto de limitar las importaciones al hacerlas más difíciles y costosas.

Sin embargo, en general, como ha sido observado por Marceau, Izaguerri y Lanovoy (2013), mientras que el tribunal de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual parece considerarse obligado por la jurisprudencia de la OMC, el TJCAN parece decidido a distanciarse de ella (p. 531). En efecto, el TJCAN ha mostrado una tendencia a recurrir, de manera expresa, a la jurisprudencia del TJUE, aun cuando, en algunos casos, pueda citar o hacer referencia a las normas de la OMC[57]. En este sentido, a pesar de lo señalado por el TJCAN en el Proceso 3-AI-96 y en el Proceso 2-AN-2015, una revisión de su jurisprudencia en torno a las restricciones al comercio muestra que la jurisprudencia del TJUE ha sido decisiva en las decisiones del TJCAN y la SGCAN.

Si se tiene en consideración que todos los países andinos son Miembros de la OMC, así como que el TJCAN ha reconocido que este tipo de acuerdos internacionales del que forman parte estos países son fuente del derecho en la CAN, la referencia que hace el TJCAN a las

51 OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999, párr: 5.128.

52 OMC, Informe del Grupo Especial. India - Medidas que afectan al sector del automóvil. Documento WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 de diciembre de 2001, párr: 7.270.

53 OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999, párr: 5.128.

54 OMC, Informe del Grupo Especial. Japón-Comercio de Semiconductores. Documento L/6309 - 35S/130, el 4 de mayo de 1988, p. 31.

55 OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil - medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, 12 de junio de 2007, párr: 7.372 y 7.374. Este mismo enfoque ha sido aplicado en casos posteriores. OMC, Informes del Grupo Especial. Argentina - Medidas que Afectan a la Importación de Mercancías. Documento, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R, 22 de agosto de 2014, párr: 6.261.

56 OMC, Informe del Grupo Especial. Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones. Documento WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997, párr: 5.11.

57 TJCAN, Proceso 3-AI-97, pp. 20, 23, 26, 27 y 29.

normas de la OMC en la interpretación del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena es comprensible. No obstante, considerar al TFUE y a las normas de la OMC como «valiosa fuente supletoria del derecho» plantea la pregunta sobre si el TFUE debería tener la misma posición que las normas de la OMC en la CAN. Esta consideración del TJCAN justificó el uso de la jurisprudencia del TJUE.

3.3. Las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la jurisprudencia de la Comunidad Andina.

Con el fin de comprender el alcance del concepto de MERC en la CAN, es pertinente precisar de qué manera ha sido regulado en la Unión Europea, dado que es la interpretación de dicha normativa la que ha sido utilizada por las instituciones andinas. El artículo 34 del TFUE indica que «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente». A diferencia de esta norma, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena no utiliza estos dos conceptos. Sin embargo, en la CAN, las cuotas, prohibiciones, licencias o registros de importación han sido consideradas como restricciones cuantitativas[58].

Oliver (1988) propone dos criterios para diferenciar el concepto de restricciones cuantitativas y MERC. Primero, una restricción cuantitativa sería una medida que prohíbe las importaciones o exportaciones al establecer condiciones aplicadas a los propios bienes. Estas condiciones podrían estar relacionadas con, por ejemplo, el empaque, especificaciones en materia de etiquetado y las características físicas de los bienes. Segundo, una MERC se podría presentar cuando la prohibición o restricción se refiere no a los bienes, sino a las condiciones externas relacionadas con ellos. Por ende, no es el producto en sí el cual es afectado por la medida nacional, sino las condiciones para importarlo; por ejemplo, a través de la aplicación de procedimientos administrativos vinculados con los requisitos aplicables a los productos (p. 63).

El concepto de restricciones cuantitativas no ha presentado dificultades de interpretación, a diferencia de lo que sucede con el concepto de MERC (Gormley, 2009, p. 11.06). Se ha considerado que las prohibiciones y las cuotas a las importaciones son restricciones cuantitativas; en cambio, el concepto de MERC es único, no tiene equivalente en el GATT ni en ningún otro acuerdo comercial anterior (Gormley, 2009, p. 11.02).

El concepto de MERC no está definido en el TFUE. Como sostiene Nicolaides (1993), es «un concepto original, evolutivo» (p. 27). Por su parte, Carnelutti (1993) plantea que «es la invención más genial que pueda encontrarse en convención comercial internacional alguna porque funciona como un certero "Exocet" contra las legislaciones nacionales» (p. 100). De esta manera, Carnelutti (1993) propone que este concepto puede entenderse como:

> Cualquier disposición de cualquier tipo de legislación, o cualquier práctica de una administración que trabe el comercio. Es un concepto que lo abarca todo, que puede aplicarse a cualquier tipo de disposición, a cualquier tipo de práctica administrativa, ya sea utilizada por la administración a nivel nacional o local, o por cualquier entidad pública que tenga un cordón umbilical con el Estado; lo abarca absolutamente todo. (p. 100)

58 SGCAN, Resolución 229, p. 5.

Mientras que las normas del GATT fueron consideradas por los redactores del Tratado que creó la Comunidad Económica Europea (White, 1989, p. 239), actualmente el TFUE, en el artículo 28 de dicho tratado (hoy artículo 34 del TFUE), ha sido reconocido como la fuente de inspiración del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena por la SGCAN[59].

A partir de este planteamiento, la SGCAN ha aplicado la fórmula Dassonville desarrollada por el TJUE para interpretar el concepto de MERC. El TJUE, en el caso Dassonville, sostuvo que «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa»[60]. Sin embargo, el TJUE no ha contestado la pregunta sobre el motivo por el que esto es así (Maduro, 1998, p. 21). Esta fórmula ha sido reiterada en la jurisprudencia europea[61] y considerada de tal importancia que algunos sostienen que ha adquirido casi el estatus de un artículo adicional en el TFUE (Cairns, 2002, p. 161).

Además, el TJUE ha cambiado el término «normativa comercial» por el término más amplio de «medida»[62], y en otros casos se refiere a «todos los obstáculos»[63]. En este sentido, en el caso Comisión vs. Irlanda[64], el TJUE expresó que la campaña «Compra lo irlandés», la cual fue introducida por Irlanda con el objetivo de alentar la compra de productos nacionales, era una violación del artículo 34 del TFUE. En general, la medida irlandesa no se encontraba dentro del concepto de «normativa comercial». No obstante, el TJUE aplicó Dassonville en un sentido amplio para incluir cualquier medida, incluso una no vinculante, que obstaculice la libre circulación de mercancías. En suma, para el TJUE «cualquier otra medida que obstaculice el acceso al mercado de un Estado miembro de los productos originarios de otros Estados miembros»[65] constituye una MERC.

Un ejemplo de la aplicación de esta fórmula del TJUE se encuentra en el caso SUDAMTEX[66]. Después de revisar varias declaraciones de importación, las autoridades competentes de aduanas de Colombia consideraron que la empresa SUDAMTEX de Colombia había importado mercancías sin la debida declaración, al omitir la declaración de elementos vinculados con la descripción de las mercancías, los cuales eran de obligatorio cumplimiento para los importadores. Las autoridades colombianas solicitaron a dicha empresa poner a disposición de la oficina correspondiente las mercancías mencionadas en las declaraciones de importación. Dichas autoridades abrieron una investigación formal contra la empresa SUDAMTEX para evaluar el cumplimiento de las disposiciones aduaneras y propusieron la aplicación de una multa del orden del 200 % del valor de las mercancías. En este contexto, surgió la pregunta sobre si esta medida adoptada por Colombia constituía una restricción al comercio en los términos del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

59 SGCAN, Resolución 047, p. 6.

60 TJUE, Asunto 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] E.C.R 00837.

61 Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung [2016] párr. 22; Asunto 292/92 Hünermund y otros [1993] E.C.R. I-06787; Asunto 82/77 Ministère public du Kingdom of the Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele [1978] E.C.R 00025; Asunto 72/83 Campus Oil Limited and others v. Minister for Industry and Energy and others [1984] E.C.R. 02727; Asunto 448/98 Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont [2000] E.C.R. I-10663.

62 TJUE, Asuntos acumulados 266 y 267/87 - The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers [1989] E.C.R., p. 1328.

63 TJUE, Asunto 265/95 Comisión vs. Francia [1997] E.C.R., p. I- 6998.

64 TJUE, Asunto 249/81 Comisión vs. Irlanda [1982] E.C.R., párr. 21-28.

65 TJUE, Asunto C110/05 Comisión vs. Italia [2009] E.C.R., I-00519. párr. 37.

66 SGCAN, Resoluciones 019 y 047.

En este caso, la SGCAN consideró que una investigación no razonable y la multa desproporcionada propuesta por las autoridades colombianas tenía el efecto de restringir el comercio. Esto, porque todos los documentos de importación fueron presentados y todos los cargos pagados. Luego el TJCAN tuvo este mismo razonamiento. Frente al argumento de Colombia, que afirmaba que esta institución carecía de competencia para revisar y decidir sobre actos pendientes y que el actual artículo 74 no puede extenderse para incluir actos potenciales, la SGCAN sostuvo, a partir de Dassonville, que era de su competencia revisar medidas nacionales que real o potencialmente puedan afectar el comercio intracomunitario.

Asimismo, en el caso de la empresa ABBA, la SGCAN confirmó su posición expresada en el caso SUDAMTEX y recurrió a la jurisprudencia del TJCAN desarrollada en dicho caso. Aquí, la SGCAN opinó que la apertura de un proceso de investigación por parte del Perú por contrabando de frazadas procedentes de Ecuador sin justificación, criterios técnicos o pruebas, constituía una restricción al comercio en la medida en que tal investigación tenía el efecto de impedir que el importador coloque las mercancías en el mercado. La SGCAN luego precisó que la apertura de un proceso de investigación por motivo de delitos contra el orden económico constituía una restricción al comercio[67]. Para resolver el caso, esta institución repitió la fórmula Dassonville y justificó su adopción al expresar que «con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado ampliado es menester pronunciarse respecto de los casos que directa o indirectamente, actual o potencialmente, puedan restringir el comercio subregional mediante actos que pudieran tener efectos limitantes del comercio»[68]. En consecuencia, Dassonville ha sido utilizado para facilitar argumentos de política: la necesidad de establecer el mercado común y, por ende, la promoción del proceso de integración andino.

En la misma línea de Dassonville, en otros casos, la SGCAN ha utilizado la jurisprudencia del TJCAN, en el caso SUDAMTEX, para sostener que es el efecto restrictivo lo que ha de tenerse en cuenta en la calificación de una medida como restricción al comercio[69]. A partir de este planteamiento, la SGCAN consideró que la exigencia de un certificado de reconocimiento que tenía que presentarse con la declaración aduanera para la importación de mercancías en el Ecuador constituía una restricción al comercio[70].

El TJCAN ha coincidido con la SGCAN. En el caso SUDAMTEX, el TJCAN afirmó que:

> Una de las medidas que pueden originar dificultades en el comercio entre los Países Miembros de la Comunidad, son las formalidades y procedimientos excesivos y desproporcionados que deben cumplirse tanto al momento en que una mercancía procedente de la Subregión atraviesa las fronteras de otro País Miembro, a lo largo del ciclo de importación, así como con posterioridad a la introducción de las mercancías[71].

En función de esta jurisprudencia del TJCAN, la SGCAN sostiene que puede calificar como restricción al comercio «la comisión de actos de autoridad innecesarios o desproporcionados»[72]. Estos casos ilustran el enfoque para evaluar los efectos limitativos o

67 SGCAN, Resolución 489, p. 19.
68 SGCAN, Resolución 449, p. 5-7.
69 SGCAN, Resolución 1695, p. 24.
70 SGCAN, Resolución 1695, pp. 21 y 25.
71 TJCAN, Proceso 02-AN-98, p. 10.
72 SGCAN, Resolución 453, p. 3.

prohibitivos de las medidas nacionales sobre las importaciones. Así, existe un poder para revisar cualquier medida nacional que pueda afectar el comercio. El TJCAN, por ejemplo, ha interpretado que los tribunales nacionales pueden evaluar «la relación directa entre la medida restrictiva y su efecto sobre la disminución en las importaciones o en la amenaza eminente de reducirlas»[73]. En consecuencia, las medidas nacionales están sujetas a que el TJCAN acepte su objetivo y necesidad de aplicación. Sin duda, estas interpretaciones tienen implicancias en las obligaciones de los Estados.

En el caso SUDAMTEX, los efectos restrictivos del comercio de las medidas nacionales fueron la principal preocupación de la SGCAN y del TJCAN. En opinión del TJCAN, el derecho comunitario busca eliminar toda clase de obstáculos que, directa o indirectamente, hagan las importaciones más difíciles o imposibles. En este orden de ideas, el TJCAN concluyó que «el carácter definitivo o preparatorio de un acto interno no es decisivo para calificar una medida como restricción al comercio, sino más bien el efecto restrictivo que eventualmente pudiere producir, en las importaciones presentes o futuras»[74]. Esta es la aplicación de Dassonville que hace el TJCAN y el argumento que ha sido usado por la SGCAN en casos posteriores[75].

Asimismo, en otros casos, el TJCAN citó el asunto 29/87 resuelto por el TJUE, en el cual las autorizaciones previas a la importación fueron consideradas como medidas de efecto equivalente. En este caso, el TJCAN adoptó la misma posición que el TJUE y sostuvo que tales medidas eran restricciones al comercio[76].

Por lo tanto, con la utilización de Dassonville, se abrió la puerta para incluir una amplia variedad de medidas nacionales, incluyendo las potenciales, que al afectar el comercio pueden ser evaluadas a la luz del Acuerdo de Cartagena. Así, el concepto de «restricciones de todo orden» del Acuerdo adquiere el mismo alcance que el de MERC en el marco del TFUE. Sin embargo, el TJCAN no ha explicado de qué manera esos amplios poderes de revisión se derivan de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena.

Esta apreciación del TJCAN contrasta con su enfoque desarrollado en el Proceso 1-IP-90. En este caso, al referirse al artículo 77 del Acuerdo de Cartagena, el TJCAN reconoció que «las normas que limitan la libertad deben ser interpretadas restrictivamente». La razón para adoptar esta posición se debe a que el TJCAN acepta que el objetivo de esta norma es «limitar la libertad en que inicialmente se encuentran los Gobiernos para imponer gravámenes según su leal saber y entender»[77]. Por lo tanto, dado que el artículo 77 limita el poder de los Países Miembros para imponer nuevas restricciones de todo orden, una interpretación restrictiva también debe ser aplicable en este caso. En cambio, la interpretación del TJCAN es tan amplia como la del TJUE.

73 TJCAN, Proceso 5-IP-90, p.12.
74 TJCAN, Proceso 2-AN-98, p.12.
75 SGCAN, Resolución 1695, p. 24; Resolución 1716, p. 6
76 TJCAN, Proceso 2-AI-97, p. 21.
77 TJCAN, Proceso 1-IP-90, p. 8-9.

4. El debate en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

4.1. La definición de medidas de efecto equivalente y su problemática.

En la Unión Europea, Dassonville se ha dado como una definición concluyente sin ninguna explicación del porqué el mercado interno necesita tal definición (Bernard, 2010, p. 459). Esta fórmula cubre una amplia gama de medidas regulatorias nacionales, incluso aquellas que no afectan directamente las características de los productos o que se aplican indistintamente a los productos nacionales y los importados (Rosas, 2010, p. 438). Sin embargo, se ha producido una amplia discusión con respecto a las inconsistencias y confusión de la jurisprudencia del TJUE en relación con la noción de efecto real o potencial de esta fórmula (Jarvis, 1998, p. 25). Una regla definida con respecto a qué casos pueden ser incluidos dentro de esta noción no ha sido determinada. Algunos sostienen que la aplicación del artículo 34 del TFUE está separada de cualquier principio que se pueda discernir (Moore, 1994, p. 201). En este contexto, se ha planteado que debe adoptarse una regla general para limitar el alcance de esta norma (White, 1992, p. 265-271) y propuesto la aplicación no mecánica de Dassonville (Steiner, 1992, p. 752-753).

Asimismo, la interpretación del TJUE ha sido objeto de críticas. Por ejemplo, al analizar la jurisprudencia de los tribunales nacionales europeos, Jarvis (1998) explica de qué manera el término «normativa comercial» de la fórmula Dassonville generó confusión en dichos tribunales. En la mayoría de los casos, tal confusión surgió debido a que dichos tribunales se mostraron reacios a aplicar una interpretación tan amplia del artículo 34 del TFUE (p. 26). Por su parte, Chalmers (1993) sostiene que, con esta fórmula, el TJUE creó un mito peligroso y engañoso (p. 269).

Además, se han presentado casos en los cuales el TJUE no ha catalogado determinadas medidas nacionales como incompatibles con el artículo 34 del TFUE. No obstante, en otros casos su posición ha sido que el efecto potencial de la medida en el comercio era suficiente para considerarla como una restricción al comercio.

En Quietlynn, el TJUE afirmó que las normas que «prohíben la venta de artículos pornográficos lícitos por tiendas de artículos pornográficos no autorizadas no constituyen una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación»[78]. Uno de los argumentos esgrimidos es que este tipo de medidas «no tienen el objeto de regular los intercambios intracomunitarios de mercancías y, por tanto, no pueden obstaculizar el comercio entre Estados miembros»[79].

Por su parte, en Torfaen, el TJUE consideró la regulación de Inglaterra que prohibía la apertura de las tiendas los domingos como una MERC. Luego, el TJUE sostuvo que el artículo 34 del TFUE no era aplicable siempre y «cuando los efectos restrictivos sobre los intercambios comunitarios que, en su caso, puedan derivarse de la misma no rebasen el ámbito de los efectos propios de una normativa de ese tipo»[80], y precisó que estas medidas «no tienen por objeto regular las corrientes de intercambios entre dichos Estados miembros»[81].

Asimismo, en Oosthoek, el TJUE opinó que:

78 TJUE, Asunto C-23/89 Quietlynn Limited and Brian James Richards v Southend Borough Council [1990] E.C.R., p.I.-3082.

79 TJUE, Asunto C-23/89., p.I.-3081.

80 TJUE, Asunto C-145/88 Torfaen Borough Council v B & Q plc. [1989] E.C.R., p. 3889.

81 TJUE, Asunto C-145/88., p. 3889.

> Una legislación que limita o prohíbe determinadas formas de publicidad y determinados medios de promoción de las ventas, pese a no condicionar directamente las importaciones, puede restringir el volumen de éstas al afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados[82].

Una lectura de esta jurisprudencia permite observar que las formas de publicidad y determinados medios de promoción de las ventas tampoco tienen por finalidad regular las corrientes de intercambios entre los Países Miembros. Pero, en Quietlynn, el TJUE usó este criterio para excluir la medida del ámbito del artículo 34 e interpretó esta norma de una manera limitada. En cambio, en los últimos casos, el TJUE adopta una interpretación más amplia. Como observaron Derlén y Lindholm (2010), en Torfaen, el TJUE consideró la medida británica como una MERC, aunque la justificó al seguir un objetivo legítimo. No obstante, esta medida no otorgaba ventaja o protección a los productos nacionales (p. 196). Steiner (1992) ha planteado que la aplicación errática del caso Torfaen mostraba que la aplicación de esta norma es impredecible, lo cual da origen a un abuso en su utilización (p. 767). De forma similar, Jarvis (1998) expresaba que, con este enfoque en Torfaen, el TJUE abrió su jurisprudencia al abuso por parte de los comerciantes (p. 96).

Dassonville maximiza el derecho de los particulares a participar en el mercado de la forma que elijan, y les proporciona un medio para cuestionar cualquier medida nacional que indirecta o potencialmente afecte el comercio (Barnard, 2013, p. 74). No obstante, debe notarse que el artículo 34 del TFUE no confiere un derecho a la libertad de comercio general (Oliver, 2010, p. 131). Tal como ha puntualizado Maduro (1998), el efecto directo de esta norma y su amplio alcance para revisar cualquier medida nacional hicieron que esta norma se convierta en uno de los mejores instrumentos de comunicación con los tribunales nacionales y los particulares. Esto se debe a que la materia de esta norma es económica y comercial con lo cual se espera que los actores económicos puedan ejercer presión en sus tribunales nacionales para hacer valer las condiciones de competencia que garantiza esta norma (p. 26).

Por otro lado, debe notarse que la definición de MERC refleja ciertas opciones políticas y económicas. Como sostiene Reinisch (2009), en la Unión Europea, el mercado común es el producto del TJUE; este tribunal ha promovido la integración del mercado a través de Dassonville y Cassis de Dijon. El resultado de esta jurisprudencia ha sido la limitación del poder de los Estados para mantener normas que excluyan las mercancías de otros Estados miembros del mercado nacional (pp. 106-107). En efecto, el desarrollo de esta jurisprudencia en torno al artículo 34 es resultado del desarrollo del estado de integración europea (Wils, 1993, p. 485). En opinión de Chalmers (1993), esta fórmula refleja una filosofía de extremo liberalismo económico (p. 275). Esta jurisprudencia ha dado lugar a que el TJUE sea criticado por ser intervencionista, debido a que, en algunos casos, estaba yendo demasiado lejos al incluir, en el ámbito del artículo 34, medidas que parecían no tener un impacto en la libre circulación de mercancías (Tryfonidou, 2009, p. 205). También, se ha sostenido que, en casos como Dassonville, el TJUE asumió un rol activista en un contexto en el que existía un estancamiento legislativo de las instituciones políticas desde mediados de los setenta hasta los ochenta en el establecimiento y mantenimiento del mercado común interno (Tillotson y Foster, 2003, p. 150). Según Sarrión Esteve (2014), «[l]a doctrina *Dassonville* suponía que el TJCE podía controlar cualquier norma

82 TJUE, Asunto 286/81 Criminal proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV [1982] E.C.R., p. 1289.

nacional que potencialmente pudiera afectar al mercado, incluso en ámbitos de competencia estatal» (p. 953).

Como sostienen Maduro y De Sousa (2016), cuando el TJUE decide con respecto a si una medida nacional se encuentra dentro del alcance del principio de libre circulación de mercancías, realiza una elección institucional. Por un lado, la legitimidad de esa medida se encuentra bajo su control y, por otro lado, en algunos casos, es decir, cuando no hay excepciones previstas en la normativa comunitaria, el TJUE puede incluso decidir sobre qué intereses públicos un Estado puede legítimamente buscar. Esto significa que aun cuando la medida restrictiva del comercio sea justificada, al determinar que la misma constituye una restricción al comercio, el TJUE se adjudica la autoridad con respecto a su validez. De esta manera, se retira su control de los Estados; dicho control es, por tanto, centralizado a nivel de la Unión Europea (p. 211).

En atención a esta situación, en la medida en que esa diversidad no impida el comercio interestatal, Tryfonidou (2009) plantea que los Estados deberían mantener la libertad para regular la producción y comercialización de mercancías en sus territorios de acuerdo con sus preferencias y valores nacionales. Desde esta perspectiva, la Unión Europea solo debe intervenir cuando la aplicación de las normas nacionales no es neutral, en sus efectos, entre los comerciantes que compiten en el mismo mercado nacional. Por lo tanto, el artículo 34 solo debe ser usado frente a medidas nacionales que hagan más difícil para los productos importados acceder al mercado nacional (p. 206).

En algunos casos, la pregunta en relación a si Dassonville y Cassis de Dijon pueden aplicarse sin restricciones ha sido planteada. A propósito de algunas medidas que el TJUE consideró que no estaban dentro del alcance del artículo 34 del TFUE, los tribunales nacionales han recurrido al TJUE buscando una aclaración al respecto (Mortelmans, 2008, p. 626). Frente a estas controversias, Weatherill (2012) pregunta dónde se detiene el artículo 34 del TFUE y dónde se inicia la autonomía regulatoria de los Estados (p. 542).

Por otro lado, en algunos casos, ha faltado claridad en la jurisprudencia del TJUE en cuanto a los conceptos de restricción cuantitativa o MERC. Específicamente, el TJUE no siempre ha realizado una distinción entre ambos conceptos; en ocasiones, han sido tratados de manera indistinta. Por ejemplo, en Henn y Darby[83], el TJUE sostuvo que una prohibición a la importación es «la forma más extrema de restricción» y constituye una restricción cuantitativa. En cambio, en Weinvertriebs-GmbH[84], el TJUE argumentó que una prohibición constituía una MERC. En otros casos, tales como Comisión vs. Reino Unido[85] y Comisión vs. Alemania[86], el TJUE no ha discutido si la prohibición a la importación constituye una restricción cuantitativa o una MERC. En estos casos, el TJUE se ha limitado a declarar que la medida es contraria al artículo 34.

Una prohibición a la importación debe considerarse como una restricción cuantitativa más que como una MERC. Así, en Geddo vs. Ente Nazionale Risi[87], el TJUE sostuvo que la prohibición sobre las restricciones cuantitativas abarca medidas que equivalen a una restricción total o parcial de las importaciones.

83 TJUE, Asunto 34/79. R v. Henn and Darby. [1979] E.C.R., p. 1778.

84 TJUE, Asunto 59/82 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Weinvertriebs-GmbH [1983] E.C.R., p. 319.

85 TJUE, Asunto 261/85 Comisión vs. Reino Unido [1988] E.C.R., p.574.

86 TJUE, Asunto 153/78 Comisión vs. Alemania [1979] E.C.R., p. 2567.

87 TJUE, Asunto 2/73 Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi [1973] E.C.R., p. 879.

La doctrina europea ha destacado las contradicciones e inconsistencias de la jurisprudencia del TJUE con respecto a la interpretación del artículo 34. Barnard (2013) nota que se ha evidenciado una preocupación por parte de los Estados y la doctrina, debido a la forma en que el TJUE interpretaba esta norma dirigiéndose a eliminar la legislación nacional, incluso cuando se trataba de normas que no eran discriminatorias y que tenían poco impacto en el comercio trasfronterizo (p. 117).

En la Unión Europea, este desarrollo jurisprudencial ocasionó el aumento de la invocación del artículo 34 del TFUE para cuestionar medidas nacionales relacionadas al comercio. Tal fue el recurso que se hizo de esta norma que, diecinueve años después, el TJUE tuvo que reaccionar y limitar su alcance en el otro famoso caso Keck y Mithouard[88]. En este caso, el TJUE excluyó ciertas modalidades de venta de carácter no discriminatorio del concepto de MERC desarrollado en Dassonville[89]. Esta necesidad de limitar el amplio alcance de la jurisprudencia del TJUE se dio en un contexto en el que se observaba, por un lado, una implementación del artículo 34 que se salía de control y, por otro lado, la preocupación de los Estados por proteger su espacio para sus políticas regulatorias (Lianos, 2015, p. 226). A pesar de este esfuerzo, el caso Keck y Mithouard ha dado origen a otras controversias de definición e interpretación que no ha permitido delimitar las fronteras del artículo 34 (Spaventa, 2009, pp. 246-250).

Sobre el impacto de Keck y Mithouard, Baudenbacher (2004) ha puntualizado que el TJUE le regresó a los Estados su soberanía, reflejando una actitud más conservadora (p. 385). Este caso constituyó un hito en el intento por desarrollar principios para interpretar el artículo 34 de tal manera que no se perjudique la habilidad de los Estados para regular su economía y seguir otros objetivos de política pública más allá de promover el comercio (Lianos, 2015, p. 227). Asimismo, es ilustrativo notar que, en la OMC, el Grupo Especial en el caso República Dominicana —cigarrillos— ha delineado los límites del artículo XI del GATT, en el que sostiene que «en el alcance del artículo XI no estarían incluidas todas las medidas que afectaran a las oportunidades para ingresar en el mercado»[90].

Además, a pesar del esfuerzo del TJUE en el caso Keck y Mithouard, se está advirtiendo un cambio de posición. Como sostiene Lianos (2015), en su más reciente jurisprudencia, el TJUE regresó a la amplia definición de MERC, usando la noción de acceso al mercado (p. 225). En Comisión vs. Polonia, el TJUE se remite a su jurisprudencia en Dassonville, Cassis de Dijon y Comisión vs. Italia, para concluir que la medida adoptada por Polonia «tiene como efecto obstaculizar el acceso al mercado polaco de los vehículos equipados con una posición de conducción a la derecha, que son legalmente fabricados y matriculados en otros Estados miembros distintos de dicho país»[91]. En la jurisprudencia más reciente, el TJUE adoptó el mismo enfoque[92].

El TJUE ha trabajado por décadas en la delimitación del alcance del artículo 34. Ese trabajo no ha sido una tarea fácil, ha tenido que pasar desde una amplia definición de MERC

88 TJUE, Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 [1993] E.C.R., p.I-6097.

89 El TJUE consideró que la prohibición de revender «a pérdida no tiene por objeto la regulación de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros». Para el TJUE, este tipo de medidas aplicadas a los productos importados «no puede impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales». TJUE. Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 Keck y Mithouard (1993), párr: 12 y 17.

90 OMC, Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. Documento WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004, párr: 7.261.

91 TJUE, Asunto C639/11 Comisión/Polonia [20 de marzo de 2014], párr: 52.

92 TJUE, Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung [2016], párr: 23.

hasta el intento de establecer sus fronteras. Además de las excepciones a la libre circulación de mercancías contempladas en el artículo 36, el TJUE ha agregado excepciones adicionales no contempladas en el TFUE. Estas excepciones son las llamadas exigencias imperativas desarrolladas a partir de su sentencia Cassis de Dijon[93]. El objetivo de esta jurisprudencia ha sido permitir medidas restrictivas nacionales no discriminatorias y evitar mayores restricciones a la capacidad regulatoria de los Estados.

A pesar de que la SGCAN ha citado el caso Keck y Mithouard en el caso SUDAMTEX[94], esta referencia no se hizo para excluir determinadas medidas del concepto de restricciones de todo orden; sino, por el contrario, para enfatizar el amplio alcance de dicho concepto, en particular la inclusión de medidas restrictivas del comercio de carácter potencial. Esta institución no observó que el objetivo de Keck y Mithouard era limitar el alcance de Dassonville y, por lo tanto, del artículo 34 del TFUE.

El prestigio del TJUE y el reconocimiento de su trabajo intelectual, como intérprete del derecho comunitario en la Unión Europea, han conducido a la idea de que su trabajo es digno de ser utilizado en Latinoamérica. No obstante, la jurisprudencia del TJUE fue desarrollada para interpretar las normas comunitarias a la luz del proceso de integración europeo. En forma reiterada, el TJUE ha recurrido a una interpretación teleológica del derecho comunitario, teniendo en cuenta los fines y objetivos de la integración europea. El principio de libre circulación de mercancías con la adopción de Dassonville responde a ese enfoque (Reyes Tagle, 2013, p. 26). La utilización del concepto de MERC refleja el entendimiento del TJCAN de que el artículo 34 del TFUE es más amplio que el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

La SGCAN y el TJCAN deben tener en cuenta que la jurisprudencia del TJUE, específicamente Dassonville, no está exenta de problemas de interpretación. Trasladar de manera automática la jurisprudencia del TJUE, sin considerar las posibles consecuencias que pueda generar por su falta de precisión o sus opciones políticas y económicas, conlleva un riesgo de extender el alcance de las normas andinas.

A la luz de estas consideraciones, es conveniente una mayor reflexión con respecto a si este enfoque es el que se quiere seguir en la CAN. Si la aplicación de la interpretación del concepto de MERC ha generado tanta controversia en la Unión Europea, la interpretación del Acuerdo de Cartagena a la luz de esta jurisprudencia podría no ser una excepción.

5. La aplicabilidad de la jurisprudencia europea en la Comunidad Andina

5.1. La preocupación de los Estados por el uso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las semejanzas entre el sistema institucional de la CAN y la Unión Europea han servido de base para recurrir a la jurisprudencia del TJUE (Vigil Toledo, 2011, p. 1).

93 TJUE, Asunto 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] E.C.R., párr. 8. En este caso el TJUE sostuvo «que los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores».

94 SGCAN, Resolución Nº 047, p. 6.

Sin embargo, los Países Miembros de los acuerdos comerciales regionales, tales como Colombia en la CAN y Argentina en el Mercosur[95], han mostrado su desacuerdo y preocupación por la aplicación automática de la jurisprudencia del TJUE por parte de sus tribunales regionales en la definición del concepto de restricciones al comercio. En el caso del Mercosur, por ejemplo, se han levantado voces para criticar a los tribunales arbitrales por abuso de poder al trasplantar directamente la jurisprudencia del TJUE y el TJCAN (Drnas de Clément, 2009, pp. 10-12).

En la CAN, en el caso SUDAMTEX, Colombia cuestionó que la SGCAN considerara que el artículo 34 del TFUE (antes artículo 30 del Tratado de Roma) fuera la fuente de inspiración del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (antes artículo 73) y que, finalmente, motivara el uso de Dassonville. De acuerdo con Colombia, la fuente de inspiración de los actuales artículos 72 y 73 del Acuerdo era el artículo 3 del Tratado de Montevideo de 1960. Al respecto, el TJCAN observó que Colombia no había probado que el actual TFUE (el TJCAN se refirió al Tratado de Roma) no era una de las fuentes de inspiración de los actuales artículos 72, 73 y 74 del Acuerdo[96]. ¿Necesitaba Colombia esta prueba para evitar la aplicación de Dassonville? ¿Habría esto marcado alguna diferencia en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena?

Primero, si un posible error de la SGCAN en relación con la alegada inspiración europea no invalidaba su Resolución, como lo sostuvo el TJCAN, no queda claro por qué el tribunal destacó la falta de la prueba. Segundo, independientemente de tal prueba, el TJCAN ya antes había introducido el concepto de MERC en su jurisprudencia, concretamente en el Proceso 3-AI-96 y en el Proceso 2-AI-97 antes citados. En el mismo caso SUDAMTEX, el TJCAN se refiere a la jurisprudencia del TJUE, el asunto 159/78, sin mayor explicación con respecto a las razones de su elección.

El alegato de Colombia, en relación con el rol del Tratado de Montevideo, reflejaba su preocupación por el trasplante de la jurisprudencia del TJUE; tiene algunos méritos que no fueron considerados por el TJCAN. Primero, el artículo 3 de este tratado requiere que las partes contratantes eliminen «las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos». Notablemente, a pesar de que el Acuerdo de Cartagena buscaba un nivel de integración más avanzado que el propuesto en el Tratado de Montevideo[97], esta es la fórmula empleada por el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena en lugar del TFUE.

Segundo, el artículo 3 del Tratado de Montevideo define el concepto de gravámenes como «los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes». El artículo 73 del Acuerdo de Cartagena casi reproduce esta definición.

Tercero, las disposiciones del Acuerdo de Cartagena original no dejan dudas de que las disposiciones del Tratado de Montevideo inspiraron dicho Acuerdo. El artículo 42 de este Acuerdo (actual artículo 73) remite al artículo 53 del Tratado de Montevideo para efectos de

95 En el caso sobre la prohibición de la importación de neumáticos remoldeados por parte de Argentina, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) introdujo la jurisprudencia del TJUE para establecer los criterios para evaluar las excepciones al principio de libre circulación de mercancías. El TPR destacó que existía un vacío en las normas del Mercosur, y para llenar ese vacío, aplicó la jurisprudencia del TJUE. Argentina se opuso a la utilización de fuentes extranjeras como fuentes del derecho en el Mercosur (Reyes Tagle, 2013, p. 16). Al respecto, el TPR manifestó que «el uso cuidadoso y reflexivo de jurisprudencia del derecho comparado no puede constituir de manera alguna algo inaceptable» (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, 2006, párr. XVIII).

96 TJCAN, Proceso 2-AN-98, p. 15.

97 Artículo 3 (c) del Acuerdo de Cartagena de 1969.

las excepciones al principio de libre circulación de mercancías que pueden ser invocadas por los Países Miembros. Por lo tanto, ambos acuerdos tienen las mismas excepciones y han excluido la protección de la propiedad comercial e industrial que regula el TFUE.

Cuarto, el artículo 36 del TFUE enumera las excepciones a la libre circulación de mercancías e introduce una condición, es decir, «tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio». A diferencia de esta norma, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, al igual que el Tratado de Montevideo de 1960, no incorpora tal requisito. Por lo tanto, Colombia tenía motivos para alegar que el principio de libre circulación de mercancías en el Acuerdo de Cartagena estaba inspirado en el Tratado de Montevideo.

Además, el Acuerdo de Cartagena adopta un enfoque diferente y define el concepto de restricciones de todo orden; por el contrario, el GATT, el Tratado de Montevideo y el TFUE no han contemplado ninguna definición. El segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena representa un consenso entre los Países Miembros con respecto a qué debe entenderse por restricciones al comercio.

En consecuencia, el Acuerdo de Cartagena claramente escogió, salvo el tema de la definición, las fórmulas del Tratado de Montevideo y no la europea. ¿Sobre qué base entonces se aplica Dassonville en la CAN? El TJCAN está convencido de que el Acuerdo de Cartagena debe ser interpretado de la misma manera en que el TJUE interpretó el artículo 34 del TFUE.

Una aplicación reflexiva de la jurisprudencia del TJUE presupone que no se haga una aplicación automática de dicha jurisprudencia. El TJCAN no desarrolló este planteamiento colombiano en el caso SUDAMTEX, a pesar de que la alegada inspiración en la normativa europea fue central para que la SGCAN aplique Dassonville.

A la luz de estas consideraciones, se observa que el TJCAN ha aceptado esa inspiración de la normativa de la Unión Europea en la aplicación del principio de libre circulación de mercancías. Sin embargo, tal inspiración no se ha traducido en la misma técnica de regulación de dicho principio en la CAN. Aun cuando el artículo 34 del TFUE y los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena tengan el mismo objetivo de eliminar las restricciones al comercio, existen diferencias entre estas normas. Además, esa alegada inspiración en el TFUE no acarrea la obligación de interpretar el Acuerdo de Cartagena aplicando completamente la jurisprudencia del TJUE sin ninguna precisión en el contexto andino, más aún cuando eso acarrea una amplia limitación de la capacidad regulatoria de los Países Miembros.

De igual modo, no todos los acuerdos comerciales regionales que han introducido el concepto de MERC han recurrido a Dassonville. Por ejemplo, en 1972, Suiza concluyó un tratado de libre comercio con la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea). El artículo 13, párrafo 1, de dicho acuerdo, prevé que «[n]o se introducirá ninguna nueva restricción cuantitativa a la importación ni medida de efecto equivalente en los intercambios entre la Comunidad y Suiza». Al respecto, algunos autores se han preguntado si es legítimo que Dassonville pueda ser trasladada a esta disposición y han señalado que la doctrina suiza ha mostrado un cuidado extremo al considerar la diferencia entre los objetivos de este acuerdo y el TFUE (Jacot-Guillarmod, 1993, p. 230). Por su parte, el Tribunal Federal de Suiza tampoco ha considerado la fórmula Cassis de Dijon del TJUE como relevante para interpretar esta norma (Tobler, 2010, p. 23). En otros casos, por ejemplo, el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) *sigue el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE relacionadas al artículo 34 y 36 del TFUE; y a partir de esto, Lenaerts (2014) entiende que la convergencia legal entre el derecho de la Unión*

Europea y la AELC *es de vital importancia para el funcionamiento del mercado interior y la* AELC (p. 371). En la CAN, no es posible hablar de la necesidad de dicha convergencia.

El TJUE ha destacado los límites que deben existir en el supuesto de presentarse una semejanza entre los conceptos incorporados en el TFUE y otros tratados de libre comercio negociados por la Unión Europea. En Polydor, se consultó al TJUE si la jurisprudencia para interpretar una disposición del TFUE (el artículo 34 del TFUE) se puede aplicar a una disposición idéntica contenida en un tratado de libre comercio. El tratado de la entonces Comunidad Económica Europea con Portugal contenía una disposición que prohibía las restricciones cuantitativas y las MERC. Frente a esto, el TJUE destacó que «esta similitud de los términos no es razón suficiente para aplicar al sistema del Acuerdo la jurisprudencia antes aludida»[98].

El TJUE observó los objetivos y las acciones de la Comunidad Económica Europea para arribar a esta conclusión. Se observa cómo el TJUE no está dispuesto a aplicar su propia jurisprudencia ante la similitud de conceptos, sino que presta atención a las diferencias de objetivos entre tratados y a las consideraciones específicas que tuvo en cuenta para interpretar los artículos 34 y 36 del TFUE. Si el argumento en la CAN es que tanto la Unión Europea como la CAN buscan el mercado común, y por ello se aplica la jurisprudencia del TJUE, la pregunta es si todo mercado común necesita Dassonville. La Unión Europea ha logrado implementar un mercado interior, a diferencia de la CAN, que, si bien estableció una zona de libre comercio, ha tenido problemas en la conclusión de la unión aduanera. Recurrir a esta jurisprudencia no necesariamente garantiza predictibilidad y seguridad jurídica en la jurisprudencia y la implementación de las normas andinas. En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, se cuestionó si Keck realmente trajo seguridad jurídica (Mattera, 1994, p. 117). Además, Keck ha sido poco usado por el TJUE[99].

Por otro lado, existe un peligro de tomar la jurisprudencia del TJUE para ir más allá del texto del Acuerdo de Cartagena. Se observa que, en el caso SUDAMTEX, la SGCAN erróneamente fue más allá del objetivo de Dassonville. Después de determinar que la medida adoptada por Colombia constituía una restricción al comercio, esta institución impuso dos obligaciones a este país. Primero, Colombia no debía requerir la inclusión de descripciones mínimas de bienes que no eran necesarias para la correcta clasificación y determinación del valor en aduanas. Segundo, este país no debía imponer sanciones que no estaban vinculadas con la naturaleza de la infracción a los bienes procedentes de los países andinos[100].

Frente a esta situación, Colombia solicitó a la SGCAN reconsiderar su decisión alegando que esta no tenía el derecho de dar instrucciones a un Estado con respecto a cómo aplicar su legislación o prohibirle determinados comportamientos. La SGCAN no solo confirmó su decisión, sino que, en un intento por justificar sus instrucciones a Colombia, de manera errática, volvió a citar Dassonville. A partir de este fundamento, esta institución argumentó que en Dassonville el TJUE sostuvo que la eliminación de barreras al comercio incluía a las restricciones cuantitativas y las MERC. Correctamente, el TJCAN declaró la nulidad de esta decisión y alegó que, en Dassonville, el TJUE no se refirió a medidas complementarias que una institución comunitaria podía adoptar luego de declarar una medida como restricción al comercio[101].

98 TJUE, Asunto 270/80 Polydor Ltd & RSO Records Inc v. Harlequin Record Shops Ltd [1982] E.C.R., párr. 15.

99 TJUE, Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung [2016]. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, 2 de junio de 2016, párr. 23.

100 SGCAN, Resolución 019, p. 6.

101 TJCAN Proceso 2-AN-98, p. 18.

Efectivamente, el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena no otorga a la SGCAN la autoridad para restringir la capacidad de los Países Miembros para regular o realizar cualquier actividad en sus territorios. En consecuencia, la introducción de la jurisprudencia del TJUE no puede ser usada para extender esta norma en aras del libre comercio. La referencia a Dassonville, en este caso, estaba fuera de contexto. Como ha expresado el TJCAN, en este tipo de procedimientos, la SGCAN debe limitarse a declarar si una medida nacional constituye una restricción o gravamen a la importación[102].

5.2. El supuesto de no aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A pesar de que la SGCAN y el TJCAN coinciden en el uso de la jurisprudencia del TJUE para definir el concepto de restricciones de todo orden, sorprendentemente, el TJCAN, en el Proceso 2-AI-96, adoptó una posición diferente en relación con esta jurisprudencia. El artículo 36 del TFUE contempla que una de las excepciones a la libre circulación de mercancías es la protección de la propiedad comercial e industrial. El Acuerdo de Cartagena no ha consagrado esta excepción, lo ha hecho el derecho derivado (el artículo 159 de la Decisión 486 que regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial). Después de reconocer esta diferencia conforme a la fuente de regulación de esta excepción, el TJCAN concluyó que «la jurisprudencia y doctrina europea no pueden aducirse como enteramente aplicables al caso andino»[103].

Frente a esta jurisprudencia, surge la pregunta acerca de por qué Dassonville sí puede aplicarse para interpretar los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, si el concepto de medidas de efecto equivalente no ha sido ni siquiera incorporado en este Acuerdo. Para ser consistente con lo declarado en el Proceso 2-AI-96, el TJCAN debió haber considerado que dado que las MERC no han sido introducidas en el artículo 73 del Acuerdo la jurisprudencia del TJUE no resultaba, usando la terminología del TJCAN, «enteramente» aplicable. En su lugar, el análisis de las medidas nacionales atendiendo al efecto restrictivo según la fórmula Dassonville ha seguido vigente en la CAN.

6. Conclusión

La interpretación del Acuerdo de Cartagena a partir del objetivo de establecer el mercado común en la CAN impulsó la aplicación de la amplia definición de MERC desarrollada por el TJUE. El TJCAN ha tomado al TFUE como un punto de referencia para llenar el vacío dejado por el Acuerdo de Cartagena al excluir estas medidas. Al introducir este concepto, se limita la capacidad regulatoria de los Países Miembros y se les da a las instituciones andinas la competencia para lidiar con una más amplia variedad de medidas nacionales que puedan tener efectos restrictivos del comercio. Esta opción del TJCAN respondería al criterio que lo ha guiado: la defensa de la libre circulación de mercancías.

El TJCAN deberá tener en cuenta que la jurisprudencia del TJUE ha presentado problemas de definición y alcance a tal punto que lo obligó a revisar y aclarar su jurisprudencia a fin de no limitar innecesariamente la autonomía y capacidad regulatoria de los Estados. Trasladar dicha jurisprudencia de manera automática y sin tener en cuenta que se pueden importar esos mismos problemas puede resultar que esta se convierta en, a la vez, parte del problema y parte

102 TJCAN, Proceso 125-AI-2004, p. 18.
103 TJCAN, Proceso 2-AI-96, p. 32.

de la solución para interpretar el concepto de restricciones de todo orden del Acuerdo de Cartagena. Un reto especial para el TJCAN es que este Acuerdo adoptó un enfoque diferente al del TFUE al definir el concepto de restricciones de todo orden y excluir a las MERC. Se requiere una jurisprudencia creativa con respecto al principio de libre circulación de mercancías para aclarar los conceptos del Acuerdo de Cartagena y llenar los vacíos a la luz del propio proceso de integración andino. Por lo tanto, la aplicación de Dassonville tendrá límites que deben ser definidos por el TJCAN, al interpretar conjuntamente los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena. Este planteamiento no significa alentar un activismo judicial, sino que el TJCAN considere que la jurisprudencia del TJUE tiene sus propias controversias que no deberían ser trasladadas a la CAN.

REFERENCIAS

Asunto 2/73 Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi [1973] E.C.R. 865.

Asunto 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] E.C.R 00837.

Asunto 15/81 Gaston Schul Douane Expediteur BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal, [1982] E.C.R. 1409.

Asunto C-23/89 Quietlynn Limited and Brian James Richards v Southend Borough Council [1990] E.C.R. I-03059.

Asunto 34/79 R v. Henn and Darby. [1979] E.C.R.3795.

Asunto 59/82 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Weinvertriebs-GmbH [1983] E.C.R. 1217.

Asunto 72/83 Campus Oil Limited and others v. Minister for Industry and Energy and others [1984] E.C.R. 02727.

Asunto 82/77 Ministère public du Kingdom of the Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele [1978] E.C.R 00025.

Asunto C110/05 Comisión vs. Italia [2009] E.C.R. I-00519.

Asunto 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] E.C.R. 00649.

Asunto C-145/88 Torfaen Borough Council v B & Q plc. [1989] E.C.R. 03851.

Asunto C-153/78 Comisión vs. Alemania [1979] E.C.R. 02555.

Asunto 174/82 Sandoz [1983] E.C.R. 02445.

Asunto 249/81 Comisión vs. Irlanda [1982] E.C.R. 4005.

Asunto 261/85 Comisión/Reino Unido [1988] E.C.R. 547.

Asunto C- 265/95 Comisión vs. Francia [1997] E.C.R. I-06959.

Asuntos acumulados 266 y 267/87 -The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers [1989] E.C.R. 01295.

Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 [1993] E.C.R. I-6097.

Asunto 270/80 *Polydor Ltd & RSO Records Inc* v. *Harlequin Record Shops Ltd* [1982] E.C.R. 329.

Asunto C-271/92 Laboratoire de Prothèses Oculaires v Union Nationale des Syndicats d'Opticiens de France and Groupement d'Opticiens Lunetiers [1993] E.C.R.I-02899.

Asunto 286/81 Criminal proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV [1982] E.C.R. 04575.

Asunto 292/92 Hünermund y otros [1993] E.C.R. I-06787.

Asunto 448/98 Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont [2000] E.C.R. I-10663.

Asunto C639/11 Comisión vs. Polonia [20 de marzo de 2014].

Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung [2016].

Asunto C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung [2016]. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, 2 de junio de 2016.

Barnard, C. (2013). *The substantive law of the EU: the four freedoms*. Oxford: Oxford University Press.

Baudenbacher, C. (2004). Judicialization: can the European model be exported to other parts of the world. *Tex. Int'l LJ*, *39*(3), 381-399.

Bernard, N. (2010). On the Art of Not Mixing One's Drinks: Dassonville and Cassis de Dijon Revisited. En M. Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (pp. 456-464). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Cairns, W. (2002). *Introduction to European Union Law*. London: Cavendish Publishing Limited.

Carnelutti, A. (1993). Supresión de las barreras técnicas al comercio en la Comunidad Europea. En *Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión* (99-102). Documento DT 02/1993.

Chalmers, D. (1993). Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to Scotch whisky? *The International and Comparative Law Quarterly, 42*(2), 269-294.

Chalmers, D., Davies, G. y Monti, G. (2010). *European Union law: cases and materials*. Cambridge: University Press.

Derlén, M. y Lindholm, J. (2010). Article 28 EC and rules on use: a step towards a workable doctrine on measures having equivalent effect to quantitative restrictions. *Colum. J. Eur. L.*, *16*, 191-231.

Drnas de Clément, Z. (2009). *La «cláusula ambiental» en el Mercosur*. Recuperado de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-clausula-ambiental-en-el-mercosur

Ederington, J. y Ruta, M. (2016). *Nontariff measures and the world trading system*. World Bank Group Policy Research Working Paper 7661. Recuperado de http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2016/16273.pdf

Gormley, L. W. (2009). *EU law of free movement of goods and customs union*. Oxford: Oxford University Press.

Gormley, L. W. (2011). Free Movement of Goods and Their Use-What is the Use of It. *Fordham Int'l LJ*, *33*, 1589-1628.

Herdegen, M. (2012). *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Fundación Konrad Adenauer.

Hojnik, J. (2012). Free Movement of Goods in a Labyrinth: Can Buy Irish Survive the Crises. *Common Market L. Rev.*, *49*, 291-326.

Jacot-Guillarmod, O. (1993). *Le juge national face au droit européen: perspective suisse et communautaire (N° 3)*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn.

Jackson, J. H. (1997). *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge: MIT press.

Jarvis, M. (1998). *The application of EC law by national courts: The free movement of goods. Oxford:* Clarendon press.

Knebel, C. y Peters, R. (2015). *Direct and indirect linkages between non-tariff measures and the SDGs. International Growth Centre*. Recuperado de https://www.theigc.org/blog/direct-and-indirect-linkages-between-non-tariff-measures-and-the-sdgs/

Lenaerts, K. (2014). The *Free Movement of Goods in EEA Law*: The Philip Morris Norway, Commission v Italy and Mickelsson and Roos Cases. *En* EFTA Court (Ed.), *The EEA and the EFTA Court-Decentred Integration*. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Lianos, I. (2015). In Memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods. *European Law Review*, *40*(2), 225-248.

Maduro, M. P. y De Sousa, P. C. (2016). The Free Movement of Goods. En D. Patterson y A. Södersten (Eds.), *A Companion to European Union Law and International Law* (205-216). Malden: John Wiley & Sons.

Poiraes Maduro, L. M. (1998). *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution: A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Marceau, G., Izaguerri, A. y Lanovoy, V. (2013). WTO's Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation. *The J. World Trade*, *47*(3), 481.

Mattera, A. (1994). De l'arrêt 'Dassonville'à l'arrêt 'Keck': l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions. Revue du Marché Unique Européen. Paris: Clément Juglar, (1), 117-160.

Mathijsen, P. y Dyrberg, P. (1995). *A guide to European Union law*. London: Sweet & Maxwel.

Moore, S. (1994). Quantitative restrictions and measures having equivalent effect. Re-visiting the limits of Article 30 EEC. *E.L. Rev.*, 195-201.

Mortelmans, K. J. M. (2008). *The Functioning of the Internal Market: The Freedoms*. En P. J. G. Kapteyn, A. McDonnell, K. Mortelmans y C. W.A. Timmermans (Eds), *The Law of the European Union and the European Communities* (pp. 575-784). The Hague: Kluwer Law International.

Nicolaides, Phedon. (1993). La supresión de las barreras al comercio dentro de las uniones aduaneras: requisitos previos, consecuencias. En *Centro de Formación para la Integración Regional. La Integración Comercial y su Dimensión Aduanera: Opciones de Políticas Públicas y Requerimientos de Gestión*. Documento DT 02/1993 (24-32).

Oliver, P. (1988). *Free movement of goods in the EEC: under articles 30 to 36 of the Rome Treaty.* Londres: European Law Centre.

Oliver, P. J. (2010). Measures of equivalent effect I: General. En P. J. Oliver, *Oliver on Free movement of goods in the European Union* (pp. 84-156). Oxford and Portland: Hart Publishing.

OMC, Informe del Grupo Especial. Japón-Comercio de Semiconductores. Documento L/6309 - 35S/130, 4 de mayo de 1988.

OMC, Informe del Grupo Especial. Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones. Documento WT/DS31/R, 14 de marzo de 1997.

OMC, Informe del Grupo Especial. India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. Documento WT/DS90/R, 6 de abril de 1999.

OMC, Informe del Grupo Especial. Argentina- Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados. Documento WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000.

OMC, Informe del Grupo Especial. India - Medidas que afectan al sector del automóvil. Documento WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 de diciembre de 2001.

OMC, Informe del Grupo Especial. República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. Documento WT/DS302/R, 26 de noviembre de 2004.

OMC, Informe del Grupo Especial. Brasil - medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. Documento WT/DS332/R, 12 de junio de 2007.

OMC, Informe del Grupo Especial. Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada. Documento WT/DS366/R, 27 de abril de 2009.

OMC, Informes del Grupo Especial, China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas, WT/DS394/R / WT/DS395/R / WT/DS398/R y Corr.1, 22 de febrero de 2012.

OMC, Informes del Grupo Especial. Argentina - Medidas que Afectan a la Importación de Mercancías. Documento, WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R, 22 de agosto de 2014.

OMC, Informe del Grupo Especial, *Addendum*. Indonesia - Medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo. Documento WT/DS484/R/Add.1, 17 de octubre de 2017.

Proceso 1-IP-90, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G. O. A. C.) Nº 69, 11 de octubre de 1990.

Proceso 5-IP-90, G. O. A. C. Nº 162, 9 de setiembre de 1994.
Proceso 2-AI-96, G. O. A. C. Nº 289, 27 de agosto de 1997.
Proceso 3-AI-96, G. O. A. C. Nº 261, 29 de abril de 1997.
Proceso 2-AI-97, G. O. A. C. Nº 391, 11 de diciembre de 1998.
Proceso 3-AI-97, G. O. A. C. Nº 410, 24 de febrero de 1999.
Proceso 5-AN-97, G. O. A. C. Nº 361, 7 de agosto de 1998.
Proceso 2-AN-98, G. O. A. C. Nº 588, 2 de agosto de 2000.
Proceso 12-AN-99. Recuperado de intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/12-AN-99.doc
Proceso 10-AN-2000 y 61-AN-2000 (conjunto), G. O. A. C. Nº 968, 19 de agosto de 2003.
Proceso 89-AI-2000, G. O. A. C. Nº 722, 12 de octubre del 2001.
Proceso 34-AI-2001, G. O. A. C. Nº 839, 25 de setiembre de 2002.
Proceso 117-AI-2004, G. O. A. C. Nº 1133, 27 de octubre de 2004.
Proceso 117-AI-2003, G. O. A. C. Nº 1156, 10 de enero de 2005.
Proceso 121-AI-2003, G. O. A. C. Nº 1163, 1 de febrero de 2005.
Proceso 125-AI-2004, G. O. A. C. Nº 1244, 14 de setiembre de 2005.
Proceso 136-AI-2004, G. O. A. C. Nº 1265, 22 de noviembre de 2005.
Proceso 118-AI-2003, G. O. A. C. Nº 1496, 14 de mayo de 2007.
Proceso 194-IP-2007, G. O. A. C. Nº 1624, 3 de junio de 2008.
Proceso 11-IP-2008, G. O. A. C. Nº 1636, 21 de julio de 2008.
Proceso 69-IP-2013, G. O. A. C. Nº 2219, 22 de julio de 2013.
Proceso 80-IP-2013, G. O. A. C. Nº 2228, 16 de agosto de 2013.
Proceso 106-IP-2012, G. O. A. C. Nº 2233, 5 de setiembre de 2013.
Proceso 2-AN-2015, G. O. A. C. Nº 2810, 15 de setiembre de 2016.
Reinisch, A. (2009). Essential questions in EU Law. Cambridge: Cambridge University Press.
Resolución 019, G. O. A. C. Nº 301, 29 de octubre de1997.
Resolución 047, G. O. A. C. Nº 319, 30 de enero de 1998.
Resolución 407, G. O. A. C. Nº 577, 08 de febrero de 1999.
Resolución 209, G. O. A. C. Nº 421, 25 de marzo de 1999.
Resolución 229, G. O. A. C. Nº 442, 21 de mayo de 1999.
Resolución 449, G. O. A. C. Nº 616, 18 de junio de 1999.
Resolución 244, G. O. A. C. Nº 453, 25 de junio de 1999.
Resolución 453, G. O. A. C. Nº 619, 21 de noviembre del 2000.
Resolución 490, G. O. A. C. Nº 650, 12 de marzo del 2001.
Resolución 604, G. O. A. C. Nº 772, 14 de marzo de 2002.
Resolución 986, G. O. A. C. Nº 1279, 3 de enero de 2006.

Resolución 967, G. O. A. C. N° 1416, 20 de octubre de 2006.

Resolución 1289, G. O. A. C. N° 1773, 12 de noviembre de 2009.

Resolución 1564, G. O. A. C. N° 2181, 18 de abril de 2013.

Resolución 1695, G. O. A. C. N° 2344, 9 de junio de 2014.

Resolución 1716, G. O. A. C. N° 2377, 18 de agosto de 2014.

Reyes Tagle, Y. (2012). *Free Movement of Goods in the Andean Community: How far can Dassonville go?* SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series. Recuperado de http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/wti.org/7_SECO- WTI_Project/Publications/Reyes%20Tagle%20FMG%20dic%202012.pdf

Reyes Tagle, Y. (2013). *Free Movement of Goods in Mercosur: Developing a European Court of Justice Approach in MERCOSUR?* SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 8/2012. Recuperado de https://www.wti.org/media/filer_public/72/bb/72bb89b4-91a4-408d-8985-c79b896dfb17/wti_seco_wp_08_2013.pdf

Reyes Tagle, Y. (2016). La relación entre los acuerdos comerciales internacionales y la Organización Mundial del Comercio: ¿la aplicación del principio de primacía en caso de conflicto? *Revista Peruana de Derecho Internacional*, LXVI (154), 105-139.

Rosas, A. (2010). Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution. En L. M. P. P. Maduro y L. Azoulai (Eds.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty* (433-446). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Sarrión Esteve, J. (2014). La tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea. *Revista de Derecho UNED*, (14), 933-967.

Spaventa, E. (2009). The Outer Limit of the Treaty Free Movement Provisions: Some Reflections on the Significance of Keck, Remoteness and Deliège. En C. Barnard, y O. Odudu (Eds.), *The outer limits of European Union law* (pp. 245-272). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Steiner, J. (1992). Drawing the line: uses and abuses of article 30 EEC. *Common Market L. Rev.*, *29*(4), 749-774.

Tillotson, J. y Foster, N. (2003). *Text, cases and materials on European Union law*. London: Cavendish Publishing Limited.

Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. (2006). Laudo N° 1/2006. Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre de 2005 en la controversia «prohibición de importación de neumáticos remodelados procedentes del Uruguay».

Tryfonidou, A. (2009). The Outer Limits of Article 28 EC: Purely Internal Situations and the Development of the Court's Approach through the Years. En C. Barnard y O. Odudu, (Eds.), *The outer limits of European Union law* (pp.197-224). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Tobler, C. (2010). *Internal Market beyond the EU: EEA and Switzerland*. Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100315ATT70636/20100315ATT70636EN.pdf

Vigil Toledo, R. (2011). *El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos*. Recuperado de http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/abstracts/Vigil.pdf

Weatherill, S. (2012). Free movement of goods. *International & Comparative Law Quarterly*, *61*(2), 541-550.

White, E. L. (1989). In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty. *Common Market L. Rev.*, *26*, 235-280.

Wils, P. J. W. (1993). The *Search for the Rule in Article 30 EEC. Much Ado About Nothing? European L. Rev.*, *18*(6), 475-492.

DISPUTAS SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA EN EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES: LOS CASOS DE PERÚ Y BOLIVIA. CUESTIONES RESPECTO A LA PREVENCIÓN DE DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO EN EL CIADI

Víctor Saco Chung
Departamento Académico de Derecho, PUCP*
Pamela Torres Rodríguez
Facultad de Derecho, PUCP**

Categoría profesores

En el presente artículo se busca identificar la razón por la que en Perú y Bolivia, a pesar de la existencia de conflictividad social que afecta el desarrollo de proyectos mineros, se presentan pocos casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) relacionados con inversión extranjera en explotación de recursos naturales. La respuesta a esta pregunta se realiza comparando ambos países, los cuales se asemejan entre sí al tener una alta dependencia económica respecto de la extracción de recursos naturales

1. Introducción

Bolivia y Perú son Estados considerados «países en desarrollo», a pesar de que en los últimos cinco años han sido los Estados que han crecido económicamente de manera más sostenida en la región. Las economías de ambos Estados se basan principalmente en la explotación de recursos naturales, en su gran mayoría por parte de empresas extranjeras. Asimismo, en el sector minero de los dos países se presentan conflictos sociales.

De esta forma, las empresas que explotan minerales, gas o petróleo están sujetas a muchas críticas, más aún si son extranjeras, debido a los impactos que sus actividades pueden tener en el medio ambiente, en la creación de puestos de trabajo o en los derechos de las poblaciones indígenas. La conflictividad generada en torno a la inversión extranjera se encuentra motivada en la oposición de intereses de determinados sectores como el Gobierno receptor, las poblaciones indígenas, los líderes comunales y/o políticos, así como movimientos internacionales de lucha por la protección de los derechos humanos que influyen en la opinión pública sobre el destino que corresponde dar a ciertos recursos naturales o territorios que resultan afectados a través de la concretización de la explotación minera.

---

* Profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. El autor quisiera agradecer a Eler Rojas por la recolección de información en una primera etapa de dicha investigación.

** Bachillera en Derecho por la PUCP.

Así, existen posturas que llevan a hacer pensar que las empresas extranjeras tienen un importante poder de negociación, pues saben que los Gobiernos necesitan de los recursos económicos que se obtienen por la vía de impuestos por la explotación de los recursos naturales, y que no existen todavía empresas nacionales con suficiente capital y tecnología para competir con los inversionistas extranjeros. Se considera que estas empresas tienen contacto directo con funcionarios públicos de alta jerarquía, incluyendo al presidente de la República, de tal modo que logran contratos beneficiosos y reducciones tributarias.

Estas posturas pueden generar tensiones y, a su vez, esas tensiones pueden generar conflictos. Estos conflictos pueden darse entre la población (incluyendo a los pueblos indígenas) y los inversionistas, lo cual puede terminar involucrando al Estado en un proceso de solución de diferencias ante el CIADI.

En el presente artículo se pretende dilucidar por qué existen pocos procesos iniciados ante el CIADI que involucren a Perú y Bolivia a pesar del alto nivel de conflictividad social relacionado con la extracción de recursos naturales por inversionistas extranjeros. Dos posibles respuestas son que ello se debe al marco jurídico existente o a alguna estrategia de prevención de disputas. Para comprobar esta explicación, primero se analiza el flujo de inversiones en minería en ambos países y la conflictividad en torno a este. Posteriormente, se revisa el marco regulatorio internacional de protección de inversiones tanto en Perú como en Bolivia. Finalmente, en la tercera y última parte se exponen los mecanismos participativos que sirven como formas de evitar futuros conflictos arbitrales, y se presenta el análisis respecto a las lecciones en materia de prevención de disputas que se pueden obtener de los casos revisados.

2. Extracción de recursos naturales y conflictos sociales en Bolivia y Perú

En esta sección del artículo se exploran las relaciones que existen entre las empresas extractivas de capital extranjero y los conflictos sociales en torno a estas. Si bien es difícil demostrar una relación directa entre la nacionalidad de una empresa y el conflicto, pues la conflictividad podría depender de la actividad en sí (independientemente de la nacionalidad de los inversionistas), es posible encontrar una relación entre las industrias extractivas extranjeras y la cantidad de conflictos sociales. Esta relación puede basarse en una coincidencia o en el hecho de que, debido al costo de la tecnología para operar estas actividades, la mayoría de las empresas son de capitales foráneos a Bolivia y Perú. En esta sección se exponen los números que demuestran la mencionada coincidencia.

2.1. Inversión extranjera en empresas extractivas.

Tanto Bolivia como Perú son Estados abiertos a la inversión extranjera. No obstante, en los últimos años el Perú muestra mayor flujo de inversión extranjera directa (en adelante IED) que Bolivia.

En el caso del Perú, de acuerdo con datos de su Ministerio de Economía y Finanzas, para el año 2016 se estimó un total de USD 6863 millones en inversión extranjera. De este monto, USD 1510 millones, casi un 25 %, corresponde al rubro de minería. En ese año específico, el incremento se debió principalmente a la culminación de megaproyectos mineros, tales como Cerro Verde y Las Bambas (CEPAL, 2017). Sin embargo, el monto de IED del 2016 es 17 % menor al del 2012, el mejor año para la IED en el Perú, cuando ingresaron cerca de USD 12 000 millones impulsados principalmente por el atractivo de la minería (CEPAL, 2017). La minería junto con los sectores de comunicaciones (USD 1304 millones), finanzas (USD 1304 millones),

energía (USD 961 millones) e industria (USD 892 millones) representaron el 87 % de la IED total en Perú en el año 2016 (CEPAL, 2017).

Entre los años 2011 y 2016, los principales inversionistas fueron Peru Copper Syndicate Ltd. y Hudbay Peru Inc., los cuales se encontraban en un nivel de aporte similar con los principales inversionistas de otros sectores como Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., Telefónica Latinoamérica Holding S.L. y NII Mercosur Telecom S.L. en el sector comunicaciones; Inversiones Inverfal Perú SpA. y Dia Bras Exploration Inc., en el sector finanzas; y Odebrecht Latin Finance S.A.R.L. e I.C. Power Holdings (Kallpa) Limited, en el sector energía.

Por otra parte, en el caso de Bolivia, en conformidad con lo indicado por el Banco Central de Bolivia, la IED bruta en el primer semestre de 2016 se concentró principalmente en hidrocarburos con USD 280 millones, seguido por los servicios inmobiliarios, empresariales y de alquiler con USD 170 millones, y la industria manufacturera con USD 124 millones. Estos tres sectores totalizan una participación de 85,8 % de la IED, por delante de los siguientes sectores: comercio al por mayor y menor con USD 49 millones; construcción con USD 43 millones; intermediación financiera con USD 20 millones; transporte, almacenamiento y telecomunicaciones con USD 15 millones; producción de energía eléctrica, gas y agua con USD 0,2 millones; minería con USD −34 millones; agricultura con USD 0; y otros servicios con USD 2 millones (Banco Central de Bolivia, 2016, pp. 16-17).

Con base en lo anterior, es posible concluir que, además de existir mayor flujo de IED en Perú que en Bolivia, dicha inversión se concentra en distintos sectores económicos. En el Perú la IED se encuentra dirigida en gran medida al sector minero, mientras que en Bolivia, esta se encuentra dirigida a otros sectores como hidrocarburos, servicios inmobiliarios, empresariales y de alquiler, entre otros. Queda relegada, así, la inversión en el sector minero, ya que se encuentra en un estado deficitario. En efecto, a diferencia de lo que sucede en el caso peruano, en Bolivia el año 2017 los principales inversionistas en el sector hidrocarburos y energía han sido Gazprom International, Rosatom y Shell (Banco Central de Bolivia, 2016, p. 32).

De la información anterior, se puede concluir que durante el periodo de tiempo analizado en el caso de Perú, la minería es el principal sector en el que se concentran las inversiones extranjeras, en comparación con sectores económicos. La tendencia en este país es de un incremento de IED y en inversión minera. En cambio, lo contrario sucedió en Bolivia, donde la IED se redujo un 26 % y llegó a USD 410 millones en 2016, el nivel más bajo desde 2007 (CEPAL, 2017).

Es clara la relación entre la apertura del sector minero a la inversión extranjera y el crecimiento de la misma, en tanto el sector minero es el que aporta más a la economía que otros sectores económicos. Lo anterior significaría un beneficio para el crecimiento económico del Estado, e implicaría mayor desarrollo económico. No obstante, cabe cuestionarse acerca de si junto al incremento de la inversión extranjera en el sector minero, también se incrementa la conflictividad social, lo cual tendría un efecto en el desarrollo en sí.

2.2. Conflictos sociales relacionados con recursos naturales en Bolivia y Perú.

Para determinar si el incremento en el flujo de la inversión extranjera implica el incremento de la conflictividad social en los países estudiados, se procede a detallar la evolución de los conflictos sociales suscitados en Perú y Bolivia en torno a la minería durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 2013 y 2017.

En el Perú, de los 139 conflictos socioambientales activos y latentes registrados en diciembre de 2013, el 74,8 % (104 casos) correspondían a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo de Perú, 2013, p. 12). Además, de los 139 conflictos socioambientales activos y latentes registrados en diciembre de 2014, el 69,8 % (97 casos) correspondían a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo de Perú, 2014, p. 18). De la misma forma, de los 145 conflictos socioambientales activos y latentes registrados en diciembre de 2015, el 62,8 % (91 casos) correspondían a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo de Perú, 2015, p. 21). De los 146 conflictos socioambientales activos y latentes registrados en diciembre de 2016, el 65,1 % (95 casos) correspondían a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo de Perú, 2016a, p. 20). Finalmente, en diciembre de 2017, de los 120 conflictos socioambientales activos y latentes, el 65,0 % (78 casos) correspondía a conflictos relacionados con la actividad minera (Defensoría del Pueblo de Perú, 2016b, p. 21).

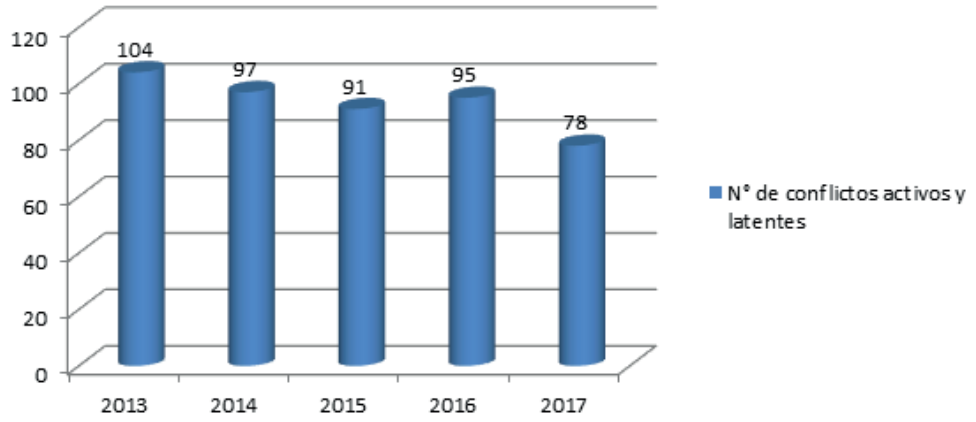

Figura 1. Conflictos sociales relacionados con la minería en Perú. Elaboración propia.

Por otra parte, en el caso de Bolivia, entre los años 2013 y 2017, la Defensoría del Pueblo publicó los informes a la Asamblea Legislativa Plurinacional XVI, XVII y XVIII. En el primer informe se establece que en el año 2013 existieron alrededor de 22 conflictos sociales por recursos naturales y/o medio ambiente (Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, 2014, p. 65), en el segundo informe del año 2014 no se hace ninguna referencia a los conflictos que giran en torno a la minería (Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, 2015, pp. 121-123), y en el tercer informe correspondiente al año 2015 se registran 37 casos referentes a tierra y/o territorio y 26 casos sobre recursos naturales y/o medio ambiente. Asimismo, en este último informe se menciona la existencia de un informe sobre la conflictividad en Bolivia que recopila el panorama de la conflictividad en Bolivia durante el año 2014 (Defensoría del pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, 2016, pp. 127 y 253); sin embargo, dicho informe no se encuentra disponible para su consulta, por lo que no se ha podido identificar con certeza cuál es el número exacto de conflictos relacionados con la actividad minera.

De acuerdo con lo anterior, Perú registra altos índices de conflictividad social relacionada con las actividades de explotación minera financiadas mediante inversión extranjera, mientras

que en Bolivia, a pesar de las limitaciones estadísticas expuestas, se evidencia que existen bajos índices de conflictividad social respecto a recursos naturales y/o medio ambiente, así como tierra y/o territorio, los cuales son sectores comúnmente afectados por la explotación minera financiada por inversionistas extranjeros.

Es así como se puede apreciar que existe una coincidencia entre el incremento de inversión extranjera en minería en Perú y los mayores picos de conflictos sociales relacionados con la minería. Por ejemplo, en el año 2013, un año después del mayor ingreso de inversión extranjera directa de la década en Perú, los conflictos sociales registrados fueron 143, mientras que con la contracción de la inversión y su reducción, en parte por la baja del valor de los minerales, en el 2017 el número de conflictos se redujo a 78. En el caso de Bolivia, el mayor pico de conflictividad es de 37 conflictos y el promedio es de 24 conflictos por año, menos de la mitad del mejor año peruano.

Frente a estos datos numéricos que parecen demostrar una relación entre inversión extranjera en recursos naturales y conflictividad, surge la pregunta acerca de si el derecho (en especial el derecho internacional de las inversiones) juega también un papel en la mayor o menor conflictividad en los países mencionados. Este rol del derecho es interesante, principalmente por tres factores: (1) porque Bolivia ha iniciado una política de denuncia de acuerdos internacionales; (2) porque el derecho internacional de las inversiones brinda la opción a los inversionistas extranjeros de poder ampararse en normas de carácter internacional si los conflictos sociales impiden el desarrollo de la explotación minera por parte de los mismos; y (3) porque es posible que en la diferencia de regulación entre ambos Estados se pueda encontrar un mecanismo de prevención de conflictividad que se adapte a otros Estados.

3. Marco jurídico internacional aplicable a los inversionistas

Tanto Perú como Bolivia cuentan con acuerdos internacionales de inversión que se aplican a inversionistas extranjeros. En ambos Estados se tienen más acuerdos del tipo «tratado bilateral de inversiones» (en adelante TBI), en comparación con el menor número de «acuerdos de libre comercio con capítulos de inversión». Los TBI, en general, son acuerdos con cláusulas redactadas de manera general que permiten a los árbitros interpretarlas con mayor libertad en caso de disputa; mientras que los acuerdos de libre comercio cuentan con definiciones más precisas de los derechos que se aplican a los inversionistas extranjeros.

En principio, ello se debe a que los acuerdos de libre comercio son una reacción a la interpretación abierta realizada por los árbitros a las cláusulas de los TBI. Estos acuerdos son expuestos en el primer punto de esta parte; mientras que en la segunda se analiza un efecto de estos tratados, puesto que incluyen la posibilidad de resolver las diferencias de los inversionistas a nivel internacional frente a un tribunal arbitral. En este sentido se analizan los casos resueltos ante tribunales arbitrales entre Perú y Bolivia con inversionistas extranjeros con inversiones en materia de extracción de recursos naturales.

3.1. Acuerdos internacionales de inversión de Perú y Bolivia.

Perú cuenta con 28 TBI vigentes, suscritos con los siguientes países: Alemania, Argentina, Australia, Bélgica/Luxemburgo, Canadá, Chile, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Tailandia y Venezuela. Además, existen 12 acuerdos comerciales vigentes que incluyen un capítulo relativo a inversiones; estos son los

siguientes: el acuerdo comercial entre la Unión Europea y la República de Perú, el tratado de libre comercio suscrito entre Perú y Canadá, el acuerdo de libre comercio entre el Perú y Chile, el acuerdo de promoción comercial suscrito entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica, el acuerdo de libre comercio suscrito entre Perú y los Estados AELC (Suiza, Noruega, Liechtenstein e Islandia), el acuerdo de integración comercial entre Perú y México, el acuerdo de libre comercio suscrito entre Perú y Panamá, el acuerdo de libre comercio entre Perú y Corea, el tratado de libre comercio entre Perú y China, el tratado de libre comercio entre Perú y Singapur, el acuerdo de libre comercio entre Perú y Costa Rica, y el acuerdo comercial entre Perú y Honduras (Proinversión, 2017). Por lo tanto, entre TBI, acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que incluyen un capítulo sobre inversiones, el Perú tiene 40 acuerdos vigentes relativos a inversiones.

Por otro lado, Bolivia cuenta con TBI vigentes, suscritos con los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica/Luxemburgo, Chile, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Italia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza (OEA, 2017b). Cabe mencionar que el tratado entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al fomento y la protección recíproca de la inversión dejó de tener vigencia desde el 10 de junio de 2011 (Department of State y Office of the United States Trade Representative, 2012). Asimismo, Bolivia cuenta con un acuerdo comercial en el que se consagra un capítulo sobre inversiones; este es el tratado de libre comercio entre Bolivia y México. En total Bolivia cuenta con 21 acuerdos vigentes sobre inversiones.

Bolivia y Perú coinciden en el hecho de tener más TBI que acuerdos comerciales. La tendencia a ratificar TBI se inició en Latinoamérica luego del Consenso de Washington y fue cambiando a partir de la década del año 2000, cuando se incrementaron los procesos arbitrales entre inversionistas y Estados que conllevaron a que algunos Estados perdieran arbitrajes. Esto, a su vez, tuvo como efecto el cambio al modelo de acuerdos de libre comercio. A partir de mediados del año 2000, Perú y Bolivia comenzaron a tomar distintos rumbos en materia de suscripción de tratados que protejan la inversión extranjera. Mientras que Perú seguirá una tendencia a celebrar más tratados, Bolivia optará por denunciarlos.

En el año 2006, con la firma del acuerdo de libre comercio con Estados Unidos, ratificado en 2009, Perú inició un periodo de modernización de sus tratados de inversión. Posteriormente, Perú suscribió acuerdos multilaterales como el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, cuyo texto del acuerdo contiene un capítulo 10 referido a inversiones, el Acuerdo de Asociación Transpacífico que ha sido reemplazado por el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, el mismo que se espera que sea suscrito el 08 de marzo de 2018 y que contiene un capítulo 9 referido a la inversión (MINCETUR, 2006).

Siguiendo una línea de acción distinta, desde mediados del año 2000, Bolivia comenzó a tener una política de denuncia de tratados internacionales de inversión, principalmente por los efectos de las demandas que sufrió ante el CIADI. La estrategia de denuncia de los tratados relativos a inversiones que eran vinculantes se inició luego de que estos no fueran declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional boliviano. Este tribunal emitió una sentencia el 10 de mayo de 2006, en la que declaró la constitucionalidad de distintas leyes como la que ratificaba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington) y otras que ratificaban tratados de inversión con Argentina, Reino de los Países Bajos, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Reino de España y Estados Unidos. Uno de los argumentos

principales para la no declaración de inconstitucionalidad de los mencionados tratados fue el recurso al artículo 27 de la Convención de Viena, en virtud del cual no se puede alegar el derecho interno de un tratado como justificación para no cumplir los tratados internacionales (estos tendrían que denunciarse)[1].

Una vez adoptada la decisión política de terminar con los compromisos internacionales en materia de inversión y ya que la vía constitucional no era la más adecuada para lograr este fin, a partir del año 2006 Bolivia comenzó a denunciar los 21 TBI que había suscrito (Orellana, 2014). Esta decisión política data del primer gobierno de Evo Morales, cuando se decidió instaurar en el Estado Plurinacional de Bolivia un marco jurídico constitucional y legal, así como una política de gobierno con el objetivo de evitar encontrarse sometidos a la jurisdicción de tribunales de arbitraje internacional cuando se trate de controversias surgidas entre los inversionistas y el Estado boliviano. Además, en el año 2010 se creó la Procuraduría General del Estado, «instancia encargada de promover, defender y precautelar los intereses del Estado en diferentes ámbitos, incluyendo los casos de disputas con inversionistas extranjeros» (Orellana, 2014).

El resultado de esta política se llevó a cabo de la siguiente manera: de los 21 acuerdos de Bolivia, 8 fueron denunciados antes de su renovación automática, mientras que los otros 13 fueron denunciados al mismo tiempo, el 6 de mayo de 2013, conforme a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia vigente desde el año 2009[2]. Además, el 1 de mayo de 2007, Bolivia denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, siendo el primer Estado en dejar la CIADI (Björn, 2014).

En lo que respecta al TBI entre Perú y Bolivia, cabe mencionar que en fecha 19 de febrero de 2015 se suscribió una enmienda a dicho tratado, la misma que le otorgaba vigencia hasta el 19 de febrero de 2016, a fin de que durante ese periodo de tiempo se negociase un nuevo acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones que sustituya a dicho tratado, lo cual no sucedió[3]. Por consiguiente, de acuerdo con el décimo punto de la descripción de

1 Sentencia Constitucional 0031/2006, Expediente Nº 2005-13011-27-DRI. Las leyes, en específico, son la Ley 1593, de 12 de agosto de 1994, ratificatoria de la adhesión de Bolivia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; la Ley 1594, de 12 de agosto de 1994, ratificatoria del TBI suscrito con Argentina; la Ley 1586, de 12 de agosto de 1994, ratificatoria del TBI suscrito con el Reino de los Países Bajos; la Ley 1535, de 28 de febrero de 1994, ratificatoria del TBI suscrito con Francia; la Ley 1132, de 19 de enero de 1990, ratificatoria del TBI suscrito con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; la Ley 2360, de 7 de mayo de 2002, ratificatoria del TBI suscrito con el Reino de España; y la Ley 1897, de 18 de septiembre de 1998, ratificatoria del TBI suscrito con Estados Unidos (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2006).

2 Al respecto, el viceministro de Comercio Exterior e Integración, Clarems Endara, menciona lo siguiente: «"'La primera denuncia de un Tratado Bilateral de Inversión se la hizo en 2006. A partir de esa fecha se empezaron a denunciar de manera sistemática todos los acuerdos cuyas fechas venían venciéndose', y continuó, 'Entonces comenzamos a ver coincidencias de fechas y empezamos a denunciar los primeros TBI… Posteriormente, para cumplir con lo que decía la Constitución Política del Estado, se hizo una denuncia colectiva el 6 de mayo de 2013 de los otros que restaban. Es decir, 8 de los acuerdos que tiene Bolivia fueron denunciados en las fechas que vencían, y los otros 13 fueron denunciados de manera colectiva"'. En efecto, dentro de ese grupo se encontrarían los TBI con Bélgica y Luxemburgo, Ecuador, Perú, Chile, Francia, Rumania, Alemania, Argentina, China, Dinamarca y Gran Bretaña. Entre los que fueron denunciados en sus fechas de vencimiento están los TBI con Países Bajos (2009) y Estados Unidos (2011)» (Orellana, 2014).

3 Uno de los acuerdos adoptados en la Declaración de Lima tras el III Gabinete Binacional Perú-Bolivia, realizado el 01 de setiembre de 2017 fue «iniciar las negociaciones de un nuevo Acuerdo de Inversiones en el más breve plazo y, de ser el caso, evaluar la ampliación de la vigencia del actual Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones» (*Publimetro*, 2017).

la enmienda en mención, la vigencia del convenio no ha sido renovada y solo será extensible por el periodo de ultractividad, pactado en el segundo párrafo del artículo 14 del convenio, el mismo que consta de 15 años adicionales a favor de las inversiones realizadas antes del 19 de febrero de 2016 (Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, 2015). Por lo tanto, las inversiones provenientes o registradas en Perú presentes en Bolivia se encuentran protegidas bajo la cláusula de ultractividad del TBI entre Perú y Bolivia hasta el año 2031.

Esta política boliviana se encuentra plasmada en el artículo 320 de la Constitución Política del Estado, donde se establece lo siguiente: «Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable» (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009). De tal modo, se busca poner un candado para evitar que el Estado boliviano se vea inmerso en controversias con inversionistas extranjeros ante tribunales internacionales.

Adicionalmente, se puede encontrar lo dispuesto en la novena disposición transitoria, donde se menciona que todos los tratados internacionales contrarios al texto constitucional deben ser denunciados y renegociados, lo cual se aplica al menos a 19 TBI bolivianos que tienen cláusulas vigentes donde se estipula «la obligatoriedad de acudir al CIADI para dirimir los eventuales conflictos surgidos entre los inversionistas y el Estado» (Valverde, 2008). A la fecha, todos los TBI suscritos por Bolivia han sido denunciados.

Consecuentemente, en palabras del actual viceministro de Comercio Exterior e Integración boliviano, Clarems Endara, los parámetros establecidos en la Constitución Política del Estado respecto a la inversión extranjera en Bolivia se sustentan en tres pilares, los cuales son los siguientes: la recuperación de todos los recursos naturales estratégicos para el país, la revisión y denuncia de todos los TBI contrarios a la nueva Constitución Política del Estado, y la prohibición de cualquier arbitraje internacional respecto a cualquier controversia entre un inversionista privado y el Estado boliviano[4]. Ello evidencia el rechazo del Estado boliviano a solucionar sus controversias en el sistema arbitral internacional.

Por otro lado, dentro del marco jurídico legal sobre inversiones, se encuentran las siguientes disposiciones: la Ley de Inversiones[5], cuyo artículo 20 ha sido modificado por la Ley sobre el Desarrollo y Tratamiento Impositivo de las Exportaciones[6]. A dicha normatividad se ha sumado la reciente Ley de Promoción de Inversiones, Ley N° 516, vigente desde el año 2014, en cuya primera disposición adicional se establece que «los tratados concernientes a

4 Textualmente, el viceministro de Comercio Exterior e Integración dijo lo siguiente: «"El primer pilar tiene que ver con la recuperación de todos los recursos naturales estratégicos para el país, que es lo que llevó a las nacionalizaciones de las diferentes empresas… El segundo pilar tiene que ver con la revisión y denuncia de todos los Acuerdos Bilaterales de Inversión contrarios a la nueva CPE [Constitución Política del Estado]… El tercer pilar tiene que ver con la prohibición de cualquier arbitraje internacional respecto a cualquier controversia entre un inversionista privado y el Estado boliviano…", es decir que, *"… cualquier controversia que pueda surgir entre un inversionista privado y el* Estado tiene que resolverse en jurisdicción nacional, esto implica una renuncia explícita a cualquier foro internacional en el cual podría resolverse las controversias"» (Orellana, 2014).

5 Donde se garantiza la inversión nacional y extranjera para promover el crecimiento y desarrollo económico y social. Ley de Inversiones, Ley N° 1182. arts. 1 y 2 (El Honorable Congreso Nacional Boliviano, 1990).

6 En tal sentido, se agrega que las empresas de comercialización internacional tendrán el mismo tratamiento otorgado a las terminales de depósito. Asimismo, se adicionan supuestos de restricción a la importación de mercancías, y se determina que los exportadores podrán acceder de manera directa al financiamiento internacional en términos libremente acordados entre las partes (El Honorable Congreso Nacional Boliviano, 1993).

inversiones extranjeras renegociados conforme a lo dispuesto en la novena disposición transitoria de la Constitución Política del Estado deberán adecuarse a lo establecido en dicha norma constitucional y formalizarse a través de acuerdos marco de inversión» (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2014).

Adicionalmente, en lo que respecta a la solución de controversias, la citada ley remite a lo establecido en la Ley de Conciliación y Arbitraje, Ley N° 708, vigente desde el año 2015, mediante la cual podrán ser resueltas las controversias que surjan entre los inversionistas y el Estado, tanto antes como durante un proceso judicial, excepto «[l]os acuerdos comerciales y de integración entre Estados, suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, los cuales se regirán por las disposiciones sobre conciliación y arbitraje que determinen las partes, en el marco de estos» (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015).

3.2. Recurso a tribunales por inversionistas con inversiones relacionadas con recursos naturales en Perú y Bolivia.

Dado el marco anterior de acuerdos internacionales de inversión o sus disposiciones incluso al aplicarse por ultractividad (caso de Bolivia), resulta interesante descubrir que el número de demandas contra Perú y Bolivia en materia de industrias extractivas no es tan alto. Es claro que después de la denuncia del Convenio de Washington, no es posible demandar a Bolivia frente al CIADI, pero normalmente las cláusulas de supervivencia de los TBI incluyen otros tribunales ad hoc que pueden utilizar las reglas Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) para resolver alguna disputa que se presente ante ellos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de las partes de acudir al tribunal específico (Polanco, 2013).

En lo que respecta al Perú, existe un registro de 14 casos concluidos ante el CIADI[7] y 3 casos pendientes[8]. Entre los casos concluidos, se puede encontrar 3 casos en el sector minería, los cuales son los siguientes: Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru, The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru y Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru. Luego, en el rubro de gas existe 1 caso que es Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru. Más aún, se han registrado 4 casos en el sector de electricidad, los cuales son los siguientes: Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. Republic of Peru, Isolux Corsán Concesiones S.A. v. Republic of Peru, Republic of Peru v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. Además, existe un caso sobre agua y aire que es el caso Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formalmente Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru.

7 Los 14 casos concluidos de Perú ante el CIADI son los siguientes: Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru; Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. v. Republic of Peru; Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru; Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru; Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru; Tza Yap Shum v. Republic of Peru; Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru; Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru; The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru; Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. Republic of Peru; Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru; Isolux Corsán Concesiones S.A. v. Republic of Peru; Republic of Peru v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.; APM Terminals Callao S.A. v. Republic of Peru; y Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru. (CIADI, 2018a).

8 Los 3 casos pendientes de Perú ante el CIADI son los siguientes: Lidercón, S.L. v. Republic of Peru; Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Republic of Peru; DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company v. Republic of Peru (CIADI, 2018b).

Entonces, se podría indicar que se presentan 9 casos relacionados con recursos naturales, en tanto estos pueden ser afectados, mientras que 4 casos están relacionados con la extracción de estos recursos: minería y gas.

En lo que respecta a Bolivia, se han registrado 3 casos concluidos[9] y 1 caso pendiente ante el CIADI. Entre los casos concluidos, un caso involucra inversiones en petróleo, gas y minería, (caso Pan American Energy LLC[10]), y otro involucra el sector agua (Aguas del Tunari S.A.). El único caso pendiente que involucra al sector petróleo, gas y minería es el caso Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. (CIADI, 2018d)[11].

3.2.1. Casos de peruanos ante el CIADI sobre recursos naturales.

En Perú, en lo que respecta al sector petróleo, gas y minería, en específico, de los tres casos mencionados sobre minería, dos siguieron su causa Renco y Bear Creek, mientras que el tercero, Compagnie Minière Internationale Or, terminó por mutuo acuerdo de las partes (Saco, 2016).

En el caso The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru, registrado el año 2011, se puede encontrar además situaciones de conflictividad social relacionada con problemas medioambientales. Renco compró el complejo metalúrgico de La Oroya mediante su filial peruana, Doe Run Perú S.R.L., en 1997, y demandó al Estado peruano por USD 800 millones ante el CIADI. El motivo de la demanda es que la empresa consideró que la solicitud del Estado de adecuar su Complejo Metalúrgico de La Oroya a los nuevos estándares de límites máximos permitidos de contaminación, establecidos en el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) (Lino, 2015) y la legislación vigente, vulneraba sus derechos reconocidos en el capítulo de inversión del Acuerdo de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. El proceso arbitral culminó el 15 de julio del 2016, con la emisión de un laudo parcial emitido por el Tribunal Arbitral Internacional favorable para Perú, con lo cual se desestimaron las reclamaciones de Renco por falta de jurisdicción.

Dicho proceso arbitral ocurrió en simultáneo a nivel interno con el proceso concursal de Doe Run, así como con distintas reclamaciones relacionadas con las condiciones ambientales de La Oroya (*La República*, 2016b). En este proceso concursal por quiebra, se asignó a una empresa para gestionar los complejos mineros de Doe Run. En un principio se intentó traspasar estos activos mediante un concurso que fue declarado desierto y se alegó rigidez de las exigencias legales en materia medioambiental.

Al no lograr asignarse el complejo minero a otra empresa, el 17 de agosto de 2015 se terminaron las operaciones de la mina Cobriza (Huancavelica), la cual financiaba el salario de 2400 trabajadores de la refinería La Oroya (*El Comercio*, 2015). Por ello, se generaron protestas por parte de los trabajadores que dejaron como saldo un muerto y 61 heridos (*La República*, 2015a). Cabe mencionar que a pesar de los altos niveles de contaminación del aire que han

9 Los 3 casos concluidos de Bolivia ante el CIADI son los siguientes: Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia, E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia, Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia (CIADI, 2018c).

10 En este caso el Gobierno boliviano «nacionalizó la Empresa Petrolera Chaco, en la cual PAE tenía el 50 % de las acciones. El arbitraje fue registrado en marzo de 2010» (Cuiza, 2014).

11 «La demanda de "QuiBorax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún" contra el Estado boliviano es por la reversión, en 2004, de concesiones para la explotación de recursos evaporíticos del salar de Uyuni, bajo el argumento de incumplimiento de normas ambientales e irregularidades en la entrega de las áreas» (Imaña, 2014).

sido detectados en La Oroya[12] y sus repercusiones negativas en la salud de los oroínos[13], las exigencias de los trabajadores son similares a las de la empresa inversionista: poder seguir trabajando la mina mediante la reducción de estándares ambientales[14]. Este conflicto social no ha sido solucionado a la fecha (*La República*, 2016a).

El segundo caso de minería, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, fue registrado el 18 de agosto de 2014 ante el CIADI. Al respecto, es de resaltar que antes de que Bear Creek demande al Estado peruano ante el CIADI, a diferencia de otras empresas extranjeras, gozaba de la aceptación de la población de Huacullani, tanto así que los comuneros aprobaron la audiencia al estudio de impacto ambiental.

El proyecto Santa Ana, dirigido por la empresa canadiense Bear Creek, se amparó en el D.S. N° 083-2007-EM del Ministerio de Energía y Minas, del 29 de noviembre de 2007, mediante el cual se autorizaba a la empresa minera a realizar actividades dentro de los 50 km de la zona de la frontera, basándose en la existencia de una situación de necesidad pública y siendo de aplicación el artículo 71 de la Constitución. Asimismo, se dispuso que el proyecto Santa Ana sea considerado de necesidad pública, y se determinó que se realizaran las acciones correspondientes para el otorgamiento de la concesión (Cáceres, 2012).

Sin embargo, los conflictos se iniciaron el 26 de mayo de 2011 a raíz de una protesta liderada por Walter Aduviri, en la cual se ocasionaron desmanes y saqueos en el campamento minero de Bear Creek. Posteriormente, se sucedieron sucesivas protestas en Puno, donde los pobladores llegaron incluso a tomar el aeropuerto de Juliaca y dos de ellos murieron en un enfrentamiento con la policía (*La República*, 2014) en el denominado «Aymarazo». Frente a esta situación, el 25 de junio de 2011, el Gobierno expidió el Decreto Supremo N° 032-2011-EM, el cual derogó el mencionado Decreto Supremo N° 083-2007-EM que otorgaba la concesión a Bear Creek[15].

Al verse afectada por este cambio legislativo, Bear Creek presentó una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional peruano, entidad que ordenó al Estado la devolución de la concesión. Sin embargo, Bear Creek decidió suspender los trámites judiciales en Perú y presentó su caso ante el CIADI (Huanachín, 2017), alegando que Perú habría violado los estándares de protección previstos en el capítulo VIII de inversión del TLC suscrito entre Perú y Canadá, ya que incurrió en una expropiación ilegal y un trato injusto e inequitativo, y demandando una indemnización ascendente a la suma de USD 522 millones (Peralta, 2017).

12 Ello, debido a que «este distrito de Junín se consideró la quinta ciudad más contaminada del planeta, según el ránking [sic] del Instituto Blacksmith» (*El Comercio*, 2015).

13 En tal sentido, «los niños que habitan en la Oroya sobrepasan el nivel promedio de plomo en la sangre- 10 ug/dl – teniendo 33,6 ug/dl; es decir, triplican el nivel de plomo permitido» (Consejo Editorial de *Parthenon*, 2015).

14 «Así pues, los trabajadores de Doe Run han elaborado un pliego de reclamos mediante el cual exigen- nombraremos los puntos más importantes- al Estado peruano una mayor flexibilización de la legislación ambiental. Así también, exigen que el Profit deje de ser el administrador de la empresa. Además, rechaza la multa impuesta por la OEFA a la empresa por S/. 7 millones. Finalmente, exigen que el Estado declare en Estado de emergencia a La Oroya y a su vez, se interese en la reactivación del complejo metalúrgico. Cabe precisar que el pedido de los trabajadores sigue la misma línea del pedido de los acreedores, por no decir que son idénticos» (Consejo Editorial de *Parthenon*, 2015).

15 En el «Decreto Supremo N° 032-2011-EM, se precisa que la extracción ilícita de sustancias minerales en los distritos de Huacullani y Kelluyo, en la provincia de Chuchito, en Puno, serán objeto de intervención policial y denuncia al Ministerio Público. El Decreto concluye disponiendo que, en un plazo no mayor de sesenta días, se deban dictar disposiciones con el fin de prohibir las actividades mineras en los distritos de Huacullani y Kelluco, en la provincia de Chucuito» (Cáceres, 2012).

Finalmente, un tribunal arbitral del CIADI emitió su laudo el 30 de noviembre de 2017, en el cual ordenó al Estado peruano pagar una indemnización por daños y perjuicios a favor de la empresa Bear Creek Mining Corporation ascendente a USD 30,2 millones, debido a que el tribunal consideró que el Estado peruano incurrió en un supuesto de expropiación indirecta contra Bear Creek al emitir los Decretos Supremos N° 032-2011-EM y N° 083-2007-EM (Huanachín, 2017).

3.2.2. Casos de bolivianos ante el CIADI sobre recursos naturales.

En el caso de Bolivia, dentro del sector agua, saneamiento y protección contra inundaciones, se puede encontrar conflictividad social en el primer caso que dicho país tuvo que enfrentar ante el CIADI, el cual fue Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, registrado el 25 de febrero de 2002. En este caso, tras el aumento mayor al 50 % de la tarifa del agua por parte de Aguas del Tunari, subsidiaria de la corporación estadounidense Brechtel, se suscitaron continuas protestas por parte de la población, lo que marcó el inicio del conflicto social conocido como la «Guerra del Agua». En tres ocasiones, «los pobladores de Cochabamba y sus vecinos del campo cerraron el acceso a la ciudad con huelgas generales y bloqueos de carreteras. El entonces presidente de Bolivia, anteriormente un dictador, respondió con tropas militares y la suspensión de derechos constitucionales. Hubo más de 100 heridos. Murió un muchacho de 17 años, Víctor Hugo Daza» (Centro para la Democracia, 2017a, p. 17).

Finalmente, en abril del año 2000, a causa de la presión pública internacional (Centro para la Democracia, 2017b) en la que participaron activistas de movimientos internacionales como Amnistía Internacional, debido a los casos de tortura y malos tratos a los que se sometió a los protestantes (Amnistía Internacional, 2001), como también la presencia de activistas de Green Peace que protestaron contra el incremento desmedido del recurso hídrico, se expulsó a dicha empresa del país. Esto ocasionó que la misma presentara una demanda ante el CIADI donde exigía USD 50 millones en compensación por la inversión realizada en Cochabamba. El 19 de enero de 2006, representantes de Bechtel y Abengoa suscribieron un acuerdo mediante el cual vendieron sus acciones al Gobierno por la ínfima suma de 2 bolivianos (en ese tiempo, USD 0,30) (Green Peace, 2010), con lo cual le pusieron fin al proceso en curso ante el CIADI.

4. Lecciones aprendidas: regulación de inversiones y prevención de conflictividad en Bolivia y Perú

A partir de la información expuesta en los dos primeros acápites de este artículo, se puede corroborar cierta información. En primer lugar, en países altamente dependientes de la extracción de recursos naturales como el Perú, existe una gran cantidad de IED en esta actividad económica; y existen conflictos relacionados con estas industrias extractivas, los cuales son mayores en Perú. En segundo lugar, tanto en Perú como en Bolivia existe un marco internacional de protección a los inversionistas, pero existe un bajo recurso a tribunales arbitrales. Finalmente, las tendencias de Perú y Bolivia respecto a los acuerdos internacionales de inversión son distintas, pues uno los incentiva y el otro los denuncia. En las siguientes líneas, se realiza un análisis de estas premisas con miras a descubrir si alguno de los dos modelos puede prevenir más conflictos sociales relacionados con industrias extractivas de capital extranjero.

4.1. Relación conflicto-inversión.

Como se adelantó al inicio de este trabajo, es difícil demostrar una relación directa entre la nacionalidad del inversionista y la conflictividad social. De los hechos de los conflictos analizados, estos parecen haberse generado por la naturaleza de las actividades empresariales de las empresas extractivas. Por ejemplo, en el caso Doe Run se presenta una coincidencia de posiciones entre el inversionista extranjero y un grupo de los afectados, los trabajadores. En este caso, no se da el conflicto contra el inversionista extranjero. Más bien, en el caso Doe Run, el conflicto parece haberse tornado del inversionista y los trabajadores contra el Estado, a pesar de que el Estado está buscando proteger la salud y el medio ambiente de la población.

En este aspecto, los casos Bear Creek en Perú y Aguas del Tunari en Bolivia son distintos al caso Doe Run, pues el Estado se pone de lado de la población y se afecta al inversionista. En estos casos, el derecho internacional de las inversiones toma un mayor protagonismo para el lado del inversionista, quien cuenta con el recurso a tribunales internacionales para amparar su posición, como analizamos a continuación.

4.2. Mecanismos participativos que sirven como formas de evitar futuros conflictos arbitrales.

En este artículo no se ha podido demostrar la relación entre conflictividad e inversión extranjera, pues para ello sería importante estudiar el efecto de la extranjería en el imaginario colectivo para determinar si tal situación genera que las poblaciones afectadas consideren que pueden exigir más a las empresas extranjeras, pues tienen más recursos. Sin embargo, en cualquier caso y con independencia de dicho nivel de recursos, las empresas nacionales y extranjeras deben respetar el marco jurídico nacional del Estado receptor durante el desarrollo de su actividad minera, pero ello escapa a los objetivos del presente documento.

No obstante, si bien es cierto que los inversionistas extranjeros tienen un recurso jurídico que los inversionistas nacionales no tienen, es decir, acudir a un tribunal arbitral internacional que puede declarar el pago de cuantiosas compensaciones valoradas en millones de dólares, también se debe considerar que dicho mecanismo ha sido ideado tomándose en consideración la situación de debilidad del inversionista extranjero al tener que someterse a los tribunales internos del Estado receptor.

A pesar de lo señalado en el párrafo precedente, es de resaltar que el recurso de informar a la población acerca de estas cuantiosas compensaciones, derivadas del recurso al arbitraje internacional por el inversionista extranjero, con el consecuente costo respectivo a los contribuyentes, ha sido utilizado en varias ocasiones por funcionarios de los Estados, medios de comunicación y empresarios en sus mensajes a la población para evitar ataques a las empresas. Por ejemplo, en el caso Bear Creek se consideraba que al Perú le costaría USD 1200 millones (*El Comercio*, 2014), cuando al final el caso le costó a Perú USD 30 millones.

Las compensaciones son un costo que el Estado debe asumir, pues son la consecuencia de una limitada gestión de consulta con todos los actores que se verán afectados por la concesión. Este trabajo debe ser previo a la concesión. Por ejemplo, en los casos Aguas del Tunari y Bear Creek, donde en un inicio se consideró que la población estaba de acuerdo con los proyectos e incluso participaba en ellos, luego intervinieron otros actores relacionados, pero no consultados, que generaron los conflictos.

Este trabajo de prevención con todos los actores es importante, además, porque tanto Perú como Bolivia tienen obligaciones internacionales e internas respecto a la consulta previa de

sus poblaciones, especialmente si en los territorios de estas poblaciones se desarrollarán actividades extractivas o de explotación de recursos naturales. En cuanto a las obligaciones internacionales, estas se encuentran en el artículo 6 incisos 1 y 2 del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, como también en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que tanto Perú como Bolivia han ratificado dicho tratado y votado a favor de la aprobación de dicha declaración.

Igualmente, Perú y Bolivia son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cabe mencionar lo siguiente:

> En el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte Interamericana determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tiene no sólo el deber de consultar con la comunidad, sino que también "debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones" (Antkowiak y Gonza, 2010, p. 4).

Igualmente, el relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas se ha pronunciado sobre los casos en los que el Estado debe obtener el consentimiento:

> Dos de ellos provienen de la Declaración de las Naciones Unidas y se refieren a las circunstancias que impliquen reubicación de sus tierras tradicionales o la colocación de residuos tóxicos en sus territorios. El tercer ejemplo surge de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, en el sentido de que el consentimiento previo debe ser requerido cuando se trate de "proyectos a gran escala" o que tengan un "mayor impacto" en las tierras indígenas (Antkowiak y Gonza, 2010, p. 5).

A nivel interno, en Perú no se ha consagrado de forma expresa el derecho a la consulta previa dentro de la Constitución Política. Sin embargo, dicho derecho goza de cobertura constitucional directa por medio de las normas referidas al sistema electoral (artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución) los cuales brindan la posibilidad de realizar consultas populares (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011). Además, «tiene cobertura constitucional indirecta por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19» del mismo instrumento (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, p. 83). Ello concuerda con disposiciones legales donde se establece de forma expresa la consulta previa[16].

Es importante mencionar que en Perú el resultado de la consulta previa no es obligatorio, pues se trata de «un mero protocolo donde un funcionario […] del Ministerio de Energía y Minas reúne a las comunidades indígenas para una […] presentación de cómo es el proceso de otorgamiento de concesiones. Al final de la presentación, se firma un acta. Las comunidades no tienen ninguna posibilidad de veto por la Constitución» (Chappuis, 2016). Ello evidencia que a

16 Entre otras: la Ley No 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su reglamento; la Resolución Viceministerial No 010-2013-VMI-MC, Procedimiento del Derecho de Petición de los Pueblos Indígenas para su Inclusión en un Proceso de Consulta previa o para la Realización del Mismo; la Resolución Viceministerial No 025-205-VMI-MC, la cual regula el procedimiento para la entrega de información e implementación del Libro de Registro de Resultados de los Procesos de Consulta Previa (Ministerio de Cultura, 2018).

pesar de que las poblaciones no estén de acuerdo con la explotación de los recursos naturales que se encuentren dentro de sus tierras, el Gobierno es el que decide, ya que los pueblos afectados no tienen poder de veto establecido en la Constitución peruana.

Por otra parte, en Bolivia las disposiciones legales sobre consulta previa son las siguientes: el artículo 30, inciso 15 de la Constitución Política del Estado, donde «se consagra el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos "a ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles", añadiendo que "se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan"» (Vargas, 2013).

Igualmente, el artículo 352 de la Constitución boliviana «dispone que la consulta debe ser libre, previa e informada y que corresponde a toda "población afectada". Específicamente, para pueblos indígenas originarios campesinos, agrega como requisitos la necesidad de realizarla "respetando sus normas y procedimientos propios", "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles y a través de procedimientos apropiados y de instituciones indígenas"» (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, p. 35). El artículo 349 «establece que los recursos naturales son propiedad del pueblo boliviano y que el Estado los administrará en nombre del interés colectivo y le otorga al Estado la autoridad de conceder derechos individuales y colectivos sobre las tierras, así como derechos para el uso y disfrute de los recursos naturales» (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, p. 35).

Adicionalmente, la Ley N° 3058, Ley de Hidrocarburos, prevé en sus artículos 114 y 115 el derecho a la participación y la consulta previa. Más aún, la Ley de Desarrollo Sostenible del Sector de Hidrocarburos; el Decreto Supremo N° 29033, Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas; y el Decreto Supremo N° 29124 que lo complementa «establecen procedimientos para el proceso de consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus Tierras Comunitarias de Origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso», y, finalmente, se indica que se debe respetar la decisión a la que se arribe luego del proceso de consulta (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, p. 37), la Ley del Medio Ambiente (Ley 1333) «en el título sobre medio ambiente y población establece la participación de las comunidades y pueblos indígenas en los procesos de desarrollo sostenible y uso racional de los recursos naturales renovables» (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, pp. 44-45). Asimismo, el Reglamento General de Áreas Protegidas tiene como uno de sus objetivos «establecer la necesidad de garantizar la participación efectiva y responsable de la población local en la consolidación y gestión de las áreas protegidas» (Due Process of Law Foundation y Oxfam, 2011, p. 45).

Por último, a pesar de lo mencionado en el párrafo precedente:

> Sin embargo, uno de los aspectos resaltantes del nuevo anteproyecto es que los indígenas sólo tendrán derecho a veto en tres casos, cuando se prevea el traslado o la reubicación de comunidades, la instalación de bases militares y de depósito de residuos nucleares y desechos tóxicos en sus territorios; no obstante, la última palabra sobre la ejecución de proyectos extractivos y de desarrollo en sus regiones la tendrá el gobierno central en caso de que no se logre el consentimiento de los indígenas en el proceso.

> Entonces, es fácil deducir que el denominado "derecho a veto" no pasará de ser una norma declarativa si no se asegura su cumplimiento, ya que al no tener ningún efecto como para impedir una decisión gubernamental afectaría negativamente la eficacia del derecho a la consulta previa. (Vargas, 2013).

La aplicación de estas normas y procedimientos de consulta previa pueden ser muy útiles para evitar la conflictividad relacionada con empresas extractivas de capitales extranjeros, pues una concesión otorgada sin ella genera un derecho en el inversionista que puede llevar a una compensación y, por otro lado y en simultáneo, afecta un derecho en la población con costos económicos y de vidas humanas.

De esta forma, la aplicación de normas y procesos de consulta previa no solo para poblaciones consideradas nativas o indígenas, campesinas u originarias, puede servir de medida preventiva de conflictos, al igual que otras medidas que se analizan a continuación.

4.3. A manera de conclusión. Prevención de conflictos y derecho internacional de inversiones.

Además del mecanismo de prevención de la consulta previa, mencionado en el acápite anterior, es importante analizar las posibles estrategias de cada Estado frente al marco de protección a los inversionistas extranjeros.

Con la denuncia de los tratados, Bolivia claramente ha apostado por fortalecer su normativa interna en materia de inversiones y contar con participación de capital extranjero en empresas nacionales, otorgando la posibilidad de solución de diferencias arbitrales pero a nivel estatal (Bernal, 2017). En este sentido, el respeto a normas de consulta previa será interpretado de manera coherente con estas disposiciones locales.

Igualmente, en el caso de Bolivia, no se dará un incremento de laudos arbitrales internacionales al haberse cerrado esa vía ante el CIADI y ante la dificultad de lograr un acuerdo de competencia para un tribunal *ad hoc*. Finalmente, las nuevas inversiones no están protegidas por las cláusulas de supervivencia de los tratados denunciados, solo por la nueva regulación interna boliviana. No obstante este panorama, la inversión extranjera no se ha detenido. Por ejemplo, durante todo el proceso de reforma del marco jurídico en materia de inversión, ingresó a Bolivia una importante inversión china en varios sectores, lo cual es un indicador de que los TBI no serían indispensables para atraer inversión extranjera, como ha sido propuesto por varios estudios. Esto indicaría que si bien los inversionistas toman como un criterio para decidir invertir en determinado país estos acuerdos, su existencia no es determinante a la hora de invertir (La Marca, 2017; Tobin y Busch, 2010; y Rose-Ackerman y Tobin, 2005).

Lo que sucede en Perú es diferente. Las inversiones de las principales empresas que están operando en el Perú, principalmente de capitales canadienses, chinos y estadounidenses, están protegidas por acuerdos de libre comercio y el recurso al CIADI. Por ello, el Perú deberá estar muy atento al consultar a la población involucrada antes de considerar una concesión, y tener mecanismos de prevención de conflictos para evitar que estos escalen a nivel internacional, como los que ya maneja el Ministerio de Economía y Finanzas en la actualidad (Saco, 2016).

Finalmente, es claro que frente a la falta de claridad de las relaciones entre, primero, inversión extranjera y conflictividad; y segundo, marco regulatorio internacional o nacional y conflictividad; para curarse en salud, lo más recomendable es que los Estados tengan una política de prevención de conflictos que incluya la participación de los actores involucrados en concesiones para empresas extractivas nacionales o extranjeras.

REFERENCIAS

Amnistía Internacional. (2001). *Tortura y malos tratos: Preocupaciones de Amnistía Internacional*. Recuperado de https://www.amnesty.org/download/Documents/124000/amr180082001es.pdf

Antkowiak, T. y Gonza, A. (2010). El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional. *Aportes DPLF, Año 3*(14), 1. Washington D. C. Recuperado de http://dplf.org/sites/default/files/1285264789.pdf

Asamblea Constituyente de Bolivia. (2009, 7 de febrero). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. El Alto: Asamblea Constituyente del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado de http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf

Asamblea Legislativa Plurinacional. (2014). Ley N° 516, Ley de promoción de las inversiones. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz: Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia, 04 de abril. Recuperado de http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N516.xhtml

Asamblea Legislativa Plurinacional. (2015, 25 de junio). Ley N° 708, Ley de Conciliación y Arbitraje. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz: Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado de http://www.fundempresa.org.bo/docs/content_new/ley-n-708-conciliacion-y-arbitraje-_223.pdf

Banco Central de Bolivia. (2016). *Reporte semestral de capital privado extranjero en Bolivia*. Recuperado de https://www.bcb.gob.bo/webdocs/publicacionesbcb/2016/11/37/REPORTE_DE_SALDOS_Y_FLUJOS_DEL_CAPITAL_PRIVADO_EXTRANJERO_EN_BOLIVIA_JUNIO_2016_0.pdf

Bernal, J. (2017). Can Bolivian state-owned companies submit to international arbitration? Analyzing Bolivia's intricate legal framework on foreign investment. *Investment Treaty News.* Recuperado de https://www.iisd.org/itn/es/2017/03/13/can-bolivian-state-owned-companies-submit-to-international-arbitration-analyzing-bolivias-intricate-legal-framework-on-foreign-investment-jose-carlos-bernal-rivera/

Björn, A. (2014). The regulation of foreign direct investment in Bolivia: Some current challenges. En A. Bjorklund (Ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2012-2013* (pp. 609-620). New York: Oxford University Press.

Cáceres, J. (2012). Santa Ana – Bear Creek: Lecciones sobre la pérdida de una concesión minera. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/mineriagobernanzaderecho-jlcn/2012/09/17/santa-ana-bear-creek-lecciones-sobre-la-perdida-de-una-concesion-minera/

Centro para la democracia. (2017a). *Brechtel vs. Bolivia. Detalles del caso y de la campaña*. Recuperado de https://democracyctr.org/es/archivo/la-guerra-del-agua/bechtel-vs-bolivia-detalles-del-caso-y-de-la-campana/

Centro para la democracia. (2017b). *La guerra del agua*. Recuperado de http://democracyctr.org/es/archivo/la-guerra-del-agua/

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2017). *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2017*. Recuperado de https://www.cepal.org/es/publicaciones/42023-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2017

Chappuis, M. (2016). Consulta previa: lo que dice el Convenio 169 de la OIT. *Semana Económica*. Recuperado de http://semanaeconomica.com/atajoabierto/2016/09/19/consulta-previa-lo-que-dice-el-convenio-169-de-la-oit/

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018a). Búsqueda de casos de Perú. Recuperado de https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/6.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018b). Búsqueda de casos pendientes de Perú. Recuperado de https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/pendingCases.aspx?status=p.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018c). Búsqueda de casos concluidos de Bolivia. Recuperado de https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018d). Búsqueda de casos pendientes de Bolivia. Recuperado de https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/pendingCases.aspx?status=p

Consejo Editorial de *Parthenon*. (2015). Sobre el conflicto en La Oroya por el caso Doe Run: ¿Morir de hambre o morir contaminado? Análisis del conflicto y el rol cómplice del Estado. *Parthenon*. Recuperado de http://www.parthenon.pe/editorial/sobre-el-conflicto-en-la-oroya-por-el-caso-doe-run-morir-de-hambre-o-morir-contaminado-analisis-del-conflicto-y-el-rol-complice-del-estado/

Cuiza, P. (2014). Bolivia y la petrolera Pan American Energy logran acuerdo por la nacionalización de la empresa Chaco. *La Razón*. Recuperado de http://www.la-razon.com/economia/Bolivia-Pan-American-Energy-Chaco_0_2111188954.html

Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). *XVI Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional.* Recuperado de http://www.defensoria.gob.bo/archivos/Informe%20a%20la%20Asamblea%20Legislativa%20Plurinacional%202013.pdf

Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. (2015). *XVII Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional.* Recuperado de http://www.defensoria.gob.bo/archivos/InformeASLEG_2014_7_baja.pdf

Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. (2016). *XVIII Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional.* Recuperado de http://www.defensoria.gob.bo/archivos/InformeASLEG_2015_4_baja.pdf

Defensoría del Pueblo de Perú. (2013). *Reporte mensual de conflictos sociales Nº 118.* Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2014/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-118---diciembre--2013.pdf

Defensoría del Pueblo de Perú. (2014). *Reporte mensual de conflictos sociales Nº 130.* Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2014/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N--130---Diciembre--2014.pdf

Defensoría del Pueblo de Perú. (2015). *Reporte mensual de conflictos sociales Nº 142.* Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2015/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales--N--142--Diciembre--2015.pdf

Defensoría del Pueblo de Perú. (2016a). *Reporte mensual de conflictos sociales Nº 154.* Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2017/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-154--Diciembre-2016.pdf

Defensoría del Pueblo de Perú. (2016b). *Reporte mensual de conflictos sociales Nº 166.* Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2018/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-166---Diciembre-2017.pdf

Department of State y Office of the United States Trade Representative. (2012). Notice of Termination of United States-Bolivia Bilateral Investment Treaty. Recuperado de https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-23/pdf/2012-12494.pdf

Due Process of Law Foundation y Oxfam: Oxford Committee for Famine Relief (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf

El Comercio. (2014, 7 de febrero). Demanda de Bear Creek le costaría US$1.200 millones al Perú. *El Comercio*. Recuperado de http://elcomercio.pe/economia/peru/demanda-bear-creek-le-costaria-us-1-200-millones-peru-165861

El Comercio. (2015, 12 de agosto). La Oroya: todo lo que tienes que saber sobre el conflicto. *El Comercio*. Recuperado de https://elcomercio.pe/peru/junin/oroya-tienes-conflicto-193980

El Honorable Congreso Nacional Boliviano. (1990, 17 de setiembre). Ley N° 1182, Ley de inversiones. La Paz: Honorable Congreso Nacional Boliviano. Recuperado de http://www.lexivox.org/norms/BO-L-1182.xhtml

El Honorable Congreso Nacional Boliviano. (1993, 16 de abril). Ley de Desarrollo y Tratamiento Impositivo de las Exportaciones. Recuperado de http://www.lexivox.org/norms/BO-L-1489.xhtml

Green Peace. (2010). *Los nuevos conquistadores: Multinacionales españolas en América Latina. Impactos económicos, sociales y medioambientales*. Recuperado de https://www.greenpeace.org/mexico/Global/mexico/report/2010/3/conquistadores.pdf

Huanachín, W. (2017, 4 de diciembre). Bear Creek gana fallo arbitral por expropiación en proyecto Santa Ana. *Gestión*. Recuperado de https://gestion.pe/economia/bear-creek-gana-fallo-arbitral-expropiacion-proyecto-santa-ana-221993

Imaña, G. (2014, 25 de agosto). PGE irá «hasta el fin del mundo» en los casos SABSA y QuiBorax. *La Razón*. Recuperado de http://www.la-razon.com/economia/PGE-mundo-casos-SABSA-QuiBorax_0_2113588650.html

La Marca, A. (2017). Chinese FDI in Bolivia: Help or hindrance to national development? *Council on Hemispheric Affairs*. Recuperado de http://www.coha.org/chinese-fdi-in-bolivia-help-or-hindrance-to-national-development/

La República. (2001, 21 de marzo). Justicia / caso Lucchetti. *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/archivo/330711-justicia-caso-lucchetti

La República. (2014, 7 de enero). Santa Ana: la decisión del mes. *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/politica/763490-santa-ana-la-decision-del-mes

La República. (2015a, 12 de agosto). Un muerto y 61 heridos por protestas en La Oroya. *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/politica/576614-un-muerto-y-61-heridos-por-protestas-en-la-oroya

La República. (2015b, 12 de agosto). La Oroya: ¿Por qué protestan los trabajadores de Doe Run? *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/politica/398113-la-oroya-por-que-protestan-los-trabajadores-de-doe-run

La República. (2016a, 8 de julio). La Oroya: Claves para entender el caso Doe Run. *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/politica/783594-la-oroya-claves-para-entender-el-caso-de-doe-run

La República. (2016b, 19 de julio). CIADI falla a favor del Perú en caso Doe Run. *La República*. Recuperado de http://larepublica.pe/economia/956958-ciadi-falla-a-favor-del-peru-en-caso-doe-run

Lino, A. (2015). Sobre el conflicto en La Oroya por el caso Doe Run: ¿Morir de hambre o morir contaminado? Análisis del conflicto y el rol cómplice del Estado. *Parthenon*.

Recuperado de http://www.parthenon.pe/editorial/sobre-el-conflicto-en-la-oroya-por-el-caso-doe-run-morir-de-hambre-o-morir-contaminado-analisis-del-conflicto-y-el-rol-complice-del-estado/

MINCETUR: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (2006). Acuerdos comerciales. Recuperado de http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/

Ministerio de Cultura. (2018). Consulta previa, normas legales. Recuperado de http://consultaprevia.cultura.gob.pe/normas-legales/

Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. (2015). Oficio N° 087-2015-PR. Enmienda al Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Recuperado de http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/PERBOL_Amendment_s.pdf

OEA: Organización de los Estados Americanos. (2017a). *Sistema de Información sobre Comercio Exterior.* Recuperado de http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITs_s.asp

OEA: Organización de los Estados Americanos. (2017b). *Sistema de Información sobre Comercio Exterior.* Recuperado de http://www.sice.oas.org/ctyindex/BOL/BOLBITs_s.asp

OIT: Organización Internacional del Trabajo. (2007). Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Recuperado de http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Convenio-N---169-de-la-OIT-sobre-pueblos-ind--genas-y-tribales-en-pa--ses-independientes.pdf

Orellana, A. (2014). Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión. *América Latina en Movimiento*. Recuperado de https://www.alainet.org/es/active/75150

Oxfam: Oxford Committee for Famine Relief. (2014). Buscando el cambio: Apuestas para un Perú más inclusivo. *Informe anual Perú 2013/2014*. Recuperado de https://peru.oxfam.org/sites/peru.oxfam.org/files/file_attachments/informe-anual-oxfam-201-2014_0_3.pdf

Peralta, G. (2017). *Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión.* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre (Vol. 43). Recuperado de https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol_43.pdf

Polanco, R. (2013). Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. En J. M. Alvares, M. Grando, y H. Hestermeyer (Ed.), *Estado y futuro del derecho económico internacional en América Latina* (pp. 599-627). Bogotá: Universidad del Externado.

Proinversión. (2017). *Integración comercial*. Recuperado de http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5728&sec=1

Publimetro. (2017). Conoce los 28 acuerdos adoptados por Perú y Bolivia en Gabinete Binacional. *Publimetro*. Recuperado de https://publimetro.pe/actualidad/noticia-conoce-28-acuerdos-adoptados-peru-y-bolivia-gabinete-binacional-64397

Rose-Ackerman, S., y Tobin, J. (2005). *Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of bilateral investment treaties*. SSRN Scholarly Paper ID: 557121. Rochester, NY: Social Science Research Network.

Saco, V. (2016). El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo. En A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo, y P. Turrini (Eds.), *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas* (pp. 654-670). Leiden: Brill Nijhoff.

Tobin, J. L., y Busch, M. L. (2010). A BIT is better than a lot: Bilateral investment treaties and preferential trade agreements. *World Politics*, *62*(1), 1-42.

Tribunal Constitucional de Bolivia. (2006). *Expediente 2005-13011-27-RDI*. Sentencia: 10 de mayo de 2006. Recuperado de https://www.italaw.com/documents/TribunalConstitucionaldeBolivia_0031_2006.pdf

Valverde, M. (2008). Bolivia se margina del CIADI. *Puentes*, *9*(1), 16-17. International Centre for Trade and Sustainable Development. Recuperado de https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/bolivia-se-margina-del-ciadi

Vargas, A. (2013). Una ley de consulta previa, libre e informada para Bolivia. *La Razón*. Recuperado de http://www.la-razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia_0_1904209654.html

Yrigoyen, R. (2007). El derecho a la consulta previa en Bolivia. Hacia el respeto de la igual dignidad de los pueblos y la superación de las malas prácticas. Recuperado de http://www.alertanet.org/ryf-bolivia-consulta-2007.doc

SECCIÓN IV

DERECHO LABORAL

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DISPOSICIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS[1]

Guillermo Boza Pró
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

En el presente artículo se busca identificar las características y alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos consagrado en la Constitución del Perú en lo correspondiente al ámbito laboral, incluyendo los ámbitos subjetivo y temporal.

1. Introducción

Uno de los principios del derecho del trabajo con expreso reconocimiento constitucional en el Perú es el de irrenunciabilidad de derechos. El artículo 26°, inciso 2 de la Carta Fundamental establece que, en la relación laboral, se respeta el «carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes». Esta es una regulación distinta de la que hizo la Constitución anterior de 1979, la que en su artículo 57° señalaba lo siguiente: «Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo». La comparación entre la norma vigente y su predecesora no es un ejercicio ocioso; por el contrario, permite plantear algunas interrogantes que resultan claves y necesarias de responder para conocer las características y el verdadero alcance del principio en cuestión que, además de la regulación constitucional, cuenta con un desarrollo legislativo que admite su aplicación en distintos procedimientos administrativos y en el proceso laboral, con el propósito de salvaguardar los derechos reconocidos a los trabajadores.

La primera pregunta que habría que responder es respecto de qué tipo de fuentes opera el principio de irrenunciabilidad: ¿solo son irrenunciables los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, como expresamente señala la actual Constitución, o también lo son el resto de derechos laborales independientemente de la fuente que los regula, como parecía sugerir la Constitución del 79? En segundo lugar, es sustancial precisar a quién alcanza el impedimento de renuncia: ¿únicamente al trabajador, singularmente considerado, o también al sujeto colectivo (sindicato) respecto de los derechos que a este le reconoce el ordenamiento jurídico?, ¿incluso

1 Mi agradecimiento al profesor Héctor Campos por la lectura detenida del presente artículo y las observaciones y sugerencias formuladas. Agradezco también a los profesores Renzo Cavani, Aarón Verona, Raúl Solorzano, Ingrid Díaz y Julio Durand por su participación y comentarios realizados en el Seminario Jurídico Permanente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, donde fue expuesto este trabajo.

* Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Director de la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.

desde una perspectiva individual, se aplica también a los trabajadores con poder decisión en la empresa? Un tercer aspecto tiene que ver con la temporalidad, es decir, con el momento u oportunidad en el que opera el principio: ¿solo durante el desarrollo de la relación laboral o también en la fase precontractual?, ¿opera incluso una vez extinguido el contrato de trabajo? En cuarto lugar, se debe establecer cuál es la consecuencia del acto de renuncia (la Constitución vigente no precisa nada, a diferencia de la del 79 que establecía con claridad que era la nulidad del acto). Finalmente, será importante diferenciar la renuncia de otros actos de disposición de derechos: ¿son válidos los actos de disposición de derechos distintos a la renuncia, por ejemplo, la transacción, la cesión de derechos o la venta de créditos laborales?

El propósito del presente artículo es abordar y responder todas estas interrogantes.

2. Reconocimiento normativo y fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos: la limitación de la autonomía de la voluntad como premisa[2]

Como se ha anticipado, el reconocimiento normativo del principio de irrenunciabilidad de derechos no se agota con la fórmula constitucional antes vista. Podría decirse en verdad que el artículo 26 de la Constitución tiene un reconocimiento bastante genérico del principio, pero que es en sede judicial (con la interpretación que de dicho principio han formulado los altos tribunales) y en la normativa infraconstitucional donde se encuentra un desarrollo más específico que corresponde a la verdadera naturaleza de este principio. Como ocurre con el resto de principios del derecho del trabajo, en el caso del de irrenunciabilidad, su materialización ocurre en el ámbito administrativo y judicial. Y es que, en última instancia, serán en un procedimiento administrativo o un proceso judicial los lugares donde se plantee la aplicación del principio y se pida —quien tenga legítimo interés para hacerlo— la invalidación del acto abdicativo de los derechos reconocidos al trabajador. O, si se quiere, corresponderá a la autoridad administrativa o al juez, según sea el caso, garantizar que el trabajador no incurra en un acto de disposición indebida de derechos.

Así, conforme a lo expuesto, la Ley General del Sistema Concursal, por ejemplo, precisa que es inválida la renuncia al privilegio del pago preferente de los créditos laborales garantizados constitucionalmente, o la Ley General de Inspección Laboral establece que en las conciliaciones que se realicen ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, el funcionario que tenga a su cargo la conciliación debe velar porque el trabajador (o extrabajador) no transgreda el principio de irrenunciabilidad de derechos. Lo mismo ocurre con el mandato al juez establecido en la Ley Procesal del Trabajo, de aplicar el test de indisponibilidad de derechos respecto de los acuerdos transaccionales que, en el marco de un proceso laboral, puedan arribar las partes. Sobre todos estos casos se volverá más adelante.

Este amplio reconocimiento normativo no hace sino destacar la centralidad que ocupa el principio de irrenunciabilidad en el derecho del trabajo, acorde con la naturaleza de esta particular disciplina jurídica; particularidad que ha sido cuestionada en las últimas décadas desde el pensamiento neoliberal, alentando no solo reformas flexibilizadoras de las legislaciones laborales y la rebaja de los estándares de protección de los derechos de los trabajadores, sino también, y como consecuencia de lo anterior, un fortalecimiento de la posición del empleador en la relación de trabajo. En ese contexto, como bien señala Castello (2008), uno de los principios que

2 Algunas ideas expresadas en el presente acápite y siguientes ya se han desarrollado en trabajos anteriores. Al respecto, véase Boza Pró (2011, 2013, 2014 y 2016).

ha actuado «de valla o freno de contención ante la flexibilización» de las legislaciones laborales ha sido precisamente el principio de irrenunciabilidad de derechos (p. 44). En la medida que un importante sector de la población laboral se siga encontrando en una posición de debilidad contractual, el mantenimiento «de una regla que limite el poder de disposición de las partes […] sigue resultando necesaria» (Mercader Uguina, 2014, p. 173). Se dice, por eso, que el principio en cuestión opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado derechos que le concede el ordenamiento jurídico. Al respecto, vale la pena recordar el derrotero seguido por el derecho del trabajo, señalado por Hugo Sinzheimer (1984): «Desde el hombre como cosa al Derecho Civil, en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el Derecho Social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad» (p. 27). Y es que, en efecto, no es una situación de igualdad la que hay en una relación de trabajo (por cuenta ajena y subordinada). Por definición es una relación asimétrica, desigual, porque uno manda (empleador) y el otro obedece (trabajador); uno detenta los medios de producción y organiza su emprendimiento económico (empresario) y el otro pone su fuerza de trabajo a disposición de aquel, cediendo los frutos de su trabajo a cambio de una remuneración (trabajador). Se trata, sin duda, de una relación que encierra una paradoja, porque el trabajador, por voluntad propia, compromete su fuerza de trabajo y su libertad a un tercero, poniéndose a su disposición y obligándose a acatar las órdenes que este pueda impartirle. Esto refleja, como concluye Supiot (1996), una tensión entre dos ideas: «la […] del contrato, que postula la autonomía de las partes, y la […] de la subordinación, que excluye esa autonomía» (p. 134).

Precisamente, una de las funciones que se le atribuye al derecho del trabajo —respecto de la cual no parece haber mayor discusión en la doctrina— es la de ser una disciplina jurídica compensadora del desequilibrio de la relación de trabajo. Y antes que rechazar esa particular situación de desequilibrio, el derecho del trabajo actúa sobre ella, procurando «una distribución de poderes y límites» (Goldin, 2014 p. 33)[3]. No es que se busque anular esa peculiar relación de poder que se presenta en el contrato de trabajo, ya que lo central, lo *medular* en el contrato de trabajo, «es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador»; para eso surge dicho contrato, «para poner de relieve tal aspecto», sin que eso signifique descuidar la búsqueda o defensa de «un equilibrio real mediante contrapoderes» internos y externos al contrato de trabajo, como el reconocimiento de derechos mínimos a favor del trabajador, en el primer caso, y el establecimiento de una normativa garantista de los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga), en el segundo (Ojeda Avilés, 2007, p. 103). En definitiva, la asimetría consustancial al contrato de trabajo se ve compensada —no eliminada— con su sumisión a la ley y a la autonomía colectiva.

En síntesis, se puede afirmar que el derecho del trabajo irrumpió en la escena jurídica como una disciplina correctora de las consecuencias devastadoras que el derecho civil —bajo los postulados de libertad e igualdad de la revolución liberal francesa de 1789—, y la bilateralidad del contrato como instrumento estelar de regulación de las relaciones de naturaleza patrimonial, supusieron en la determinación de las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores

3 Para Kahn-Freund (1979/1987), lo primordial «del derecho del trabajo es regular, reforzar y limitar» tanto el poder de los empresarios como el de las organizaciones sindicales (p. 49). Es por eso que el propio autor concluye que: «El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo» (Kahn-Freund, 1979/1987, p. 52).

y que, en los hechos, terminaron respondiendo a la exclusiva voluntad del empleador. En este orden de ideas, como se verá más adelante, el principio de irrenunciabilidad de derechos se erige como un mecanismo de salvaguardia de la plena eficacia de las normas laborales y de los derechos por ellas reconocidos. En buena cuenta, el principio de irrenunciabilidad de derechos estaría actuando como un plus de tutela de los intereses que el ordenamiento jurídico le reconoce —y desea garantizar— al trabajador. Parecería no ser suficiente el papel equilibrador que juegan la heteronomía estatal y la autonomía colectiva en la relación de trabajo y que limitan el libre juego de la autonomía individual. Se presume entonces que el trabajador no está en capacidad de decidir lo que conviene a sus intereses y, por ello, sin importar su voluntad, incluso en contra de ella, no se le permite la dejación de ciertos derechos que son considerados como esenciales e indisponibles por el ordenamiento jurídico. Esta situación podría calificar como una suerte de *paternalismo jurídico*[4] en la medida que se le indica al trabajador lo que se tiene o no por permitido, negándosele la libertad de decidir por sí mismo. La carencia o déficit de igualdad (Garzón Valdés, 1988, p. 172) presente en la relación de trabajo es lo que justificaría este tipo de intrusión estatal a favor del trabajador.

En cualquier caso, como ya se ha advertido en otra oportunidad, es clara la diferencia del rol que cumple o se le asigna a la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo respecto de lo que ocurre en el ámbito del derecho civil. En esta rama del derecho, el acuerdo de voluntades tiene un papel fundamental. La ley, excepcionalmente indisponible, resulta supletoria respecto del contrato. La disposición de derechos es la regla; la indisponibilidad y la renuncia son la excepción. Un caso claro de esto último es el contemplado en el artículo 5 del Código Civil, relativo a los derechos de la persona, y que establece que: «El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria». Y es que, en definitiva, como reza el artículo 1354 del Código Civil: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Con la misma lógica, el artículo 1356 del propio Código establece que: «Las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

Lo pactado adquiere entonces una naturaleza casi sacrosanta y, por lo tanto —como regla—, no se permite su modificación por la voluntad unilateral de alguna de las partes del contrato (*pacta sunt servanda*): «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla», reza el artículo 1361 del Código Civil.

No ocurre lo mismo con el contrato de trabajo, dada la propia lógica de este contrato y la naturaleza compensadora del derecho laboral. En este orden de ideas, son dos las características que merecen resaltarse del contrato de trabajo. De un lado, su carácter residual como fuente reguladora de la relación de trabajo, en la medida que gran parte de los derechos y obligaciones que conforman el contenido de dicha relación están ya predeterminadas por otras fuentes de mayor importancia y prevalencia, como la Constitución, la ley, el reglamento y el

4 Según Garzón Valdés (1988), comúnmente se llama *paternalismo jurídico* a «la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma», daño que puede ser físico, psíquico o económico (pp. 155 y 157).

convenio colectivo[5]. De otro lado, y en directa relación con lo anterior, el contrato de trabajo es concebido como una suerte de contrato de adhesión, por cuanto lo regulado por esas otras fuentes resulta —como regla— de imperativo cumplimiento, un mínimo infranqueable para la autonomía individual. De lo dicho, se puede advertir el doble fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos: de un lado, se asienta en la lógica compensadora del derecho del trabajo y su necesidad de tutelar a la llamada parte débil de la relación laboral; y, de otro, responde al carácter imperativo de sus normas, actuando como un mecanismo de autodefensa de ese entramado normativo que, entendido como de «orden público», busca preservar determinados valores que considera esenciales en la comunidad en la que rigen. En esa medida se reduce, cuando no se elimina, el libre juego de la autonomía de la partes de la relación laboral y deviene en nulo todo pacto que resulte contrario a dicho orden público.

Garmendia Arigón (2016) afirma que el orden público es «el conjunto de valores de la vida, que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho» (p. 74). Establecidos estos valores y la necesidad de dotarlos de protección, precisa el autor que el mecanismo más recurrido —no el único— para hacerlo es la introducción de límites a la autonomía de la voluntad, entendiéndose de esta manera que la voluntad de los particulares no resulta eficaz «para pactar condiciones diferentes de las establecidas por norma legal» (Garmendia Arigón, 2016, pp. 99-100). En el ámbito laboral, se coincide con Caparrós, por las consideraciones que ya se han expuesto, en que es «la protección de la persona que trabaja» el valor que ha de garantizarse, porque resulta superior a la libertad contractual y es esencial para toda sociedad (Caparrós, 2015, p. 35).

El orden público como limitante de la autonomía contractual tiene un claro anclaje constitucional en el ordenamiento jurídico del Perú. El artículo 2, inciso 14 de la Constitución, dispone que «toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». Y en el ámbito infraconstitucional, como ya se tuvo oportunidad de ver líneas arriba, el artículo 1354 del Código Civil refiere que las partes tienen la libertad de fijar el contenido de sus contratos, siempre que este no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Cierra el círculo el propio Código Civil, el mismo que, en el artículo V de su Título Preliminar, que establece que la nulidad es la sanción para «el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público», salvo que la ley, en un caso concreto, «establezca una sanción diversa», como precisa el numeral 8 del artículo 219 de dicho cuerpo normativo, referido a las causas de nulidad del acto jurídico. De modo tal que podría concluirse, sin mayor problema, que el derecho de los contratos y, en general, el propio derecho civil, exhibe hoy en día «una clara tendencia a la prevalencia de la ley respecto de los particulares, demostrando que la premisa del derecho liberal, que partía de la idea de la autonomía era la regla de principio y el límite legislativo representaba la excepción, ya no puede ser enunciada con la generalidad que pudo haber tenido en épocas pretéritas» (Garmendia Arigón, 2016, p. 102).

Ahora bien, es menester precisar que la peculiaridad que tiene el orden público en el ámbito laboral es el de su imperatividad relativa, porque el gran grueso de las normas legales

5 Como sostiene Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2003): «El contrato de trabajo está intensamente "normado" por una regulación legal y colectiva heterónoma que se impone, como reglas "inmutables", a la voluntad de las partes del contrato y que reduce sensiblemente su espacio de autodeterminación o de disposición. De modo que la regulación del contenido de los derechos y obligaciones que conforman la relación laboral no se remite en su totalidad, ni siquiera en su mayoría, al pacto contractual, con "fuerza de ley entre las artes"» (p. 108).

y convencionales que conforman el ordenamiento jurídico laboral actúan como pisos o mínimos que impiden su desmejora (regulación *in peius*), pero no su superación o mejoramiento (regulación *in melius*) por parte de la autonomía individual. En ese sentido, podría concluirse que el denominado *orden púbico laboral* proporciona un ordenamiento jurídico de naturaleza o estructura mixta (Caparrós, 2015, p. 35), porque si bien en su mayor parte lo conforman normas *relativamente imperativas* (indisponibles hacia abajo, disponibles hacia arriba), comprende también otras que son *absolutamente imperativas* (indisponibles en cualquier sentido), así como, en menor medida, normas totalmente *dispositivas* (disponibles en cualquier sentido, hacia arriba o hacia abajo). A estas, habría que agregar un último grupo de normas que, excepcionalmente, fijan *máximos indisponibles*, es decir, topes o techos que no pueden ser superados por la autonomía de las partes.

Será en el terreno de las normas relativamente imperativas o de derecho necesario relativo, como también se les conoce a este tipo de normas, en el que se mueva el principio de irrenunciabilidad de derechos, actuando como un claro límite de la voluntad de las partes, pero sin impedir, al mismo tiempo, un tratamiento de favor respecto de los mínimos legalmente establecidos. Es decir, como señala Rodríguez-Piñero —en referencia al *principio de favor*—, un principio como este «presupone la existencia de reglas legales y colectivas cuyos mínimos han de ser respetados por y en el contrato de trabajo», creando un orden público social inderogable *in peius* (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2003, p. 113), pero que no impide o descarta «un espacio de tratamiento individualizado y de ejercicio de voluntad contractual» que le permita al trabajador, precisamente a través del contrato de trabajo, mejorar sus condiciones laborales establecidas legalmente o por pacto colectivo (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2003, p. 115).

Imperatividad, orden público y naturaleza protectora del derecho del trabajo son, en definitiva, los fundamentos que recoge el Tribunal Constitucional (TC) para explicar la recepción e importancia del principio de irrenunciabilidad de derechos en el ordenamiento constitucional del Perú. Para el alto tribunal, están prohibidos «los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, [que] recaigan sobre normas imperativas o taxativas», en la medida que se configuran como normas «de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral» (STC, Exp. N° 0008-2005-AI/TC, f.j. 24). Estas normas imperativas o taxativas determinan de tal modo la relación de trabajo que no se toma en cuenta la voluntad de los sujetos que la conforman, imponiéndose incluso contra su propia voluntad. Por tanto, el trabajador no puede despojarse de «los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma sancionando con la invalidez» su transgresión (STC, Exp. N° 3156-2004-AA/TC, f.j. 3). En última instancia, para el Tribunal Constitucional la necesidad de proteger al trabajador y la necesidad de proteger los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce «se sustentan en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen los pilares básicos sobre los que se estructura la sociedad y el Estado» (STC, Exp. N° 3156-2004-AA/TC, f.j. 3). En este orden de ideas, el TC también señala que la Constitución resguarda al trabajador, «aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia —y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia— se perjudique» (STC, Exp. N° 2906-2002-AA/TC, f.j. 6). Una posición similar tiene la Corte Suprema de Justicia (SCSJ, casación N° 1507-2004-Lima y SCSJ, casación N° 476-2005-Lima). No obstante, la alusión a los casos de amenaza, coacción o violencia puede resultar confusa en la medida que se trata de supuestos que vician el consentimiento del trabajador, y que operan, en rigor,

independientemente del carácter imperativo o dispositivo de las normas. Es decir, incluso en los casos en los que la disposición de determinados derechos por parte del trabajador esté permitida, su acto volitivo se encontrará viciado de presentarse alguno de los supuestos antes señalados, quedando a cargo del trabajador la probanza del vicio del consentimiento alegado. En cambio, cuando el acto de disposición se produce respecto de derechos consagrados en normas imperativas, se está ante una renuncia, acto que es nulo de pleno derecho, sin importar si hubo consentimiento o no del trabajador, o si el mismo estuvo viciado de alguna manera.

De lo dicho hasta aquí, y como colofón de este acápite, se puede caracterizar al principio de irrenunciabilidad de derechos como un mecanismo de garantía que impide al trabajador el abandono definitivo o irrevocable (De la Villa, 1970, p. 8), y sin contraprestación alguna (Ojeda Avilés, 1971, p. 190), de los derechos que le son reconocidos por norma imperativa. Un acto de tal naturaleza calificaría como un acto de renuncia y sería nulo y sin efecto legal alguno (STC, Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 24), quedando incólumes, por tanto, el derecho o los derechos que se pretendió relegar. Como precisa Castello (2008), «es claro que lo que se considera nulo es la cláusula y no el contrato en su globalidad, por lo que la cláusula anulada será automáticamente sustituida por la norma renunciada ilícitamente» (p. 49).

Esta caracterización del principio, y de la renuncia, concretamente, permite diferenciar a la renuncia de otros actos de disposición de derechos laborales. De esta manera, la renuncia: (a) no está permitida respecto de derechos reconocidos en normas imperativas, pero es válida la disposición de derechos establecidos en normas dispositivas; (b) es un acto jurídico unilateral, esto es, una decisión adoptada por el sujeto al que se le reconoce el derecho (el trabajador); (c) es un acto definitivo o irrevocable, por lo que el simple no ejercicio de un derecho no implica una renuncia (tácita) del mismo, sino tan solo la decisión de su titular de no hacer uso de un derecho o facultad que el ordenamiento jurídico le confiere; tampoco constituye una renuncia el vencimiento, por inacción del trabajador, de los plazos de prescripción o caducidad establecidos en la norma procesal; (d) es un acto gratuito, por lo que, de tratarse de un acto oneroso o contraprestativo, no habría, en principio, renuncia, sino una venta, cesión o transacción de derechos u otro acto de naturaleza análoga; (e) debe versar sobre derechos ciertos, que pueden ser presentes o futuros, pero susceptibles de materializarse de manera indiscutible en el transcurso de la relación laboral conforme al mandato de las normas que los reconocen, de modo tal que la falta de certeza o certidumbre sobre la existencia de un derecho permitiría a su titular su disposición mediante figuras como la conciliación o la transacción.

3. El ámbito material del principio de irrenunciabilidad: derechos laborales recogidos en normas imperativas

Se preguntaba al inicio del presente trabajo si todos los derechos reconocidos al trabajador son irrenunciables o solo aquellos que tienen origen constitucional y legal, como expresamente lo señala el artículo 26 de la Constitución. Como se ha visto en el acápite anterior, el principio de irrenunciabilidad se mueve en el campo de las normas relativamente imperativas, es decir, aquellas que establecen mínimos o pisos, por debajo de los cuales no puede actuar la autonomía individual. Entonces, cabría preguntarse si solo las normas de origen constitucional y legal son imperativas. Es más, habría que preguntarse también si, necesariamente, todos los mandatos constitucionales y legales tienen naturaleza imperativa e inderogable *in peius* para la autonomía individual. Se cree que no. Seguramente por su importancia y el lugar que ocupan en el sistema de fuentes, puede presumirse la imperatividad de las normas de

origen constitucional y legal, pero no solo ellas, ni siquiera todas ellas gozan de esa característica. Los tratados internacionales, en particular los convenios internacionales de trabajo, y los convenios colectivos también son normas que podrían resultar imperativas para la autonomía individual. En realidad, como señala el Tribunal Constitucional, «una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas» (STC, Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 24), es decir, dependerá, finalmente, del contenido de cada norma, de lo que se exprese en ella, de cómo se autodefina, lo que permitirá determinar, en cada caso, si se está ante una norma absolutamente imperativa, relativamente imperativa o totalmente dispositiva. Incluso, como dice el propio TC, es posible que en una misma norma se encuentren partes imperativas (taxativas) y otras dispositivas.

A continuación, se verán algunos ejemplos vinculados al tiempo de trabajo. El primer párrafo del artículo 25 de la Constitución establece que: «La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo». Este es un precepto de eficacia inmediata y manifiestamente imperativo, concretamente, de derecho necesario relativo, que impide la ampliación de la jornada ordinaria de trabajo más allá del límite establecido, pero que, evidentemente, sí permite su disminución en favor del trabajador. Otro ejemplo es el del Convenio 1 de la OIT, sobre las horas de trabajo (ratificado por Perú), que señala en su artículo 6.2 que las horas extraordinarias se retribuyen con una tasa que «será aumentada, por lo menos, en un 25 por ciento con relación al salario normal». Estamos aquí nuevamente ante una norma relativamente imperativa, en la medida que fija un mínimo para el pago de las horas extras, pero que no impide su mejoramiento, bien sea por la norma nacional, un convenio colectivo o el contrato de trabajo. Finalmente, un caso particularmente interesante es el del Decreto Legislativo 713, relativo a los descansos remunerados. En el artículo 10 se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días calendario de vacaciones por cada año completo de servicios, mientras que el artículo 19 señala que el descanso físico puede reducirse a quince, siempre que cuente con el acuerdo de partes y con la respectiva compensación económica. En este último caso, estamos ante una norma mixta: tiene una parte imperativa que termina otorgando al trabajador quince días de vacaciones indisponibles (necesariamente tienen que gozarse), y otra dispositiva que, en buena cuenta, le permite la venta de los otros quince días. Es decir, si el trabajador decide, de común acuerdo con su empleador, venderle hasta quince días de su descanso vacacional, estaremos ante un acto de disposición válido; pero por cada día adicional (a esos quince) que decida vender el trabajador, estaremos ante un acto de renuncia y, por tanto, nulo.

Conviene recordar que el catálogo de derechos constitucionales no se agota en los expresamente enumerados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, referido a los derechos fundamentales de la persona, sino que, por mandato del artículo 3 del propio texto constitucional, dicho elenco se completa con los demás derechos que la Constitución garantiza y con «otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno». De otro lado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señalan que los derechos y libertades que la Constitución consagra se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú; en cada caso, por tanto, dichos instrumentos internacionales y la Constitución misma conforman un bloque de constitucionalidad. Como se aprecia, esta es una doble vía que resalta la importancia del rol que cumplen los tratados internacionales, en particular los de derechos

humanos, en el ordenamiento jurídico del Perú. Al mismo tiempo, estas claves normativas permiten sostener la indisponibilidad de los derechos consagrados a favor del trabajador en la normativa internacional. Así lo entiende el TC —al menos para los instrumentos de derechos humanos y que, en el ámbito laboral, alcanza a un número relevante de convenios internacionales de trabajo— al señalar que «[…] es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos […]» (STC, Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 24).

En el caso de los convenios colectivos, existe norma expresa que prohíbe a la autonomía individual contravenir lo establecido por la autonomía colectiva. El artículo 43° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), acorde con la fuerza vinculante que la Constitución (artículo 28°, inciso 2) y la propia LRCT (artículo 42°) atribuyen al convenio colectivo, señala que los contratos individuales de trabajo no podrán contener disposiciones contrarias a la norma convencional en perjuicio del trabajador, consagrando de esta manera el principio de inderogabilidad de los convenios colectivos. Estos resultan, por tanto, imperativos para la autonomía individual y, en virtud del principio de irrenunciabilidad, los actos de los trabajadores que supongan un abandono de los derechos consagrados a su favor en los convenios colectivos que les resulten aplicables serán nulos.

La jurisprudencia constitucional fue inicialmente contradictoria con respecto de este tema, pues en una misma sentencia declaró que el principio de irrenunciabilidad no alcanzaba a los derechos «provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre», a pesar de reconocer la «relativa imperatividad (del convenio colectivo) frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución» (STC, Exp. N° 008-2005-PI/TC, ff.jj. 24 y 33)[6]. Esta posición fue corregida rápidamente por el TC, habiendo puesto de manifiesto la condición de norma mínima del convenio colectivo y «la supraordinación [de este] sobre el contrato de trabajo» (STC, Exp. N° 4635-2006-AA/TC, f.j. 39). No hay dudas, por tanto, ni legal ni jurisprudencialmente, de la clara prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo y de la posibilidad de este último de mejorar los estándares fijados por el convenio colectivo, pero no de reducirlos.

4. El ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad: ¿comprende a todo tipo de trabajador? ¿Comprende también al sujeto colectivo?

Otra de las interrogantes que se quiere resolver en el presente trabajo está referida a los sujetos a los que alcanza la prohibición de renuncia. En el plano individual se discute la posibilidad de establecer diferentes grados de tutela o indisponibilidad a partir de las particularidades de cada trabajador, es decir, que dependiendo de la función que ocupen los trabajadores en la empresa, su grado de cualificación profesional o sus condiciones salariales y de trabajo, se pueda sustentar la existencia de una categoría de trabajadores con un mayor poder de negociación frente a su empleador. Esta situación de mayor igualdad o equilibrio (o de menor desigualdad o asimetría) en la relación de trabajo, en principio atribuible al personal de alta dirección o de gran especialización, justificaría para un sector de la doctrina la moderación o incluso inaplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos[7]. Supone, sin duda, como sostiene Mercader Uguina

6 Una crítica de esta posición ambivalente del TC puede verse en Neves Mujica (2006, pp. 338-339).

7 Consúltese Castello (2008, pp. 49-51).

(2014), «un discreto resurgimiento del papel regulador del contrato» (p. 173), fundado en las necesidades personales de determinados trabajadores, pero también en los requerimientos de la propia organización empresarial para ciertos puestos de trabajo (Cruz Villalón, 2014, p. 101).

El capítulo IV de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) está referido a las situaciones especiales de la relación de trabajo, y ahí distingue dos categorías de trabajadores que podrían responder a la lógica antes descrita: la de dirección y la de confianza. La primera es quienes «ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial» (artículo 43, primer párrafo, LPCL). La segunda, por su parte, es quien trabaja «en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquel cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales» (artículo 43, segundo párrafo, LPCL). A pesar de las marcadas diferencias que existen entre ambos grupos de trabajadores, el legislador ha terminado asimilándolos —en clave claramente flexibilizadora—, a efectos de procurarles un trato particular en determinados derechos, por ejemplo, para excluirlos del goce de los derechos colectivos o para permitir la ampliación del período en el que pueden alcanzar la protección contra el despido arbitrario. En este último caso, la jurisprudencia ordinaria y constitucional ha ido incluso más allá, declarando —aunque con algún matiz— que este tipo de trabajadores no gozan de protección contra el despido arbitrario y que la sola pérdida de confianza por parte del empleador es razón suficiente para dar por extinguidos sus contratos de trabajo.

La conceptualización que hace la legislación peruana del personal de dirección y de confianza es lo suficientemente amplia como para poder afirmar que la asimetría que caracteriza al contrato de trabajo se elimina o reduce sustancialmente en todos los casos; al menos no respecto de los trabajadores de confianza. Se considera que su cercanía con el empleador o la información a la que acceden como consecuencia de las labores que realizan ni los equipara ni los dota de un mayor poder de negociación frente a su empleador. Por tanto, no habría razón para que el principio de irrenunciabilidad no comprenda a esta categoría particular de trabajadores. La situación es distinta con el personal de dirección, aunque incluso aquí habría que diferenciar a los trabajadores de alta dirección, esto es, aquellos que realmente tienen la representación del empleador y toman las decisiones transcendentes de la actividad empresarial, de aquellos que no lo son. Son los primeros los que, en efecto, suelen tener un mayor poder de negociación, lo cual les brindaría la posibilidad de celebrar y ejecutar sus contratos de trabajo en términos más parejos.

En el plano colectivo, la pregunta es si el principio de irrenunciabilidad alcanza también a la organización sindical. El problema se centra, por tanto, en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, porque, como ya se ha visto, son irrenunciables para el trabajador individual los derechos que le son reconocidos en norma imperativa. Pero la relación de asimetría que caracteriza la relación individual de trabajo, y que justifica la intervención garantista del Estado, no se presenta —al menos en teoría— en el plano colectivo. Precisamente, la función compensadora del derecho del trabajo también se materializa a través de la acción colectiva. La negociación colectiva y la huelga son dos herramientas con las que cuenta la organización sindical para procurar a sus representados mejores condiciones de trabajo y de vida. ¿Desaparece entonces la

desigualdad de las partes en el plano colectivo? Este es sin duda un tema controvertido. Dependerá del poder real de negociación y de conflicto que tengan las organizaciones sindicales en un contexto concreto, y una respuesta afirmativa a lo planteado tal vez pueda darse en un régimen de paridad de fuerzas, que obviamente no es el caso peruano, donde impera un modelo descentralizado de relaciones colectivas de trabajo, caracterizado por la microsindicalización, la micro negociación colectiva y la microconflictividad. Tampoco hay que perder de vista, como señala Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2003), que si bien la disponibilidad colectiva —por acción de la negociación colectiva y de los acuerdos que se derivan de esta— sigue siendo «un importante contrapeso al poder empresarial para la tutela del trabajo», igual es un límite «menos intenso que la restricción que supone la norma [estatal] inderogable» (p. 121). En cualquier caso, aun cuando la asimetría o desigualdad de las partes en el plano colectivo no desaparezca, no puede negarse que se produce una atenuación de la misma, o, para decirlo de otra manera, hay un mayor emparejamiento entre las partes, y que es esto lo que motiva la posibilidad de permitir a la organización sindical que disponga de derechos que se le conceden en su calidad de tal por norma imperativa o inderogable.

Hay que tener en cuenta que los procesos de flexibilización por los que ha pasado el derecho del trabajo han supuesto en buena parte una retirada de la heteronomía estatal para que sea suplida por la autonomía colectiva. Este nuevo relacionamiento entre la norma legal y la norma paccionada se ha traducido en «la existencia de normas laborales inderogables para la autonomía individual pero derogables para la autonomía colectiva» (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2003, p. 120). En este orden de ideas, si la permanencia o reducción de los estándares laborales reconocidos al trabajador individual se deja —en determinados supuestos— en manos de la autonomía colectiva, con mayor razón sería permisible que la organización sindical disponga de sus propios derechos, independientemente de la norma que los reconoce. Por tanto, en tal supuesto no operaría el principio de irrenunciabilidad de derechos. No se está pensando, por cierto, en el caso de convenios colectivos *in peius*, donde se reducen o dejan de lado derechos de naturaleza estrictamente convencional, y en los que la autonomía colectiva reconocida a la organización sindical despliega toda su eficacia y la validez de dichos acuerdos no está puesta en discusión.

Pero volviendo a los derechos reconocidos al sindicato en norma imperativa, si bien podría no resultar aplicable el principio de irrenunciabilidad, esto no significa, necesariamente, que el acto de disposición consentido por el sujeto colectivo sea válido. Ya se ha visto que lo que caracteriza al ordenamiento laboral es su naturaleza esencialmente imperativa o de orden público y que el TC ha precisado que es importante atender al contenido de cada norma, a lo que resulta mandatorio en ella. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de reducir, por acuerdo colectivo, el número de dirigentes sindicales amparados por el fuero sindical establecido en el artículo 31 de la LRCT. El segundo párrafo de este precepto señala que, por convenio colectivo, se fijará el número de dirigentes amparados por el fuero sindical, estableciendo, en su defecto, un número máximo de dirigentes amparados según el grado o nivel de la organización sindical (sindicato, federación o confederación). El tercer párrafo de la misma norma, por su parte, precisa que, por convenio colectivo, «se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados». La norma en cuestión es algo confusa, pues en principio parece establecer una relación de supletoriedad entre ley y convenio colectivo, donde este último es el llamado a fijar, en el sentido que lo consideren las partes, el número de dirigentes amparados por el fuero sindical, y solo a falta de acuerdo, entra a regir lo establecido por la LRCT. No obstante, cuando la propia

norma señala que por convenio colectivo se puede ampliar el ámbito subjetivo de protección del fuero sindical, parecería indicar que por esta vía solo es posible la ampliación pero no la disminución del número de dirigentes a los que alcanza el fuero sindical. Si esta interpretación es correcta —y no parece ser otra, en clave garantista de un tema de tanta importancia como la protección de la libertad sindical—, lo que en rigor está estableciendo el tercer párrafo del artículo 31 de la LRCT es un mínimo indisponible para la autonomía colectiva, o lo que es lo mismo, se estaría ante una norma relativamente imperativa que permite su mejora (relación de suplementariedad) pero impide su reducción (inderogabilidad).

Caso distinto es el del artículo 43, inciso c), de la LRCT, referido al ámbito temporal de los convenios colectivos. Aquí, claramente, las partes son libres de fijar el plazo o duración de los convenios colectivos, y solo a falta de acuerdo, se aplica el plazo de un año contemplado en la ley, pero es perfectamente posible que el sindicato y la empresa establezcan un plazo de vigencia menor al año. Se está, pues, ante una típica relación de supletoriedad que permite el libre juego de la autonomía colectiva.

En definitiva, si bien se puede concluir que el principio de irrenunciabilidad no está pensado para actuar en un espacio de mayor paridad como es el de la relación colectiva de trabajo, y que es en este ámbito donde la autonomía colectiva debería tener mayores márgenes de actuación en la regulación de los intereses contrapuestos y comunes de los actores sociales, la viabilidad de disponer de derechos de titularidad colectiva sigue estando supeditada al tipo de equilibrio que, entre ley y convenio colectivo, quiera establecer un ordenamiento jurídico particular. De esta manera, partiendo de la inicial sujeción de la autonomía colectiva a la heteronomía estatal, y del evidente respeto de aquella a los mínimos inderogables establecidos por esta, bajo sanción de nulidad, es posible encontrar con mayor frecuencia en los ordenamientos jurídicos otras formas de interacción entre ambas formas de regulación de los derechos laborales en la perspectiva de acrecentar la libertad contractual de los sujetos colectivos y la posibilidad de apartarse de derechos indisponibles.

5. El ámbito temporal del principio de irrenunciabilidad: su aplicación en la fase precontractual y luego de extinguida la relación laboral

La literalidad del artículo 26.2 de la Constitución, según el cual en «la relación laboral» se respeta el principio de irrenunciabilidad, y la afirmación del Tribunal Constitucional, en el sentido de que su aplicación requiere de la existencia de «una relación laboral» (STC, Exp. 00025-2007-AI, f.j. 94), podrían llevar a pensar que el espacio temporal de este principio sería exclusivamente el tiempo de vigencia del contrato de trabajo. De ser esto así, serían posibles —y totalmente eficaces— las renuncias anteriores al inicio de la relación laboral y las realizadas luego de extinguida esta (Gonzáles Hunt, 2009, p. 198). Por el contrario, se cree junto con Godoy Palomino (1991, p. 245) que el principio tiene un alcance temporal mayor, comprendiendo la fase previa y también la posterior a la existencia del contrato de trabajo. Esta es, finalmente, la posición asumida por el TC, que ha señalado expresamente —aunque lo haya hecho en una sentencia de fecha anterior a la que se acaba de citar— que el principio de irrenunciabilidad «garantiza la imposibilidad jurídica de disponer o renunciar libremente a los derechos que en favor del trabajador reconoce el ordenamiento laboral, sea antes de la iniciación de una relación laboral, durante su desarrollo o una vez culminada» (STC, Exp. 02637-2006-AA, f.j. 3).

Y es que la única forma de que la función protectora del principio sea efectiva es que opere antes, durante y después de la vigencia del contrato de trabajo, porque el desigual poder

de negociación de las partes también está presente en la etapa precontractual, y una vez finalizada la relación laboral tampoco hay razón para pensar que dicha asimetría desaparece. Hay que tomar en cuenta que un número significativo de actos de disposición suelen producirse una vez finalizada la relación laboral y que se dan en el marco de las reclamaciones presentadas por extrabajadores, tanto en sede administrativa como judicial, para el pago de beneficios sociales. Es por eso que, como se verá en el acápite siguiente, el ordenamiento jurídico peruano prevé que en las conciliaciones y transacciones que se lleven a cabo en estos espacios, tanto el conciliador como el juez, según corresponda, velen porque no se produzcan renuncias de derechos, lo que supone la aplicación del principio de irrenunciabilidad. Esto no sería posible si se entendiera que son válidas las renuncias realizadas una vez extinguido el contrato de trabajo. Al fin y al cabo, se trata de derechos obtenidos en el curso de la relación laboral.

De otro lado, admitir la renuncia de derechos laborales en la etapa previa al inicio del contrato de trabajo con el argumento de que al no existir aún relación laboral, no puede hablarse de trabajador propiamente dicho ni de derechos laborales atribuibles —y que, en ese sentido, mal podría afirmarse la existencia de una renuncia, respecto de derechos que todavía no se tienen— resultaría relativamente sencillo para evitar la aplicación del principio de irrenunciabilidad y su impronta garantista. En efecto, es precisamente en la etapa precontractual o preparativa del contrato de trabajo en la que las partes suelen fijar la remuneración y otras condiciones laborales, y si la renuncia estuviese permitida, las partes podrían pactar, por ejemplo, una jornada de trabajo mayor a la establecida legalmente, el no pago de horas extras o la reducción del descanso vacacional por debajo de los mínimos permitidos. Es cierto que en este caso no hay, en estricto, derechos vigentes y que solo lo serán cuando se inicie formalmente el contrato de trabajo, por lo que lo propio sería calificarlos como derechos futuros o expectaticios. Pero no hay que perder de vista que esos derechos futuros o latentes se gozarán finalmente durante la vigencia del contrato de trabajo, por lo que igual deberían estar amparados por el principio de irrenunciabilidad, so pena de vaciar —o reducir significativamente— el contenido de este principio. Si la relación de trabajo no llegase a concretarse, tampoco llegará a ejercitarse o concretarse derecho alguno, y todo no habrá pasado de ser una mera expectativa, siendo en tal caso inoperante la renuncia antelada.

En síntesis, el alcance temporal del principio de irrenunciabilidad abarca las renuncias de derechos futuros y presentes, esto es, las realizadas antes y después de celebrado el contrato de trabajo, respectivamente, y también las que se realicen una vez extinguido el contrato respecto de derechos que se generaron durante la vigencia de la relación laboral y que se le adeuden al extrabajador.

6. Otras formas de disposición de derechos laborales distintas a la renuncia y la posibilidad de aplicar el principio de irrenunciabilidad

De lo tratado hasta aquí, es posible concluir que la consagración constitucional del principio de irrenunciabilidad impide al trabajador disponer de los derechos que se le reconocen en norma imperativa. No obstante, es importante advertir que la renuncia es una forma, pero no la única, de disposición de derechos. Existen otras figuras afines como, por ejemplo, la conciliación, la transacción, la cesión o venta de derechos, que también implican —o pueden hacerlo— actos de disposición. En ese sentido, la disposición de derechos es una figura de mayor calado que la renuncia. Comprende sin duda a esta, pero tiene un alcance superior en la medida que supone toda transformación o extinción, por parte de su titular, de los derechos que le son reconocidos

por el ordenamiento jurídico (Prados de Reyes, 1980, pp. 55-75). En consecuencia, como punto de inicio, esas otras formas de modificación o extinción de derechos laborales por parte del trabajador no están comprendidas en el principio de irrenunciabilidad y, en esa medida, esto obliga a precisar cuándo se está ante un acto de renuncia y, por tanto, nulo, y cuándo ante un simple acto de disposición y, en consecuencia, válido. Claro está que será necesario cuidar que estas otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia.

En el presente acápite se hace referencia, fundamentalmente, a la conciliación, la transacción y la cesión de créditos como formas de disposición de derechos laborales y a la posibilidad de aplicar en estas el principio de irrenunciabilidad. Estas son figuras que pueden materializarse en sede administrativa, judicial o extrajudicial. En algunos casos, como ocurre con la conciliación, podría darse en cualquiera de estos ámbitos (ante un centro privado de conciliación, la autoridad administrativa de trabajo o un juez). En el caso de la cesión de créditos laborales, este es un tema que suele ventilarse ante las instancias administrativas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en el marco de un procedimiento concursal. Finalmente, la transacción, como medio de extinción de las obligaciones, puede darse tanto dentro del proceso como fuera de él.

6.1. La diferente consideración de las formas especiales de conclusión del proceso y del principio de irrenunciabilidad de derechos en la antigua y nueva ley procesal del trabajo.

Hay notorias diferencias de tratamiento entre la nueva ley procesal del trabajo, Ley 29497 (en adelante, NLPT), y la antigua norma procesal, aprobada mediante Ley 26636 (en adelante, ALPT), respecto de las denominadas formas especiales de conclusión del proceso y del principio de irrenunciabilidad de derechos. Empezando por esto último, la ALPT, que pese a su derogatoria sigue rigiendo para los procesos iniciados durante su vigencia —por mandato expreso de la tercera disposición complementaria de la NLPT—, recoge expresamente el principio de irrenunciabilidad. En efecto, con carácter general, el artículo III del Título Preliminar de esta norma establece que: «El juez debe velar por el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley». Con carácter específico, como se verá en un instante, establece el deber del juzgador de aplicar el referido principio al momento de valorar la conciliación y/o el desistimiento puestos en su conocimiento. La NLPT, por su parte, no tiene referencia expresa al principio de irrenunciabilidad de derechos, y solo para las conciliaciones y transacciones materializadas en sede judicial, la indicada norma establece la necesidad de que superen un test de disponibilidad de derechos. Llama la atención que el test de disponibilidad de derechos no se haya establecido para el desistimiento de la pretensión, ya que esta forma especial de conclusión del proceso, como sostiene Priori, implica «una renuncia por completo al derecho material» e impide «plantear la misma pretensión en un futuro proceso, lo que exige en este caso un mayor celo en la verificación de los derechos laborales que son indisponibles» (Priori, Carrillo, Glave, Sotero, y Perez-Prieto, 2011, p. 178). En similar sentido, Vinatea y Toyama señalan que permitir, sin un debido análisis, el desistimiento de la pretensión respecto de aquellas reclamaciones «que tengan como fundamento derechos laborales», podría significar «una infracción del principio de irrenunciabilidad de estos derechos laborales y, para evitar ello, debe revisarse las razones del desistimiento y la existencia de compensaciones económicas que lo justifiquen» (Vinatea Recoba y Toyama Miyagusuku, 2012, p. 183).

La segunda diferencia se da en las formas de conclusión del proceso distintas a la sentencia que una y otra norma recoge. La NLPT establece un listado amplio de formas especiales

de conclusión del proceso (porque la forma ordinaria o natural de concluirlo es, precisamente, con la sentencia emitida por el juez): la conciliación, el allanamiento, el reconocimiento de la demanda, la transacción, el desistimiento y el abandono (artículo 30); mientras que la ALPT contempla únicamente la conciliación y el desistimiento, a las que denomina formas anticipadas de conclusión del proceso.

Es necesario detenerse brevemente en la ALPT. Como se ha indicado, esta norma procesal regula únicamente dos mecanismos de conclusión anticipada del proceso: la conciliación y el desistimiento. Sobre la conciliación se señala que esta puede ser promovida o propuesta luego de la audiencia única y antes de que se emita la sentencia. El acuerdo conciliatorio se formaliza mediante acta suscrita ante el órgano jurisdiccional respectivo y, una vez aprobada por el juez, adquiere el valor de cosa juzgada (artículo 45). Asimismo, se precisa que la conciliación puede abarcar total o parcialmente el petitorio de la demanda, exigiéndose al juez la observancia del principio de irrenunciabilidad en dicho acto (artículo 66). La otra vía de conclusión anticipada del proceso en la ALPT es el desistimiento, que puede darse respecto de la pretensión, del proceso o de algún acto procesal, y que se formula antes de que surtan sus efectos. Cuando sea el demandante el que proponga alguna de estas formas de desistimiento, su pedido debe estar debidamente motivado a fin de obtener la aprobación del juez, quien a su vez debe cuidar que «no se vulnere el principio de irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter» (artículo 46). Por aplicación supletoria del Código Procesal Civil, el desistimiento de la pretensión, al igual que la conciliación, tiene los efectos de la cosa juzgada. No ocurre lo mismo con el desistimiento de la acción o de algún acto procesal, puesto que estos solo surten efectos en el proceso mismo.

Como ya se ha advertido, llama la atención que la NLPT no tenga mención alguna al principio de irrenunciabilidad de derechos. ¿Significa esto que el referido principio no tiene cabida en el actual proceso laboral? ¿Este principio ha sido suplido por el denominado test de indisponibilidad? En ambos casos, se cree que no.

Se debe considerar que el espacio natural para la aplicación de los principios del derecho es el ámbito judicial. Es precisamente en un proceso judicial, al que acuden los justiciables para hacer valer sus derechos, donde el juez puede recurrir a dichos principios. El artículo 139.8 de la Constitución establece un mandato —dirigido a los jueces— de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal supuesto, reza el citado precepto, «deben aplicarse los principios generales del derecho». El derecho del trabajo cuenta con un conjunto de principios propios y que responden a la naturaleza o función compensadora de esta peculiar disciplina jurídica. Algunos de estos principios se encuentran expresamente recogidos en el ordenamiento jurídico peruano, y no operan de manera abstracta, o solo en caso de vacío o deficiencia normativa, sino que actúan en supuestos concretos y diversos, como la interpretación de una norma laboral, la solución de una concurrencia conflictiva de normas laborales o la protección del trabajador respecto de sus propios actos, si estos pudieran ocasionarle algún perjuicio.

Es claro que no se requiere que los principios estén plasmados en una norma para que tengan aceptación y aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, pero el hecho de que la Constitución del Perú haya optado por incorporarlos junto a los principales derechos del trabajador, en el marco de un proceso que puede calificar como de constitucionalización del derecho del trabajo (Blancas Bustamante, 2011, p. 356), tiene una especial significación. Es el caso del principio de irrenunciabilidad de derechos, que junto con los otros principios del derecho del trabajo expresamente consagrados en la Constitución adquieren la condición de

derechos fundamentales del trabajador: resultan mandatorios para el juzgador y el trabajador puede exigir su cumplimiento cuando corresponda. Con esto se quiere señalar que un juez no podría desconocer su aplicación en un proceso judicial si se cumplen los requisitos que lo caracterizan y que su empleo o actuación no requiere que la norma procesal los recoja expresamente, pues su acatamiento se funda en la propia Constitución. Al respecto, y si bien se dio en el contexto de la ALPT, resulta ilustrativa la Casación N° 419-2005-Loreto, referida a la posibilidad de revisar en sede judicial una conciliación administrativa. El Tribunal Supremo ha establecido que «[…] la conciliación administrativa arribada por las partes bajo el marco de los principios de irrenunciabilidad de derechos y de norma mínima no puede constituir un acto que por su naturaleza: a) impida al trabajador involucrado recurrir en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reclamando el pago de los reintegros y beneficios sociales de carácter constitucional y/o legal que formen parte de su objeto; y b) enerve las facultades del órgano jurisdiccional de emitir un pronunciamiento de mérito sobre tales derechos aunque tomando los pagos ya ejecutados como pagos a cuenta a fin de evitar un ejercicio abusivo del derecho». Es decir, aun cuando la conciliación administrativa tenga mérito ejecutivo y se haya realizado ante un funcionario del Ministerio de Trabajo, llamado a aplicar el principio de irrenunciabilidad, esta situación no enerva el derecho del trabajador (o extrabajador) de cuestionar judicialmente el acuerdo conciliatorio, ni impide al juez poder verificar si dicho acuerdo encubre o no un acto de renuncia, que de ser el caso, debería declarar nulo.

6.2. Conciliación y transacción en la NLPT: la escasa funcionalidad del test de disponibilidad de derechos.

El tercer párrafo del artículo 30 de la NLPT establece que el acuerdo conciliatorio o transaccional que pretenda poner fin a un proceso laboral «debe superar el test de disponibilidad de derechos». Dicha evaluación tiene los siguientes requisitos: (i) el acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles; (ii) debe ser adoptado por el titular del derecho; y (iii) debe haber participado el abogado del prestador de servicios (demandante). Se trata de requisitos acumulativos, por lo que el incumplimiento de alguno de ellos invalida el acuerdo. De otro lado, este test se aplica exclusivamente a las conciliaciones y transacciones ocurridas dentro del proceso, porque a renglón seguido la norma en cuestión precisa que los acuerdos conciliatorios y transaccionales pueden ocurrir también «independientemente de que exista un proceso en trámite, en cuyo caso no requieren ser homologados para su cumplimiento o ejecución». La norma se está refiriendo a las conciliaciones y transacciones extrajudiciales, esto es, a las que hayan arribado directamente las partes concernidas fuera del proceso, incluso antes de que este se haya iniciado. No se encuentra explicación alguna para excluir del test de disponibilidad de derechos a este tipo de acuerdos o que no se requiera la homologación de los mismos, que es precisamente el medio que tiene el juez para verificar el cumplimiento de los requisitos que se exigen para la validez de tales actos. La homologación no busca suplir la voluntad de las partes, solo pretende corroborar que los acuerdos conciliatorios y transaccionales se ajusten a la legalidad. No se duda del afán promocional de los medios autocompositivos de solución de conflictos que tiene la NLPT, a fin de que sean las propias partes las que «antes de enfrascarse en un proceso judicial traten de llegar a acuerdos que pongan fin a la litis de forma anticipada» (Campos Torres, 2011, p. 217); pero esto no puede darse a costa de flexibilizar, o incluso eliminar, mecanismos de tutela que garanticen el respeto de los derechos reconocidos a los trabajadores.

El dictamen de la Comisión de Trabajo sobre el proyecto de ley que finalmente se convirtió en la NLPT, se limitó a señalar que el test de disponibilidad de derechos era una de las «innovaciones» de la propuesta normativa (Dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, período 2009-2010, del 03.12.09, numeral 5.3.18), sin entrar a desarrollar las bondades de esta nueva institución ni mucho menos justificar la necesidad de introducir esta figura como posible reemplazo del principio de irrenunciabilidad. Si como se cree, el test de disponibilidad de derechos se ha introducido en clave garantista de cara a filtrar los acuerdos conciliatorios y transaccionales y evitar que por dichas vías se perpetren renuncias de derechos, no hay razón para no aplicar el test en cuestión a las conciliaciones y transacciones extrajudiciales, salvo que se entienda que estas formas especiales de conclusión del proceso gozan de una tutela mayor fuera del proceso que las que se llevan a cabo en presencia del juez. Se considera, más bien, que es exactamente lo contrario.

Pero el problema principal del test de disponibilidad está en su propia conceptualización, en el diseño que ha hecho la NLPT de esta figura para verificar —y evitar— que los acuerdos conciliatorios y transaccionales encubran actos de renuncia. Es el primer requisito establecido en este test el que resulta particularmente controvertido y que puede resultar contrario a la naturaleza de la conciliación y transacción como figuras de disposición de derechos distintas a la renuncia. Como ya se ha mencionado, los acuerdos deben versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles. Si los acuerdos no superan este requisito, el juez no los aprobará y el proceso no concluirá, debiendo continuar con su tramitación. La pregunta que se plantea entonces es si es posible que las conciliaciones y transacciones versen sobre derechos reconocidos en normas imperativas, sin que eso suponga una renuncia. Se cree que sí, siempre que se trate de derechos dudosos o inciertos. Se detendrá brevemente en las características de la conciliación y la transacción, lo que ayudará a entender la posición adoptada.

La conciliación es un medio alternativo de solución de controversias. Es una forma de autocomposición asistida en la medida que un tercero colabora con las partes, las acerca para que ellas mismas adopten el acuerdo que ponga fin a su controversia. Pero se trata de un tercero imparcial, por eso su intervención, aun cuando esté revestida de autoridad, busca remediar el conflicto basado en la propia autonomía de las partes (Serrano García, 2014, p. 255). Como se ha visto, la conciliación puede ocurrir dentro o fuera de un proceso judicial. En este último caso puede darse ante un centro privado de conciliación o ante el Ministerio de Trabajo. Esta última es la más recurrida por los trabajadores o extrabajadores, no solo porque es la más extendida a nivel nacional sino también por su gratuidad.

Es importante señalar que la conciliación en materia laboral no es preceptiva, es decir, no se requiere pasar por ella como una etapa previa a la judicialización de la controversia. En cualquier caso, hay que resaltar que tanto en la conciliación privada como en la administrativa existe un claro mandato al conciliador de velar por el cumplimiento del principio en cuestión. En efecto, la Ley 26872, que regula con carácter general la conciliación, establece que son materias conciliables «las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes», precisándose que, en materia laboral, la conciliación «se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley» (artículo 7). Lo mismo ocurre con la conciliación llevada ante el Ministerio de Trabajo. El Decreto Supremo N° 020-2001-TR, Reglamento del Decreto Legislativo 910, que sigue vigente en la parte relativa a la Defensa del Trabajador —pues la parte

relativa a la inspección laboral fue derogada por la Ley 28806—, establece que es obligación del conciliador «incentivar a las partes a buscar soluciones satisfactorias dentro del marco de los derechos irrenunciables que asisten a los trabajadores o ex trabajadores» (artículo 70, inciso f). Esta obligación de velar por el principio de irrenunciabilidad de derechos la hace extensiva al defensor laboral de oficio (artículo 66º).

Cabe señalar que el acta que contenga el acuerdo conciliatorio, tanto la levantada en el ámbito privado como en el administrativo, tiene mérito ejecutivo (Ley 26872, artículo 18; Decreto Legislativo 910, artículos 32.2 y 79). Esto significa que dicho instrumento —como ya se ha adelantado— no requiere ser homologado para su cumplimiento o ejecución, sino que se hace valer directamente en el proceso de ejecución que la NLPT contempla. Esto resalta la trascendencia del rol que cumple el conciliador (privado y administrativo) en materia laboral en la verificación de que los acuerdos que se adoptan respeten el principio de irrenunciabilidad, porque puede suceder que el acuerdo conciliatorio haya pasado por alto algún acto de renuncia, y de ser ejecutado en el proceso antes señalado, ya no sería posible demandar su nulidad posteriormente.

La transacción, por su parte, no tiene una regulación expresa en la legislación laboral, por lo que suele acudirse al Código Civil, supletoriamente, para conocer las características de esta institución. El artículo 1302 del Código Civil señala que: «Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que esté iniciado». Como se aprecia, la finalidad de la transacción es evitar un proceso o concluir alguno que esté en curso, exigiéndose a las partes dos cosas: que decidan sobre un asunto dudoso o litigioso, que precisamente podrían evitar, o dar por terminado un proceso en el que se ventile dicho asunto, y que para tal efecto, se hagan mutuas concesiones, en el entendido de que se busca un resultado que beneficia a ambas partes. Habría que preguntarse, no obstante, si atendiendo a esta caracterización de la transacción por la normativa civil, es posible extrapolarla sin mayores miramientos al ámbito laboral. Se recuerda que el artículo IX del Título Preliminar del propio Código Civil supedita su aplicación supletoria a otras disciplinas jurídicas en la medida que sea compatible con su naturaleza, y ya se ha advertido las diferentes naturalezas del derecho civil y del derecho laboral. Preocupa, en particular, el hecho de que la transacción laboral pueda versar sobre asuntos litigiosos sin más, porque esto podría resultar contrario al principio de irrenunciabilidad.

En ese sentido, se comparte con Mangarelli (2004) la idea de que en el derecho del trabajo «existe un concepto particular de transacción», diferente al del derecho civil (p. 506). Y la diferencia viene marcada no solo por la presencia del principio de irrenunciabilidad de derechos, sino también por la posibilidad (o más bien imposibilidad) de que la transacción verse sobre una cuestión litigiosa, porque es en este terreno donde podrían presentarse fácilmente casos de renuncia de derechos; al fin y al cabo, todo proceso judicial supone un asunto litigioso, y esta característica no distingue la naturaleza —disponible o indisponible— del derecho en litigio. Se está asumiendo, por cierto, que un asunto litigioso, en estricto, es aquel que se encuentra sometido a un proceso judicial, y no el supuesto genérico en el que, de un lado, se afirma tener un derecho, y del otro, se ofrece resistencia o contradicción a esa pretensión, porque esto último podría ocurrir tanto en sede judicial como extrajudicial. Por eso se cree que es preferible poner el acento en la duda, en la denominada *res dubia* como característica de los derechos materia de la controversia, independientemente de la naturaleza del derecho

que esté en juego o de que el asunto se encuentre o no en litigio. Es la incertidumbre sobre los derechos que se reclaman lo que permite que se transijan sobre ellos, porque si hay convicción sobre el derecho, si se trata de un derecho acreditado, y este tiene su origen en una norma imperativa o indisponible, no habría transacción sino un acto de renuncia: estaríamos ante una transacción en fraude a la ley que el juez debe evitar (Bolaños Céspedes, 2014, pp. 1740). Por eso es preferible distinguir el derecho litigioso del derecho dudoso, «ya que puede existir litigio (pendiente o eventual) y el derecho no ser dudoso» (Mangarelli, 2004, p. 512).

Lo importante entonces es establecer qué tipo de materias o derechos son susceptibles de conciliación y transacción, de modo tal que no se incurra por estas vías en una renuncia de derechos. La Ley 26872 sobre conciliación, por ejemplo, señala que esta debe versar sobre pretensiones determinadas o determinables referidas a derechos disponibles de los trabajadores, y lo serán en la medida que esos derechos no estén reconocidos en norma imperativa. Pero, en realidad, lo que diferencia a la renuncia de la conciliación en el ámbito laboral es la bilateralidad de esta última y, sobre todo, las concesiones que se hacen las partes respecto de derechos dudosos o inciertos. Si esto es así, se estará ante una conciliación en toda regla y la disposición de derechos que se haya producido por esta vía será válida. En esto se asemejan la conciliación y la transacción. Como sostiene Pacheco-Zerga, si bien la conciliación «se diferencia de la transacción en que debe ser realizada ante un tercero imbuido de autoridad por el ordenamiento» y «la segunda se puede hacer por acuerdo privado entre las partes», lo que tienen en común estas dos instituciones son «las cesiones recíprocas que se realizan sobre derechos litigiosos o dudosos para evitar un pleito que podría promoverse o para finalizar el que se había iniciado» (Pacheco-Zerga, 2014, pp. 5-6). Ya se ha expresado la posición tomada sobre la posible naturaleza litigiosa de los derechos materia de una transacción, que puede predicarse también para el caso de la conciliación. En esa medida, se considera que lo central en ambas instituciones en el ámbito laboral es el carácter recíproco de las concesiones y que los acuerdos traten sobre derechos dudosos, lo que permite distinguirlas de la renuncia.

En consecuencia, y volviendo al test de disponibilidad, si los acuerdos conciliatorios y transaccionales pueden referirse a derechos dudosos, no parece apropiado que se establezca como requisito a ser superado que versen sobre derechos nacidos de una norma dispositiva y que se verifique, simultáneamente, que no afecten derechos indisponibles. Para empezar, esta fórmula es redundante. Si los derechos en cuestión tienen su origen en una norma dispositiva, entonces son perfectamente disponibles, y el acuerdo conciliatorio o transaccional no supone renuncia alguna de derechos. Se estará ante un acto de disposición válido. No hay nada más que verificar. Por el contrario, si los derechos están reconocidos en una norma imperativa o indisponible, una aplicación estricta del requisito en cuestión acarrearía la invalidez del acuerdo.

Sin embargo, parece no advertirse que, precisamente, muchos de los derechos que son materia de una conciliación (o de una transacción) tienen su origen en normas imperativas o indisponibles y que —como se viene sosteniendo— lo que caracteriza a la conciliación y a la transacción, como figuras diferentes de la renuncia, no es tanto el origen normativo del derecho que busca conciliarse o transigirse, sino la falta de certidumbre del derecho invocado. En otras palabras, aun cuando los derechos materia de la controversia tengan su origen en una norma indisponible, serían susceptibles de conciliación y/o transacción si se trata de derechos dudosos y las partes, con el ánimo de poner fin a la controversia o de evitar una futura, se hacen, respecto de dichos derechos, concesiones recíprocas. Este es un dato estructural de la transacción: los sacrificios parciales que se hacen las partes de los derechos que

alegan, «derechos que son inciertos, en el sentido de que su existencia no es objetivamente reconocida, sino solamente afirmada por las partes» (Mercader Uguina, 2014, p. 190). Por el contrario, si se está ante derechos del trabajador que se encuentran acreditados, porque se ha podido constatar su materialización en un caso concreto, porque el trabajador ha cumplido con los requisitos establecidos en el supuesto de hecho de la norma imperativa que los reconoce, y por tanto son exigibles, no sería posible, respecto de ellos, llegar válidamente a un acuerdo conciliatorio o transaccional, ya que dicho acto equivaldría a una renuncia. En caso contrario, no serían posibles las conciliaciones o transacciones, por ejemplo, en materia de horas extras, vacaciones o indemnizaciones por despido, porque todos estos derechos están reconocidos al trabajador en normas que, en el ordenamiento jurídico peruano, califican como imperativas.

Piénsese en el caso de un trabajador (o extrabajador) que reclama el pago de 40 horas extras trabajadas en el último año y el goce del íntegro de su descanso vacacional (30 días) de hace dos años. ¿Esta controversia es susceptible de una conciliación o transacción? El derecho al sobretiempo, en los casos que corresponda, genera el pago de la sobretasa legalmente establecida en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo. El derecho al descanso vacacional, por su parte, una vez cumplido el récord vacacional señalado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 713, Ley sobre Descansos Remunerados, otorga al trabajador 30 días de descanso al año. Ambos derechos tienen su origen en normas imperativas, en realidad relativamente indisponibles, porque admiten la mejora de los beneficios establecidos pero no su disminución. Lo anterior significa que, si están acreditadas la realización de las horas extras por parte del reclamante, o el cumplimiento del récord vacacional, solo cabe el cumplimiento de la obligación que le corresponde al empleador, es decir, pagar las horas extras u otorgar el descanso vacacional. No sería posible pactar en contrario, ya que dicho acto supondría una renuncia de derechos, por tratarse: (i) de derechos ciertos, al haberse acreditado su existencia y consecuente exigibilidad; y (ii) de la naturaleza indisponible de la norma que los reconoce. Pero podría ocurrir que no exista certeza sobre los derechos reclamados. Por ejemplo, el demandado podría sostener que las horas extras no se realizaron, o que el trabajo realizado por el demandante no es sobretiempo sino simplemente una compensación por permisos que se le otorgaron al trabajador. En el caso de las vacaciones, podría estar en discusión si se llegó o no a alcanzar el récord necesario para obtener el descanso anual, porque de no haberse alcanzado, el trabajador no tendría derecho al descanso. Se estaría en estos supuestos ante derechos dudosos, y este es el terreno en el que actúan la conciliación y la transacción.

Pero también es necesario cumplir con el requisito de las concesiones recíprocas que deben hacerse las partes, a diferencia de la unilateralidad y gratuidad que caracteriza a la renuncia. Esto no significa, necesariamente, una equivalencia o igualdad en lo que cede cada una de las partes (Priori *et al*., 2011, p. 177), pudiendo incluso una de las partes hacer un sacrificio o concesión mayor que la otra (Ávalos Jara, 2016, p. 429); pero sí supone, como ha puesto de manifiesto el TC, el establecimiento de acuerdos «proporcionales y razonables» (STC, Exp. N° 01722-2011-PA/TC, f.j. 8). Es claro que las dos partes ceden en sus pretensiones iniciales, por lo que la concesión que ofrece el empleador al trabajador, para que sea válida la transacción, no exige un beneficio total para este, sino simplemente proporcional con relación a la pretensión

demandada[8].

En conclusión, la NLPT contiene una regulación confusa del denominado test de indisponibilidad de derechos. Una eventual reforma de la norma procesal podría, sin problema, prescindir de esta figura, siendo suficiente la consagración del principio de irrenunciabilidad de derechos, que debería comprender a las distintas formas de conclusión del proceso, y no únicamente a la conciliación y transacción realizadas en sede judicial.

6.3. Cesión de créditos laborales y principio de irrenunciabilidad.

6.3.1. La protección del superprivilegio de los créditos laborales.

La irrenunciabilidad de derechos es un principio que también se ha asentado en el ámbito del derecho concursal peruano. Y lo ha hecho de cara a sostener el privilegio del que gozan los créditos laborales en un procedimiento concursal. Al respecto, cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución establece que: «El pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador»; y que el Decreto Legislativo 856, relativo a los alcances y prioridades de los créditos laborales, ha precisado que estos están compuestos, además de las remuneraciones, por la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y los demás beneficios establecidos por ley que se adeuden a los trabajadores (art. 1). Esta última norma reitera el carácter prioritario que tienen los créditos laborales sobre cualquier otra obligación del empleador, señalando que dicho privilegio «se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones» (art. 2). En este orden de ideas, la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) señala en su artículo 42.1 que el primer orden de preferencia en el pago de los créditos corresponde a las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores.

Lo anterior significa que las acreencias nacidas en una relación laboral, es decir, aquellas que tenga el trabajador con su empleador, tienen preferencia en el cobro respecto del resto de créditos de naturaleza distinta a la laboral (por ejemplo, civiles, mercantiles o tributarios) que el mismo empleador pueda tener con terceros. Por tanto, las acreencias laborales se cobran (o pagan), en cualquier caso —disolución y liquidación de la empresa o reestructuración patrimonial de la misma— antes que el resto de acreencias, por tener la calidad de créditos de primer orden. Esta especial consideración o *superprivilegio* proviene, como se ha visto, de la propia Constitución y se establece en clave garantista respecto de un conjunto de derechos económicos del trabajador, que forman parte de sus condiciones sustanciales de trabajo (como la remuneración y otros complementos salariales), y cuyo goce efectivo podría verse afectado o ponerse en riesgo cuando la empresa en la que trabaja se encuentre en un contexto de falencia económica o financiera.

Pues bien, es en atención a lo expuesto que el artículo 69.2 de la LGSC proclama la invalidez de la renuncia que haga el titular (acreedor) de un crédito laboral al privilegio de pago preferente que dicho crédito tiene. La norma concursal enfatiza que la renuncia es inválida, tanto si la realiza el propio titular del crédito como su representante. Para Rojas Leo (2002), la ampliación de esta restricción está destinada «a evitar que los créditos laborales y los derechos que de ellos se derivan sean objeto de negociación», y a evitar la dificultad de exteriorizar la

8 Consúltese Botton Girón (2013, p. 46).

verdadera voluntad de los trabajadores comprendidos en la acreencia laboral, realizada a través del representante de la misma, y que pueda terminar realizando transacciones no siempre ajustadas a los intereses de sus representados (pp. 232-233). En definitiva, esta prohibición equivale a consagrar el principio laboral de irrenunciabilidad de derechos en el campo del derecho concursal y, como señala el citado autor, va de la mano con el *superprivilegio* del que gozan los créditos laborales en el ordenamiento jurídico peruano (Rojas Leo, 2002, p. 233).

6.3.2. La cesión de créditos laborales en el procedimiento concursal: un acto de disposición distinto a la renuncia.

Ahora bien, no están en cuestión las razones garantistas de evitar la renuncia al orden de prelación del pago de los créditos laborales, pero la pregunta que surge a continuación es si la aplicación del principio de irrenunciabilidad se agota en la imposibilidad de ceder la posición de privilegio del que gozan los créditos laborales o si es posible aplicarlo también al caso de la cesión de dichos créditos. Porque la práctica no refleja tanto renuncias al orden de prelación de pago de los créditos laborales, como sí actos de cesión de dichos créditos a terceros, por parte de sus titulares (trabajadores), a cambio del pago de una suma de dinero inferior al monto reconocido en la instancia correspondiente, pero manteniendo el orden de prelación en el cobro.

Se parte de que la cesión de créditos es una figura distinta de la renuncia de derechos. Su naturaleza jurídica es la de una cesión de derechos (Guzmán-Barrón, 1999, p. 132; Castillo Freyre, 2008, p. 1). El artículo 1206 del Código Civil, referido a la cesión de derechos, establece que: «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto». El propio artículo señala que dicha cesión no requiere del asentimiento del deudor, lo que diferencia esta figura de la cesión de posición contractual regulada en el artículo 1435 del Código Civil. La jurisprudencia ha precisado que el título o la causa de la cesión puede responder tanto a una liberalidad como a un acto oneroso del cedente (Cas. N° 3118-00- Callao). Es este segundo supuesto el que casa con una cesión de créditos laborales, un acto oneroso o de prestaciones recíprocas que permite diferenciarlo de la renuncia, en la medida que esta última es por definición gratuita. El tema no deja de ser controvertido, fundamentalmente por la falta de equivalencia inicial entre el monto que paga el tercero y el valor del crédito reconocido y cedido. Por eso, el debate se centra en determinar si dicho acto de cesión encubre o no una renuncia de derechos laborales que, de ser así, no estaría permitida por el principio de irrenunciabilidad de derechos consagrado constitucionalmente, y que la propia LGSC recoge, si bien fue pensada inicialmente para los casos de renuncia del orden de prelación de pago de los créditos laborales.

El artículo 1208° del Código Civil permite la cesión de toda clase de créditos, incluso aquellos discutidos en sede judicial, arbitral o administrativa, y esto habilita, sin duda, la cesión de créditos laborales en el marco de un procedimiento concursal. Como señala Alcántara Francia (2017), partiendo «de la idea de que todo derecho crediticio es cedible o transmisible, entonces los créditos laborales también lo son» (p. 146). No obstante, el artículo 1210 del propio cuerpo normativo establece la improcedencia de la cesión —entre otros supuestos— cuando aquella se oponga a la ley o resulte contraria a la naturaleza de la obligación. Es decir, el propio ordenamiento civil permitiría cuestionar entonces la cesión de los créditos laborales cuando ella encubra una renuncia (por ejemplo, cuando la cesión sea gratuitita) o se produzca en supuestos de fraude a la ley (por ejemplo, el cesionario sea un empresa vinculada al empleador deudor).

El Tribunal Constitucional se pregunta si la cesión de derechos «constituye un acto de despojo» (por parte de sus titulares), prohibido por el principio de irrenunciabilidad de derechos, respondiendo que:

> […] dicho acto jurídico no contraviene ni infringe el principio de irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores toda vez que, […] dicho acto jurídico no tiene como plataforma una relación laboral, es decir, no se celebra en el contexto de una relación laboral en el que las partes de dicho acto coinciden con las calidades de empleador y empleado, y en el que el objeto constituya una cesión de derechos laborales; muy por el contrario, dicho acto jurídico tiene como plataforma la autonomía de la voluntad de las personas para ceder y adquirir un derecho litigioso cuyo contenido, al intervenir un tercero ajeno a la relación laboral […] se convierte en uno de índole netamente civil. (STC N° 00529-2010-PA/TC)

Sin duda el alto tribunal busca afianzar la cesión de derechos como una figura de índole civil, y para ello pone el acento, no en el origen laboral de la acreencia cedida o en que el acto de despojo sea respecto de un derecho reconocido en una norma imperativa, sino la intervención de un tercero ajeno a la relación laboral y en libertad contractual de la que gozan los sujetos que intervienen en la operación de cesión. La idea que subyace es que la cesión se produce fuera de una relación laboral y, en esa medida, los sujetos que la materializan lo hacen en igualdad de condiciones, por lo que la cesión no debería interpretarse como una renuncia de derechos laborales (González Ibargüen, 2018, p. 122). Pero, como ya se ha advertido, el problema en realidad no radica en desconocer que la cesión y la renuncia son formas diferentes de disposición de derechos, sino en el uso indebido de la cesión de derechos para ocultar verdaderos actos de renuncia.

Antes de esta sentencia del TC, la Sala Concursal del INDECOPI ya tenía una posición similar, postura que ha consolidado con posterioridad a la misma. En efecto, en su momento la Primera Sala de Defensa de la Competencia[9], en la Resolución N° 0429-2009/SC1-INDECOPI —como en tantos otros de sus pronunciamientos—, señaló que no existe una renuncia de derechos laborales en los casos que el acreedor (trabajador) de un crédito laboral los cede a un tercero. Entre los criterios señalados por el tribunal para sostener que no existe renuncia de derechos, se encuentran básicamente los siguientes: (i) que el principio de irrenunciabilidad de derechos opera solo en el marco de una relación laboral, (ii) que la cesión de créditos laborales no implica una renuncia de derechos toda vez que a cambio de la misma se percibe una contraprestación económica, y (iii) que la cesión de créditos resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes y que se encuentra excluida del derecho laboral.

Así, en el considerando número 19 de la citada resolución, la sala estableció lo siguiente:

> A criterio de esta sala, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que para que sea posible la invocación del principio de irrenunciabilidad de derechos ante un conflicto de intereses, debe existir una relación laboral entre las partes. De ahí que, en el caso de una negociación entre el trabajador y un tercero, distinto a su empleador, no podría invocarse la aplicación del principio de irrenunciabilidad toda vez que el trabajador, en su condición de ciudadano, se encontrará ejerciendo su derecho de libertad de contratar, regido por los prin-

9 Actualmente, la segunda instancia en los procedimientos concursales seguidos ante el INDECOPI ya no es la Sala de Defensa de la Competencia, sino la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala Concursal).

> cipios del Derecho Civil, sin que se le extienda la protección propia del ordenamiento laboral pues no puede presumirse que se encuentra en una situación de desventaja frente a cualquier tercero, como la que normalmente presenta frente a su acreedor.

La sala pierde de vista con facilidad la naturaleza laboral de los intereses que están en juego, recurriendo sin matices a fundamentos del derecho común y olvidando que el procedimiento concursal ha sufrido un proceso de socialización, incorporando reglas y principios propios del derecho del trabajo, así como la impronta equilibradora que esta disciplina supone. No significa otra cosa que la Ley Concursal haya recogido principios como el de primacía de la realidad o el de irrenunciabilidad de derechos que se vienen analizando, o la propia prelación que se le asigna al cobro de los créditos laborales. Esta suerte de socialización o «laboralización» —como también se le ha denominado[10]— del régimen concursal debería hacerse patente y tener consecuencias concretas en un contexto de insolvencia de la empresa que pudiera incidir en los intereses de los trabajadores. Por tanto, con la declaratoria de insolvencia de una empresa, ni el trabajador se aleja de su condición de tal, ni los derechos indisponibles originados en normas imperativas pierden esa naturaleza.

En ese sentido, no parece correcto generalizar que, en una cesión de derechos, el trabajador interviene como un simple ciudadano «despojado» de su condición laboral, o que ejerce, sin desventaja alguna, su derecho de libertad de contratar frente a terceros distintos de su empleador[11]. Sin ánimo tampoco de generalizar, a partir de una situación particular, se cree que es importante reflexionar sobre la necesidad de realizar un tratamiento más prudente del principio de irrenunciabilidad de derechos, de cara a que cumpla el rol tutelar que constitucionalmente tiene asignado, también en los casos de crisis económica o insolvencia de la empresa donde la posición de minoridad e indefensión del trabajador podría verse acrecentada.

Habría que plantearse la posibilidad de entender la figura del empleador en términos amplios, y no circunscrita a la estricta relación del trabajador y del sujeto que lo contrató y para quien directamente prestó sus servicios, como ocurre en el caso de una sucesión de empleadores. De lo que se trata, en definitiva, es evitar operaciones de cesión de créditos que puedan encubrir una renuncia de derechos, o más propiamente un acto fraudulento, como ocurriría, por ejemplo —como ya se adelantó y sobre lo que se volverá más adelante—, si el tercero con el que el trabajador negocia la cesión de sus créditos laborales resulta ser una empresa vinculada a su empleador.

De otro lado, en los fundamentos números 22 y 23, la sala señala que:

> En una cesión lo que se transfiere es un derecho a cambio de una determinada contraprestación […]. El costo de oportunidad se entiende como aquel en que se incurre al tomar una decisión y no otra, esto es decidir ceder el derecho de cobranza de un crédito a cambio de un beneficio económico actual o, de lo contrario, mantener el referido derecho con la expectativa futura de cobranza. Así la disposición voluntaria de un crédito obtenido como con-

10 Consúltese Vinatea Recoba y Toyama Miyagusuku (2002, p. 19).

11 Antes bien, conviene recordar que en el estadio actual de las relaciones laborales se presenta una situación de signo inverso, en la que los derechos de ciudadanía —conforme a una consolidada doctrina científica y jurisprudencial— han anclado en el ámbito de la empresa, reconociéndole al trabajador derechos como ciudadano-trabajador (derecho a la intimidad, libertad de expresión, etc.). Por su parte, la libertad de contratar, como manifestación de la autonomía privada individual, es uno de los derechos indiscutiblemente mediatizados por la heteronomía estatal y la autonomía colectiva.

> secuencia de la prestación de servicios frente al empleador, a través de la figura de la cesión, determina que el interés del cedente es satisfecho a las circunstancias en que se encuentra.

Se está, sin duda, ante otro punto controvertido. Cabe anotar que si bien respecto del adeudo de beneficios laborales las transacciones judiciales y extrajudiciales están permitidas, el fundamento de dicha permisividad se encuentra en la naturaleza dudosa o litigiosa de la controversia. Es decir, existe incertidumbre sobre si le corresponde o no al trabajador el derecho que reclama, y cuando el derecho es de índole económico, la controversia suele alcanzar a la cuantificación del mismo o, lo que es igual, a la determinación del monto total de la suma adeudada.

Ahora bien, determinado el derecho y, en su caso, el monto que debe pagarse al trabajador —esa es la tarea que realiza la comisión cuando reconoce un crédito laboral en un procedimiento concursal—, la incertidumbre desaparece y el acto de disposición por parte del trabajador de ese derecho, en concreto, la cesión de un crédito a un menor precio del reconocido por la comisión, si proviene de una norma imperativa, supondría un acto de renuncia y, como tal, sería nulo. Y sería nulo, desde el punto de vista adoptado, independientemente de que se trate de un acto oneroso y de que se haya celebrado con un tercero distinto del empleador. En cualquier caso, la tarea de la sala debió pasar por desarrollar la idea de que la falta de certeza o certidumbre puede darse tanto en la identificación o reconocimiento del derecho como en la posibilidad de su cobro.

En alguna medida, la Sala Concursal ha tratado de apuntar en esa dirección, y en la Resolución N° 0052-2018/SCO-INDECOPI, ha precisado que (fundamento número 31):

> […] pretender hacer extensivo el carácter irrenunciable de los derechos laborales al supuesto de la cesión, implicaría asumir que tales derechos sean «intransferibles», pudiéndose generar, con ello, una eventual postergación indefinida en el pago de los créditos laborales, lo cual generaría agudos problemas sociales ante la insatisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores, ante tal incertidumbre respecto de la posibilidad concreta de cobrar dichos créditos en razón de la situación de concurso del empleador.

En la misma resolución (fundamento número 32), la sala concluye que la cesión de derechos «es un mecanismo que brinda protección mayor al derecho alimentario del trabajador, pues hace real, efectivo e inmediato el cobro de sus créditos». Como se aprecia, el énfasis se coloca en la aparente situación de zozobra que generaría al trabajador su estado de necesidad y en la inseguridad del cobro de los créditos laborales como consecuencia del procedimiento concursal en el que se encuentra la empresa. La cesión de derechos, y el cobro real de un monto menor al reconocido, termina siendo un mal menor que, aunque insatisfactorio, termina brindando —según la sala— cierto grado de protección al derecho alimentario que le asiste al trabajador.

De otro lado, volviendo a la Resolución N° 0429-2009/SC1-INDECOPI (fundamento número 24), la sala señala que:

> En materia concursal, la cesión de créditos laborales a favor de un tercero resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes en igualdad de condiciones, por lo que no estaría enmarcada en el ámbito del ordenamiento laboral, sino que se rige por las disposiciones del Derecho Civil. […] En efecto, en dicho acuerdo la voluntad del empleador o ex empleador no resulta determinante, por lo que extender una protección propia del Derecho Laboral a la relación entablada entre un tercero implicaría una limitación al ejercicio

de su derecho a la libertad contractual, pues se encontraría impedido de celebrar actos jurídicos respecto de los créditos obtenidos de una relación laboral.

Se ha sostenido que la posición de la sala responde a la finalidad que tienen los procedimientos concursales «de reducir los costos de transacción en las negociaciones entre el acreedor y el deudor» y de «buscar el tráfico célere de los créditos y su pronto recupero», de modo tal que los nuevos acreedores apuesten por la viabilidad de la empresa y le inyecten capital fresco (Lizárraga Vera-Portocarrero, 2011, p. 151). No obstante, toda cesión de créditos laborales no puede calificarse, de manera automática, como una operación comercial cualquiera sin que se tome en cuenta quién es ese «tercero» que participa en la operación. ¿Qué sucede, por ejemplo, si este «tercero» es alguien vinculado al deudor? En tal caso, la compra del crédito laboral a un monto menor del reconocido podría suponer una forma de eludir o de disminuir indebidamente el beneficio laboral al que tiene derecho el trabajador cedente. Sí importa entonces determinar quién es el cesionario, para lo cual el acto de cesión debería pasar por un tamiz adecuado que permita identificar este tipo de situaciones de fraude a la ley laboral. Y no es que la sala no haya visto el problema, pues en el fundamento 26 de la resolución que se viene comentando, llega a señalar que: «Asimismo, […] [en caso del tercero] tampoco se trataba de empresa vinculada a […] [la deudora] lo que podría generar dudas respecto de extender la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos a empresas que forman parte de un mismo grupo económico».

Como se aprecia, la sala plantea el tema de la posible relación entre el empleador deudor y el cesionario, pero lo hace sin entrar de lleno en el terreno de la vinculación económica de las empresas y sus consecuencias concretas en un supuesto de cesión de créditos laborales, y sin tomar una postura sobre la aplicación o no, en tal supuesto, de la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos. Si tal fuera el caso, es decir, de acreditarse que tanto el empleador deudor como el «tercero» cesionario forman parte de un mismo grupo empresarial, o que entre ellos hay una vinculación económica de carácter subordinado, la sala no parece cerrar la posibilidad de extender —aunque no sin dudas— la aplicación del principio en cuestión. Hubiese sido interesante desarrollar esta idea, porque la existencia de una vinculación económica y el eventual levantamiento del velo empresarial podría llevar a concluir que se está ante un solo empleador y, de ser así, que el acto de cesión encubre un acto de renuncia; o que, en todo caso, como ya se ha adelantado líneas arriba, se está ante un supuesto de fraude a la ley y carente de validez, en la medida que la operación de cesión de derechos se realiza aparentando un manto de legalidad que, en la realidad, no tiene y que termina contrariando el orden público laboral.

7. Conclusiones

Primera: el principio de irrenunciabilidad impide al trabajador la renuncia de derechos laborales, entendida esta como el abandono definitivo o irrevocable, y sin contraprestación alguna, de los derechos, presentes y futuros, pero susceptibles de materializarse en el transcurso de la relación laboral, que le son reconocidos por norma imperativa, y que no son exclusivamente los de origen constitucional y legal, sino también los reconocidos en la normativa internacional y los convenios colectivos de trabajo.

Segunda: la renuncia se distingue de otras formas de disposición de derechos, como la

cesión de créditos laborales, la conciliación y la transacción. En cualquier caso, habrá que cuidar que estas otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia o que impida al trabajador recurrir al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercera: desde una perspectiva subjetiva, se discute la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos en aquellos supuestos en los que se evidencia una reducción significativa de los niveles de desigualdad entre los sujetos de la relación laboral, como ocurre con los trabajadores de alta dirección, en el plano individual, y con la organización sindical en el colectivo.

Cuarta: desde una perspectiva temporal, el principio de irrenunciabilidad de derechos puede aplicarse tanto a las renuncias ocurridas durante la vigencia de la relación laboral, como a aquellas ocurridas en la fase precontractual e incluso luego de extinguido el contrato de trabajo.

Quinta: el hecho de que no se haya recogido expresamente el principio de irrenunciabilidad de derechos en la nueva Ley Procesal del Trabajo no impide al juzgador su aplicación en los casos que estime conveniente. En particular, procederá su aplicación cuando el juez verifique que algunas de las formas especiales de conclusión del proceso, como el desistimiento de la pretensión, la conciliación o la transacción (tanto las judiciales como las extrajudiciales), encubran un acto de renuncia de derechos.

Sexta: el test de disponibilidad de derechos consagrado en la nueva Ley Procesal del Trabajo no suple al principio de irrenunciabilidad. Asimismo, su conceptualización como mecanismo de tutela de los derechos indisponibles de los trabajadores no se corresponde con la naturaleza de la conciliación y de la transacción como instituciones válidas de disposición de derechos y diferentes de la renuncia.

Sétima: si bien la cesión de créditos es una forma de disposición de derechos distinta de la renuncia, cuando se enfrente una cesión de créditos laborales es importante prestar atención a quién es el cesionario, porque podría tratarse de un tercero vinculado al deudor y, en esa medida, la operación mercantil podría calificar como un acto de fraude a la ley laboral.

REFERENCIAS

Alcántara Francia, O. (2017). Efectos de la transmisión de los créditos laborales. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (54), 143-152.

Ávalos Jara, O. (2016). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Estudio y análisis crítico de la Ley Nº 29497*. Lima: Jurista Editores.

Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bolaños Céspedes, F. (2014). Principio de irrenunciabilidad de derechos. En A. Baylos, C. Florencio, y R. García Schwarz (Coords.). *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 1739-1742). Valencia: Tirant lo Blanch.

Botton Girón, D. (2013). El principio de irrenunciabilidad de derechos y la transacción extrajudicial en materia laboral. Algunos comentarios a propósito de su reciente tratamiento por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, (70), 41-53.

Boza Pró, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza Pró, G. (2013). Los créditos laborales en el sistema concursal peruano. En Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, *Homenaje aniversario de la sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 355-375). Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. *Themis. Revista de Derecho*, (65), 13-26.

Boza Pró, G. (2016). La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario. En Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 693-723). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Campos Torres, S. (2011). La conciliación en la nueva Ley Procesal del Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (37), 212-219.

Caparrós, F. (2015). El orden público laboral y la estructura mixta de sus normas. En A. Goldin (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2.ª ed.; pp. 34-43). Buenos Aires: La Ley.

Castello, A. (2008). Vigencia y alcance del principio de irrenunciabilidad. *Derecho Laboral: Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, (229), 55-80.

Castillo Freye, M. (2008, abril). La cesión de derechos. *APECC. Revista de Derecho*, (6), 94-100. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

Cruz Villalón, J. (2014). *Compendio de derecho del trabajo* (7.ª ed.). Madrid: Tecnos, S.A.

De la Villa, L. E. (1970). El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Política Social*, (85), 7-71.

Garmendia Arigón, M. (2016). *Orden público y derecho del trabajo* (2.ª ed.). Montevideo: La Ley.

Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, (05), 155-173.

Godoy Palomino, Y. (1991). Irrenunciabilidad de derechos. En *Derecho Laboral, materiales de enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Goldin, A. (2014). Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio. *Themis*, (65), 27-40.

Gonzáles Hunt, C. (2009). La reducción de remuneraciones y principio de irrenunciabilidad de derechos. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez* (2.ª ed.; 191-214). Lima: Grijley E. I. R. L.

González Ibargüen, A. (2018, mayo). Derecho concursal y superprivilegios laborales: Problemas en torno a su cesión y a su excesiva oponibilidad. *Revista Aequitas*, (1), 112-122. Lima.

Guzmán-Barrón, C. (1999). *El crédito laboral frente a la insolvencia del empleador* (Tesis para optar el título de abogada). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y derecho* (J. M. Galiana Moreno, Trad.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1979.

Lizárraga Vera-Portocarrero, A. (2011). La reducción, cambio de titularidad y cesión de créditos en materia concursal. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (12), 127-155.

Mangarelli, C. (2004). *La transacción en el derecho del trabajo*. Montevideo: FCU.

Mercader Uguina, J. (2014). *Los principios de aplicación del derecho del trabajo. Formación, decadencia y crisis.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Neves Mujica, J. (2006). Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral* (pp. 337-342). Lima: Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales

Ojeda Avilés, A. (1971). *La renuncia de los derechos del trabajador*. Madrid: IEP.

Ojeda Avilés, A. (2007). La genealogía del contrato de trabajo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (135), 533-555.

Pacheco-Zerga, L. (2014). El test de disponibilidad de derechos en la Nueva Ley Procesal. *Revista Laboral de La Ley*, *76*, 43-61. Universidad de Piura.

Prados de Reyes, F. (1980). Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, (127), 55-75.

Priori, G. F., Carrillo, S., Glave, C., Sotero, M. A., Perez-Prieto, R. J. (2011). *Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo.* Lima: Ara Editores.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2003). El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual. En L. E. De la Villa y L. López Cumbre (Dirs.), *Los principios del derecho del trabajo* (pp. 107-126). Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2003). Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales. *Temas Laborales*, (70), 23-42.

Rojas Leo, J. F. (2002). *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Ara Editores.

Serrano García, J. M. (2014). Conciliación. En A. Baylos Grau, C. Florencio Thomé y R. García Schwarz (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 255-258). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sinzheimer, H. (1984). Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo (F. Vásquez Mateo, Trad.). Madrid: IELSS.

Supiot, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Vinatea Recoba, L., y Toyama Miyagusuku, J. (2012). *Análisis y comentarios de la nueva Ley Procesal del Trabajo.* Lima: Gaceta Jurídica S. A.

EL EMPLEO PÚBLICO COMO DISCIPLINA AUTÓNOMA: LA NECESIDAD DE SUPERAR EL DILETANTISMO ENTRE LO LABORAL Y LO ADMINISTRATIVO[1]

Kenny Díaz Roncal
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

¿Qué normas se deben aplicar para resolver controversias relacionadas con la prestación personal de servicios, subordinada y remunerada en la administración pública? La elección arbitraria del derecho especial por parte del operador de justicia (sea el derecho del trabajo o el derecho administrativo) supone un contrasentido desde el punto de partida. La idea de justicia que se persigue debe maximizarse en cada tramo del proceso de resolución de un caso concreto. En el escenario planteado, el problema aparece desde el primer momento en que se empieza a estudiar un caso. Ello, debido a la ausencia de una discusión seria sobre la autonomía jurídica del empleo público que permita definir las normas especiales aplicables. El presente estudio es un esfuerzo por demostrar la importancia que tiene tomar postura por la autonomía jurídica del empleo público, en los distintos niveles en los que se resuelven casos concretos en este ámbito.

1. Introducción

Cuando se habla del empleador público, siempre se plantea una lógica dual en virtud de la cual o se está frente a una relación enmarcada en el derecho del trabajo o en el derecho administrativo. No se trata de una cuestión anecdótica, pues trae como consecuencia que el operador del derecho, para decidir un caso concreto, tenga que aplicar las normas de una u otra rama del derecho de manera excluyente. Pero, ¿bajo qué parámetros se elige el derecho aplicable? Esta elección arbitraria es cuestionable desde todo punto de vista. Regularmente, lleva a consecuencias indeseadas en donde dicha norma no satisface la realidad analizada.

En el presente artículo se considera que para empezar a destrabar el empleo público peruano, es importante reconocerlo como disciplina jurídica autónoma. Marcar una posición sobre el tema es funcional en tres aspectos: el primero, para la tarea de ponderación en la que constantemente se ven comprometidas las autoridades que deciden controversias (administrativas o judiciales), cuando los principios de esta disciplina colisionan con los de otras; el segundo, para la tarea del Sistema de Inspección del Trabajo, exactamente para determinar su

1 Algunas ideas trabajadas en este texto fueron trabajadas en Díaz (2017 y 2019).

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la a Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Máster en Políticas Públicas por *University of Bristol*. .

competencia en el marco de las entidades públicas; y, finalmente, en el aspecto que compromete la actividad legislativa, toda vez que el legislador podrá regular sobre la base de un modelo determinado, haciendo coherente el sistema de empleo público peruano.

Lejos de cumplir con los objetivos antes señalados, el enfoque con el que se ha legislado el empleo público peruano tiene características diversas que podemos subsumir en el concepto de «dispersión normativa». Por un lado, se pretendió estructurar un régimen general de carrera administrativa y un sistema único de remuneraciones[2], pero dicho intento se frustró por —entre otras razones— las restricciones que año tras año imponen las leyes de presupuesto (impiden el nombramiento que es la vía de acceso a la carrera administrativa). Por otro lado, se extrapoló la legislación del sector privado[3] que, como es claro, parte de principios distintos a los fines de la administración pública. Por último, se creó un régimen de contratación administrativa de servicios[4] que no se condice con los principios del empleo público, no solo por afectar derechos subjetivos (laborales) sino también por transgredir el principio de mérito y la carrera administrativa.

Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que el proceso de elaboración de las normas antes señaladas trasgrede el principio del Estado social y democrático. Históricamente, el ordenamiento jurídico peruano ha trasladado al empleador público la competencia normativa para establecer las reglas de juego en el ámbito laboral. Prueba de ello son los distintos regímenes aprobados por medio de decretos legislativos. Esta delegación no se condice con lo establecido por el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, el mismo que remite al legislador la regulación de tales derechos y obligaciones[5].

Con todo ello, se puede afirmar que dentro de las principales tareas pendientes en el ámbito del empleo público peruano se encuentran la necesidad de democratizar la producción normativa, de estructurar una verdadera carrera administrativa y de homogeneizar los derechos y obligaciones de los servidores civiles[6]. Se cuenta con varios intentos de reformas, pero ninguna de ellas ha logrado su cometido. Desde el derecho, se cree que una de las principales razones de tales fracasos se debe a la ausencia de una discusión seria sobre la autonomía jurídica del empleo público, premisa desde la cual debe partir el legislador, así como el operador del derecho, para resolver un caso concreto.

En ese sentido, esta problemática justifica que en el presente estudio se analice si el empleo público es verdaderamente una disciplina jurídica autónoma. Para ello, se propone el siguiente esquema: (i) la relevancia de compartimentar el derecho en disciplinas autónomas;

---

2 Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y el Sistema Único de Remuneraciones.

3 Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

4 Decreto Legislativo N° 1057, que aprueba el contrato administrativo de servicios.

5 Artículo 40 de la Constitución Política del Perú: «La ley regula [énfasis añadido] el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente […]». Vale mencionar que dicho artículo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 44, en el siguiente sentido: «Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador [énfasis añadido]».

6 El concepto «servidor civil», siguiendo la definición establecida por el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, es omnicomprensivo de cualquier prestador de servicios para una entidad pública, indistintamente de su régimen laboral.

(ii) los criterios para definir tal autonomía; y, especialmente, (iii) la autonomía misma del empleo público.

En el último punto se analizará si es que el empleo público cumple con los requisitos previamente establecidos como características de una disciplina independiente. Como parte de dicha justificación, se realizará un recuento de la dispersión de regímenes laborales en la administración pública peruana. Igualmente, se identificarán los valores especiales que giran en torno al empleo público.

2. La relevancia de compartimentar el derecho en disciplinas autónomas

2.1. Para la resolución de casos difíciles.

De acuerdo con Guillermo Lariguet, un tema que se encuentra pendiente de mayor desarrollo en la filosofía del derecho «es el del papel que *la idea de autonomía de ramas jurídicas juega con respecto a la aplicación de normas*» (Lariguet, 2006, p. 385), cuestión que se considera elemental de cara a la resolución de casos difíciles por los operadores del derecho. Al respecto, se cree que compartimentar el derecho en disciplinas jurídicas independientes termina siendo funcional para la resolución de controversias. Desde esta perspectiva se abordará el análisis del empleo público como disciplina jurídica autónoma, a pesar de que existan otras dos que pregonan su competencia, atribuyendo sus propios principios y reglas.

Siguiendo a Lariguet, la autonomía de las disciplinas jurídicas fue de particular interés era el propio Ronald Dworkin, quien sostenía que para la resolución de ciertos casos los juristas optan por «la compartimentalización del derecho en departamentos separados [sic]» (Lariguet, 2006, p. 385). Esta tendencia a la segmentación del derecho lleva a que el legislador regule en cuerpos legales especiales determinadas disciplinas, facilitando la tarea de los operadores del derecho. Por ejemplo, para un caso en donde se discute si es que un acto administrativo reconoce o no un derecho subjetivo en el ciudadano, se aplicará el derecho administrativo; mientras que, para uno en donde se pretende el pago de beneficios sociales laborales, se aplicará el derecho del trabajo.

Sin embargo, muchas veces este ejercicio no es tan sencillo. Por ejemplo, en el acápite titulado «Desacuerdo sobre el derecho», Dworkin plantea su preocupación por los métodos empleados por los jueces para decidir casos. En ese contexto, Dworkin (1986) indica que, por lo menos, una demanda plantea tres cuestiones: (i) aspectos de facto, (ii) aspectos de derecho, y (iii) aspectos morales. De todos ellos, Dworkin indica que el primero y el tercero no generan problemas especiales, a diferencia del segundo aspecto que realmente llama su atención. Al respecto, el autor menciona que tanto los abogados como los jueces parecen discrepar frecuentemente en el derecho que debe gobernar un caso, incluso en las pruebas que deben utilizar (Dworkin, 1986).

A cada una de las formulaciones que se generen, en relación con el derecho que debe gobernar el caso, Dworkin (1986) las llama «propuestas de ley». Es decir, podemos estar frente a un mismo hecho y tener más de una propuesta de ley. Por ejemplo, habrá quienes consideren que las entidades públicas deben aplicar el derecho administrativo para determinar la responsabilidad disciplinaria de un servidor civil. Por el contrario, algunos pensarán que el mismo caso se encuentra dentro de las normas que regulan el poder disciplinario del empleador, en el marco del derecho del trabajo.

Si bien Dworkin distingue, incluso, tipos de discrepancias en relación con las propuestas de ley, se tiene un interés, por ahora, de mantener la idea de que determinados casos demandan

una discusión seria sobre la norma aplicable, superando la aplicación mecánica o arbitraria. En ese sentido, desde el empleo público se puede plantear una serie de supuestos con similar complejidad, en donde el operador del derecho podría tener serias dudas sobre qué norma aplicar. Para los efectos, se mencionarán cuatro de ellos. Vale acotar que solo se plantearán el ejemplo concreto y las preguntas pertinentes que evidencien la complejidad del caso:

> (a) Primer supuesto.
>
> Carito trabajaba en una entidad pública y cometió una falta disciplinaria el 1 de enero de 2014. Llegó tarde y, por tanto, incumplió su horario de trabajo[7]. Sus jefes tomaron conocimiento de la falta el mismo día; sin embargo, no tomaron ninguna acción frente a ella.
>
> Luego de exactamente 2 años, 11 meses, y 29 días, Carito tuvo una discusión con sus jefes, debido a un tema estrictamente laboral (disintió con el criterio de ellos para resolver una determinada situación). Ese mismo día, por la tarde, le notificaron con el inicio formal de un procedimiento administrativo disciplinario en su contra, por «haber incumplido el horario de trabajo el día 1 de enero de 2014».
>
> Comentario.
>
> Lamentablemente, el ejemplo planteado no ha sido tomado de ninguna obra de ficción. Supuestos como el de Carito se suscitan muy a menudo en la administración pública peruana. Al respecto, por un lado confluye el instituto jurídico de la prescripción de la competencia de la entidad para sancionar una falta disciplinaria que, en una de sus acepciones, se extiende hasta los tres años[8]. Por el otro, el principio de inmediatez, que es un principio laboral que limita la facultad sancionadora del empleador y proscribe el plazo arbitrario entre la toma de conocimiento de la falta —plano cognitivo— y la acción para sancionarla —plano volitivo—[9].
>
> ¿Cómo determinar el derecho aplicable? De optar por el primer supuesto, se estaría eligiendo una norma enmarcada dentro de la lógica del derecho administrativo que permitiría un mayor margen de acción al empleador público (persiguiendo faltas hasta por tres años). Por el contrario, de optar por el segundo supuesto, se estaría prefiriendo extender los principios del derecho del trabajo al caso planteado para salvaguardar los intereses del trabajador.
>
> (b) Segundo supuesto.
>
> La organización de trabajadores de una entidad pública presentó un pliego de reclamos a su empleador el 31 de enero de 2018. Dentro de dicho pliego de reclamos se pretende un aumento salarial. Recibido el pliego, la entidad responde señalando que el procedimiento de negociación colectiva actualmente vigente[10] exige que el pliego de reclamos «debe necesariamente presentarse entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del año siguiente».
>
> En ese sentido, la entidad pública mencionada emite una resolución administrativa poniendo fin al procedimiento en cuestión. En la resolución mencionada se alega que la organización de trabajadores no respetó el plazo establecido por ley para presentar los pliegos de reclamos,

7 El artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, establece las conductas de los servidores civiles que son consideradas faltas disciplinarias. El literal n) de la norma citada prescribe lo siguiente: «n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo».

8 Artículo 94 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil: «La competencia para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra servidores civiles decae en el plazo de tres (3) años contados a partir de la comisión de la falta […]».

9 Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00543-2007-PA/TC.

10 Regulado por el artículo 70 del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil.

razón por la cual la entidad pone fin al procedimiento sin necesidad de pronunciarse sobre el contenido del pliego de reclamos.

Comentario.

Si se sigue la lógica de la entidad pública, la negociación colectiva en la administración pública ha pasado a ser un procedimiento administrativo. Bajo ese razonamiento, se tendría que recurrir a la norma que regula el procedimiento administrativo general, el texto único ordenado de la Ley N° 27444.

Por su parte, el operador del derecho también podría sostener que la negociación colectiva responde a principios propios del derecho del trabajo, los mismos que han sido desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de tal forma que la imposición de plazos para la presentación del pliego de reclamos afecta el principio de negociación libre y voluntaria.

Por otro lado, superando la discusión sobre el tema antes planteado, el mismo caso nos ofrece otro supuesto igualmente complejo: ¿se puede amparar la pretensión de aumento salarial presentada por la organización de trabajadores? De hacerlo, se estaría prefiriendo la libertad sindical que tiene reconocimiento constitucional[11] y desarrollo por medio de convenios OIT. En suma, se enmarcaría el supuesto dentro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

Por el contrario, el operador del derecho también podría argüir que el reconocimiento de la negociación colectiva en materia económica deformaría la carrera administrativa pues afectaría la estructura remunerativa preestablecida, a la vez que sería un desincentivo para la capacitación y el rendimiento eficiente de los servidores civiles, ya que los aumentos salariales mediante negociación colectiva no se otorgan con base en el mérito.

(c) Tercer supuesto.

Ángela siempre quiso ser alcaldesa del distrito en el que nació y en el que aún reside. Así, en las últimas elecciones logró el apoyo de determinadas personas que financiaron su campaña, gracias a lo cual pudo cumplir su sueño: postular al cargo público mencionado y ser electa gracias al voto popular.

Por su parte, Lucero trabaja para otra entidad pública como asesora legal. Para acceder a dicho puesto tuvo que terminar sus estudios de maestría, demostrar un récord laboral determinado en la administración pública y, así, superar un tedioso concurso público de méritos. Al día de hoy se encuentra en periodo de prueba, el mismo que espera también superar exitosamente.

De otro lado, a diferencia de Ángela y Lucero, Paolo siempre quiso trabajar en el sector privado. Para ser más exactos, en el mejor estudio de abogados de Lima. Logró su objetivo gracias a la invitación de uno de sus profesores en la universidad, quien era socio de dicho lugar.

Comentario.

Gracias a los casos de Ángela y Lucero se puede introducir el concepto de función pública. Así, desde una perspectiva amplia, como lo ha planteado el Tribunal Constitucional (TC) peruano en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto obliga a entenderlo «como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado» (f.j. 8).

11 Pretensión fundada en el artículo 28, numeral 2 de la Constitución Política del Perú:
Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga
El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
[…]
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Bajo esta aproximación, tanto Ángela como Lucero ejercen función pública. Sin embargo, claramente se puede percibir que existen diferencias entre ambos supuestos. En el primer caso, el acceso de Ángela se origina en el voto popular; es el electorado quien deposita su confianza en ella para ejercer la función pública encargada. En el segundo caso, Lucero tuvo que superar un concurso público de méritos.

El propio TC, en la sentencia previamente citada, realiza dicha clasificación: la función pública representativa alude a las «funciones de representación política y la no representativa a la función pública profesionalizada» (f.j. 8). En ese sentido, Ángela estaría en el primer supuesto y Lucero en el segundo. En ambas expresiones, la función pública exige el respeto de acceso en condiciones de igualdad, ligado al principio de mérito (f.j. 8).

El caso de Paolo contrasta con los dos ejemplos antes mencionados, dado que: (i) se trata del sector privado y (ii) accedió al trabajo tan solo por una recomendación. Si despiden arbitrariamente a Paolo, y este demanda judicialmente a su exempleador, el juez tendría que aplicar las normas relativas al derecho del trabajo. Sin embargo, si Lucero sufriese el mismo atropello a su derecho al trabajo, el juez entraría en la disyuntiva de tener que aplicar las reglas y principios laborales o las del derecho administrativo, también sobre la vía procesal: el proceso contencioso administrativo o el proceso laboral.

Una complejidad parecida sucedería si es que un locador de servicios en la administración pública logra probar que hubo fraude en su contratación y, por tanto, que prestó un servicio subordinado. El juez tendría que decidir si asume el principio de primacía de la realidad o, por el contrario, el acceso a la función pública por concurso público de méritos y en condiciones de igualdad.

(d) Cuarto supuesto.

Juan Carlos es un inspector de trabajo que conoce de la precariedad laboral que padecen muchos trabajadores de la administración pública. Motivado por su compromiso con la función de fiscalización laboral, eleva una consulta a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) sobre la posibilidad de fiscalizar entidades públicas y, dentro de ellas, el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, indistintamente del régimen laboral del servidor civil comprometido.

El criterio que SUNAFIL maneja es que sí es posible llevar a cabo tal fiscalización, pero exclusivamente para servidores civiles adscritos al régimen laboral del Derecho Legislativo N° 728, régimen laboral del sector privado que desde la década de los noventa se viene aplicando también en la administración pública. En consecuencia, bajo esta tesis el Sistema de Inspección del Trabajo no sería competente en casos que comprometan a servidores civiles adscritos a los otros regímenes laborales actualmente vigentes en el sector público.

Comentario.

La decisión de SUNAFIL, en el ejemplo, deja sin tutela a muchos servidores civiles. ¿Cuál es la razón? Detrás de ella reside la idea de que el Sistema de Inspección del Trabajo solo es competente para fiscalizar al trabajador adscrito al régimen laboral privado, en lo que respecta a la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, la normativa que define su competencia, tanto en el sector privado como en el público, lo hace desde la perspectiva del empleador (siempre que esté adscrito al Decreto Legislativo N° 728). Como se verá, esta diferencia es medular para entender el ámbito de competencia de SUNAFIL.

En el ejemplo planteado, Juan Carlos considera que lo correcto sería seguir lo establecido por la normativa y definir la competencia del Sistema de Inspección del Trabajo en virtud del agente pasivo de una inspección, esto es, el empleador. En ese sentido, si este fuera público, la

competencia se determinaría sobre la base del régimen laboral al cual se adscribe la entidad pública, exactamente al Decreto Legislativo N° 728. Se puede verificar dicha adscripción en la norma de creación o en el reglamento de organización y funciones de la entidad. Definida la competencia bajo esta interpretación, el inspector de trabajo estaría habilitado para fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo en toda la entidad pública, indistintamente del régimen laboral del servidor civil comprometido.

Ello, dado que la determinación de la competencia es solo la condición habilitante para que el inspector ejerza plenamente sus funciones al interior de la entidad. Es como la llave que abre la puerta de una casa, mas no restringe el acceso a ningún espacio de la misma. Esta debería ser la lectura del artículo 4 de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806:

Tabla 1

Interpretación del artículo 4 de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806

Artículo 4.- Ámbito de actuación de la Inspección del Trabajo	*Comentario*
«En el desarrollo de la función inspectiva, la actuación de la Inspección del Trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales [énfasis añadido], ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y se ejerce en: 1. Las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando el empleador sea del Sector Público [énfasis añadido] o de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, siempre y cuando estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada [énfasis añadido] […]».	El primer párrafo del artículo 4 citado vincula la función inspectiva al sujeto que asume la «obligación de dar» en el contrato de trabajo. Por tanto, el sujeto pasivo de una inspección del trabajo se define sobre la base de quién es el empleador. En ese sentido, el numeral 1 del artículo bajo comentario se refiere específicamente al empleador público, siendo que este calzará como sujeto pasivo de la inspección del trabajo en los casos en que haya establecido que el régimen laboral de sus servidores civiles es el del Decreto Legislativo N° 728.

Nota: Elaboración propia.

Pero, incluso desde esta perspectiva, existiría una falta de tutela en los casos en que la entidad pública no se encuentre adscrita al régimen del Decreto Legislativo N° 728. ¿Cómo superar este trato diferenciado? Para superar esa visión restrictiva, se debe entender que la fiscalización laboral responde a principios de derecho público, razón por la cual en el mismo Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81), se reconoce el deber de «fomentar […] la cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejerzan actividades similares» (artículo 5).

Bajo esta pauta, en el 2008 se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), y se le atribuyó competencia para supervisar a las entidades públicas. Por tanto, SERVIR debería coordinar con SUNAFIL para efecto de fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral

> y de seguridad y salud en el trabajo en las entidades públicas adscritas a regímenes laborales distintos al privado. Inclusive, la propia norma de creación de SUNAFIL, Ley N° 29981, así lo establece:
>
> SÉTIMA. Inspección laboral en las entidades públicas
> En tanto se implementan las funciones de supervisión y fiscalización determinadas por el Decreto Legislativo 1023, la Sunafil coordina con la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) a fin de establecer los mecanismos para la aplicación de lo establecido en la presente Ley a las entidades públicas.

2.2. Para la seguridad jurídica en la resolución de controversias.

Como se puede apreciar gracias a los ejemplos planteados en el acápite anterior, la elección del derecho aplicable no es una tarea sencilla. Justamente, la idea de independizar áreas en el derecho obedece a supuestos como los planteados en los que resulta difícil optar por uno u otro supuesto; en tales casos se justifica la discusión sobre la autonomía de determinadas disciplinas en tanto facilita la tarea del operador del derecho.

Conviene mencionar que en *Law's Empire*, Ronald Dworkin desarrolla previamente algunos aspectos que pueden darle un mejor contexto a la idea del derecho en «departamentos separados» (utiliza esta categoría para referirse a las disciplinas jurídicas autónomas). Dworkin plantea algunos ejemplos por medio de los cuales devela que los jueces pueden utilizar distintas normas para casos similares. El autor nos plantea la metáfora del juez Hércules, el sabio entre los sabios. Dicho juez, en el capítulo «*Local Priority*», debe decidir si acepta o no la división entre «departamentos del derecho». En ese contexto, Dworkin señala lo siguiente:

> *Judicial opinions normally begin by assigning the case in hand to some department of law, and the precedents and statutes considered are usually drawn exclusively from that department* […] *Dividing departments of law to match that sort of opinion promotes predictability and guards against sudden official reinterpretations that uproot large areas of law, and it does this in a way that promotes a deeper aim of law as integrity* […]. (Dworkin, 1986, pp. 251-252)

Los beneficios, entonces, se circunscriben a lo que se ha mencionado desde el inicio: brindar al operador del derecho las herramientas necesarias para elegir la disciplina jurídica correcta para cada caso concreto. Con ello, las controversias jurídicas se resolverán de acuerdo con los principios adecuados, maximizando los derechos en juego.

Frente a esta serie de beneficios que trae consigo el reconocimiento de una disciplina jurídica como autónoma, el juez Hércules de Dworkin no puede hacer más que ceder frente a esta práctica. Sin embargo, dicha concesión no es absoluta. Dice Dworkin (1986) que no se reconocerá autonomía cuando «*traditional boundaries between departments have become mechanical and arbitrary* […]» (pp. 251-252).

Esta última cita resulta clave para los efectos de este artículo. Justamente, es lo que se pretende dilucidar en el presente caso. Se podría extender la reflexión y realizar la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios mediante los cuales el derecho del trabajo o el derecho administrativo pretenden incorporar dentro de su ámbito de aplicación al empleo público? ¿Son mecánicos y arbitrarios? De ser así, de acuerdo con Dworkin, esta materia no debería incluirse

en ninguna de las dos ramas del derecho antes mencionadas.

Sin embargo, el empleo público podría postular criterios objetivos y específicos, con lo cual podría ser considerado una división válida, un departamento del derecho en términos de Dworkin. En ese sentido, la pregunta que conviene hacerse es ¿cuáles serían dichos criterios?

3. Criterios que determinan la autonomía de una disciplina jurídica

El presente capítulo se remite al trabajo de Guillermo Cabanellas secundado por Néstor de Buen Lozano, quienes configuran un marco génerico sobre los requisitos que caracterizan al derecho del trabajo como disciplina independiente. Posteriormente, se utilizan los criterios que Julio Durand, apoyándose en el trabajo de Evaristo de Moraes Filho, plantea para reconocer al derecho del consumidor como disciplina autónoma. Finalmente, se focaliza la atención en los criterios propuestos por Alfredo Rocco (asumiendo su propuesta), quien es seguido por Plá Rodríguez.

3.1. El aporte de Guillermo Cabanellas.

Como punto de partida, Guillermo Cabanellas (1987) indica que hablar de derecho laboral es referirse a una disciplina de reciente data, razón por la cual precisa de la asistencia del derecho del cual se escindió: el derecho civil. Esta primera referencia es importante porque delimita dos cuestiones sobre una disciplina independiente: (i) primero, puede surgir de otra disciplina preexistente; y, (ii) segundo, puede y/o necesita de la aplicación supletoria de otra disciplina.

En efecto, en palabras de Guillermo Cabanellas (1987), refiriéndose al derecho del trabajo, «a cada paso es necesario recurrir a la fuente, a la inspiración doctrinal y legislación civil […]» (p. 436). ¿Qué hizo, entonces, que el derecho del trabajo se independice del derecho civil? Esta pregunta le da sentido a este trabajo. Al respecto, André Brun, citado por Cabanellas, menciona que el derecho del trabajo conforma una estructura jurídica propia que plantea una legislación de privilegio para custodiar el interés del trabajador, deudor de un servicio y parte débil del contrato. Esto se explica en función del contexto en el que se gestó el nacimiento del derecho laboral, lo que significó un contraste con el espíritu del derecho común (Cabanellas, 1987), es decir, el derecho civil.

Hasta aquí, entonces, se puede identificar algunas primeras características que encuentran sustento, para el autor citado, en el contexto de ebullición de la clase obrera, situación que develó un contraste entre dicha realidad y la regulación civil (que hasta entonces le correspondía). Se puede tomar esta particularidad como punto de partida, de tal forma que se entienda que las disciplinas autónomas pueden tener origen en el marco una disciplina preexistente, la misma que le daba cobertura hasta que la realidad la desbordó. Adicionalmente, se puede añadir que las disciplinas autónomas que nacen de dicha forma pueden volver a la norma de origen (supletoriedad) sin que exista *per se* una oposición de naturaleza.

Todo lo mencionado genera, en palabras de Cabanellas, una producción normativa independiente y que el legislador empiece a regular determinada disciplina de manera autónoma. Como consecuencia de ello, también se generará un trato especial en sede judicial y administrativa (al resolver casos concretos). Cabanellas (1987) resume esto en el requisito de autonomía legislativa. Así, a medida que se plantearon nuevos problemas en la realidad y, ante ellos, el legislador tuvo que proveer nuevas soluciones, esta tendencia llevó a positivizar el derecho del trabajo en la mayoría de países (Cabanellas, 1987).

Adicionalmente al requisito legislativo, Guillermo Cabanellos identifica el de la autonomía

científica. Este último hace referencia a la «fisonomía particular» del derecho del trabajo conformada por la producción académica, esa bibliografía que incluye tesis, revistas y aproximaciones especiales desde el derecho laboral (Cabanellas, 1987). Es probable que Cabanellas haya pensado en un cuerpo de doctrina que se gesta conjuntamente o a consecuencia de la autonomía legislativa, construyendo, así, sobre la base de esos dos criterios, una disciplina jurídica autónoma.

3.2. El aporte de Néstor de Buen Lozano.

Para Néstor de Buen Lozano, la determinación de una disciplina jurídica como independiente es una cuestión de jerarquía. El autor indica que en el derecho, en un primer nivel, se distingue entre el derecho público y el derecho privado. A estas dos categorías se añade una aproximación más contextual que denomina derecho social, como un segundo nivel. Así, Néstor de Buen Lozano (1974) sostiene que si una disciplina jurídica es declarada autónoma, se incorporará en una especie de tercer nivel. El siguiente gráfico puede resumir lo planteado por el autor:

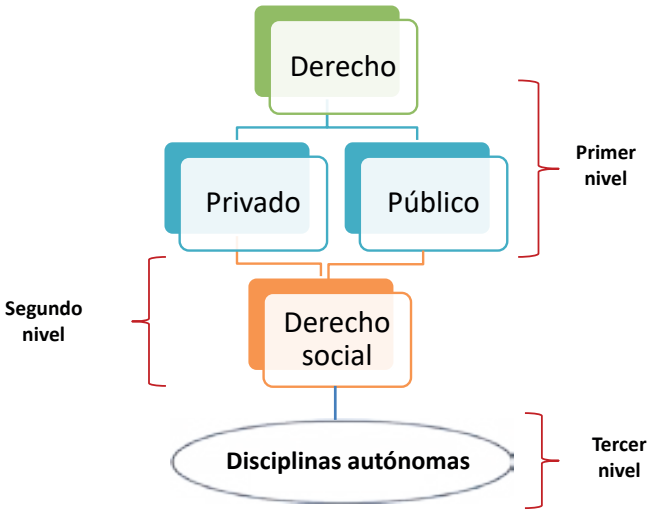

Figura 1. Autonomía y niveles de disciplinas jurídicas. Elaboración propia.

De esta manera, las disciplinas jurídicas autónomas siempre se enmarcarán en alguna rama del derecho perteneciente a un nivel previo, razón por la cual Néstor de Buen se refiere a una cuestión de jerarquías. En este aspecto, coincide con Cabanellas en el sentido de que las disciplinas autónomas pueden escindirse de una disciplina preexistente.

Néstor de Buen indica que se suele hablar de un derecho común y de un derecho especial, siendo este último el símil de la disciplina autónoma. Sobre el primer concepto, Federico de Castro, citado por Néstor de Buen Lozano (1974), precisa que se hace referencia al conglomerado de reglas que tienen por objeto normar la vida de los ciudadanos, en su totalidad. En contraste, el derecho especial será aquel que tiene un foco de atención particular, un conjunto de relaciones sociales específicas que derivan en una normativa particular (de Buen Lozano, 1974).

Siendo así, Néstor de Buen Lozano (1974) se pregunta «¿en qué consiste la autonomía de una disciplina?» (p. 107). Para responder esta pregunta, el autor mencionado cita a Ludovico Barassi, quien afirma que la definición de autonomía debe entenderse «como aislamiento absoluto de todas las otras zonas del Derecho» (de Buen Lozano, 1974, p. 107). Sin embargo, es una posición que Néstor de Buen no comparte plenamente puesto que, de ser así, ninguna disciplina llegaría a ser autónoma debido a que debemos partir de la idea de unidad sustancial de todo el sistema jurídico (de Buen Lozano, 1974).

Néstor de Buen sí se encuentra de acuerdo con la propuesta de Cabanellas que fue reseñada en el punto 3.1. del presente trabajo. Así, siguiendo al mencionado autor, Néstor de Buen Lozano (1974) indica que el concepto de autonomía comprende los siguiente cuatro componentes:

Tabla 2

Componentes de la autonomía

Componente	*Contenido*
Legislativo	Caracterizado por un sistema normativo propio o un sistema de fuentes de derecho independiente.
Científico	Integra una corriente de doctrina especialmente desarrollada en torno a la materia.
Didáctico	La disciplina se incluye en el currículo universitario.
Jurisdiccional	Para resolver las controversias generadas en el marco de la disciplina especial, existen tribunales propios.

Nota: Elaboración propia.

Para Néstor de Buen, entonces, la propuesta de Cabanellas termina siendo la más acertada para definir el concepto de autonomía. No obstante ello, el autor considera que Cabanellas no responde la pregunta específica de por qué una disciplina jurídica merece ser considerada autónoma (de Buen Lozano, 1974). Esta pregunta plantea una aproximación más ontológica. En ese sentido, Néstor de Buen señala que la respuesta se encuentra en la trascendencia social de la disciplina; es decir, depende de la consideración que la sociedad tiene respecto de aquella.

Para ilustrar esta última posición, Néstor de Buen Lozano (1974) menciona ejemplos como el derecho agrario, derecho de familia y el derecho de la seguridad social que en México no solo tienen un desarrollo legislativo importante, sino que también gozan de una consideración social importante.

3.3. El aporte de Julio Durand, desde el derecho del consumidor.

Julio Durand (2014), en referencia al derecho del consumidor, indica que se ha empezado a legislar sobre esta materia debido a que empieza a desbordar el derecho comercial, al cual se sometían inicialmente las relaciones entre consumidores y proveedores. Como se puede ver, ya es una constante en los autores hasta aquí citados la referencia a que una disciplina autónoma puede escindirse de otra preexistente. En el caso particular del derecho del consumidor, Julio Durand añade que su independencia del derecho comercial se debe a que este último

parte de la premisa de que existe una posición de privilegio de los comerciantes, cuestión que actualmente «se diluye frente al interés de los consumidores en el nuevo régimen» (Durand, 2014, p. 64).

Para Durand, esta primera aproximación justifica poder hablar de un sistema jurídico autónomo. Con relación a los elementos que el autor citado considera caracterizan al derecho del consumidor, enumera los siguientes tres: (i) su focalización en un nuevo sujeto de derecho: el consumidor; (ii) su rol tuitivo; y (iii) su «carácter imperativo en materia de orden público» (Durand, 2014, p. 64). Con todos estos elementos, el autor se pregunta si es que el derecho del consumidor es ya una disciplina jurídica o está en camino a serlo. Al respecto, citando a Evaristo de Moraes Filho, Durand (2014) responde indicando que se trata ya de una disciplina jurídica independiente debido a que regula un entramado particular de relaciones entre sujetos específicos, las mismas que se caracterizan por su homogeneidad sustancial.

A ello se suma el respeto del principio de especialización por medio del cual se logra satisfacer dos valores elementales: (i) la eficiencia, y (ii) la seguridad jurídica (Durand, 2014). Esta última referencia es relevante y quizá la novedad frente a los autores antes citados. Este requisito termina siendo un mandato al operador del derecho, a modo de consecuencia necesaria, para empezar a regular y decidir controversias de manera uniforme.

3.4. El aporte de Alfredo Rocco[12].

Plá Rodríguez asegura que todos los laboralistas convienen acerca de la autonomía del derecho del trabajo, fundamentalmente por la existencia de principios especiales que difieren de los de otras disciplinas. La posición de Plá se sostiene sobre la base de los criterios planteados, a su vez, por Alfredo Rocco: «Justamente, Alfredo Rocco exige tres condiciones para que una disciplina jurídica tenga autonomía: que posea un dominio suficientemente vasto, que posea doctrinas homogéneas presididas por conceptos generales comunes distintos de los de otras ramas del derecho y que posea método propio» (Plá, 1978, p. 1).

Con relación al primer requisito, sobre el dominio suficientemente vasto, de acuerdo con Alfredo Rocco, este se satisface cuando existe un campo legislativo considerable que permite hablar de un ordenamiento jurídico determinado. Como ejemplo, el autor menciona los 926 artículos del Código de Comercio italiano, cantidad que duplicaba el número de artículos del Código Penal y se encontraba muy cerca del de los Códigos de Enjuiciamiento Civil y Penal (Rocco, 1931). Esta propuesta se encuentra en sintonía con la de la mayoría de autores citados en el presente trabajo, en tanto coinciden en la necesidad de la participación del legislador como uno de los actores más importantes en la caracterización de una disciplina autónoma. Esto trae como consecuencia, también, una especialización en las resoluciones judiciales y administrativas en torno a la nueva disciplina.

Por su parte, sobre las doctrinas homogéneas, Rocco se concentra en lo que caracteriza a todas ellas y resalta la existencia de principios especiales en cada disciplina, los mismos que son desarrollados por la doctrina a la cual alude. Así, por ejemplo, el autor menciona que el derecho mercantil tiene principios particulares que se distinguen de los del derecho civil (Rocco, 1931). Al respecto, por un lado, se estima que Rocco también coincide con la mayoría de autores citados puesto que alude a un cuerpo de doctrina especializado, lo que le imprimirá —en palabras de Cabanellas, por ejemplo— una característica científica. Sin

12 El presente acápite ha sido elaborado sobre la base de Díaz (2019).

embargo, por otro lado, Rocco alude a una característica que la mayoría de autores citados ignoró o, en algunos casos, solo sugirió muy sutilmente. Se trata de la existencia de principios especiales.

Finalmente, en relación con el último requisito, que posea un método propio, Rocco (1931) se refiere nuevamente al derecho mercantil para indicar que este necesita procedimientos especiales para poder entender la parte sustantiva de sus normas. Este requisito se encuentra implícitamente en el segundo, toda vez que es la doctrina la que desarrolla los caminos para entender, de manera armónica, los principios que sustentan una determinada disciplina jurídica. Ya sea por medio de tesis o discusiones académicas, influyen en el legislador y en la resolución de casos concretos, desarrollando así el método que Rocco determina como requisito.

4. El empleo público peruano: ¿cumple con los requisitos para ser considerado una disciplina jurídica autónoma?

Se hacen propios los requisitos de Rocco puesto que condensan lo desarrollado por la mayoría de autores citados en el acápite previo. En ese sentido, para efecto de justificar la autonomía jurídica del empleo público, se deberá aplicar los criterios de este autor. Por tanto, como fue mencionado párrafos atrás, solo se incluirán dos de los tres criterios que Rocco plantea pues uno de ellos (el del contar con un método propio) estaría ya integrado implícitamente en el segundo (contar con una doctrina homogénea).

4.1. El empleo público peruano y su amplitud suficiente.

Se considera que en el Perú no solo se cuenta con una regulación que desarrolla en cuerdas separadas el empleo público y el derecho del trabajo (sector privado), sino que respecto del primero se padece de una dispersión normativa que claramente hace cumplir el primer requisito que Rocco le exige a una disciplina para ser considerada autónoma. Así, se cuenta con tres grandes regímenes laborales, a los cuales se ha añadido uno nuevo que es de aplicación progresiva. Paralelamente, existen otras modalidades para prestar servicios personales en la administración pública.

En ese sentido, si bien el criterio se puede satisfacer con la sola enumeración de las normas especiales, la amplitud suficiente a la que alude Rocco también se genera debido a la problematización que dichas normas producen en el ámbito de los derechos. En otras palabras, con tantas normas que se aplican para la prestación personal de servicios, no existe causalidad entre el régimen elegido (la norma especial que regulará los derechos y obligaciones del servidor civil) y la prestación misma del servicio (la función pública desempeñada). Esto genera que se afecte el principio de igualdad entre los propios trabajadores del Estado, otorgándoles mayores beneficios económicos a algunos tan solo por adscribirse a un régimen laboral distinto. Esto, a su vez, plantea un reto constante para el operador del derecho cuando debe resolver controversias en este ámbito.

Entonces, el criterio de la amplitud suficiente se satisface por la vasta producción legislativa en esta materia así como por los constantes problemas que ello genera en el empleo público. Dicho esto, ahora conviene resumir el recuento normativo que, desde el punto de vista adoptado, sirve para comprobar el cumplimiento del primer requisito.

4.1.1. Decreto Legislativo N° 276.

En primer lugar, se debe remitir al año 1984, durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde, pues en dicho año se emitió el Decreto Legislativo N° 276 que regula la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones. Al respecto, es importante mencionar que dicha norma continúa la apuesta ya iniciada por su antecesora, la Ley del Escalafón del Servicio Civil (aprobada por Decreto Ley N° 11377, en 1950). La apuesta fue por una burocracia profesionalizada que tenga como base el mérito para el acceso y ascenso. Este sistema generaría una serie de beneficios en cadena que incidirían en dos planos: (i) el de los derechos subjetivos-laborales; y (ii) el del interés público. Ambos se lograrían articular gracias a la carrera administrativa, engranaje que activa ese circuito de beneficios en cadena.

La carrera administrativa por la que apostó el legislador otorgaría al servidor público: (i) estabilidad laboral, para realizar su labor sin ningún tipo de condicionamiento; (ii) posibilidad real de ascenso, como motivación para capacitarse (su ascenso sería en base al mérito); y (iii) aumento salarial que consagraría la satisfacción de los derechos subjetivos del servidor público. Adicionalmente, la carrera administrativa también traería un beneficio directo en el interés público. En efecto, dado que el empleo público se subordina a este último interés, no podría tan solo regularse la satisfacción de derechos subjetivos. Por tanto, la carrera adminsitrativa con los beneficios antes señalados promovería: (i) una fiscalización administrativa más objetiva; (ii) una mejora del servicio público pues contaríamos con servidores cada vez mejor capacitados; y (iii) el gasto eficiente de los recursos económicos del Estado, al invertirlos en la remuneración del personal más idóneo para el desempeño de las funciones.

El siguiente esquema grafica lo comentado acerca de los dos niveles de satisfacción que generaría la carrera administrativa por la que apostó el Decreto Legislativo N° 276 (Díaz, 2019):

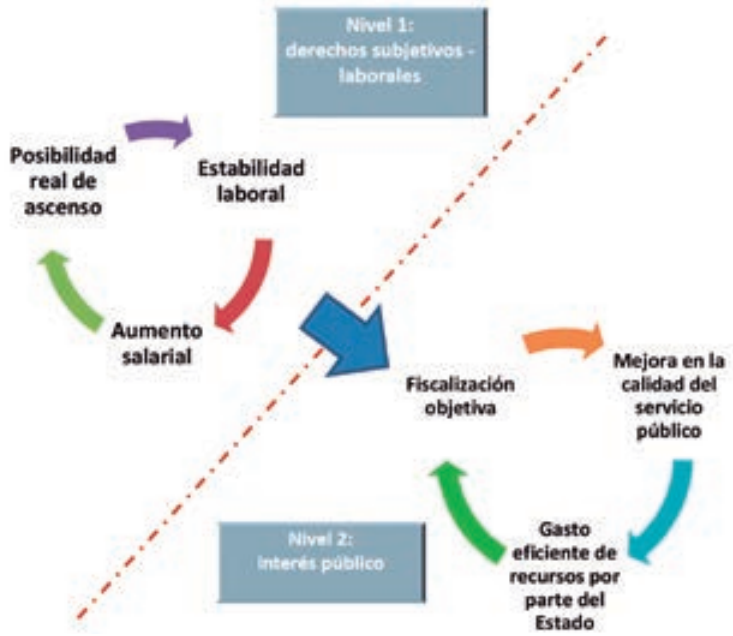

Figura 2. Niveles de satisfacción del Decreto Legislativo N° 276.

A pesar de todas las virtudes que traía consigo la consagración de la carrera administrativa, esta nunca se pudo implementar como régimen general debido a que las Leyes de Presupuesto restringieron su aplicación. En efecto, el Decreto Legislativo N° 276 estableció que la vía de acceso a la carrera adminsitrativa sería el nombramiento. No obstante ello, las leyes de presupuesto restringieron dicho procedimiento, con lo cual vaciaron de contenido la propuesta. Puede verse la Ley de Presupuesto del sector público de 1985 (año siguiente al que se emitió el Decreto Legislativo N° 276), aprobada por medio del Decreto Legislativo N° 316, cuyo artículo 62, literal a), en relación con los gastos de remuneración, prohibió el nombramiento de personal. Esta restricción continuó con los años hasta el día de hoy, razón por la cual el nombramiento y el Decreto Legislativo N° 276 nunca pudieron establecer la carrera administrativa como régimen general.

Adicionalmente a ello, en el mismo año de emisión del Decreto Legislativo N° 276, se aprobó la Ley N° 24041 que estableció que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente y que cumplan con el requisito de tener más de un año ininterrumpido de servicios, adquieran estabilidad laboral. Esta referencia podría no despertar ningún cuestionamiento, sin embargo se debe tomar en cuenta que la modalidad contractual a la cual alude la Ley N° 24041 no es la vía de acceso a la carrera administrativa. Recordemos que para esta última solo existe el nombramiento.

Entonces, mediante la Ley N° 24041, el legislador le otorgó estabilidad laboral a quienes, en principio, solo constituyeron vínculos laborales con una duración determinada y sin posibilidad de acceso a la carrera administrativa. En otras palabras, el legislador contribuyó a poblar la administración pública de servidores sin ninguna motivación para su propia capacitación, sin posibilidad de ascenso ni de mejora salarial, afectando así el interés público y boicoteando la posibilidad de establecer el régimen de carrera administrativa.

4.1.2. Decreto Legislativo N° 728.

Posteriormente, hacia la década de los noventa, se emitió el Decreto Legislativo N° 728, norma que tenía por objeto regular la actividad laboral del sector privado. Sin embargo, aprovechando una coyuntura económica el Estado peruano extrapoló los efectos de dicha norma también al ámbito de lo público. Este fenómeno será conocido en la doctrina como la laboralización del empleo público. ¿Cuál es el problema con este proceder? Para empezar, que la norma no responde a los valores del empleador público. El empleador privado tiene objetivos distintos a los del empleador público. Además, al forzar la aplicación de esta norma a la lógica de lo público se generaron varios problemas que, con el tiempo, trajeron como consecuencia perjuicios para el interés general.

Solo para mencionar uno de los problemas antes aludidos, se puede indicar que el Decreto Legislativo N° 728 no contemplaba ningún tipo de procedimiento administrativo. Ello es así puesto que en el sector privado no existen procedimientos de este tipo, a diferencia del sector público en donde la actividad externa e interna de entidad pública se regula mediante ellos. Así, esto trajo un problema en relación con los procedimientos disciplinarios. Podía darse el caso que dos trabajadores cometan la misma falta pero las consecuencias sean totalmente distintas para ambos.

En un supuesto extremo, se puede señalar que la destitución para el personal adscrito al Decreto Legislativo N° 276 traía como consecuencia la inhabilitación para el desempeño de la función hasta por 3 años, porque el empleador es la administración pública y no la persona jurídica que nombra o contrata. En contraste, en el mismo caso extremo del despido, pero esta

vez del personal adscrito al régimen del Decreto Legislativo N° 728, esta norma no contempla procedimiento administrativo; tampoco la figura de la inhabilitación, ni la tesis del empleador único. Con lo cual, las consecuencias eran distintas a pesar de haber cometido la misma falta. En paralelo, el empleador público empezó a contratar de manera fraudulenta al personal mediante locaciones de servicios desnaturalizadas. Se podría mencionar que dicha praxis se generó por la imposiblidad del nombramiento, el crecimiento de la burocracia adminsitrativa, así como el alto costo que implicaba contratar bajo la modalidad del Decreto Legislativo N° 728 (con más beneficios económicos). Esta situación irregular motivó que el gobierno transitorio de Valentín Paniagua constituyera una comisión multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública, mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR. Esta concluyó con varias recomendaciones y con la identificación de algunos de los problemas ya comentados hasta aquí.

4.1.3. Decreto Legislativo N° 1057.

En el año 2004, en el marco del proceso de descentralización iniciado por el gobierno de Alejandro Toledo, se aprobó la Ley Marco del Empleo Público, mediante Ley N° 28175. Dicha norma probablemente sea una de las más importantes apuestas por reformar el empleo público peruano; no obstante, no tuvo el desarrollo legislativo requerido para su implementación integral. Años más tarde, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, en el segundo gobierno de Alan García, se aprobaron, entre otros, los Decretos Legislativos N° 1023, que creó el ente rector en materia de gestión de recursos humanos en el Estado, y el Decreto Legislativo N° 1057, que creó un nuevo régimen laboral, el contrato administrativo de servicios (CAS).

En relación al CAS, vale decir que no se enmarca en la lógica de carrera, propone contrataciones de naturaleza temporal y al inicio flexibilizó el principio de mérito al permitir el acceso sin concurso público. Esta norma fue materia de una demanda de inconstitucionalidad en el año 2010 y, posteriormente, modificada hacia el año 2012.

4.1.4. Ley N° 30057.

Ya en el año 2013, durante el gobierno de Ollanta Humala, se emitió la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, que regula un nuevo régimen laboral, así como un nuevo sistema de gestión de las entidades públicas. Si bien su objeto se plantea omnicomprensivo, esto es, dice comprender a todo el personal al servicio de la Administración Pública, en la práctica, a la fecha de presentación de este artículo solo dos entidades públicas se encuentran adscritas a dicho régimen laboral (SERVIR y la Oficina de Normalización Previsional).

Además, el tránsito de los servidores civiles al nuevo régimen es facultativo. Esto quiere decir que los servidores adscritos a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728 que deseen permanecer en sus respectivos regímenes, podrán hacerlo. En otras palabras, la Ley N° 30057 ha creado un nuevo régimen laboral, adicional a los preexistentes, contraviniendo su propio objetivo: establecer un régimen único y exclusivo. Ello dificulta que se superen las distorsiones hasta aquí planteadas, así como la unificación de los regímenes laborales en el ámbito de lo público.

4.1.5. Carreras especiales y otros métodos de acceso a la función pública.

Adicionalmente a todas las normas antes señaladas, existen otras modalidades especiales para prestar servicios en la adminsitración pública, incluso sin respetar el mérito pues no se accede

por medio de concurso público. A continuación se presenta una tabla con todas las normas comentadas, incluyendo a las carreras especiales:

Tabla 3

Normas sobre acceso a la función pública

Regímenes laborales	Carreras especiales	Casos «sui géneris»
Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa	Ley N° 28091, Servicio Diplomático de la República	Ley N° 29806, Ley que Regula la Contratación de Personal Altamente Calificado en el Sector Público y Dicta Otras Disposiciones
Decreto Legislativo N° 728, TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral	Ley N° 23733, régimen de los profesionales que se rigen por la Ley Universitaria	Decreto Ley 25650, contratación bajo el Fondo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Decreto Legislativo N° 1057, contrato administrativo de servicios	Ley N° 23536, régimen de los profesionales de la salud	
*Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil	Ley N° 29944, régimen de los profesionales que se rigen por la Ley de la Reforma Magisterial	
Decreto Legislativo N° 1024, gerentes públicos	Ley N° 28359, oficiales de las Fuerzas Armadas	
	Decreto Legislativo N° 1148, personal de la Policía Nacional del Perú	
	Ley N° 29709, Carrera Especial Pública Penitenciaria	
	Decreto Legislativo N° 052, servidores del Ministerio Público	
	Ley N° 29277, magistrados adscritos a la carrera judicial	

Nota: Elaboración propia.

4.2. El empleo público peruano y las doctrinas desarrolladas.

Se recuerda que Rocco indica que se necesita también de una corriente de doctrina que haya desarrollado o identificado los principios especiales de la disciplina. En ese sentido, respecto del empleo público se puede realizar el siguiente recuento sobre las tesis y autores que se han ocupado de la materia: (i) teoría de derecho privado, (ii) teoría de derecho político, y (iii) teoría de derecho público.

4.2.1. Teoría contractualista o de derecho privado.

De acuerdo con Rafael Bielsa, los autores que se adscriben a la tesis del derecho privado entienden que el contrato de trabajo irradia los mismos efectos en el ámbito público o privado, cuestión que para Bielsa (1964) es insostenible pues hay «diferencias irreductibles». Para el autor citado, las diferencias son las siguientes:

> «- La condición jurídico-política de la Administración Pública como una de las partes del contrato.
> - El principio de organización jerárquica, existente sólo en el marco de la Administración Pública, lo que manifiesta una desigualdad jurídica entre los contratantes.
> - Las condiciones especiales del personal administrativo, como su elección que se encuentra restringida al cumplimiento de determinados preceptos que el Estado verifica. Por ejemplo, no haber sufrido condenas por delito, entre otros» (Díaz, 2019, p. 44).

Por su parte, conforme indica Edgardo Balbín (2005), esta doctrina tendría tres grandes fundamentos. A continuación se mencionará cada uno de ellos y se enumerará a los autores que se adscriben a dichas tesis, en relación con cada argumento.

El primero resalta la parte contractual del servidor y funcionario público. Es decir, entienden que como se celebra un contrato, hay un reconocimiento explícito de dos partes que convienen en otorgarse concesiones y, del mismo modo, reconocerse límites. Los siguientes autores son los exponentes de esta tesis:

> «- Helios Sarthou indica que el Estado debe someterse a su propio derecho objetivo, ya que el matiz "absoluto y absolutista" de su llamada soberanía se ve ahora contextualizada por la democratización que alcanza al Estado mismo (Balbín, 2005: 45).
> - Héctor Hugo Barbagelata apunta que el Estado no puede ir más allá de la posición y capacidad que el ordenamiento jurídico le brinda, en el marco de una relación jurídica de trabajo subordinado (Barbagelata, 1977: 22).
> - Luis Ortega Álvarez, quien plantea que la juridificación del Estado hace que éste se someta a las reglas del ordenamiento, ya que las relaciones convencionales pueden darse entre sujetos cuya personalidad jurídica sea pública o privada (Barbagelata & Plá, 1977: 22)» (Díaz, 2019, p. 46).

El segundo argumento sostiene que el empleado público tiene intereses propios (Balbín, 2005). Es decir, los autores que se adscriben a esta tesis entienden que el servidor público es ahora un «sujeto social», con sus propios intereses y no sometido o subsumido en los fines del empleador público:

> «- Salvador Del Rey Guanter considera que el reconocimiento de que existen intereses contrapuestos en el seno de la Administración Pública, trae como consecuencia la admisión de distintas formas de regular los conflictos, además de las administrativas, debido a que el Estado tendrá una faceta de empleador a quien oponer los intereses de categoría (Del Rey, 1989: 35-36). Balbín agrega que en tales formas de regulación se debe incluir a la negociación colectiva, lo que a su vez supone una nueva consideración del papel de la Ley y el Reglamento en el Empleo Público (Balbín, 2005: 47).

> - Ortega Álvarez, quien indica que el principio de legalidad también alcanza a la actuación administrativa en su faceta de empleadora, sin exclusión de los mecanismos de regulación convencional (Ortega, 1983: 35-36). Balbín agrega que con ello se quebranta el monopolio legal y reglamentario en la relación del Empleo Público, pues se habilita la vía de los derechos colectivos como instrumento regulador (Balbín, 2005: 47)» (Díaz, 2019, p. 46).

El tercer argumento alude a la especialidad del derecho del trabajo. En ese sentido, la doctrina contractualista o de derecho privado se cuestionará por qué pretender aplicar otras reglas y principios si ya existe una disciplina que regula la prestación personal y subordinada de servicios (Balbin, 2005):

> «- Antonio Grzetich indica que debido a que ya existe una disciplina autónoma que se ocupa de las relaciones jurídicas del trabajo subordinado, hablamos del Derecho del Trabajo, debería ser ésta la encargada de regular todas las relaciones de este tipo, indistintamente de la calidad jurídica del empleador (Grzetich, 1985: 277-278).
> - Octavio Racciatti, indica que los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que suponen el proceso de internacionalización de los derechos laborales, dan muestra de que es el Derecho del Trabajo el llamado a regular las prestaciones de servicios en el marco de la Administración Pública, toda vez que se aplicaron extensivamente dichos convenios a algunos sectores de dependientes estatales (Racciatti, 2002: 735).
> - Alfredo Montoya, precisa que ya sea que se preste un servicio para una empresa privada o para la Administración Pública, la calificación del prestador de servicios será la de trabajador, por las notas de ajenidad y dependencia, siendo que deberá estar sujeto a los principios rectores del Derecho del Trabajo (Montoya, 1996: 91)» (Díaz, 2019, p. 47).

4.2.2. Teoría de derecho político (unilateral).

A decir de Bielsa, los autores que se adscriben a esta tesis sobrevaloran la soberanía del Estado en virtud de la cual el ciudadano tendría deberes frente a este mas no derechos (Bielsa, 1964). De esta forma, para estos autores el Estado tendría el derecho «a compeler a los ciudadanos para que realicen el empleo o función que se le requiera de forma obligatoria» (Díaz, 2019, p. 48). Ello sería así puesto que el Estado necesita de personas para poder llevar a cabo sus acciones y brindar servicios públicos. Bajo esa lectura, la negación de los ciudadanos pondría en riesgo la vigencia del mismo Estado. Para la teoría de derecho público, el Estado tiene competencia para reglamentar las relaciones jurídicas en el ámbito del empleo público, reconociendo una asimetría clara que plantea que el Estado tiene derechos y el servidor público solo deberes (Bielsa, 1964). De la misma opinión es Carlos Lozano Pardo quien indica que esta tesis se justifica por la obligación de servir que tiene el ciudadano frente al Estado, aproximación desarrollada en doctrina alemana por Mayer, Gerber y Seuffert (Lozano, 1944). De acuerdo con esta teoría, la manifestación de voluntad del servidor o funcionario público es irrelevante. Por esta razón, autores como Otto Mayer sostendrán que la constitución del vínculo depende de la decisión de la entidad mediante el acto de nombramiento que constituye el momento desde el cual «el agente tiene el deber de servir a la Administración Pública» (Mayer, 1982, p. 44).

4.2.3. Teoría de derecho público.

Esta teoría plantea, a su vez, una subdivisión en dos aproximaciones: la primera, la contractual; y la segunda, la estatutaria. Sobre la primera, se puede seguir al mismo Bielsa, quien asume esta postura. En ese sentido, si bien este autor reconocía que existían «diferencias irreductibles» entre el contrato de trabajo en el ámbito público y el privado, el autor indica que hay más elementos en común que diferencias.

En efecto, para Bielsa (1964) el Estado tiene el derecho de mandar, la potestad para regular los derechos y beneficios en el ámbito del empleo público, porque el servidor ha manifestado su consentimiento en la celebración del contrato, razón por la cual es innegable que los efectos contractuales sean similares en ambos ámbitos.

En ese escenario, Bielsa (1964) distingue el contrato de derecho público y el de derecho privado solo en virtud de la contraparte. Otro representante de la teoría contractualista, en el marco de la tesis de derecho público, es Alberto Ruiz Eldredge (Ruiz Eldredge Rivera, 1990) y Rafael Entrena Cuesta (1976), quienes son referidos por Balbín en el sentido que —al igual que Bielsa— comprenden que el origen de la relación jurídica en el empleo público se encuentra en el «contrato de función pública» o «contrato de derecho público» (Balbin, 2005, p. 31).

Por su parte, la tesis estatutaria en la teoría de derecho público considera que no es necesario justificar el vínculo jurídico entre servidor público y la administración en la manifestación de voluntad del primero, pues esta relación —en el ámbito del empleo público— no tendría carácter contractual, más sí legal, estatutaria (Bielsa, 1964). Para mayor referencia sobre el desarrollo de esta tesis, se puede remitir a la siguiente cita: «En cuanto a la determinación de los derechos y obligaciones de los empleados, Jèze indica que "[…] la situación de los agentes públicos será unilateralmente regulada por los jefes del servicio o por los gobernantes. Ningún contrato intervendrá en ningún momento" (Jèze, 1928: 448)» (Díaz, 2019, p. 54).

5. Conclusiones

- Ya sea para resolver controversias (en sede administrativa, judicial o arbitral) o para facilitar la actividad legislativa, es importante reconocer que existen disciplinas jurídicas autónomas, cada una de ellas con sus propias normas. Compartimentar el derecho en áreas especiales termina siendo funcional para los operadores del derecho y, por tanto, para la seguridad jurídica.
- Los criterios que caracterizan a una disciplina jurídica como autónoma pueden condensarse en la propuesta realizada por Alfredo Rocco: (i) amplitud suficiente; y (ii) doctrinas homogéneas. En el primer caso, se alude a la complejidad que genera la vasta legislación que se analiza. En el segundo, a la profusa actividad académica que se haya generado mediante tesis, escuelas y aproximaciones académicas.
- Al evaluar si es que el empleo público peruano satisface tales requisitos, se concluye que sí y, por tanto, se trata de una disciplina jurídica autónoma. Cuenta con tres grandes regímenes laborales a los que se ha añadido uno de aplicación progresiva (el del servicio civil). Adicionalmente, existen carreras especiales y otros métodos alternativos de acceso a la función pública. En relación con la doctrina generada, existen por lo menos tres grandes teorías: (i) de derecho privado, (ii) de derecho político, y (iii) de derecho público.

- Sobre la base de lo desarrollado en el presente trabajo, se considera que se justifica la organización de un cuerpo legal independiente y único que regule el empleo público. No obstante ello, se requiere que el legislador defina las zonas de intersección o colisión con las otras ramas del derecho que le son afines: derecho administrativo y derecho del trabajo.
- Al respecto, tomando en cuenta el ocio legislativo que padece el sistema jurídico peruano, se sugiere que el Tribunal Constitucional empiece a delimitar la autonomía jurídica del empleo público en los casos que resuelva. Esta institución cuenta con una serie de precedentes de observancia obligatoria, algunos de ellos citados en este texto, que ponen de manifiesto una serie de colisiones entre el empleo público y las otras disciplinas[13]. Esta dicotomía plantea, implícitamente, que el Tribunal Constitucional entiende que se trata de ámbitos distintos.

13 Véase Díaz (2019).

REFERENCIAS

Balbin, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Barbagelata, H., y Plá, A. (1977). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos.* Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral.

Bielsa, R. (1964). *Derecho administrativo.* Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas, G. (1987). *Tratado de derecho laboral.* Buenos Aires: Heliasta.

de Buen Lozano, N. (1974). *Derecho del trabajo.* México DF: Porrúa.

del Rey, S. (1989). Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública. En S. del Rey, J. Cruz, y M. F. López (Coords.), *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública* (pp. 31-67). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Díaz, K. (2019). *La historia del empleo público peruano*. Lima: Normas Jurídicas.

Díaz, K. (2017). *Los principios del empleo público peruano: una propuesta metodológica para ubicarlos en base a la historia social del derecho y una referencia a la colisión con los principios del derecho del trabajo* (tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Durand, J. (2014). *El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma.* Lima: Repositorio virtual de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dworkin, R. (1986). *Law's empire.* Londres: Fontana Press.

Entrena Cuesta, R. (1976). *Curso de derecho administrativo.* Madrid: Tecnos.

Grzetich, A. (1985). Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado. *Derecho Laboral*, (138-139), 277-278.

Jèze, G. (1928). *Los principios generales del derecho administrativo.* Madrid: Reus.

Lariguet, G. (2006). Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXIII), 384-404.

Lozano, C. (1944). *Naturaleza jurídica de la función pública* (Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho). Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mayer, O. (1982). *Derecho administrativo alemán* (Tomo IV). *Parte especial: Las obligaciones especiales* (2.ª ed.). Buenos aires: De Palma.

Montoya, A. (1996). El ámbito personal del derecho de trabajo. *Revista de Política Social*, (171), 45-67.

Ortega, L. (1983). *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos.* Madrid: Tecnos.

Plá, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo.* Buenos Aires: Depalma.

Racciatti, O. (2002). El derecho del trabajo en el sector público. *Derecho Laboral* (Tomo XLIV), (204), 730-807.

Racciatti, O. (1994). Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública. En *7 estudios de derecho colectivo del trabajo* (pp. 62-66). Cuadernos Facultad de Derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Rocco, A. (1931). *Principios del derecho mercantil.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

Ruiz Eldredge Rivera, A. (1990). *Manual de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA POSCONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO[1]

Renzo Salvador Florián
Facultad de Derecho PUCP

Categoría estudiantes

Atendiendo a la práctica jurídica cotidiana de estipular cláusulas de no competencia poscontractual en los contratos laborales, este texto busca analizar la constitucionalidad de su incorporación y uso como medida limitativa de la libertad de trabajo. Para ello, a partir de una revisión histórica de la doctrina clásica del *derecho del trabajo*, se busca rescatar ciertos elementos de juicio que fueron propuestos en su momento para evaluar estas estipulaciones. Luego se postula la aplicación del test de proporcionalidad como herramienta que permita conciliar los intereses económicos del empleador con el derecho fundamental a la libertad de trabajo.

1. Introducción: una vieja libertad olvidada

La organización de las relaciones laborales durante el período de la Colonia, e incluso durante largo tiempo en nuestra historia republicana, estuvo marcada por una fuerte restricción a la libertad de trabajo. Así, pese a que desde la Constitución de 1823 se empezó, simultáneamente, a proscribir el trabajo esclavo y a reconocer la libertad de trabajo, industria y comercio (Quiñones, 2007, p. 39), dichos mandatos fueron abiertamente incumplidos. Bien sea a través de sistemas de producción semifeudales, o mediante modalidades contractuales de semiesclavitud, la libertad de trabajo fue un privilegio. Flores Galindo, por ejemplo, sostiene que en las minas de Cerro de Pasco, durante 1900 y 1930, uno de los factores que permitió mantener la fuerza de trabajo requerida fue el sistema de enganche[2] —el cual imposibilitaba la renuncia del trabajador por las deudas contraídas con su empleador— (Flores, 1993, p. 46). De ahí que Tom Brass afirme que sistemas como el mencionado involucraron no solo un reclutamiento involuntario, sino malas condiciones de trabajo, violencia, salarios ínfimos, etcétera (Brass, 1999, p. 49).

---

1 A la memoria de Sofía Valenzuela Márquez y Remigio Salvador Villanueva, quienes dedicaron su vida entera a darle todo, todo, a sus hijos, y a los hijos de sus hijos.
Para Alicia Herrera y Ramiro Florián, quienes, pese a la distancia, están siempre conmigo.

2 Debe resaltarse, además, que esta modalidad contractual incorporaba cláusulas penales manifiestamente exorbitantes en caso de que el trabajador escapara de la mina y que, en ciertas ocasiones, incluía también la obligación de reincorporarse a sus labores (Flores, 1993, pp. 130-131). Marx describe esta dinámica en los siguientes términos, «[e]l peonaje consiste en un adelanto de dinero sobre trabajo futuro [...] El trabajador no solo permanece durante toda su vida como deudor [...] sino que esta relación se hereda en la familia y en la generación siguiente, las cuales, por ende, pertenecen de hecho al acreedor» (Marx y Engels, 1972, p. 177).

Este estado de cosas supone, en términos jurídicos y sobre todo sociales, que la principal reivindicación de los trabajadores dependientes, durante el siglo XIX e inicios del XX, fue la de constituirse en una fuerza de trabajo libre (Chipoco, 1981, p. 218). Y, en ese sentido, uno de los primeros derechos laborales específicos positivizados fue la libertad de trabajo. Es así cómo se inicia el proceso de constitucionalización de esta disciplina.

Pese a ello, debe reiterarse que esta libertad fue vulnerada y mermada por una realidad marcada por la explotación. De manera que, durante un largo período histórico, no ocurre en nuestro ordenamiento un proceso de constitucionalización que suponga reorganizar la ley en función a los contenidos y valores constitucionales (Alvites, 2018, p. 363; Blancas, 2013b, p. 77). Sin embargo, luego del retorno de la democracia en el año 2000, nuestro Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, dirigirá un cambio. Resalta en esta labor —y para efectos del presente trabajo— el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ('*drittwirkung*'), así como el desarrollo del contenido de una serie de derechos laborales inespecíficos (0895-2001 AA/TC; 1058-2004 AA/TC; 2868-2004 AA/TC; 5104-2008 AA/TC; 4224-2009 PA/TC; entre otros pronunciamientos). Por el contrario, esta situación no ocurrirá, en todos los casos, con el contenido y tratamiento de los derechos laborales específicos, siendo un ejemplo la libertad de trabajo. Esta situación conlleva a una serie de problemas dado que las nuevas formas de organización y gestión de empresa inciden en ambas categorías de derechos y, por tanto, este desfase genera inconvenientes de cara a la tutela del trabajador e interpretación jurídica.

En el marco de este contexto, el presente estudio analizará la constitucionalidad de establecer, a través de un pacto, un tipo de limitación contractual a la libertad de trabajo: las cláusulas de no competencia poscontractual. Resaltan, en esta tarea, dos problemas específicos. Por un lado, cómo hacer frente a la deficiencia normativa de nuestra legislación, dado que en el ordenamiento jurídico no existen datos normativos en el ámbito legal o reglamentario que permitan dar luces sobre el tratamiento de estas estipulaciones. Y, en segundo lugar, la falta de consenso sobre de la constitucionalidad de los referidos pactos en nuestra doctrina nacional. Así, por ejemplo, Boza afirma que estos convenios, al restringir la libertad de trabajo y libre competencia, serían contrarios a la Constitución (Boza, 2004, p. 141). Mientras que, por otro lado, se ha llegado a sostener que dicha estipulación no puede ser por sí misma inconstitucional (Castro, 2009, p. 246; Banda, 2016, p. 90), requiriéndose, por tanto, un análisis ulterior. En esta segunda posición, incluso, las soluciones desarrolladas resultan no solo ambiguas en la respuesta que brindan, sino que no tienen una argumentación precisa respecto del método que proponen.

En función de ello, este texto comprende, en primer lugar, un análisis histórico sobre las consideraciones desarrolladas desde el derecho del trabajo clásico latinoamericano respecto de estas cláusulas, lo cual permitirá contrastar no solo una aproximación distinta, sino cómo se fundamenta esta limitación a partir de un modelo específico de relaciones laborales. Y, por otro lado, en clave de derecho constitucional, se planteará una propuesta de análisis que facilite la determinación de la constitucionalidad de estos pactos.

2. Deber de fidelidad, buena fe laboral y cláusulas de no competencia poscontractual: una perspectiva histórica

El reciente interés en las cláusulas de no competencia poscontractual ha pasado, en muchas ocasiones, por el reconocimiento y la necesidad de las empresas de proteger cierto tipo de

información o innovaciones tecnológicas. Sin embargo, una primera aproximación hacia estas estipulaciones debe desarraigarse de aquellas posturas, dado que, conceptualmente, su uso nunca tuvo dicha vinculación. De ahí que en aquellos ordenamientos donde existen disposiciones en el ámbito legal sobre este pacto —como por ejemplo el español[3] o italiano[4]— no se realiza indicación alguna a un requisito de ese tipo. De igual manera, aunque con un diferente enfoque, en la esfera del *common law*, Katherine Stone precisa que —en el contexto norteamericano— las causas de su uso, y aumento, pasan por reconocer el valor que tiene el capital humano empleado en los procesos productivos, además de la constante movilidad laboral (Stone, 2004, p. 129).

Corresponde, a partir de esta primera precisión, desarrollar cómo el derecho del trabajo clásico fundamentó, en un primer momento, ciertas limitaciones a la libertad de trabajo en el marco de sus instituciones. En ese sentido, y a efectos de esta investigación, se estudiará el principal instituto jurídico que establece sobre el trabajador una serie de deberes y mandatos: las obligaciones laborales.

Resulta interesante observar, en primer lugar, que las obligaciones a cargo del trabajador fueron —desde sus inicios— expresadas en términos de sanción. Así, por ejemplo, en lugar de enunciar la obligación de asistir puntualmente, se ha establecido la falta por presentarse tarde al centro de trabajo. Dicho ejercicio, vale señalar, podría reiterarse respecto de cada una de las faltas tipificadas por la ley. Sin embargo, de manera paralela, la doctrina clásica ha sostenido que a estas se adicionan las denominadas obligaciones secundarias, las cuales revisten de un contenido y alcance particular (Cabanellas, 1968, p. 462; Krotoschin, 1968, p. 405, Plá, 1978, p. 147). Y, entre estas, es el deber de fidelidad el que implicará una primera restricción a la libertad de trabajo sobre la cual se debe reparar.

En primer lugar, es conveniente precisar que la doctrina clásica para esta obligación no afirmó un contenido ni alcance uniforme. Para el profesor mexicano Néstor de Buen, por ejemplo, el deber de fidelidad suponía que el trabajador debía orientar su actividad de manera que dentro y fuera del centro de labores, esta no perjudicara al empleador, siendo, por ejemplo, una de sus manifestaciones la «abstención de actos de competencia» (de Buen, 1976, pp. 300-301)[5]. Y, con relación al alcance temporal de esta dimensión, Deveali afirmaba que esta, en principio, no se prolongaba luego de la extinción de la relación laboral, pues resultaba peligroso por las consecuencias que supone para el dependiente (Deveali, 1971, p. 700). Pese a ello, el autor citado reconocía que en ciertos ordenamientos se regulaba la referida extensión, de manera expresa, mediante pactos en el contrato de trabajo o al término de este[6].

3 Artículo 21, inciso 2 del Estatuto de Trabajadores. En dicha legislación se establecen como requisitos, a saber, i. delimitación temporal; ii. efectivo interés industrial o comercial; iii. compensación económica al trabajador.

4 Artículo 2125 del Código Civil italiano. Se indican como requisitos, además de una formalidad del convenio —que sea por escrito— y que otorgue una compensación al trabajador, que esté determinado en cuanto al objeto, tiempo y lugar.

5 Miguel Rodríguez-Piñero hasta llegó a afirmar que, «[e]l "servicio fiel" supone que el trabajador deba velar por los intereses de la empresa, incluso sacrificando sus legítimos intereses propios, entre ellos, el del ejercicio de su propia actividad profesional, y ello, incluso, luego de extinguida la relación de trabajo, ya que sus efectos y, en particular, los del deber de fidelidad se estiman prorrogados más allá de la duración del contrato de trabajo» (Rodríguez-Piñero, 1977: 22).

6 Al respecto, resulta interesante precisar que en el *common law*, el momento de la suscripción de un convenio de pacto de no competencia sí puede resultar relevante en la medida en que para el perfeccionamiento de un contrato se requiere de «*consideration*», que en dicha tradición jurídica se entiende como una suerte de *quid pro quo*.

De estas dos posiciones reseñadas se puede señalar, preliminarmente, que el deber de fidelidad estaba concebido para velar por los intereses económicos del empleador, siendo la eficacia poscontractual el aspecto controversial. Y así, las posturas desarrolladas por la doctrina varían, en gran medida, de acuerdo con las disposiciones que existan al respecto. De ahí que en sistemas relacionados sin normativa —México y Uruguay, por ejemplo— se afirma la ilicitud de la limitación poscontractual en el contrato de trabajo, bien sea expresa o tácita, principalmente, con el argumento de que dicha restricción supondría impedir al trabajador realizar la actividad para la cual se ha formado (De la Cueva, 1961, p. 579; De Ferrari, 1969, p. 211). Por otro lado, y en sentido opuesto, en aquellos ordenamientos con regulación expresa —Italia y España, por ejemplo—, se admiten pactos específicos, siempre que estén sujetos a los requisitos establecidos en la ley (Santoro-Passarelli, 1963, pp. 165-166; Val Tena, 1995, p. 49).

No obstante, la alta unidireccionalidad de los deberes secundarios del trabajador, visible a partir de las discusiones sobre el alcance del deber de fidelidad, transitará hacia el concepto de buena fe. A partir de ello, pasa a entenderse a esta como una obligación bidireccional que apunta a vincular, tanto al dependiente, como al empleador (Arce, 2013, p. 489-490; Iglesias, 2017, p. 74). De esta manera se termina por abandonar una concepción unilateral respecto de las responsabilidades que asume el empleado y que caracterizaron un modelo de relaciones laborales vertical (Rodríguez-Piñero, 1984, p. 64). En tal sentido, en nuestro ordenamiento, por ejemplo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) opta por delimitar y reducir el alcance de esta obligación. Es así que en su artículo 25, inciso d) se califica como falta grave el supuesto en el cual el trabajador incurra en «competencia desleal». Supuesto que, vale señalar, no debería equipararse al que englobaba el deber de fidelidad pues, siguiendo a Blancas, esta conducta sancionada se caracteriza, más que por su carácter competitivo, por realizarse de manera oculta (Blancas, 2013, p. 247).

Así, de una primera lectura de dicha disposición se podría concluir que el alcance de la obligación está delimitado, exclusivamente, a la relación laboral y, por lo tanto, no cabe posibilidad de extender esta luego del contrato. Sin embargo, no resulta fútil realizar un ejercicio interpretativo —y de reflexión— al respecto. Más aún, se debe considerar que ello puede aportar a resaltar la diferencia respecto de los distintos ámbitos objetivos en los que se desenvuelven el nuevo deber de buena fe del trabajador y las cláusulas de no competencia poscontractual.

Corresponde, de este modo, empezar atendiendo que, por medio de una interpretación sistemática, puede afirmarse que la obligación de no competencia desleal del dependiente se limita a establecerse como un supuesto de extinción de la relación laboral por voluntad del empleador —esto es, un despido por falta grave—. Atendiendo a ello, en la doctrina chilena, Irureta sostendrá que esta restricción halla su fundamento en la condición o particularidad en que se desarrolla esta concurrencia con el empleador, no teniendo que extenderse después de la vigencia del vínculo laboral —puesto que la actividad del trabajador siempre es, en principio, lícita— (Irureta, 2012, p. 60). Similar posición desarrollará, en Perú, Boza, para quien el empleado podrá competir tanto durante la vigencia de la relación, como luego de esta, siendo solo sancionada disciplinariamente la hipótesis de competencia desleal en el primer supuesto (Boza, 2004, p. 140).

Una reformulación de la posición expuesta por Boza e Irureta podría llegar a sostener que el legislador laboral consideró que no debe prohibirse la competencia del trabajador luego de extinguirse el vínculo laboral, acotando solo su proscripción cuando esta se realice durante la vigencia de la misma y, además, sea realizada de manera desleal. A partir de ello se puede

afirmar que, al no haber disposición normativa al respecto en nuestra legislación, no hay limitación alguna —infiriendo, así, permisión del silencio—. De ahí que ambos autores concluyan que las restricciones a la competencia que pueda imponerse al trabajador después de terminar su relación laboral serían, cuando menos, ilegales.

De lo reseñado se puede poner en evidencia un primer contraste con relación a las cláusulas de no competencia poscontractual: el alcance. Y es que, como se ha señalado antes, en la obligación de no competir deslealmente se busca sancionar —durante la vigencia del contrato de trabajo— al dependiente, cuya actividad competitiva resulte desleal. Por otro lado, en el caso del pacto de no competencia poscontractual, se persigue que el trabajador, luego de terminar su vínculo, bien sea de manera subordinada o independiente, no concurra en el mercado de trabajo con su anterior empleador. En ese sentido, la actividad del dependiente se restringe de forma diferente, dada la diferencia en el ámbito objetivo en que se despliegan dichos deberes, pero, además, en el momento en el que se hacen efectivos estos. De manera que, siguiendo a Quiñones, puede afirmarse que este tipo de pactos, al menos de *lege data*, han dejado de sustentarse en las obligaciones del trabajador (Quiñones, 2007, pp. 159-160).

En resumen, la revisión doctrinal realizada hasta ahora ha permitido identificar que una manifestación primigenia de las cláusulas de no competencia poscontractual fue el deber de fidelidad. Así, bien sea mediante un pacto expreso o tácito en el contrato de trabajo, un amplio sector de la doctrina clásica reconoció en esta obligación la finalidad de proteger los intereses económicos del empleador de la potencial competencia del dependiente durante la vigencia del contrato de trabajo —y, a veces, luego de la extinción de este—. No obstante, tras el alejamiento de una concepción vertical y amplia del referido deber, se pasa a acotar su alcance solo para ciertas formas de concurrencia que puedan lesionar la posición empresarial del empleador. Es así que se abandona su fundamento a partir de las obligaciones del trabajador, mientras que, paralelamente en otros ordenamientos, se empieza a reconocer la independencia de este deber mediante pactos autónomos. Nuestra legislación, por otro lado, sea por desregulación, o por desidia del legislador, no permite afirmar que exista una solución concreta para este tipo de cláusulas en términos normativos. En tal sentido, queda pendiente responder ante su incorporación, más aún cuando, desde sus inicios, esta restricción no estuvo exenta de críticas.

2.1 Apuntes a las posiciones contemporáneas sobre los pactos de no competencia poscontractual

¿Puede, sin embargo, al amparo de la autonomía privada, incorporarse, sin más, estas estipulaciones? Para un sector de la doctrina —y pese a las consideraciones expuestas— la buena fe laboral podría actuar, en este caso, como un principio que permita ponderar entre las posiciones y bienes en conflicto, evitando la privación absoluta de la libertad de trabajo (Iglesias, 2017, p. 245; Gómez, 2016, p. 681). Se afirma, desde esta perspectiva, que a través de la función limitadora o correctora de derechos serán proscritas aquellas actuaciones que puedan lesionar los intereses de alguna de las partes (García, 2013, pp. 69-70). Y, a partir de ello, afirma Irureta que, al juridificar los poderes de los contratantes, se obliga a estos a cumplir sus obligaciones de manera correcta y leal, «actuando, por tanto, [la buena fe] como límite y control intrínseco de las atribuciones y poderes que deriven de un derecho» (Irureta, 2011, p. 156). Así, el contrato de trabajo, a través de la buena fe laboral, se alzaría como un pilar que permitiría fundamentar restricciones a garantías constitucionales como la libertad de trabajo (Blancas, 2013b, p. 110).

No obstante, e incluso al margen de la delimitación que debe tener la buena fe en este aspecto, el engrandecimiento de la buena fe, propuesto por este sector de la doctrina, no solo debe ser matizado, sino también cuestionado. En primer lugar, porque deja serias dudas respecto de la legitimidad constitucional que se pretende adjudicar a un principio del derecho de los contratos para poder condicionar derechos fundamentales a obligaciones contractuales (Moreno, 1993, p. 258). Además, porque su alegación termina por neutralizar la aplicación del principio de proporcionalidad. Es por ello que se afirma que, por medio de la denominada función limitadora, se presenta de modo subrepticio una ponderación que, al amparo de la «modulación de los derechos laborales», termina por sobredimensionar el interés o una posición empresarial (Ugarte, 2011, p. 160; Panizza, 2017, pp. 29-30)[7]. En suma, y siguiendo a Blancas, debe afirmarse que el tipo de vinculación jurídica que se establezca entre las partes no puede ser motivo suficiente para negar o limitar, *per se*, derechos fundamentales, más aún en una relación marcadamente desigual (Blancas, 2013b, p. 116).

De otro lado, y atendiendo a las particularidades de la relación laboral, un sector de la doctrina afirma la posibilidad de cuestionar dichos pactos, dada la restricción a la libertad negocial del trabajador —en virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos—. Dicha garantía constitucional establece, según lo dispuesto por el artículo 26, inciso 2) de la Constitución, una restricción concreta a los actos de disposición, por parte del trabajador, cuando mediante estos se afecte derechos constitucionales o legales[8]. Desde esta perspectiva, bajo la premisa de que la finalidad de este principio se concentra en impedir que, a través de negocios jurídicos, el trabajador disponga de determinados derechos (Toyama, 2001, p. 166), un sector de la doctrina señala que mediante las cláusulas de no competencia se estaría realizando una renuncia parcial del derecho a la libertad de trabajo (Banda, 2016, p. 61)[9].

Ahora bien, con la finalidad de afirmar la posibilidad de aplicar este principio se requiere de una mayor delimitación respecto a su ámbito objetivo y subjetivo. El primero apunta a reconocer que, en los casos de disposición, el debate pasa por identificar la imperatividad o disponibilidad del derecho comprometido[10] (Boza, 2011, p. 177; Neves, 2013, p. 131). No cabe duda, en ese sentido, que en la exigencia de no competencia se persigue restringir la libertad de trabajo, reconocida en el artículo 2, numeral 15 de la Constitución, no requiriendo, por tanto,

7 Ejemplo de ello es la posición que asume Iglesias sobre el tema en cuestión al señalar que «[L]a licitud de la cláusula de no concurrencia no implica validar cualquier especie de pacto, de suerte que, aun cuando se reconozca el derecho de limitarse a ulteriores actividades del trabajador, ese derecho no comporta, como cualquier otro derecho, ejercicio desmedido, bajo pena, de solo por eso caracterizarse abuso, bastando el reconocimiento de la ocurrencia del ilícito. La restricción a la libertad de trabajo *tiene que satisfacer el legítimo interés del empleador y no presentarse de forma desproporcionada*» (Iglesias, 2017, p. 246) [énfasis nuestro]. Se presentan, en ese sentido, contornos difusos en sus límites y contenido propio para este deber, y ello genera, además, que termine por trasladar para sí categorías que no le corresponden.

8 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance de este principio en la sentencia 008-2005 AI/TC, FJ. 24, en la cual ha reiterado que la limitación de los actos dispositivos, que suponen la renuncia de derechos, corresponde solo a aquellos de fuente constitucional y legal.

9 Debe precisarse que el autor considera de aplicación este principio «siempre que no se afecte el núcleo esencial [...] y no se perjudique al trabajador» (Banda, 2016, pp. 60-61). Esta postura debe ser rechazada y criticada toda vez que olvida que la irrenunciabilidad de derechos impide la disposición de derechos constitucionales y legales, sin tomar en cuenta el grado de afectación que genere, ni tampoco el contenido renunciado.

10 Respecto del grado de imperatividad de las normas, estas se han clasificado en i) normas de derecho dispositivo; ii) normas de derecho necesario relativo; iii) máximos de derecho necesario; iv) derecho necesario absoluto (Neves, 2012, p. 61).

mayor ejercicio de subsunción en lo establecido por el artículo 26, inciso 2, dado que ambos derivan de la misma fuente: la Constitución. Por otro lado, en cuanto al ámbito subjetivo[11], resta señalar que para la aplicación del principio de irrenunciabilidad se exige, además, que el acto de disposición provenga de quien corresponde (Higa, 2015, p. 352). De manera que esta coincidencia entre quien dispone del derecho y el titular de este, para el caso de las cláusulas de no competencia poscontractual, no resulta controversial, pues bajo cualquier modalidad contractual el trabajador será quien suscriba dicho convenio.

Si bien desde esta primera aproximación podría afirmarse la aplicación de este principio, es necesario realizar mayores precisiones al respecto. En tal sentido, en cuanto al ámbito objetivo debe señalarse que además de identificar un supuesto de disposición, es necesario que este negocio, en la medida que implica una renuncia, sea gratuito (Pasco, 2005, p. 221). De ahí que tanto Toyama como Pasco afirmen, a partir de ello, que la indisponibilidad es solo respecto de aquellos actos irrevocables que implican una cesión gratuita de un determinado derecho, por lo que la indisponibilidad no es absoluta, sino relativa (Toyama, 2001, p. 166; Pasco, 2005, p. 221). De manera que, para que dicho principio sea efectivo, la disposición del derecho fundamental comprometido, en el caso de la cláusula de no competencia, tendría que ser, necesariamente, definitiva en cuanto a su extensión temporal —indefinida en el tiempo— y objetiva —respecto de cualquier tipo de vínculo a futuro—, además de gratuita[12]. Esta situación permite afirmar la insuficiencia de esta restricción, dado que en los supuestos en los que no se disponga en los términos descritos, la protección que brinda este principio queda reducida. En otras palabras, la Constitución, al proscribir la renuncia de manera expresa, termina por enmudecer cualquier crítica respecto de las fórmulas intermedias (Boza, 2011, p. 176).

La breve revisión de estas distintas posiciones de la doctrina, con relación a la posibilidad de analizar la incorporación de las cláusulas de no competencia poscontractual, ha evidenciado ciertos problemas en sus planteamientos. Sin embargo, a partir de ambas se puede develar la necesidad de sopesar la libertad de trabajo en conjunto con los intereses del empleador —que se expresan a través de la libertad de empresa— (Ugarte, 2011, p. 162). Pero esta identificación preliminar de dos bienes constitucionales en conflicto, como bien apunta Sanguineti, lejos de constituirse en una conclusión, resultará ser más un punto de partida en la búsqueda de una forma de legitimar la incorporación de los pactos de no competencia (Sanguineti, 2015, p. 55).

3. Una restricción proporcional: apuntes sobre la constitucionalidad de las cláusulas de no competencia poscontractual

A partir de lo descrito consideramos que el empleo del test de proporcionalidad, además de ser una herramienta idónea para la conciliación de los bienes constitucionales en conflicto[13], permitiría dar una fundamentación constitucional a una eventual restricción a la libertad de

11 Pese a no ser materia del presente trabajo de investigación, se ha discutido sobre la posibilidad de incluir al empleador y a las organizaciones sindicales, como parte del ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad (Boza, 2011, pp. 178-179; Neves, 2012:, p. 110).

12 Nótese que en aquellas legislaciones que regulan estos pactos, los requisitos conjugan, en alguna medida, estos factores. La exigencia de una compensación económica al trabajador, por ejemplo, impide que se afirme una cesión gratuita. En un sentido similar, la delimitación temporal tampoco permite que se sostenga una renuncia indefinida e irrevocable.

13 Autores como Castro consideran que la aplicación del test de proporcionalidad es consecuencia de la inexistencia de una regulación (Castro, 2009, p. 251). Sin embargo, la aplicación de esta herramienta no solo responde a ello, sino al reconocimiento de una colisión entre dos derechos fundamentales.

trabajo. De tal manera, en el presente apartado se desarrollarán una serie de consideraciones particulares sobre la aplicación del este examen en el caso de las cláusulas de no competencia poscontractual. Previo a su aplicación, sin embargo, debe apuntarse que en aquellos casos en donde no pueda identificarse una potencial afectación al contenido de la libertad de empresa, la restricción impuesta al trabajador no puede ser objeto del test de proporcionalidad. Por ello, y a manera de cuestión previa, se estudiará la delimitación subjetiva para estos pactos.

3.1 Una cuestión previa: análisis del ámbito subjetivo

La acotación respecto del ámbito subjetivo en el que se desenvuelve este pacto resulta de suma importancia, no solo por la consideración expuesta sino porque, además, ha sido objeto de sendas precisiones por parte de la doctrina. Alfredo Sierra señala, por ejemplo, que en virtud del subprincipio de necesidad se establecen límites a los sujetos que pueden suscribir estas cláusulas, pues el solo reconocimiento del vínculo laboral no otorga una ventaja superior como competidor y que, como consecuencia, puede afectar un determinado negocio (Sierra, 2014, p. 139). Eric Castro, por su parte, indica que los trabajadores comprendidos en el artículo 43 de la LPCL —calificados como de dirección y confianza— son quienes, principalmente, deben suscribir este tipo de pactos (Castro, 2009, pp. 250-251). Se afirma entonces, a manera de resumen, que toda vez que mediante estas estipulaciones se persigue la protección de un interés o posición empresarial, solo deberían de suscribirlas quienes estén en la capacidad de poder afectar a su exempleador (Díaz, 2015, p. 272; Castro, 2009, p. 250).

No obstante, la delimitación del ámbito subjetivo no resulta solo una mera consideración, sino que se constituye como un presupuesto para la aplicación del test de proporcionalidad. Aunque no lo manifiestan, los autores citados hacen referencia a que se requiere reconocer la afectación al contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa para poder pactar este tipo de cláusulas. De manera que, si el trabajador no se encuentra en la posibilidad de lesionar los intereses de su exempleador, no hay razón que fundamente exigir una obligación de no competencia poscontractual. Y, como consecuencia de esta perspectiva, incluso la categorización del trabajador como «de confianza» o «dirección» solo representa un elemento más a considerar al momento de determinar si es que este, en un supuesto de competencia, pueda perjudicar o no a su anterior empresa. De este modo, se busca establecer un análisis que permita evitar el empleo de estas cláusulas de modo indiscriminado, en atención a su carácter excepcional[14] (Díaz, 2015, p. 307).

A partir de lo expuesto puede afirmarse que la delimitación del ámbito subjetivo de las cláusulas de no competencia poscontractual se constituye en una suerte de filtro que permite manifestar la primera respuesta del ordenamiento ante estas restricciones: el rechazo, salvo que se proteja un bien constitucional[15]. Luego de superar este primer nivel de análisis, corresponde, en las siguientes líneas, desarrollar directrices generales que apunten a orientar la aplicación del test de proporcionalidad para estos pactos. No se pretenderá,

14 Ayesha Bell señala, respecto del Derecho norteamericano, que las cláusulas de no competencia poscontractual y otras estipulaciones similares fueron utilizadas, tradicionalmente, entre empresas y trabajadores calificados, y en ese sentido, su extensión a otro tipo de trabajadores —especialmente en aquellos de baja escala salarial— termina por imposibilitar su movilidad laboral y económica (Bell, 2016, p. 959).

15 Desde nuestra perspectiva, esta opción resulta positivizada por la legislación española e italiana cuando estas indican que dichos pactos solo serán válidos si es que concurren la serie de requisitos que se establecen en ambas, entre los cuales se especifica la necesidad de proteger un interés comercial o industrial.

en ese sentido, agotar el análisis de este examen, dado que su naturaleza casuística exige atender las particularidades de cada caso.

3.2 Idoneidad y la delimitación del fin constitucional en las cláusulas de no competencia

En el marco de un examen de proporcionalidad, el juzgador debe realizar un análisis sobre la medida concreta que restringe derechos a partir de tres subniveles: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Bajo esta perspectiva, la lectura sobre la constitucionalidad de las cláusulas de no competencia poscontractual se inicia a partir de una comprobación —en términos de Clérico— de la relación empírica entre el medio escogido y el fin promovido mediante este (Clérico, 2009, p. 40). De manera que, desde la perspectiva del juzgador, el control realizado busca comprobar de qué forma el estado de cosas que se buscó provocar a través de la medida, tiene un correlato con lo logrado por el medio escogido (Clérico, 2009, p. 43). En suma, se trata de proscribir la arbitrariedad en las restricciones a los derechos fundamentales (Clérico, 2009, pp. 43-44).

Con relación a las cláusulas de no competencia, la primera pregunta a responder es la relativa a su finalidad. Pese a la coincidencia en cuanto a la conclusión —esto es, que se supera este subprincipio— hay diferentes fines invocados por la doctrina. Sierra, por ejemplo, afirma que el objetivo que se persigue es impedir que el conocimiento y experiencia, entendidos como patrimonio empresarial, no se trasladen a uno de sus competidores (Sierra, 2014, p. 135). Castro, evocando a la legislación española, afirma que aquello que se busca resguardar son los intereses industriales y comerciales del empleador (Castro, 2009, p. 248). Sin embargo, las consideraciones iniciales propuestas por ambos autores deben mirarse en parangón con la evolución histórica por la que ha transitado esta cláusula. De ahí que deba sostenerse que, de manera general, los pactos de no competencia tienen como propósito preservar la posición empresarial del empleador, cuyo contenido concreto deberá ser delimitado por la propia cláusula, y que podría manifestarse de distintas maneras como, por ejemplo, perdiendo una lista importante de clientes, información confidencial, secretos empresariales, entre otros. Esta concepción se entiende, además, a partir de una lectura de la libertad de empresa en un contexto donde se opera junto a otros valores constitucionales como la propiedad privada y el libre mercado (Rivas y Rodríguez-Piñero, 2006, p. 753).

Luego de superar la exigencia de idoneidad establecida como primer subnivel del test de proporcionalidad, resulta conveniente reparar respecto de un contenido adicional qué se propone para esta primera fase. Desde esta posición, además de analizar la relación medio-fin que se propuso, se incorpora un juicio sobre la legitimidad propia del fin que se busca promover (Díaz, 2011, p. 175). En otras palabras, para autores como Díaz son legítimas las restricciones de derechos fundamentales solo si estas cuentan con una justificación constitucional (Díaz, 2011, p. 176). No obstante, esta observación ya habría sido realizada en el análisis propuesto respecto al ámbito subjetivo. Además, debería de colegirse, incluso desde la propia cláusula, aquel componente de la libertad de empresa que se busca tutelar al restringir la libertad de trabajo a un empleado determinado.

En conclusión, lo expuesto permite afirmar que, de manera genérica, se puede superar el subprincipio de idoneidad a partir de la identificación de una correspondencia entre las cláusulas de no competencia poscontractual con el resguardo de la posición empresarial del

empleador. Por tanto, corresponde en el siguiente apartado atender al siguiente nivel en el test de proporcionalidad en el cual se discutirá sobre la necesidad de la medida.

3.3 Una menor injerencia en el derecho: análisis de la necesidad de las cláusulas de no competencia poscontractual

Habiendo determinado la superación del examen de idoneidad de la medida para el resguardo de la libertad de empresa, debe seguirse con el relativo a la necesidad. Para ello, en primer lugar, se abordará brevemente, como en el anterior subcapítulo, las aproximaciones propuestas por ciertos autores a la superación de esta etapa del test de proporcionalidad, para luego desarrollar una fundamentación propia al respecto, buscando atender a los criterios desarrollados por la doctrina constitucional, correspondientes a esta fase.

En primer lugar, precisamos que se evalúe la necesidad de la medida en este subprincipio, a partir dos perspectivas: una primera sobre cuán indispensable resulta su implementación para favorecer la finalidad; y otra relativa a la menor injerencia en el derecho fundamental restringido (Clérico, 2009, p. 101; Díaz, 2011, p. 184). En cuanto a las cláusulas de no competencia poscontractual, Eric Castro indica que «se estaría cumpliendo [este subprincipio], ya que no existen otros medios alternativos diferentes del acuerdo de partes que permita proteger los intereses del empleador» (Castro, 2009, p. 248). Por otro lado, Alfredo Sierra señala que:

> [P]ara que la medida sea indispensable para la consecución del fin legítimo del empleador, creemos *que debe estar limitada en relación con el ámbito subjetivo de aplicación,* es decir, respecto de los trabajadores que podría comprender. [...] [E]stas cláusulas *deben operar solamente tratándose de trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario*, y cuya salida de la empresa e incorporación a otra de la competencia, los haga peligrar de modo real. *Si se trata de trabajadores que no van a afectar dichos intereses, el riesgo es irrelevante y el pacto ya no responde a una necesidad generada por la previa relación del trabajo mantenida*. De este modo, no sería justificable la estipulación indiscriminada de esta clase de cláusulas para gran parte del personal, sin considerar la clase de las funciones realizadas (2014, pp. 138-139). [Énfasis nuestro].

Pese a las diferencias de planteamiento, las posiciones de los autores citados son, cuando menos, erradas. Castro, por ejemplo, no solo mezcla ambos subniveles del examen de necesidad, sino que, además, olvida que en este subprincipio se evalúa la menor afectación al derecho fundamental restringido por la medida. Sierra, por otro lado, pretende desconocer el contenido propio del examen de necesidad, para buscar incorporar elementos de juicio que no corresponden, y que, además, forman o parte de un presupuesto previo a la aplicación del test de proporcionalidad, o un elemento del subprincipio de idoneidad.

Las confusiones identificadas deben llevarnos a precisar que, a diferencia del subprincipio de idoneidad, en donde se juzga la medida restrictiva en términos de eficacia, en esta fase se analiza su eficiencia —entendida como una menor afectación del derecho restringido— (Díaz, 2011, p. 186). En otras palabras, se apunta a buscar una mayor satisfacción de la garantía constitucional restringida a través de la disponibilidad de medios alternos menos restrictivos (Clérico,

2009, pp. 113-115). Ahora bien, aunque una primera aproximación al caso de las cláusulas de no competencia debiera llevarnos a concluir, junto con Castro, que este subprincipio se supera, dado que no existen siquiera medios alternos, dicha afirmación debe considerarse apresurada. En nuestra opinión, debe realizarse un análisis, al menos, sobre una cláusula de similar alcance: los pactos de confidencialidad[16].

En estos pactos el trabajador asume la obligación de mantener en reserva determinada información sobre la que toma conocimiento debido a su trabajo en una empresa (Sierra, 2013, p. 152). Se precisa, además, que aquello que busca ser protegido por este tipo de cláusulas debe ser resguardado por el empleador, o tener un acceso restringido (Sierra, 2013, p. 154). De lo contrario, señala Sierra, el conocimiento público o acceso libre, por parte de todo tipo de trabajador, va a permitir presuponer que la información carece del carácter confidencial que se le pretende adjudicar (Sierra, 2013, p. 154). La caracterización de este tipo de convenios, entonces, plantea al menos un problema de cara a su consideración como medida menos gravosa. Y es que, como bien se ha señalado, el objeto de protección no es, específicamente, el resguardo de una posición empresarial, sino la reserva de cierta información por su relevancia y trascendencia para el desarrollo o mantenimiento de la empresa. Por tanto, se puede diferenciar los ámbitos en los cuales se hace relevante y necesaria una cláusula de confidencialidad de los que requerirían una cláusula de no competencia poscontractual. Dicha precisión, no obstante, tendrá que atender a las circunstancias propias del caso concreto para decidir por una u otra medida.

Tras afirmar la superación del subprincipio de necesidad, corresponde continuar con el último subprincipio. Finalmente, en el siguiente apartado se cuestionará los aspectos de proporcionalidad en sentido estricto que deben tener las cláusulas de no competencia poscontractual.

3.3 Aspectos proporcionales en la restricción al contenido protegido de la libertad de trabajo

En los dos subcapítulos anteriores se ha desarrollado un juicio sobre, en primer lugar, el fin que se persigue por medio las cláusulas de no competencia, y luego, uno relacionado con la necesariedad de su estipulación para resguardar la posición empresarial del empleador. Ambos subprincipios, vale precisar, reparan, con mayor énfasis, en la legitimidad de la decisión empresarial que respecto del derecho fundamental restringido. Y este último subprincipio del test, desde una perspectiva distinta, apunta a determinar si es que estos pactos procuran generar mayores beneficios a la libertad de empresa que perjuicios sobre la libertad de trabajo (Díaz, 2011, p. 194).

Para este último análisis, consideramos que debe conjugarse la incidencia en el contenido abstracto del derecho a la libertad de trabajo, con las circunstancias particulares en que se restringe este. En otras palabras, las restricciones para decidir en qué actividad trabajar y a favor de quién (Quiñones, 2007, p. 69, Neves, 2002, p. 11) —que forman parte del contenido esencial— tienen que analizarse a la luz de los términos contractuales convenidos. Así, para el análisis de este subprincipio se desarrollarán elementos complementarios, de carácter general, que permitan una mayor delimitación de la restricción a la libertad de trabajo.

16 Debe precisarse que en un examen mucho más pormenorizado debería también incorporarse como parte del análisis de las medidas menos gravosas a las cláusulas «*garden leave*», las cuales son utilizadas principalmente en ordenamientos del *common law* inglés. No obstante, incluso en estos ordenamientos, la validez de estos pactos sigue siendo cuestionada (Lembrich, 2002, p. 2319).

Tres serán los aspectos en los cuales un pacto de no competencia poscontractual debe estar delimitado para restringir, proporcionalmente, la libertad de trabajo: el establecimiento de límites temporales, geográficos y funcionales. Estos, además, son coherentes con legislaciones que han optado por fijar requisitos de validez para estas estipulaciones. La exigencia de temporalidad apuntaría a no excluir, de manera permanente, al empleado del mercado de trabajo en el cual se desenvuelve[17]. Por otro lado, la delimitación geográfica supone enmarcar el alcance que puede tener la posición empresarial a resguardar. En otras palabras, la restricción a la libertad de trabajo debe tener un correlato con el radio de actividades de la empresa (Rodríguez-Piñero, 1977, p. 31), pues en donde esta no realice actividades, el dependiente puede ejercer cualquier tipo de función, dado que no hay posibilidad de afectar al anterior empleador. Finalmente, el aspecto funcional atiende a restringir el campo de obligaciones que puede realizar el trabajador y que impliquen concurrir con su anterior empresa (Rodríguez-Piñero, 1977, p. 31). De ello derivan dos consideraciones importantes. En primer lugar, la concurrencia se delimita, más que a partir del giro del negocio, de las funciones realizadas por el trabajador que derivan de su contrato. Y, en segundo lugar, se admite, por tanto, un margen de actividades que el dependiente podría ejecutar, cuando estas no coincidan ni fuesen similares con las desarrolladas durante la relación laboral (Rodríguez-Piñero, 1977, p. 32).

Adicionalmente, es reiterativa en la doctrina la exigencia de una compensación económica al trabajador que acepta dichas cláusulas. Esta, vale mencionar, tiene una doble fundamentación. Se deriva, por un lado, de la exigencia de onerosidad de los negocios jurídicos de disposición de derechos —que se desarrolló con ocasión del principio de irrenunciabilidad—. Por otro lado, se requiere, también, que al impedir que el dependiente acceda a un determinado tipo de empleo, se limite, entre otros derechos laborales, la remuneración, la cual no solo tiene un carácter contraprestativo, sino también social. De ahí que un aspecto clave para determinar el quántum de dicha compensación deberá partir del salario percibido por el trabajador, pero matizando también el hecho de que este puede realizar otras actividades ajenas a las realizadas en su anterior empleo (Sierra, 2014, p. 144).

A partir de lo desarrollado puede repararse en que, a lo largo del test de proporcionalidad, se ha buscado establecer un balance en la limitación contractual de la libertad de trabajo. De este modo, las restricciones en el ámbito subjetivo y objetivo de esta cláusula suponen, en suma, afirmar la excepcionalidad en las restricciones de derechos fundamentales del trabajador por medio de negocios jurídicos. Pero, además, implica establecer parámetros de control sobre los términos contractuales del pacto.

4. Conclusiones

Durante el Derecho del Trabajo clásico, las obligaciones secundarias a cargo del trabajador permitieron una fundamentación inicial del deber de no competencia poscontractual. Dado su amplio contenido, la obligación de fidelidad permitía, aunque con críticas, impedir que el dependiente afecte la posición empresarial que ocupaba su anterior empleador en el mercado. Sin embargo, el cambio de modelo de relaciones de trabajo implicó la reducción del alcance de dicho deber a un supuesto de falta grave. En ese sentido, al no poder sustentar dicha exigencia

17 Entre los pocos pronunciamientos que se tienen en la región, la Dirección de Trabajo de Chile, en su Dictamen Ord. N.° 1300/0059, se pronunció sobre una prohibición de cinco años para trabajar, considerando a esta como inconstitucional por transgredir la libertad de trabajo establecida en el artículo 19, N.° 16, de la Constitución de dicho país.

a través de las obligaciones del trabajador, se abandona, así, su fundamento a partir de las obligaciones, mientras que, paralelamente, ciertas legislaciones pasan a reconocer su independencia mediante pactos autónomos. Este cambio en la fundamentación exige, entonces, analizar estas cláusulas y, específicamente, sus efectos, a la luz del nuevo modelo de relaciones laborales y las disciplinas a las cuales involucra.

Las críticas contemporáneas desarrolladas sobre la base del principio de irrenunciabilidad y la buena fe laboral, si bien permiten dar luces sobre ciertos límites que deben considerarse en este tipo de pactos —como la onerosidad y temporalidad del acto de disposición—, no permiten un control íntegro sobre la restricción a este derecho. Un caso particular es el que presenta la buena fe laboral, dado que bajo una concepción amplia de esta se evidencian ciertos problemas de ambigüedad para controlar los términos en los que se restringe esta libertad. No obstante, la insistencia en la necesidad de atenuar este derecho, en función de los intereses del empleador, permite reconocer, finalmente, que las referidas estipulaciones pueden apuntar, también, a la protección de un bien constitucional: la libertad de empresa. Y, desde esta perspectiva, la posibilidad de pactar una cláusula de no competencia debería pasar por un examen de ponderación que permita conciliar los derechos fundamentales en conflicto.

Sin embargo, de modo previo a la realización de un examen de proporcionalidad, debe de analizarse la posibilidad de que el trabajador pueda afectar, efectivamente, los intereses económicos de su empleador. En otras palabras, corresponde evaluar de forma previa el ámbito subjetivo de estos pactos. Desde esta perspectiva se busca desarrollar un presupuesto que atienda a la excepcionalidad que debe revestir la medida restrictiva y, a su vez, permita identificar una real colisión entre derechos fundamentales. En tal sentido, de verificar la inocuidad que representa la actividad competitiva del extrabajador, dicha cláusula debería considerarse nula.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad van a permitir evaluar, inicialmente, la legitimidad constitucional. Respecto del primero, se señala que los pactos de no competencia poscontractual, al igual que en el caso del antiguo deber de fidelidad, persiguen proteger la posición empresarial del empleador. Así, genéricamente pueden ser idóneos toda vez que al impedir que el dependiente concurra en el mercado, se permite evitar la afectación del posicionamiento del anterior empleador. La superación del subprincipio de necesidad, por otro lado, se cumple al constatar que no hay otros mecanismos contractuales ni legales que permitan asegurar la posición empresarial del empleador en supuestos actos de competencia con su anterior dependiente.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, dada su fórmula de compensación entre beneficios y restricciones de los derechos fundamentales comprometidos, permitirá evaluar concretamente los términos contractuales pactados. Para ello, consideramos necesario incorporar ciertos elementos complementarios en este nivel de análisis. Así, el juzgador podrá apreciar de manera más precisa la incidencia en los contenidos constitucionales si atiende a la temporalidad de la restricción; la onerosidad de la disposición; y la delimitación geográfica y de funciones que no podrán realizarse.

La evaluación realizada permitirá al juzgador establecer un equilibrio entre los bienes constitucionales mencionados. Sin embargo, se requerirá, necesariamente, de la praxis judicial para perfeccionar los contornos de los requisitos y poder dar mayor seguridad a los sujetos de la relación laboral sobre la constitucionalidad de estas cláusulas. Dicho ello, no debe abandonarse la posibilidad de que sea el derecho positivo el que regule estos pactos, dado que brindaría

una mayor predictibilidad sobre la exigibilidad de ciertas condiciones contractuales, así como los límites de estas[18].

Finalmente, debemos terminar señalando que, lejos de haber pretendido resolver toda la problemática en torno a las cláusulas de no competencia poscontractual, el presente trabajo constituye solo el inicio de la discusión sobre este tema. Así, quedan por desarrollarse una serie de debates posteriores relacionados como, por ejemplo, con la forma de cálculo de la compensación económica del trabajador; con los eventuales daños que pueda ocasionar este al incumplir su obligación; así como también, con la posibilidad de otorgar medidas cautelares, entre otros.

18 Al respecto, debemos mencionar que en los proyectos de Ley General de Trabajo del año 2002 y 2015 establecieron una regulación específica para las cláusulas de no competencia poscontractual que, casi en su integridad, recogía lo dispuesto en el Estatuto de Trabajadores de España (Banda, 2016, p. 79).

BIBLIOGRAFÍA

Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*, *80*, 361-390.

Arce, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.

Banda, M. (2016). *Análisis de la nulidad de cláusulas de no competencia post-contractual en materia laboral*. Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho de la Empresa. Lima: PUCP.

Bell, A. (2016). The paradox of the Right to Contract: non compete agreements as thirteenth amendment violations. *Seattle University Law Review, 39*, 957-981.

Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.

Blancas, C. (2013b). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Boza, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Boza, G. (2004). Las obligaciones de confidencialidad y no competencia en la legislación actual y en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. *Laborem*, *3*, 131-143.

Cabanellas, G. (1968). *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Chipoco, C. (1981). *La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho. Lima: PUCP.

Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: UBA.

De Buen, N. (1976). *Derecho del Trabajo*. (Tomo II). México: Editorial Porrúa.

De Ferrari, F. (1969). *Derecho del Trabajo. De las relaciones individuales del trabajo* (Volumen II) (2.ª edición). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De la Cueva, M. (1961). *Derecho Mexicano del Trabajo* (Tomo I). México: Editorial Porrúa.

Deveali, M. (1971). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Tomo I) (2.ª edición). Buenos Aires: La Ley.

Díaz, D. (2015). *Prohibiciones a la competencia del trabajador*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Díaz, I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 36*(1), 167-206.

Flores, A. (1993). *Obras completas*. Tomo I. Lima: SUR Casa de Estudios del Socialismo.

Gómez, F. (2016). *Contrato de trabajo*. Lima: ADRUS D & L Editores.

García, J. (2013). La vigencia del principio de la buena fe en las relaciones laborales. *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4*(1), 43-71.

Higa, A. (2015). El principio de irrenunciabilidad de derechos y las formas especiales de conclusión del proceso reguladas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Revista Laborem, 16,* 349-372.

Iglesias, L. (2017). *El principio de buena fe en el Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Irureta, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno. *Revista Ius et Praxis, 17*(2), 133-188.

Irureta, P. (2012). La prohibición de competencia y la buena fe contractual. En: AA.VV. *Estudios de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Doctrina chilena y extranjera* (59-92). Santiago: La Ley.

Krotoschin, E. (1968). *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Lembrich, G. (2002). Garden Leave: a possible solution to the uncertain enforceability of restrictive employment covenants. *Columbia Law Review, 102*(8), 2291-2323.

Marx, K. y Engels, F. (1972). *Materiales para la historia de América Latina*. Cuadernos del Pasado y Presente. Córdoba.

Moreno, A. (1993). Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista española de Derecho Constitucional, 38*, 263-295.

Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Neves, J. (2002). Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. *Asesoría Laboral, 142,* 10-12.

Panizza, C. (2017). *Los derechos laborales inespecíficos.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Pasco, M. (2006). En torno al principio de irrenunciabilidad. *Ius et veritas, 31*, 217-228.

Plá, A. (1978). *Curso de Derecho Laboral.* Volumen I. Tomo II. Montevideo: Acali Editorial.

Quiñones, S. (2007) *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Palestra.

Rodríguez-Piñero, M. (1977). Límites a la competencia y contrato de trabajo. *Revista de Política Social, 116,* 5-34.

Rodríguez-Piñero, M. (1984). La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social, 1,* 50-67.

Sanguineti, W. (2015). Derechos de la persona y libertad de empresa en la era del equilibrio flexible entre principios constitucionales. En: AA.VV. *Homenaje aniversario de la SPDTSS. Año de las Bodas de Plata de la Sociedad*. Lima: SPDTSS, 49-68.

Santoro-Pasarelli, F. (1963). *Nociones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Sierra-Herrero, A. (2013). Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 41* (2), 145-179.

Sierra-Herrero, A. (2014). "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis, 20(2)*, 109-155.

Stone, K. (2004). *From widgets to digits. Employment regulation for the changing workplace*. Nueva York: Cambridge University Press.

Toyama, J. (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et veritas, 22*, 164-179.

Ugarte, J. (2011). Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 36,* 141-164.

SECCIÓN V

DERECHO PENAL

¿DERECHO PENAL SIN CULPABILIDAD? ALTERNATIVAS A LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN

Julio Rodríguez Vásquez
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría egresados

El presente artículo versa sobre la medida de seguridad de internación aplicable a personas con discapacidad psicosocial y sobre las medidas alternativas que se proponen como sustitutas de aquellas. En este trabajo se retomarán las críticas planteadas a la medida de seguridad de internación en un trabajo anterior (Rodríguez, 2016). De igual manera, se propondrán medidas alternativas a dicha consecuencia jurídico-penal y se analizará si las figuras planteadas deben estar ubicadas dentro del derecho penal. Para ello se estudiarán los dos paradigmas imperantes sobre lo que constituye la esencia o núcleo del derecho penal, la regulación de la medida de seguridad de internación y las características del modelo social de la discapacidad asumido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. Introducción

A fines del siglo XIX surgieron dos modelos de respuesta unitaria del derecho penal, los cuales implicaron una reforma del sistema penal orientado a la retribución. Por un lado, von Liszt propuso, a través del Programa de Marburgo de 1882, un sistema único de penas dirigido a la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención especial de los delitos (von Liszt, 1882/1995, pp. 62-68). Bajo este esquema, las penas deberían corregir al delincuente necesitado de corrección, intimidar al delincuente ocasional e inocuizar al delincuente incorregible (von Liszt, 1882/1995, pp. 62-68). Por su parte, los partidarios de la escuela positivista italiana también consideraban que el derecho penal debería estar orientado a la neutralización o curación del delincuente. Sin embargo, autores como Ferri indicaban que eso debía darse a través de medidas delimitadas no por la culpabilidad sino por la peligrosidad del sujeto (Ferri, 1928/1933, p. 50); estas podían ser medidas positivas, cuando implicaban la asistencia y la curación del infractor, o negativas, cuando significaban la eliminación o aseguramiento del delincuente (Ferri, 1928/1933, p. 12). Así, el derecho penal utilizaría estas medidas para intervenir tanto en personas con peligrosidad social (individuos cuya «anormalidad fisio-psíquica» los hacía inadaptados para vivir en libertad) como en personas con peligrosidad criminal (individuos que cometían un delito y que presentaban probabilidad de reincidencia) (Ferri, 1928/1933, pp. 272-276).

---

* Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Es máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, investigador del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS), y abogado por la PUCP. El autor agradece al GRIDIS por sus valiosos comentarios y sugerencias.

Pese a la fuerza de estos postulados, fue el diseño de doble vía el que se instauró como modelo vigente en la mayor parte de Europa y, posteriormente, en Latinoamérica. El diseño original de este modelo es adjudicado a Carl Stoos y al anteproyecto del Código Penal suizo de 1893, documento que significó la imposición del modelo de doble vía (Rodríguez, 2016). Este modelo fue importado al Perú por Víctor Maurtua desde Suiza y se expresó en el Código Penal de 1924 (Hurtado Pozo y Prado, 2011, p. 22). El artículo 89 de dicho cuerpo legal reguló, por primera vez en nuestro país, la medida de internación en hospitales u hospicios para «delincuentes irresponsables» (Figueroa, 1975, p. 18). Esta medida, luego de más de cien años, se mantiene viva en nuestra legislación penal. Así, el Código Penal peruano vigente incluye, junto con el sistema de «culpabilidad» o de penas, un «sistema de peligrosidad» reservado para personas que cometen el hecho delictivo en una situación de inimputabilidad.

Como recordaremos más adelante, en una oportunidad anterior hemos criticado la legitimidad y validez jurídica de los argumentos que supuestamente justifican la medida de seguridad y el modelo de peligrosidad (Rodríguez, 2016). Los límites temporales y de espacio del trabajo antes citado nos impidieron responder plenamente a la pregunta de cuál debe ser la respuesta jurídica. Tampoco pudimos explicar si esta respuesta debe mantenerse en los márgenes del derecho penal. Frente a estos problemas jurídicos, el presente trabajo tiene el objetivo de caracterizar las medidas jurídicas aplicables ante la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona en situación de inimputabilidad derivada de una deficiencia psicosocial, y detallar la naturaleza de las mismas.

2. Retribución vs. prevención: núcleo y espacios de juego en derecho penal

Antes de caracterizar las medidas alternativas que proponemos como sustitutas de la medida de seguridad de internamiento, es preciso preguntarnos por los elementos o factores que nos permiten decir que nos encontramos ante una figura jurídico-penal. La respuesta a esa pregunta nos traslada a la determinación del «núcleo» o la esencia del derecho penal, lo que a su vez nos remite al estudio de sus fines, también conocidos como modelos punitivos (Cid, 2009a, p. 28). De este modo, se debe recordar que el derecho penal, desde su nacimiento, se encuentra ubicado en el centro del debate entre los postulados moralistas, o kantianos, y los postulados utilitaristas (Nino, 2003, pp. 429-430). Ambos bandos justificaban el derecho penal con argumentos aparentemente antagónicos, argumentos desde los que se puede sostener dos núcleos distintos del derecho penal: la «censura» o «reproche» por el delito cometido, o la «prevención» de delitos que se podrían cometer en el futuro.

2.1. Derecho penal como censura por el delito.

2.1.1. Retribucionismo clásico: Kant y Hegel.

Los defensores clásicos más conocidos de este modelo son Kant y Hegel. De acuerdo con Kant (1797/2005), la coacción estatal sobre una persona está justificada en la medida en que esta haya utilizado su libertad para obstaculizar el derecho y, con él, la libertad de arbitrio de las personas que conviven en la sociedad (pp. 39-40).

En esta perspectiva, el delito presupone el uso de la libertad y, por tanto, el «libre albedrío». Así, la pena debería reconocer a la persona como ser moral que actúa libremente y que, por lo tanto, merece ser tratada como tal y no como un objeto. Kant (1797/2005) afirmó que la pena no debe «servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el

delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido» (p. 166).

Por su parte, Hegel (1821/1968) indicó que el castigo es la «superación» del delito, en la medida en que es «la vulneración de la vulneración» (p. 109). En palabras de Jakobs (2005), la concepción hegeliana del delito conlleva a concebirlo como un juicio disparatado que se opone al ordenamiento jurídico, frente al cual el derecho responde con la sanción como mecanismo que niega el juicio emitido por dicho comportamiento y, en esta medida, revindica el ordenamiento jurídico (pp. 40-43). Hegel señaló lo siguiente:

> La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia». (Hegel, 1821/1968, p. 109)

En síntesis, Hegel legitimó la coacción contra un comportamiento delictivo en la medida en que el primero es una segunda coacción que neutraliza la primera (Jakobs, 2009, p. 7). Así, Hegel y Kant compartían la visión de que el delito honra al delincuente como un ser racional (Jakobs, 2009, p. 7).

2.1.2. Neorretribucionismo: **just deserts y** *funcionalismo normativista.*

Pese a la importancia filosófica de Kant y Hegel, estas teorías fueron minoritarias en los discursos justificantes del derecho penal. Por el contrario, las teorías preventivas, de la mano de la prisión como mecanismo de normalización, se constituyeron como mayoritarias desde los inicios de la modernidad, fenómeno asociado al positivismo criminológico de inicios del siglo XX y a la aparición del Estado social de derecho.

Sin embargo, durante la década de 1970 se realizaron diversas críticas morales y cuestionamientos empíricos a las teorías preventivas, especialmente al modelo rehabilitador (Ward y Maruna, 2007), lo que ocasionó e impulsó el resurgimiento de teorías neorretribucionistas o neoproporcionalistas (Feijoo, 2007, p. 5). Estas teorías son conocidas en el ámbito penológico anglosajón como *just deserts* y también consideran que el centro o núcleo del derecho penal se encuentra en el reproche o negación del delito, sin que ello impida que los fines preventivos cumplan un rol secundario o accesorio.

Uno de los principales defensores de estas ideas es von Hirsch. Este autor entiende que el delito es un daño cometido por alguien responsable, dado que este comportamiento prohibido reduce o afecta los medios y capacidades para que la víctima alcance un estándar de vida objetivo (von Hirsch, 1998, p. 63). Frente a ello, la pena también supone el sufrimiento del delincuente y se justifica porque es una vía para expresar censura y desaprobación por el comportamiento dañoso representado en el delito (von Hirsch, 1998, pp. 34-35).

En esta línea, von Hirsch (1998) señala que el mensaje de censura es relevante porque se dirige a tres actores: en primer lugar, se dirige al delincuente, tomándolo como ser responsable capaz de tomar conocimiento del daño causado y de ser disuadido de delinquir (p. 36); en segundo lugar, la censura se dirige a la víctima, reconociendo el daño ocasionado en su contra y que el sufrimiento padecido no es un accidente o producto de su propia responsabilidad, sino que hay un tercero responsable por dicha afectación (von Hirsch, 1998, p. 36); finalmente, la censura se dirige a la comunidad, a quien se le comunica del daño del acto delictivo y a la que, por lo tanto, se le disuade de cometer dicho comportamiento (von Hirsch, 1998, pp. 36-38).

En la línea antes trazada, von Hirsch (1998) admite que la pena tiene una finalidad social; sin embargo, la considera subordinada al fin retributivo (pp. 39-40). Y es que, de acuerdo con este autor, la primacía de los fines preventivos llevaría a un castigo sin límites que trataría al delincuente como un «tigre de circo» (von Hirsch, 1998, pp. 40-45).

Otro reconocido autor asociado al neorretribucionismo es Jakobs. La teoría esbozada por este autor parte de la idea de que la sociedad no está formada por individuos sino por la comunicación entre ellos (Jakobs, 2003, p. 54). En sociedades complejas como las actuales, dicha comunicación no se basa en relaciones de mutuo conocimiento sino en relaciones anónimas. De este modo, para que la sociedad se mantenga es necesario que el comportamiento social sea guiado por medio de normas que nos indiquen cómo se debe actuar frente al otro y qué se debe esperar de él (Montealegre, 2003, p. 54). Dicho con otras palabras, para Jakobs la norma es el vehículo que permite y posibilita la convivencia social.

En el contexto antes definido, al derecho penal le interesa el delito no porque es una afectación a bienes jurídicos, ya que este suceso ocurre de manera anterior a su intervención (Jakobs, 1997, p. 12). Al derecho penal le preocupa el delito porque este envía un mensaje a la sociedad de que la norma que orienta el comportamiento social es inválida (Jakobs, 1997, pp. 12-13). En otras palabras, el delito sería un mensaje que defrauda o desautoriza la norma. Esta desautorización pone en cuestionamiento a la sociedad, ya que plantea que la norma de convivencia social no es válida. Así, la pena se justifica porque restablece la vigencia de la norma y con ello reinstaura la convivencia social. La pena es, entonces, un mensaje que comunica que el primer mensaje trasmitido por el delincuente —el delito— es inválido y que, por lo tanto, la norma mantiene su validez como orientadora social (Jakobs, 1997, p. 14). En palabras de Jakobs (1997), la finalidad que justifica la pena es la siguiente:

> [La] Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. [El] Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. (p. 14)

De esta forma, Jakobs construye una teoría en la que integra el retribucionismo con la prevención general positiva. Sin embargo, el acento que pone Jakobs a la pena como mensaje —o censura por la defraudación de la norma— nos permite concluir que su teoría tiende más al retribucionismo que a la prevención, por lo menos en la segunda fase de su trabajo (Feijoo, 2007, pp. 469-489).

2.2. Derecho penal como prevención del delito.

2.2.1. Origen del derecho penal preventivo.

De manera similar a la perspectiva retribucionista, el enfoque preventivo del derecho penal cobró vigencia a partir de dos pensadores clásicos, Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, y Jeremy Bentham. El primero justificó las penas de la siguiente forma:

> […] se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido… El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. (Beccaria, 1764/2015, pp. 79-80)

Vemos que Beccaria defendió la idea de que la pena tiene por finalidad la evitación de delitos. Su posición tiene dos presupuestos básicos: que el ser humano tiene la capacidad de guiar su comportamiento a partir de la comparación entre beneficios y costos, y que el motor de la acción humana son el placer y el dolor (Cid y Larrauri, 2001, p. 35). Por estos motivos, para que la sanción sea eficaz es necesario que provoque el dolor suficiente para que el delincuente considere que no vale la pena volver a delinquir y, en el caso del resto de ciudadanos, que no conviene cometer crímenes.

Bentham compartía con Beccaria la imagen de la persona como un ser que guía sus comportamientos por el temor, el hedonismo, la racionalidad y la libertad (Cid y Larrauri, 2001, p. 37). En palabras de este autor, «todo individuo se gobierna, aun sin saberlo, por un cálculo bien o mal hecho de penas o de placeres» (Bentham, 1811/1926, p. 16). Bentham (1811/1926) definió las penas como males impuestos a individuos que hayan cometido algún acto dañoso prohibido y con la finalidad de prevenir actos semejantes (p. 8).

Bentham (1811/1926) señaló que la prevención puede ser de dos clases: prevención particular, orientada a que el delincuente no pueda, no quiera o no se atreva a volver a delinquir; y prevención general, orientada a aplicar la pena como ejemplo para advertir a todos los individuos de la sociedad del sufrimiento que padecerían si cometiesen el mismo delito (pp. 15-17). Actualmente el derecho penal y la penología reconocen la siguiente clasificación al interior de estas formas de prevención.

Figura 1. Teorías clásicas de los fines preventivos en derecho penal. Elaboración propia.

2.2.2. Prevención general: integración social y disuasión.

Dentro de la prevención general se ubica el modelo de disuasión o de prevención general negativa. Bajo este enfoque, la sanción se orienta a evitar el comportamiento delictivo a través del temor al castigo proyectado con la aplicación de una sanción célere, suficientemente severa y, sobre todo, certera (von Hirsch, Bottons, y Wikstrom, 1999). Así, desde una perspectiva jurídica la norma penal contiene un mandato de determinación, pues contribuye a disciplinar las conductas humanas mediante la amenaza de sanción penal (Meini, 2014, p. 40). Desde una perspectiva fáctica, este modelo exige que los potenciales delincuentes conozcan la existencia

del castigo o el aumento de su intensidad, que estimen que el riesgo de ser sancionado es relevante y que estén dispuestos a alterar su comportamiento (von Hirsch *et al*., 1999).

En cambio, la prevención general positiva considera que el derecho penal es una herramienta de control social que tiene por finalidad reforzar los valores fundamentales de una sociedad a través del castigo (Hassemer y Muñoz Conde, 2012). De esta manera, la prevención general positiva se aproxima mucho al neorretribucionismo, en la medida en que en ambos modelos se busca comunicar determinada valoración negativa de un comportamiento y afianzar, de este modo, aquel considerado positivo. En este sentido, el neorretribucionismo y la prevención general positiva se diferenciarán únicamente por el mayor acento que se le dé a la negación del comportamiento delictuoso o al efecto integrador que puede tener dicho mensaje. Por estos motivos, se considera que postulados como los de Jakobs son en realidad puentes entre el retribucionismo y la prevención general positiva (Feijoo, 2007, p. 473).

2.2.3. Prevención especial: rehabilitación e incapacitación.

Por su parte, la prevención especial está integrada, en primer lugar, por el modelo rehabilitador o de prevención especial positiva. En el caso del derecho peruano, este modelo se evidencia en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, el cual reconoce el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penal a la sociedad. Como bien indica Montoya (2008), el reconocimiento de estos tres subprincipios implica que la pena se debe ejecutar de modo tal que permita al penado adquirir actitudes respetuosas del ordenamiento jurídico y recuperar su situación social y jurídica luego del cumplimiento de la sanción (pp. 634-635).

En el plano criminológico, el paradigma rehabilitador se caracteriza actualmente por su relación con el modelo riesgo-necesidad-responsividad y con los estudios de desistimiento criminal (Ward y Maruna, 2007). De esta forma, la perspectiva rehabilitadora actualmente vigente considera que la elección del castigo debe estar determinada por las necesidades criminológicas del delincuente y que el programa de tratamiento debe estar enfocado a enfrentar estas necesidades en la comunidad, de manera que la privación de la libertad sea la excepción (Cid, 2009a, pp. 37-43).

En segundo lugar, la prevención especial tiene una perspectiva negativa, también conocida como modelo incapacitador. Bajo este esquema, la sanción es utilizada como un medio para impedir u obstaculizar que el penado vuelva a delinquir (Cid, 2009a, p. 31). Esto se manifiesta en penas como la inhabilitación. Actualmente, este modelo también ha sido enriquecido con los estudios sobre factores de riesgo de violencia. La evaluación de estos factores permite obtener un resultado sobre la probabilidad de reincidencia, lo que, a su vez, posibilita identificar a los delincuentes peligrosos, quienes serán incapacitados. Y es que, en una sociedad de recursos limitados, este modelo adopta un diseño selectivo a través del cual solo se incapacita a quienes tienen alto riesgo de volver a cometer un delito dañoso en el futuro (Zimring y Hawkins, 1995, pp. 42-47).

2.3. Derecho penal en un Estado constitucional de derecho.

Hemos visto que la discusión sobre el núcleo del derecho penal discurre entre la censura y la prevención. Sin embargo, el derecho penal en un Estado constitucional debe cumplir con un fin que acompañe a cualquiera de ambos; dicho con otras palabras, el Estado constitucional de derecho exige que cualquiera de ambos modelos sea constitucionalizado.

Ahora bien, el Estado constitucional de derecho tiene como una de sus características el que la Constitución se erige como una norma capaz de condicionar y limitar al juez, la doctrina, los actores políticos y a los legisladores (Guastini, 2009, p. 49). Por este motivo, Ferrajoli reconoce que el Estado constitucional trae consigo el reconocimiento de una esfera de lo «indecidible», conformada por todo lo que la Constitución excluye del consenso de las «mayorías» y materializada en los principios protectores de las «minorías» (Ferrajoli, 2010, pp. 104-107).

¿Cómo se expresa esta característica en derecho penal? En el llamado fin «garantista», que consiste en reconocer que la tutela de los derechos y libertades del infractor constituye un fin que necesariamente debe acompañar al derecho penal en un Estado constitucional de derecho (Terradillos, 2010, p. 22; Ferrajoli, 2006, p. 62). Dicho en palabras de Ferrajoli (2006), el derecho penal deber servir de utilidad no solo a los no desviados, sino también a los desviados, a través de la prevención de castigos arbitrarios o de respuestas vengativas que vulneren sus derechos fundamentales (p. 62). De esta forma, más allá de que se tome la postura prevencionista o de censura, el núcleo del derecho penal de un Estado constitucional debe estar formado, en parte, por la finalidad garantista. Esta finalidad se expresa en principios garantistas determinados a partir de la intensidad de la intervención estatal (Silva, 1992, pp. 249-272) y en límites a la retribución y a la prevención; de manera que la primera no justifique castigos que excedan los límites de humanidad ni la segunda permita tratamientos que violen el principio de autonomía.

2.4. El núcleo del derecho penal y los «espacios de juego».

Actualmente, la relación antagónica entre censura y prevención mostrada previamente es solo aparente. Así, hemos visto que autores como Bottoms y Von Hirsch (2010), y Jakobs (1997) proponen modelos centrados en la censura que también están orientados a la prevención. De igual modo, es evidente que, en tiempos contemporáneos, las finalidades preventivas excluyen medidas predelictuales y parten de la comisión de un hecho dañoso que es valorado como negativo.

Si bien es posible que prevención y reproche converjan en el derecho penal, lo cierto es que usualmente se aboga para que uno de estos dos elementos tenga una posición preponderante frente al otro. A partir de esto podemos concluir que el «núcleo» se conceptualiza como el rasgo principal y distintivo del derecho penal. De esta forma, la discusión actual entre censura y prevención se focaliza en identificar cuál de estos dos elementos se constituye como la característica más importante del derecho penal. Este debate no es estéril, ya que, si el núcleo del derecho penal está conformado por la censura, no podrán existir figuras jurídico-penales sin reproche. Por el contrario, si dicho núcleo está compuesto por la prevención, resultará posible que existan figuras jurídico-penales que no estén orientadas a la censura o reproche.

Ahora bien, ¿qué sucede con las finalidades o modelos que ocupan un lugar secundario? En el sistema penal actual convergen varios modelos que tienen distintos «espacios de juego» subalternos a los elementos que conforman el núcleo (Cid, 2009a, p. 47). Así, un derecho penal cuyo núcleo esté formado por la censura estará compuesto por medidas que expresen censura por el delito cometido, ello sin perjuicio de que determinadas medidas dentro de este sistema tengan como finalidad de segundo orden la prevención de delitos. De igual modo, un sistema penal cuyo núcleo esté conformado por la prevención estará formado por medidas destinadas a evitar que el comportamiento dañoso vuelva a ocurrir, lo que no niega que la censura tenga un rol importante en consecuencias jurídico-penales como las penas comunitarias (Robinson, McNeill, y Maruna, 2014, pp. 171-174).

La discusión entre estos dos modelos juega un papel central en el momento de analizar las alternativas a la medida de seguridad de internación. Y es que, como se dijo antes, uno de los objetivos del presente artículo es determinar si las figuras jurídicas propuestas deben formar parte del derecho penal.

3. La medida de seguridad de internación: regulación y críticas

3.1. La medida de seguridad de internación en el sistema penal peruano.

Como indicamos en la introducción, las medidas de seguridad y el sistema de peligrosidad se construyeron en oposición a las penas y el sistema de culpabilidad. De esta forma se pueden identificar cuatro características que diferencian la medida de seguridad del sistema de culpabilidad o de penas: (i) se aplican a personas que cometen un delito en una situación de inimputabilidad[1], (ii) no contienen el elemento de censura o reproche por el acto cometido, (iii) su determinación no depende de la culpabilidad sino de la peligrosidad del infractor, y (iv) su finalidad es exclusivamente de carácter preventivo especial. Podemos visualizar estas diferencias en la siguiente tabla:

Tabla 1

Diferencias entre el sistema de penas y el sistema de medidas de seguridad

	Sistema de penas	Sistema de medidas de seguridad
Responsabilidad penal	Situación de imputabilidad.	Situación de inimputabilidad.
Censura	Se comunica censura ante el acto cometido.	No se comunica censura ante el acto cometido.
Finalidad	Fines preventivos (prevención general, prevención especial) y fines retributivos.	Finalidad preventiva especial (curación o incapacitación).
Determinación	Principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de resocialización.	Peligrosidad criminal.

Nota: Elaboración propia.

A continuación, explicaremos más detalladamente estas características a partir de lo reconocido por la normativa y jurisprudencia peruanas.

En primer lugar, ¿qué quiere decir que una persona cometa un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad? La inimputabilidad es entendida tradicionalmente como la falta de capacidad penal o capacidad para delinquir. En este sentido, supone que el sujeto, en el momento de la comisión del delito, se encontraba en una situación que no le permitía

1 El artículo 74 indica que la medida de seguridad de internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario u otro establecimiento adecuado.

comprender la prohibición transmitida por la norma penal y actuar conforme con dicha comprensión (Meini, 2014, p. 121). Esta situación puede ser provocada por factores de diversa naturaleza. Sin embargo, tradicionalmente han sido los factores psicosociales los que han estado más estrechamente vinculados con la inimputabilidad. En esta línea, el artículo 20.1 del Código Penal dispone lo siguiente:

> Está exento de responsabilidad penal […]
> El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepción de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

En relación con esto, es preciso citar la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 189-2013-Lima Norte y emitida el 21 de octubre de 2014 por la Sala Penal Transitoria. En dicha ocasión, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

> 2.10. Constituye causa legal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro de síndrome psicótico de tipo esquizofrenia paranoide, que lo hace inimputable, ya que no es capaz de responder por sus actos.

De lo antes dicho se deriva directamente el segundo rasgo de la medida de seguridad. Y es que si se entiende que la persona en situación de inimputabilidad no ha podido comprender la prohibición expresada en la norma penal, resulta lógico que el acto cometido no sea considerado censurable. Como veremos más adelante, el derecho penal actual considera que la censura representa una comunicación o mensaje a la sociedad, a la víctima y al infractor (von Hirsch, 1998, pp. 35-36) de que el acto realizado ha creado un riesgo prohibido para bienes jurídicos. Sin embargo, esta comunicación no se puede cumplir cuando el infractor no puede comprender la dimensión prohibida y, por lo tanto, dañina, de su comportamiento. Dicho de otro modo, la persona que comete un delito en situación de inimputabilidad no es receptor del mensaje transmitido por la pena ya que tampoco ha sido emisor de un mensaje de desacato a la prohibición penal. Por tanto, no existe ningún comportamiento que reprochar. Así, la Corte Suprema, en la ejecutoria del 12 de mayo de 2016, recaída en el R. N. N° 1780-2014-Lima y emitida por la Sala Penal Transitoria, dispuso lo siguiente:

> Sexto. Que, sin embargo, se ha comprobado que el encausado es una persona inimputable, pues sufre de enfermedad de esquizofrenia paranoide crónica (F20.2 CIE-OMS), como lo certifican los médicos psiquiatras […] Que al no tener capacidad de culpabilidad, no puede responder penalmente por sus actos […].

La tercera característica de la medida de seguridad es su finalidad preventivo-especial, en sus dos dimensiones. Así, el artículo 74 del Código Penal dispone que la internación, como medida de seguridad, tiene fines terapéuticos o de custodia. De este modo, desde el punto de vista de la prevención especial positiva, la internación de una persona que comete un delito en una situación de inimputabilidad responde a un fin terapéutico. Eso implica, en los casos de personas con deficiencias psicosociales, «curar» de los males que han ocasionado que cometan los delitos. Dicho de otro modo, curarlas de la peligrosidad supuestamente asociada

a las deficiencias psicosociales que generaron «alteración de la realidad». Sobre este punto la ejecutoria suprema del 20 de marzo de 2014, recaída en el R. N. N° 2574-2013-Apurímac y emitida por la Sala Penal Transitoria, indica lo siguiente:

> 2.10. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes al señalar las consecuencias de las medidas de seguridad y los presupuestos en que corresponde su aplicación, y que la medida de internación no implica una restricción de la libertad ambulatoria, sino que su función es predominante de rehabilitación, y consiste de someter al sentenciado a un régimen de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra índole que su estado personal requiera para su recuperación. Asimismo, este tipo de medidas no se materializan en un centro carcelario, sino en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado.

Para la doctrina mayoritaria, junto con el fin terapéutico confluye una finalidad incapacitadora o neutralizadora. Y es que la inimputabilidad, para determinada doctrina, no solo genera ausencia de censura sino que también representa presencia de peligrosidad. Así, Freund (2014) indica lo siguiente:

> Pero precisamente de la no responsabilidad de una persona puede derivarse su peligrosidad. Esta no responsabilidad puede estribar, en concreto, en el hecho de que la tutela del bien jurídico —protección esta que debe conseguirse en virtud de las normas de conducta legitimadas en la relación de los libres ciudadanos entre sí— no opera en dicha persona, ya que no está en condiciones del necesario entendimiento y control de su comportamiento que ello implica. (p. 31)

Esta postura ha sido confirmada también por un sector de la jurisprudencia de la Corte Suprema. De este modo, la ejecutoria del 26 de enero de 2010, recaída en el R. N. N° 2375-2009-Cusco y emitida por la Sala Penal Transitoria, señala lo siguiente:

> […] que uno de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como persona en derecho, como sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al derecho, en este sentido, la necesidad de heteroadministrar, implica que la persona portadora de derechos y deberes incumple de manera obstinada determinados deberes, por lo que, ya no puede ser tratada como tal ni igual que a los demás, no significando ello que se genere discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro.

Ahora bien, ¿qué sucede ahí donde el infractor no pueda ser curado? Bajo esta concepción, lo único que puede hacerse es neutralizar e incapacitar al sujeto que cometió el hecho considerado delito. Esta es la finalidad preponderante de la medida de seguridad y la que explica por qué la peligrosidad es el corazón de esta figura jurídica. De este modo, la medida de seguridad permite neutralizar a una persona pese a que no se le considere responsable penalmente. María Florencia Hegglin (2017) indica lo siguiente:

> Las medidas de seguridad surgieron, así como válvulas que permitieron al sistema penal el reconocimiento de la inimputabilidad por razón de exención de responsabilidad pena, sin

> perder por ello el control de las personas que habían sido acusadas de cometer una conducta antijurídica y que, en consecuencia, resultaban absueltas del delito imputado. (p. 23)

Finalmente, como ya hemos indicado, la peligrosidad es un elemento nuclear de la medida de seguridad. La determinación de la duración de medidas como la internación en un centro de salud mental —a personas con deficiencias psicosociales que cometen un hecho considerado delito en una situación de inimputabilidad— responde al criterio de peligrosidad y, en menor medida, al delito cometido, es decir, al pronóstico futuro de que la persona cometerá nuevamente, con seguridad, un delito. Esto se encuentra regulado en el artículo 73° del Código Penal. Al respecto cabe citar la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 1228-2014-Lima y emitida el 4 de mayo de 2015 por la Sala Penal Transitoria. En dicha ocasión, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

> 3.12. En este sentido, el encausado se encuentra incapacitado para distinguir el mal del bien, no tiene conciencia de la realidad de las cosas, no es normativamente motivable; por ello, al ser inasequible frente a la prohibición penal está exento de responsabilidad y, conforme a lo establecido en el numeral uno, del artículo veinte del Código Penal, requiere tratamiento especial; es así que el Colegiado Superior dictó la medida de internación, que es de aplicación exclusiva a los inimputables; con un régimen de privación de libertad, debiendo permanecer en el área especializada y adecuada con fines terapéuticos o de custodia; más aún si analizado el comportamiento del individuo y sus antecedentes penales, es previsible que de mantenerse libre en medio, representa un grave riesgo para la colectividad, siendo que con posterioridad a los hechos que ahora se juzgan, fue condenado por haber cometido otro homicidio.

Como ya hemos señalado, en el Perú la medida de seguridad se encuentra estrechamente relacionada con la inimputabilidad establecida con base en factores psicosociales. Por este motivo, todo estudio de las medidas de seguridad debe tener como punto de partida los derechos de las personas con discapacidad. Estos derechos se encuentran reconocidos y desarrollados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), la cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico[2] y tiene rango constitucional[3].

El enfoque de derechos humanos asumido por la Convención se produce en el marco del modelo social de la discapacidad, transversalmente reconocido en dicho instrumento internacional. ¿Qué caracteriza a este modelo? Como bien señalan Palacios y Bariffi (2007), este paradigma de la discapacidad se ha desarrollado en rechazo y oposición a los postulados de los modelos que lo preceden (p. 19), por lo que su comprensión exige conocer las características de estos paradigmas.

El primer modelo, desde que se ha conceptualizado la discapacidad, es el de prescindencia, cuyos dos elementos centrales son la «justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad»

2 Instrumento internacional ratificado por el Perú y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. El artículo 55 de la Constitución afirma que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

3 El Tribunal Constitucional ha indicado que los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional. Véase: Expediente 0047-2004-AI/TC, fundamento 61; Expediente 2798-2004-HC/TC, fundamento 7.

(Palacios, 2008, p. 37). La discapacidad es considerada como una situación desgraciada, que provoca que la persona con discapacidad sea eliminada física o socialmente de la comunidad.

El segundo modelo representa la visión actualmente predominante que se tiene de la discapacidad. Este es el modelo médico o rehabilitador, que se caracteriza porque la discapacidad es vista como fruto de causas biológicas y por considerar que las personas con discapacidad pueden aportar a la comunidad en la medida en que sean rehabilitadas y normalizadas a través de procedimientos médicos (Palacios, 2008, p. 66).

De esta forma, la medicina reemplaza a la religión y la normalización sustituye a la eliminación. Sin embargo, detrás del discurso médico-rehabilitador se ocultó un aparato de control social, especialmente frente a las personas con discapacidad psicosocial. En esta línea, Oliver (1998) indicó que el modelo rehabilitador cobró sentido con el surgimiento del capitalismo y con su necesidad de controlar a quienes no podrían integrarse en el mercado de trabajo; y en este escenario la medicina brindó una útil justificación (p. 44). Así se edificó, en palabras de Foucault, un poder normalizador que no excluye sino que transforma y corrige a los *anormales* bajo el paraguas del saber psiquiátrico, el cual permite convertir «el bajo oficio de castigar en el hermoso oficio de curar» (Foucault, 1999/2011, pp. 35-38). En esta misma línea, el psiquiatra italiano Franco Basaglia (1979) indicó lo siguiente:

> El enfermo mental es, pues, la persona que se encuentra internada en estas instituciones de las cuales hablamos, en estos institutos que sirven no al cuidado sino a la custodia del paciente. (p. 19)

De igual forma, el también reconocido psiquiatra Thomas Szasz (1979) caracterizó las intervenciones psiquiátricas involuntarias de la siguiente forma:

> Son castigos, controles sociales, torturas, encarcelamientos, envenenamientos, mutilaciones cerebrales. Pero ya que todo tiene lugar bajo auspicios médicos, parece correcto a la mentalidad contemporánea, al igual que las coerciones y brutalidades en nombre de la iglesia parecían correctas a las mentalidades medievales. (pp. 96-97)

En el campo jurídico, la división entre *normales* y *anormales* trajo consigo la idea de que solo las personas que tienen la capacidad de razonar, sentir y comunicarse de acuerdo con el patrón hegemónico pueden ser autónomas y decidir por sí mismas (Cuenca, 2012, p. 106). Esta fundamentación permitió la construcción del modelo de sustitución en la toma de decisiones, el cual faculta a un tercero —frecuentemente un médico o familiar de la persona con discapacidad— a decidir sobre las vidas de las personas con discapacidad.

En oposición a esto, el modelo social de la discapacidad se caracteriza por las siguientes características: (i) parte del enfoque de derechos humanos, (ii) concibe a la discapacidad como una situación en la que se encuentran las personas y no como una característica personal, (iii) considera que la discapacidad tiene un origen social por lo que la respuesta jurídica debe procurar el cambio de la sociedad y no el cambio de la persona con discapacidad, y (iv) promueve una política guiada por el principio de igualdad y no discriminación (de Asís, 2013, pp. 16-17).

En esta línea, uno de los cambios más importantes del modelo social es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, el artículo 12 de la Convención reconoce que ellas «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las

demás en todos los aspectos de la vida», lo que supone el abandono de toda forma de incapacitación basada en la discapacidad y la variación del modelo de sustitución de la voluntad por el modelo de apoyo (De Asís, 2013, p. 104). Este modelo debe respetar las siguientes pautas:

> Es necesario construir un nuevo modelo de apoyo que debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona; (iii) tener la menor duración posible y ser revisable periódicamente; (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona. (De Asís, 2013, p. 105)

Con base en lo antes indicado, es preciso preguntarse si la regulación de la medida de seguridad de internación cumple con las pautas y directrices del modelo social de la discapacidad contenido en la Convención.

3.2. Críticas a la medida de seguridad de internación desde el modelo social. Consideremos que la medida de seguridad no se condice con el modelo social de la discapacidad previamente descrito. En este sentido, el análisis teleológico de esta figura jurídico-penal obtiene por resultado su inconstitucionalidad. Ello conforme con los siguientes argumentos[4]:

En primer lugar, el fin terapéutico o curativo forzoso, planteado como justificante de la «medida de seguridad de internación», aplicable en supuestos de inimputabilidad, está situado dentro del modelo rehabilitador de la discapacidad y con el enfoque de la sustitución de la voluntad surgido de él. Esto por dos motivos: (i) porque parte de la idea de que las personas con discapacidad no tienen capacidad jurídica y, por tanto, es válido utilizar la medicina para «hacer el bien» aun cuando esto ocurra en contra de su voluntad; (ii) porque presupone que para que la persona con discapacidad sea incluida en la sociedad es necesario que sea curada y rehabilitada de manera forzada (Brando, Guzman, Hernández, y Nieto, 2017, pp. 74-75).

Por las razones antes expuestas, la justificación «terapéutica» o «curativa» de la medida de seguridad contradice los principios y reglas defendidos por la Convención. En esta línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité) (2017b) ha indicado lo siguiente:

> El Comité recomienda al Estado parte que a) Derogue las leyes, políticas y prácticas que permiten el internamiento forzado de las personas con discapacidad basándose en su deficiencia, en particular con fines de tratamiento psiquiátrico o de rehabilitación o alegando la presunta necesidad de dispensarles cuidado. (párr. 31)

En segundo lugar, el fin neutralizador de las medidas de seguridad se corresponde con el modelo de prescindencia de la discapacidad. Este supone que la persona con deficiencias psicosociales sea tratada como un objeto peligroso que puede válidamente ser eliminado o aislado de la sociedad (Hegglin, 2016, p. 26) y niega los derechos de las personas con discapacidad a la dignidad humana, autonomía, independencia y a vivir en comunidad. Al respecto, el Comité (2016b) ha indicado lo siguiente:

4 Nuestras críticas a las medidas de seguridad han sido planteadas de manera más extensa en otros artículos (Rodríguez, 2016; Bregaglio y Rodríguez, 2017).

> El Comité solicita al Estado parte que […] suprima de su legislación penal el criterio de peligrosidad y las medidas preventivas y de seguridad relacionadas con el mismo, en los casos en los que una persona con discapacidad psicosocial sea acusada de cometer un delito […]. (párr. 33)

Amparados en estos motivos, el Comité se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, en contra de las medidas de seguridad penales consistentes en la internación en centros de salud mental. Esto se ha producido particularmente en las observaciones finales sobre los informes iniciales de los países de Latinoamérica que incorporan esta figura jurídica. Así, el Comité (2016a) recomendó al Estado plurinacional de Bolivia lo siguiente:

> El Comité insta al Estado parte a que […] revise y modifique su legislación penal para eliminar las declaratorias de inimputabilidad basadas en la discapacidad y las medidas de seguridad que son impuestas como resultado de dicha declaración. (párr. 36)

De manera similar el Comité (2017a) señaló, en su observación final sobre el informe inicial de Honduras, lo siguiente:

> Preocupa también al Comité que las personas declaradas inimputables de la comisión de un delito en razón de una deficiencia puedan ser objeto de medidas de seguridad […] El Comité insta al Estado parte a que revise y reforme sus leyes, incluyendo la Ley de Salud Mental y el Código Penal con el objeto de armonizar la legislación con las disposiciones del artículo 14 de la Convención y proteger efectivamente las garantías del debido proceso de las personas con discapacidad, particularmente con discapacidad psicosocial. (párrs. 35-36)[5]

Lo antes dicho nos coloca en una situación disyuntiva. Por un lado, se puede negar la legitimidad y validez de cualquier tipo de intervención jurídica en casos en los que la persona que cometió un delito se encontraba en una situación de inimputabilidad. Por otro, se pueden proponer medidas jurídicas alternativas y buscar argumentos, acordes con la Convención, que las justifiquen. Esta última opción es la que el Comité recomienda (2013b, párr. 29; 2014b, párr. 29; 2015, párr. 31; 2016a, párr. 38).

4. Alternativas a la medida de seguridad de internación

4.1. Inimputabilidad y discapacidad psicosocial.

En este apartado profundizaremos en el concepto de inimputabilidad, ya que este es el punto de partida de nuestras propuestas alternativas a la medida de seguridad de internación. Como señalamos antes, la imputabilidad es la capacidad de comprender la norma de prohibición y actuar conforme con dicha comprensión (Meini, 2014, p. 121). Por lo tanto, esta figura jurídica es el requisito que permite a la pena reprochar los actos cometidos y evitar su futura comisión a través de la disuasión.

5 Esta línea ha sido esbozada por el Comité en sus observaciones finales sobre los informes iniciales de países como Argentina (2013a, párrs. 25 y 26), Bélgica (2014a, párrs. 27 y 28), Brasil (2015, párrs. 30 y 31), Colombia (2016b, párrs. 38 y 39), Chile (2016c, párrs. 29 y 30), Ecuador (2014b, párrs. 28 y 29), Italia (2016d, párrs. 35 y 36), Portugal (2016e, párrs. 32 y 33) y Uruguay (2016f, párrs. 33 y 34).

Ahora bien, ¿qué ocurre en el supuesto en que una persona con deficiencias psicosociales comete un delito?

Como hemos señalado en otra publicación (Bregaglio y Rodríguez, 2017), la perspectiva predominante de la doctrina peruana reconoce formalmente que las deficiencias psicosociales no son suficientes para que se considere que la persona actuó en un estado de inimputabilidad. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece homologar la presencia de algunas deficiencias psicosociales con la categoría de «persona inimputable». Esta es la línea de la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 189-2013-Lima Norte, citada líneas arriba. La misma argumentación se puede identificar en la ejecutoria emitida el 4 de mayo de 2015 por la Sala Penal Transitoria y recaída en el R. N. N° 1228-2014-Lima, donde se señala lo siguiente:

> 3.7. Constituye causa legal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro de síndrome psicótico de tipo esquizofrenia paranoide, que lo hace inimputable, ya que no es capaz de responder por sus actos.

Del mismo modo, la ejecutoria recaída en el R. N. N° 2574-2013-Apurímac, del 20 de marzo de 2014, indica lo siguiente:

> 2.6. Al respecto, cabe señalar que las alteraciones o perturbaciones psíquicas constituyen una causa de inimputabilidad, porque la persona que las sufre carece de capacidad para comprender la advertencia prohibitiva efectuada por la norma, no se motiva en la misma para evitar las acciones proscritas por el derecho, por lo cual carece de culpabilidad.

Por su parte, la ejecutoria emitida en el R. N. N° 1780-2014, de fecha 12 de mayo de 2016, enuncia el siguiente argumento jurídico:

> Sexto. Que, sin embargo, se ha comprobado que el encausado es una persona inimputable, pues sufre de la enfermedad de esquizofrenia paranoide crónica (F20.2 CIE-OMS), como lo certifican los médicos psiquiatras […].

De manera semejante, la ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria el 15 de noviembre de 2012, respecto del R. N. N° 2658-2012-Lambayeque, dispone lo siguiente:

> Octavo: Que, en tal sentido, si bien es cierto en autos se encuentra acreditado la comisión del delito […] éste se encuentra exento de responsabilidad penal por tratarse de una persona inimputable dada las afectaciones psicológicas que padece, las cuales inciden en su falta de comprensión entre el bien y el mal […].

A pesar de esta tendencia jurisprudencial, la inimputabilidad no es una condición, característica o diagnóstico general del individuo (Brando *et al*., 2017, p. 66). Es decir, no existe «persona inimputable» sino persona que cometió un hecho considerado delito en un estado de comprensión de la realidad distinto al expresado por la norma penal. De esta afirmación se desprenden dos ideas importantes: (i) la inimputabilidad no es un concepto «psiquiátrico» sino una categoría jurídica que se aplica cuando el sujeto no pudo comprender, en el momento de la comisión de un delito, el mensaje prohibitivo de la norma penal o no pudo actuar según

dicha comprensión; (ii) la inimputabilidad no se plantea en abstracto y de manera general, sino que se aplica a una persona determinada frente a un hecho concreto[6]; y (iii) la inimputabilidad no es una invalidación sino una atribución a un orden racional divergente. En esta línea, Bustos considera que en un Estado democrático de derecho la inimputabilidad debe partir del reconocimiento de distintos órdenes racionales, de modo que no suponga un juicio de minusvalía, sino de simple asignación a un orden racional distinto al hegemónico (Bustos, 2004, p. 163).

Este concepto de inimputabilidad supone una fórmula que, en vez de tener un carácter discriminatorio, toma en cuenta que existen perspectivas diversas a las del ciudadano al que se quiere orientar a través de la norma de prohibición; ello siempre que la imputabilidad sea planteada en términos neutrales y no se la asocie automáticamente con las deficiencias psicosociales. Esta es la única interpretación de la inimputabilidad que puede ser considerada coherente con la Convención (Benavides, 2003; Minkowitz, 2014; Rodríguez y Morales, 2015; Bregaglio y Rodríguez, 2017). Y es que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es una manifestación de la capacidad jurídica. Así, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, manifestado en el artículo 12 de la Convención, implica la invalidez de toda declaración de inimputabilidad basada únicamente en la deficiencia psicosocial. De esta manera, el reconocer que una persona tiene capacidad para tomar sus propias decisiones supone aceptar que la persona tiene capacidad para asumir las consecuencias que se deriven de ellas (Brando *et al*., 2017, p. 66).

El resultado de lo antes dicho es que es perfectamente posible que una persona con discapacidad psicosocial cometa un hecho delictivo en una situación de imputabilidad (Rodríguez y Morales, 2015), lo que no impide que la discapacidad psicosocial sea tomada en cuenta en el momento de la determinación o individualización de la pena. Por otro lado, también es posible que las personas con deficiencias psicosociales cometan un «delito» y no puedan, en ese momento, comprender la norma de prohibición concreta o actuar conforme con ella. ¿Qué debe suceder en estos supuestos? Minkowitz indica que para abordar la responsabilidad penal desde la igualdad sustancial planteada por la Convención es necesario analizar el elemento subjetivo e incluir en este análisis la toma de decisiones divergente que pueden tener las personas con deficiencias psicosociales. Por tanto, esta autora considera que en estos casos el proceso penal debería orientarse a evaluar las percepciones y creencias divergentes que pueden tener las personas con deficiencias psicosociales en el momento de probar la intención; de manera que la ausencia de prueba de este elemento conllevaría a la absolución y exclusión de cualquier tipo de responsabilidad penal (Minkowitz, 2014, pp. 456-457).

Pese a lo interesante de la propuesta, existe un inconveniente: la asunción de un enfoque psicológico-volitivo del dolo. Como hemos visto, Minkowitz define el dolo como una «intención» que se debe probar a partir de las creencias y percepciones que se encuentran en la mente de quien cometió el delito. Esta perspectiva psicológica ha enfrentado serias críticas[7],

6 Así, por ejemplo, una persona podrá comprender la antijuricidad de un homicidio, pero, tal vez, no la de un delito tributario o económico (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2006, citados por Hegglin, 2016, p. 28).

7 Se ha criticado la idea de que el dolo es un proceso acontecido en la mente del sujeto activo y que este puede ser averiguado a *posteriori* en el contexto del proceso penal (Ragués, 1999, p. 205). Frente a ello, se ha dicho que la asunción de esta teoría provocaría que el derecho penal se convierta en un instrumento inútil, ya que no existen instrumentos probatorios que permitan averiguar los datos psicológicos que estaban en la mente de la persona en el momento de cometer el delito (Ragués, 1999, p. 272). Más aún, la asunción de esta perspectiva legitimaría que el Estado, a través del derecho penal, se encuentre en la facultad de ingresar en la intimidad del sujeto (Sánchez Málaga, 2016, p. 66), probablemente a través de instrumentos psiquiátricos forzados.

las que han propiciado que la visión dominante de la dogmática penal haya abandonado la conceptualización del dolo como un factor «psicológico». Por el contrario, este elemento se ha normativizado (Roxin, 1994/1997; Jakobs, 1997) de manera que esta figura ya no se prueba a partir de elementos «psicológicos» sino que se imputa a partir de hechos objetivos (Sánchez Málaga, 2016, p. 68). Así, el dolo se define como la «decisión» o «conocimiento» de que se está realizando un riesgo típico para un bien jurídico relevante para la sociedad, conocimiento o decisión que se atribuyen de acuerdo con el contexto objetivo (Meini, 2014, p. 214).

Ahora bien, el dolo solo puede ser imputable a personas que en el momento de cometer el hecho delictivo estaban en condiciones de comprender el sentido prohibitivo de la norma. Como señalamos antes, quien comete un delito en una situación de inimputabilidad no es receptor de esta norma de prohibición, por lo que la tipicidad subjetiva de su comportamiento no podrá ser evaluada. Así, Silva Sánchez señala lo siguiente:

> […] tiene sentido sostener que el concepto de antijuricidad que constituye el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad no presupone, como requisito necesario, la concurrencia efectiva de elemento subjetivo alguno (ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo, ni otros elementos subjetivos). (Silva, 2003, p. 128)

De esta forma, la inimputabilidad es el primer «lugar» donde se deben analizar las percepciones o creencias divergentes, y no en el tipo subjetivo. En otras palabras, consideramos que la imputabilidad —que es, finalmente, el presupuesto del análisis de la tipicidad del acto (Meini, 2014, p. 116)— es el primer elemento que debe activarse en los casos en que una persona con deficiencias psicosociales comete un delito, en un estado de percepción divergente de la realidad que no le permite comprender la antijuricidad de su acto o actuar conforme a dicha comprensión. En este escenario, la discapacidad psicosocial y la comisión de un delito pueden relacionarse en los siguientes supuestos:

(i) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en situación de imputabilidad.
(ii) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; durante el proceso judicial no puede expresar su voluntad y se encuentra en un estado que pone en riesgo su vida.
(iii) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial ya ha recuperado, por su cuenta, la capacidad de ser motivable por la norma penal.
(iv) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial no es motivable por la norma penal. La persona no es detenida en flagrancia y tampoco existen elementos de prueba contundentes.
(v) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial no es motivable por la norma penal. La persona es detenida en flagrancia o existen elementos de prueba contundentes.

Anteriormente hemos indicado que la respuesta al supuesto (i) es la aplicación de una pena. Sin embargo, ¿cuál debe ser la respuesta en los otros supuestos? A continuación, propondremos las medidas alternativas a la medida de seguridad que consideramos se deben imponer en cada uno de estos escenarios.

4.2. Medida de apoyo psicosocial excepcional.

Como ya hemos señalado, puede darse el caso de que el infractor, además de haber cometido el hecho delictivo en situación de inimputabilidad, se encuentre en un estado que pone en riesgo su vida y no es capaz de expresar su voluntad durante el proceso judicial, es decir, se encuentra en un estado en el que las autoridades y el resto de la sociedad no pueden descifrar su voluntad, hecho probablemente asociado a un estado de abandono y a la ausencia de apoyos.

En estas situaciones, consideramos que debe activarse lo que la literatura llama «estado de toma de decisiones facilitadas» (Bach, 2011, p. 95) o de «apoyo intenso» (Bariffi, 2014, p. 497). De acuerdo con Bach (2011), esta figura jurídica se produce en situaciones excepcionales que no permiten a la persona con discapacidad expresar su voluntad, por lo que la medida está dirigida a crear la oportunidad propicia para que su intención sea revelada (pp. 95-96). La base legal de esta herramienta jurídica se encuentra, por un lado, en el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención, que dispone la obligación de adoptar medidas para propiciar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, y también en el literal j) de su preámbulo; este último reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad que tienen la necesidad de un «apoyo más intenso».

En el caso particular, el «apoyo intenso» consistirá en el traslado, excepcional, a un centro de salud y en el tratamiento orientado a descubrir la voluntad de la persona. La diferencia con la medida de seguridad es clara, porque no se busca «curar» a la persona con discapacidad sino brindarle una oportunidad de expresar su voluntad. En otras palabras, estamos ante una figura que no impone ideales personales al infractor sino que supone la imposición excepcional de conductas aptas para que el individuo satisfaga sus preferencias y proyectos de vida que libremente ha adoptado, es decir, nos encontramos ante una medida paternalista y no perfeccionista (Nino, 1989, p. 415; De Asís, 2013, p. 59). Hemos denominado esta medida como «medida de apoyo psicosocial excepcional».

La medida antes descrita debe garantizar las salvaguardias recomendadas por la Convención en el párrafo 4 de su artículo 12; esto supone respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; evitar conflictos de interés e influencias indebidas; respetar el criterio de proporcionalidad y adaptarse a las circunstancias de la persona; ser aplicada en el plazo más corto de tiempo y estar sujeta a exámenes periódicos. De esta forma, una vez que la persona sea capaz de expresar su voluntad, la medida de «apoyo psicosocial excepcional» debe culminar y se debe seguir con el proceso judicial.

Sin embargo, si una vez cumplida la medida la persona no puede expresar su voluntad, corresponderá brindarle los apoyos necesarios para que continúe su vida en centros o establecimientos que garanticen, además de sus necesidades primarias, su derecho a ser incluida en la comunidad, derecho reconocido en el artículo 19 de la Convención. Esto último solo en el caso de que la persona no cuente con apoyos familiares u otro tipo de soporte privado que no haga necesaria la intervención estatal.

De la argumentación antes dicha se desprende que esta medida debería ser impuesta con independencia de la comisión de un hecho delictivo. Es decir, si se identifica una persona

que no puede expresar su voluntad y se encuentra en un estado de riesgo para su vida, es claro que se debe tomar esta medida paternalista. Como veremos más adelante, este elemento debe ser tomado en cuenta cuando se evalúa la naturaleza de esta medida alternativa.

4.3. Conferencia restaurativa.

El tercer escenario antes mostrado se producirá cuando la persona que se enfrenta al proceso penal por la comisión de un hecho delictivo en situación de inimputabilidad ha recuperado previamente, y sin intervención coercitiva del Estado, su capacidad de comprender el sentido antijurídico de sus actos. ¿Qué sucede en estos casos si, luego del proceso penal, se prueba la comisión del hecho delictivo y la situación de inimputabilidad? Consideramos que existen argumentos válidos para sostener que es necesario y legítimo que el Estado vaya más allá de la absolución[8].

En primer lugar, no podemos olvidar que el infractor ha cometido un acto lesivo para bienes jurídicos de terceros, supuesto de hecho que hace necesario que el derecho intervenga con una orientación preventiva. Dicho con otras palabras, al Estado, a la sociedad y a la víctima también les interesa prevenir futuras conductas delictivas. Para lograr esta meta, la norma penal brinda a los miembros de la sociedad un desincentivo prudencial para no delinquir (von Hirsch, 1998, p. 36) y, además, les confirma qué conductas implican un daño intolerable para la vida en sociedad. Sin embargo, la persona que no comprende el sentido prohibitivo de la norma penal no puede ser motivada por el derecho, lo que aminora su potencial disuasivo e integrador. Por estos argumentos, al derecho le interesa, legítimamente, que las personas que han cometido actos lesivos contra bienes jurídicos de terceros sean motivables por la norma prohibitiva; este interés se activa con la comisión de un hecho delictivo y no a partir de un criterio difuso como la «peligrosidad».

En segundo lugar, la comisión del hecho delictivo también despierta la necesidad legítima de evitar potenciales castigos arbitrarios e informales en contra de la persona en situación de discapacidad que cometió el hecho lesivo. Y es que, como se desprende de los fines garantistas descritos antes, la ausencia de respuesta jurídica ante vulneraciones de bienes jurídicos provocaría que las personas afectadas por el delito tomen justicia por sus manos y desplieguen actos de venganza y abuso; esta situación se agravaría por el estereotipo social de que las personas con discapacidad psicosocial son malvadas, violentas o peligrosas (Jiménez, 2008, p. 11). La consecución de este fin hace indispensable que la respuesta jurídica satisfaga los intereses de la comunidad y de la víctima a través de la mínima intervención sobre el infractor (Ferrajoli, 2006, p. 64).

En nuestra opinión, la medida más idónea para cumplir los fines preventivos y protectores antes indicados es el diálogo restaurativo en el que los actores involucrados en el daño ocasionado conversen sobre las consecuencias del mismo y las formas para evitarlo en el futuro (Braithwaite, 2002, p. 13). Este mecanismo, como manifestación de la justicia restaurativa, permite satisfacer intereses distintos —como los de la prevención de conductas delictivas y la satisfacción de la víctima y la comunidad— sin recurrir a la vía punitiva (Cid, 2009b, p. 124). Concretamente, consideramos que la medida jurídica más idónea ante el escenario antes planteado consiste en que, luego de que se confirmen los hechos delictivos y la situación

8 En contra de esta posición, Minkowitz (2006) considera que cualquier tratamiento psicosocial que no sea consentido por la persona con deficiencias psicosociales es contrario a la Convención y al modelo social de la discapacidad (p. 406).

de inimputabilidad en el proceso judicial, se implemente una conferencia con la participación de un mediador, el infractor, las personas que sirvan de apoyo al infractor, la víctima, especialistas en psiquiatría y los funcionarios públicos responsables de brindar los apoyos institucionales y ajustes razonables que pueda requerir el infractor para el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta medida tendría la particularidad de ofrecer al infractor apoyos de distinta naturaleza para que continúe comprendiendo la antijuridicidad de sus actos y para mostrarle la importancia de que los acepte. Claramente, los apoyos brindados no serían impuestos de manera coercitiva.

4.4. Medida preventiva de apoyo psicosocial.

Un escenario distinto se produce cuando la persona que se enfrenta al proceso penal aún no logra comprender la antijuricidad de sus actos. En este caso existen, a su vez, dos escenarios posibles: (i) el delito no ha sido cometido en flagrancia ni existen sólidos elementos de convicción que demuestran que la persona cometió el hecho delictivo, y (ii) el delito ha sido cometido en flagrancia o se cuenta con sólidos elementos de convicción que demuestran que la persona cometió el hecho delictivo.

Evidentemente, el primer caso debería suponer la aplicación del principio de presunción de inocencia y la ausencia de todo tipo de respuesta coercitiva por parte del Estado. Sin embargo, el segundo caso resulta más problemático. Respecto de la medida de seguridad impuesta en este último supuesto, un importante sector de la literatura considera que su aplicación sin un proceso penal vulneraría el derecho a la defensa y la presunción de inocencia (Hegglin, 2016). Sin embargo, se debe tomar en cuenta que los principios limitadores del derecho penal tienen su justificación en la intensidad de la consecuencia jurídica que se impondrá al infractor. Sobre este punto, consideramos valioso citar a Silva Sánchez:

> […] la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a su vez de la correspondiente vocación político criminal de garantías propias del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigencia en […] las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como para un eventual Derecho penal reparador. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema de Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles. (Silva, 2011, p. 174)

En esta línea, los casos en los que el hecho se produce en flagrancia o existen elementos de convicción sólidos que demuestran que la persona ha cometido un hecho delictivo en una situación de imputabilidad deberían resolverse por un camino distinto al de la exclusión del proceso penal y al de la inacción estatal; más aún si se toman en cuenta los intereses preventivos y protectores desarrollados en el acápite anterior.

De este modo, nos parece legítimo que en este escenario el Estado decida, luego de un proceso corto que permita la intervención de la defensa del imputado, tomar una medida orientada al cumplimiento de los siguientes fines: (i) prevenir castigos arbitrarios e informales contra la persona que cometió el hecho a través de la medida que implique menor intervención; (ii) prevenir conductas delictivas, al buscar que el individuo pueda ser motivable por la norma penal; y (iii) apoyar a la persona para que disfrute más ampliamente de su capacidad jurídica sin lesionar bienes jurídicos de terceros.

Así, el escenario que hemos configurado constituye uno de los supuestos frecuentemente asociados al «apoyo intenso» o «estado de toma de decisiones facilitadas» antes explicado.

Proponemos, entonces, que en estos casos se imponga una medida que denominamos «preventiva de apoyo psicosocial» que, a diferencia de la medida de seguridad, no suponga la imposición de un tratamiento psiquiátrico destinado a «curar» y sustituir la voluntad de la persona, sino que implique una forma de asistirla para que, a través del apoyo psicosocial, recupere su capacidad jurídica, comprenda la antijuricidad de sus actos y tome decisiones sin lesionar bienes jurídicos de terceros (Rodríguez, 2016, p. 113).

La medida antes descrita debería estar limitada por un marco temporal mucho menor que el de las penas, el cual debería ser establecido en un proceso legislativo que cuente con la participación de los colectivos de personas con discapacidad psicosocial. Más aún, esta medida debería respetar las salvaguardias descritas en el apartado 3.2, por lo que tendría una intensidad mucho menor que la prisión y la medida de seguridad de internación. Lo antes dicho justifica su imposición en un proceso judicial más breve, siempre que se esté en situaciones de flagrancia o existan elementos de convicción sólidos.

Cabe señalar que si luego de cumplida la medida preventiva de apoyo psicosocial la persona comprende la antijuricidad de sus actos, correspondería instaurar la conferencia restaurativa descrita en el apartado anterior. En cambio, si cumplido el plazo de esta medida la persona no puede hacerlo, corresponderá el cese de toda intervención estatal. En otras palabras, la sociedad asumiría el riesgo de que dicha persona vuelva a cometer un acto ilícito, tal como sucede con la liberación de reincidentes o delincuentes habituales.

5. La naturaleza jurídica de las medidas alternativas a la medida de seguridad

Hemos propuestos tres medidas alternativas ante diferentes escenarios, las cuales pueden ser visualizadas en el siguiente cuadro:

Tabla 2

Propuestas de alternativas a la medida de seguridad

	Medida excepcional de apoyo psicosocial	Conferencia restaurativa	Medida preventiva de apoyo psicosocial
Situación frente al delito	Inimputabilidad	Inimputabilidad	Inimputabilidad
Situación frente al proceso judicial	No motivable por la norma penal	Motivable por la norma penal	No motivable por la norma penal
¿Expresa su voluntad?	No	Sí	Sí

Nota: Elaboración propia.

Ahora bien, ¿pertenecen estas medidas al derecho penal? Para responder a esta interrogante será necesario retomar la discusión sobre el «núcleo» de este ámbito del derecho. En este sentido, no debemos olvidar que las medidas alternativas propuestas suponen una situación de inimputabilidad, por lo que carecen de un fin de reproche o censura por el acto cometido. Si se considera que la esencia del derecho penal es la censura, es lógico afirmar que las medidas impuestas en situaciones de inimputabilidad no pertenecen al derecho penal, que la pena debe constituir su única manifestación y que se debe eliminar el fraude de etiquetas

provocado por el ocultamiento de penas «latentes» (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2006, p. 31) o «encubiertas» a través de nomenclaturas como «medidas de seguridad» o «medidas socioeducativas». De esta forma, Meini (2013) indica lo siguiente:

> El inimputable no tiene capacidad para dialogar en derecho penal. El derecho penal, lejos de desvalorar los comportamientos de los inimputables, solo podrá contemplarlos como quien observa caer la lluvia o cualquier otro aspecto de la realidad que no puede ser normado […]. La principal consecuencia que deriva de todo esto es el rechazo del sistema dualista que distingue entre penas y medidas de seguridad, y la consiguiente necesidad de apostar por un sistema unitario. (pp. 166-167)

Por el contrario, si asumimos que el «núcleo» del derecho penal es la prevención de los delitos, no existen problemas con admitir figuras jurídico-penales que no supongan la imputabilidad, siempre que estas constituyan consecuencias jurídicas que respondan a un hecho delictivo y se orienten a evitar la futura comisión de hechos delictivos. De este modo, el derecho penal no estaría conformado solo por un sistema de penas sino también por otros sistemas jurídico-penales de asignación de hechos y de garantías protectoras. Sobre la legitimidad y validez de estos sistemas, Silva Sánchez señala lo siguiente:

> Estimo posible sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología. (Silva, 2011, p. 168)

En este esquema, las medidas alternativas a la medida de seguridad propuestas pueden conformar un sistema paralelo al sistema de penas ubicado dentro del derecho penal, siempre que constituyan respuestas jurídicas ante un hecho lesivo a bienes jurídicos orientadas a la prevención de los mismos. Si esto es así, resulta evidente que la primera medida alternativa propuesta no constituye, en ningún sentido, parte del derecho penal. Y es que la «medida excepcional de apoyo psicosocial» se impondría ante todos los casos de personas con discapacidad psicosocial que se encuentren en un estado de riesgo para sus vidas y que no puedan comunicar su voluntad, sin importar que hayan o no cometido un hecho delictivo. Más aún, el único fin de esta medida es brindar a la persona un «apoyo intenso» en el ejercicio de su capacidad jurídica y no prevenir futuros hechos delictivos.

Por el contrario, la «conferencia restaurativa» y la «medida preventiva de apoyo psicosocial» se impondrían, en parte, como mecanismos para prevenir la comisión futura de hechos lesivos a bienes jurídicos. Por esta razón, estas dos medidas podrían formar parte de un sistema jurídico-penal de asignación de hechos y de garantías protectoras paralelo al sistema de penas. El diseño de este modelo preventivo de derecho penal sería el siguiente:

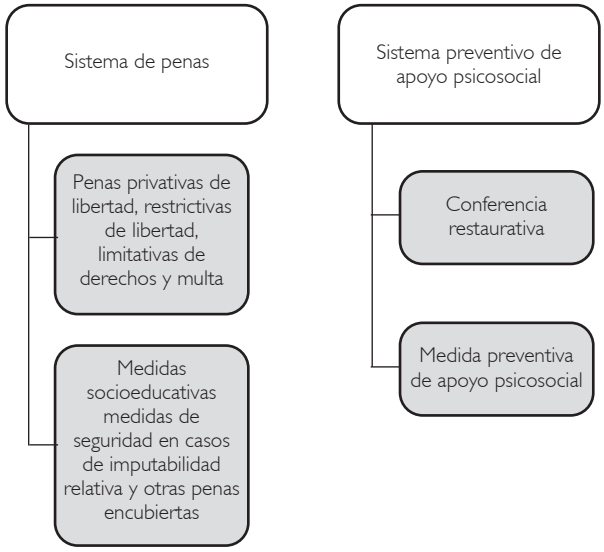

Figura 2. Sistema de penas y sistema preventivo de apoyo psicosocial propuesto. Elaboración propia.

6. Conclusiones

Las principales conclusiones a las que hemos arribado en este trabajo son las siguientes:

(i) En la literatura penal y criminológica existe un debate sobre lo que constituye la esencia, o núcleo, del derecho penal. Para un sector este está formado por la censura o reproche, mientras que para otro lo está por la prevención de hechos delictivos. Si bien actualmente la relación entre ambas posturas no es plenamente antagónica, la identificación de uno de estos elementos como esencial y de otro como marginal puede llevarnos a diferentes conclusiones.
Por otro lado, el Estado constitucional de derecho exige que el núcleo del derecho penal también se encuentre formado por la protección del infractor ante castigos arbitrarios. Por este motivo es indispensable que se establezcan y respeten principios que protejan al infractor.

(ii) La medida de seguridad de internación contradice los postulados del modelo social de la discapacidad y de la Convención. Esto en tanto que se fundamenta en la curación forzada o en la neutralización de la persona con discapacidad psicosocial, finalidades que son correspondientes con el modelo rehabilitador y de prescindencia de la discapacidad. De esta forma, la medida de seguridad de internación representa una violación de los derechos de las personas con discapacidad a la dignidad, capacidad jurídica, autonomía, libertad, a vivir de forma independiente y ser incluidas en la comunidad, reconocidos por la Convención.

(iii) La inimputabilidad no es un diagnóstico general, un sinónimo de discapacidad psicosocial ni un juicio de minusvalía. La inimputabilidad es una categoría jurídica que se aplica cuando el sujeto no pudo comprender el mensaje de la norma penal que le prohibía determinado comportamiento. Por este motivo, es posible que la persona

con discapacidad psicosocial cometa un hecho ilícito en situación de imputabilidad, lo que conllevaría la imposición de una pena.

(iv) Como alternativa a la medida de seguridad se ha propuesto una medida excepcional de apoyo psicosocial en los casos en que la persona que comete el hecho delictivo en situación de inimputabilidad se encuentra en un estado de riesgo y en una situación que no le permite manifestar su voluntad. Esta medida constituiría un «apoyo intenso» orientado a descubrir la voluntad de la persona. Al no estar orientada a la prevención de delitos ni requerir de la imputabilidad, esta medida no formaría parte del derecho penal.

En los supuestos en los que la persona cometió el hecho delictivo en situación de inimputabilidad y luego recuperó su capacidad penal, se sugiere la aplicación de una conferencia restaurativa en la que los diversos actores involucrados en lo acontecido dialoguen, y donde se motiva a la persona a tomar los apoyos necesarios para evitar encontrarse nuevamente en una situación en la que no sea motivable por la norma penal. Esta medida tendría por finalidad evitar futuros delitos y proteger al infractor de castigos arbitrarios por parte de la sociedad.

Finalmente, en los casos en donde el individuo realizó el hecho delictivo en situación de inimputabilidad y no ha recuperado su capacidad penal, se sugiere la imposición de una medida preventiva de apoyo psicosocial. Esta medida sería impuesta solo en casos de flagrancia o en los que existan elementos de prueba contundentes, y se orientaría a evitar futuros delitos, proteger al infractor de castigos arbitrarios y permitirle que ejerza su capacidad jurídica sin lesionar bienes jurídicos de terceros.

(v) Si se adopta una postura retributiva, las medidas antes indicadas no formarían parte del derecho penal porque no incluyen el elemento de reproche. Por el contrario, si se adopta una postura preventiva, es posible constituir un sistema jurídico penal paralelo al de penas, en el que se incorporen la medida preventiva de apoyo psicosocial y la conferencia restaurativa.

REFERENCIAS

Basaglia, F. (1979). La institución psiquiátrica de la violencia. En *Razón, locura y sociedad* (pp. 15-34). México DF: Siglo XXI.

Bach, M. (2011). El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma alternativa. En F. Bariffi, y A. Palacios (Coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (pp. 55-107). Buenos Aires: Ediar.

Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.* Madrid: CERMI.

Benavides, A. F. (2003). *Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Tesis de doctorado en Derecho). Madrid: Universidad Carlos III, Facultad de Derecho.

Bentham, J. (1926). *Teoría de las penas y las recompensas* (Tomo 1.º; J. R. Masson, Dir.; traducción de la 3.ª ed.). París: Masson e Hijo. (3.ª ed., 1826; 1.ª impresión, 1811).

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* (M. Martínez Neira, Trad.). Madrid: Universidad Carlos III. (1764).

Bottoms, A., y Von Hirsch, A. (2010). The crime-preventive impact of penal sanctions. En P. Cane, y H. Kritzer (Eds.). *The Oxford handbook of empirical legal research* (pp. 97-120). Nueva York: Oxford University Press.

Brando, P., Guzman, Y., Hernández, J. S., y Nieto, J. (2017). Imputabilidad, medidas de seguridad y discapacidad en Colombia. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 53-79). México D.F: Ubijus.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice & responsive regulation.* New York: Oxford University Press.

Bregaglio, R., y Rodríguez, J. (2017). Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate* (pp. 119-169). México D.F: Ubijus.

Bustos, J. (2004). La inimputabilidad en un Estado de derecho. En *Obras completas* (Vol. 1, pp. 145-169). Lima: Ara Editores.

Cid, J. y Larrauri, E. (2001). *Teorías criminológicas.* Barcelona: Bosch.

Cid, J. (2009a). *La elección del castigo.* Barcelona: Bosch.

Cid, J. (2009b). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (11), 111-130.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia. CRPD/C/AUS/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica. CRPD/C/BEL/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador. CRPD/C/ECU/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015). Observaciones finales sobre el informe inicial de Brasil. CRPD/C/BRA/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016a). Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Plurinacional de Bolivia. CRPD/C/BOL/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. CRPD/C/COLL/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016c). Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. CRPD/C/CHL/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016d). Observaciones finales sobre el informe inicial de Italia. CRPD/C/CHL/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016e). Observaciones finales sobre el informe inicial de Portugal. CRPD/C/PRT/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016f). Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay. CRPD/C/URY/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras. CRPD/C/HND/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017b). Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Islámica de Irán. CRPD/C/IR/CO/1.

Cuenca, P. (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos,* (158), 103-137.

De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos.* Madrid: Dkyson.

Feijoo, B. (2007). *Retribución y prevención general.* Buenos Aires: BdeF.

Ferrajoli, L. (2006). Garantías y derecho penal. En J. A. Sotomayor (Coord.), *Garantismo y derecho penal* (pp. 3-12). Bogotá: Temis.

Ferrajoli, L. (2010). La esfera de lo indecidible y la división de poderes. En M. Carbonell (Ed.), *Democracia y garantismo* (pp. 102-109). Madrid: Trotta.

Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal* (J. A. Rodríguez Muñoz, Trad.). Madrid: Reus. (1928).

Figueroa, H. (1975). *Código Penal comentado y concordado.* Lima: Inkari.

Foucault, M. (2011). *Los anormales* (Horacio Pons, Trad.; 7.ª reimpresión). México DF: Fondo de Cultura Económica. (1.ª ed. en español, 2000; 1.ª ed., 1999).

Freund, G. (2014). Peligros y peligrosidad en el derecho penal y en el derecho de las medidas de seguridad contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación. En J.-M. Landa Gorostiza (Ed.), y E. Garro Carrera (Coord.), *Delincuentes peligrosos* (pp. 25-48). Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 49-73). Madrid: Trotta.

Hassemer, W., y Muñoz Conde, F. (2012). *Introducción a la criminología y la política criminal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Hegel, F. (1968). *Filosofía del derecho* (A. Mendoza Montero, Trad.; 5.ª ed.). Buenos Aires: Claridad. (1821).

Hegglin, M. F. (2017). Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate* (pp. 15-50). México D.F: Ubijus.

Hegglin, M. F. (2016). La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación,* (11), 23-49.

Hurtado Pozo, J., y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general* (Tomo 2). Lima: IDEMSA.

Jakobs, G. (1997). *Manual de derecho penal parte general.* Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o configuración de la norma? En E. Montealegre (Coord.), *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs* (pp. 39-56). *El funcionalismo en derecho penal.* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Jakobs, G. (2005). *El fundamento del sistema jurídico penal.* Lima: ARA.

Jakobs, G. (2009). Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho, año 2009*(1). Recuperado de http://www.indret.com/pdf/601.pdf

Jiménez, R. (2008). *Derecho y discapacidad.* San José: Fundación Justicia y Género.

Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres* (A. Cortina Orts, y J. Conill Sancho, Trads.; 4.ª ed.). Madrid: Tecnos. (1797).

Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de Derecho PUCP*, (17), 141-167.

Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal - parte general.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

Minkowitz, T. (2006). United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y el Derecho de ser Libre para Consentir Intervenciones Psiquiátricas]. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, *34*(23), 404-428.

Minkowitz, T. (2014). Rethinking criminal responsibility from a critical disability perspective: The abolition of insanity/incapacity acquittals and unfitness to plead, and beyond [Repensando la responsabilidad penal desde una perspectiva crítica de la discapacidad: Abolición de las eximentes por «locura»/incapacidad jurídica y de la incapacidad de alegar en el proceso, y más]. *Griffith Law Review*, *23*(3), 443-466.

Montealegre, E. (2003). Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs. En E. Montealegre (Coord.), *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal* (pp. 21-35). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Montoya, Y. (2008). Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado. En W. Gutiérrez (Dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (Tomo II, pp. 634-643). Lima: Grijley.

Nino, C. A. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Nino, C. A. (2003). *Introducción al análisis del derecho.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Oliver, M. (1998). ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología *discapacitada*? En L. Barton (Coord.), *Discapacidad y sociedad* (pp. 34-58). Madrid: Morata.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Cinca

Palacios, A., y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.* Madrid: Clínica.

Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

Robinson, G., McNeill, F. y Maruna, S. (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la *probation* y otras sanciones y medidas comunitarias. *Política Criminal*, *9*(17), 147-181.

Rodríguez, J. (2016). *Peligrosidad e internación en derecho penal.* Lima: IDEHPUCP.

Rodríguez, J., y Morales, P. (2015). Penas para personas con discapacidad intelectual: Un análisis basado en el modelo social de discapacidad. En P. Urteaga, y A. Verona (Eds.), *Anuario de investigación CICAJ 2013-2014* (pp. 427-455). Lima: CICAJ y Departamento Académico de Derecho.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Trads.). Madrid: Civitas. (ed. alemana, 1994).

Sánchez Málaga, A. (2016). El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normativa? *Themis-Revista de Derecho*, (68), 61-75.

Silva, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Silva, J. (2003). *Normas y acciones en derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Silva, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades industriales.* Montevideo: BdeF.

Szasz, T. (1979). El mito de la enfermedad mental. En *Razón, locura y sociedad* (pp. 83-102). México DF: Siglo Veintiuno.

Terradillos, J. M. (2010). *Sistema penal y Estado de derecho*. Lima: ARA Editores.

Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.

Von Hirsch, A., Bottoms, A., y Wikstrom, P. (1999). *Criminal deterrence and sentence severity: An analysis of recent research* [Disuasión del crimen y severidad de la sentencia: Un análisis de las investigaciones recientes]. Cambridge: University of Cambridge Press.

Von Lizt, F. (1995). *La idea del fin del derecho penal. Programa de Marburgo* (C. Pérez del Valle, Trad.). Granada: Comares. (1882).

Ward, T., y Maruna, S. (2007). *Rehabilitation. Beyond the risk paradigm* [Rehabilitación. Más allá del paradigma del riesgo]. Nueva York: Routledge.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aries: Ediar.

Zimring, F., y Hawkins, G. (1995). *Incapacitation: Penal confinement and the restraint of crime* [Incapacitación: Confinamiento penal y control del crimen]. Oxford: Oxford University Press.

SECCIÓN VI

DERECHOS HUMANOS, DERECHO CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CONSTITUCIONALISMO PRÁCTICO: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CORREOS ELECTRÓNICOS INSTITUCIONALES Y DE PLANILLONES DE ADHERENTES DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS

Eduardo Luna Cervantes
*Departamento Académico de Derecho, PUCP**

Categoría profesores

Este artículo analiza la tensión entre el derecho al acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y a la vida privada a la luz de dos opiniones consultivas de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, con el objetivo de visibilizar como estos casos prácticos evidencia la importancia de la transparencia en un régimen democrático.

1. Tensiones entre derechos

En el presente artículo, se comentarán dos casos recientes que ilustran acerca de la habitual tensión entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y la vida privada, los cuales tienen, en los derechos al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y a guardar reserva de las convicciones políticas, a dos de sus manifestaciones más vistosas, a la luz de los supuestos que comprenden. Se comentará sobre ellos a propósito de dos opiniones consultivas emblemáticas de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Antaip)[1], la misma que recae en la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Se confía en que estas líneas transmitan al lector no solo el valor intrínseco que posee un ejercicio académico como el propuesto, sino también el valor instrumental que, posee la determinación de contenidos jurídicos tan importantes para la comunidad política como el derecho de acceso a la información pública; un derecho que es clave efectivizar, si se concuerda con la necesidad de instalar una cultura de la transparencia en la administración pública peruana y de promover, con ello, otros derechos políticos y civiles que son tributos de la democracia[2].

---

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, grado reconocido por su diploma en la misma disciplina otorgada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Abogado por la Universidad de Lima. Profesor del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno y en la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Se trata de las Opiniones Consultivas N° 030 y 051-2018/DGTAIPD del 27 de junio y 24 de septiembre de 2018, respectivamente.

2 Como bien lo han expresado Abramovich y Courtis (2000), «[…] la consideración individual del acceso a la información, como presupuesto del ejercicio de la libertad de expresión, puede traducirse en clave pública en el acceso a la información pública como presupuesto del ejercicio del derecho de voto, en el sentido de expresión

1.1. Primer caso: el acceso a la información pública de los correos electrónicos institucionales.

¿Son los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos de acceso al público? Esto a propósito de las solicitudes ciudadanas que tienen como pretensión el acceso a los mismos, al amparo del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

La respuesta no es fácil ni corta. Mediante un esfuerzo de síntesis, podría afirmarse que no ha habido, hasta hace poco, una respuesta expresa y absoluta a nivel legislativo (aunque sí —se colegía— a nivel jurisdiccional). Sin embargo, sí hay una respuesta —y siempre la hubo— clara y definitiva si la pregunta se reformula y se atiene a la naturaleza de la información que dichos correos contienen; vale decir, la respuesta varía según se trate de información pública o privada que pudiera estar contenida en dichos correos. Los correos electrónicos pueden contener —y de hecho contienen— información de carácter público y privado, y ese carácter va marcado tanto por el contenido de la información como por el tiempo en que esta se requiere, en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución. Una solicitud de acceso a la información pública de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos, amparada en el derecho constitucional de referencia, podrá atenderse si y solo si, en el tiempo en que se requiere, ha adquirido la condición de pública.

¿Cuáles son los derechos en tensión? De un lado, claramente el derecho constitucional de acceso a la información pública. Este derecho está reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución; en el artículo 10 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (toda referencia que se haga de ella en adelante se entenderá que se hace de su Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2019-IUS, en particular por la numeración de sus artículos); y el artículo 61 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. Al reconstruir con cierta libertad esta configuración normativa, se puede señalar que este derecho reconoce a su titular la acción de solicitar —sin expresión de causa (artículo 7 de la Ley No 27806) — y recibir toda información que produzca o posea el Estado, dentro del plazo legal, y en el soporte material que requiera (documentación escrita, fotografías, grabaciones, información que se exprese en soporte magnético o digital, electromagnético, etc.[3]), con las excepciones que prevé la ley de la materia y bajo el coste que suponga la reproducción de la misma[4].

---

de censura o confianza con la tarea de gobierno realizada por las autoridades representativas, de modo que la expresión de una preferencia individual funciona como insumo del mecanismo de acumulación de preferencias de efecto público que determina la composición del gobierno» (p. 224).

3 En Colombia, la Corte Constitucional ha sido muy clara en precisar que la categoría «documento público», a la que se alude cuando se invoca el derecho de acceso a él, es «todo documento que repose en las oficinas públicas» (Sentencia T-473/92). En esa línea, se colige que un documento digital contenido en un correo electrónico o aplicativo de mensajería electrónica almacenado en algún servidor de una entidad pública es, en principio, de carácter público.

4 Además, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental protegido por la Convención Americana. Como lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia del 19 de setiembre de 2006, Serie C. Nro. 151, párr. 58 a) y b)], el artículo 13 de este instrumento internacional «comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder». Por su parte, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece, en su principio 2, que «[t]oda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana», y que «[t]odas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información». Asimismo, el artículo 3 de dicho instrumento consagra que «[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté

De otro lado se tiene, si no un derecho[5] llamado a rivalizar con el anterior, a propósito de un caso concreto, el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, sí, al menos, una serie de bienes jurídicos de relevancia constitucional que encuentran en las excepciones a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (arts. 15, 16 y 17) una configuración también en modo de derechos (verbigracia, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al secreto bancario, tributario, comercial, industrial, bursátil, etc.) o de prerrogativas de la administración pública propias de la etapa previa a una decisión de poder público (el llamado «privilegio deliberativo» de la administración recogido en el artículo 17, inciso 1, de la Ley) del ejercicio en curso de la potestad sancionadora del Estado (art. 17, inciso 3), o propias de la reserva que requiere la estrategia litigiosa del mismo (art. 17, inciso 4).

De estas posibles tensiones, en abstracto, que es el ámbito desde el cual absuelve consultas la Antaip, se comentarán las dos que han merecido más atención de su parte en la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD; a saber: (i) derecho de acceso a la información pública (derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados); y (ii) derecho de acceso a la información pública (privilegio deliberativo de la administración pública).

La primera tensión se aborda y resuelve a partir de la delimitación que hace la Antaip en el ámbito de la protección de las comunicaciones, en el contexto de la información que se transmite desde una cuenta de correo electrónico asignada por una entidad pública a un funcionario o servidor público. Se pregunta la Antaip: ¿el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, comprende a las comunicaciones realizadas desde las cuentas de correos electrónicos institucionales?[6].

La respuesta que ofrece es una: este derecho constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones comprendería también las comunicaciones y documentos que provengan de una fuente institucional, léase, las que provengan de correos electrónicos asignados a los funcionarios y servidores en razón de sus cargos. La Antaip, a este respecto, hace una acotación en la que opina que bien podría arribarse a la opción contraria, habida cuenta de la normativa general y sectorial existente[7] que prohíbe el uso de estos medios técnicos para fines personales o no institucionales —de hecho, señala que esa sería su opción preferencial dado que es la que optimiza principios como el de publicidad y máxima divulgación de la información, que son propios de la ley material[8]—, pero se decanta por la solución anotada debido a que no puede soslayar el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece sugerir que la delimitación convenida de dicho derecho comprendería, bajo su ámbito de protección, a las comunicaciones realizadas a través de estos medios técnicos institucionales.

Esta declaración no es baladí. Sugiere no solo una toma de postura institucional, sino también una declaración de principios respecto de cómo esta entidad interpreta el rol que debe asumir en tanto operador jurídico y determinador eventual de contenidos sustantivos,

---

contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla». Por su parte, el principio 4 señala que «[e]l acceso a la información […] es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho».

5 Al menos eso se desprende de la lectura de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional peruano, que más adelante se citan.

6 Véanse los párrafos 39 y 40 de la citada Opinión.

7 Véase el párrafo 38 de la citada opinión.

8 Queda claro con el numeral 3) del epígrafe de la citada Opinión, dedicado a las «Recomendaciones y Exhortación».

específicamente, en lo referido a la delicada tarea de adscribir significados a normas de reconocimiento constitucional, en estricto, a la posibilidad de postular determinaciones de contenidos —o, para ser más precisos aún, a la posibilidad de postular excepciones implícitas en el ámbito de protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución—, y que dichas determinaciones tengan la propiedad de arrogarse la condición de significado definitivo de dichas normas y de sus condiciones de aplicación[9].

Regresando al punto, esta conclusión de la Antaip se sustenta en lo que, de momento, parece arribar la jurisdicción constitucional con relación a este punto. Así, a propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas sobre los Expedientes N° 1058-2004-AA/TC y N° 04224-2009-PA/TC, se ha afirmado lo siguiente:

> 17. […] queda claro que *aunque una empresa o entidad* (énfasis añadido) puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental *no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal (énfasis añadido)*, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento

9 Queda claro en el Oficio N° 1263-2018-JUS/DGTAIPD que remite la Autoridad en respuesta al Oficio N° 0024-2018-DP/AAC de la Defensoría del Pueblo: «Esta Dirección General que ejerce la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene el encargo legal de "absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública" (artículo 4, inciso 4, del Decreto Legislativo N° 1353). Y esto lo hace a propósito de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, sus normas modificatorias, ordenadoras y reglamentarias, y con las fuentes jurídicas que dispone para dicho propósito. Esto le supone una habilitación legal para establecer, en el ámbito de la administración pública, un sentido interpretativo correcto de las normas bajo su ámbito competencial, lo que se traduce en la adscripción de un significado a las normas —una determinación prima facie de contenidos—, valiéndose para ello de las fuentes del derecho a su disposición y siempre en el plano de la solución genérica —en abstracto— de casos del mismo orden (pues para el caso concreto, en el ámbito administrativo, está el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Esta Dirección General es consciente que cuando ello no sea posible, podrá postular determinaciones de contenidos dentro del margen que la Constitución admite, aún incluso cuando sujetos aparentemente mejor legitimados para ello —como son los jueces, por ejemplo— puedan hacerlo luego en términos distintos o hasta opuestos a los señalados por ella. Ello es claro para normas como la contenida en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, donde se esclarece —gracias a la Opinión Consultiva en comento— el sentido interpretativo de una norma prohibitiva, pues había el riesgo de que una interpretación literal extendiera indebidamente el velo de la reserva a unos supuestos de hecho que no debían estar vedados para el conocimiento público; se acotó con esta Opinión, en buena cuenta, una excepción al ámbito donde debía mantenerse, al de las excepciones previstas en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806 (Texto Único Ordenado), generando con ello una norma habilitadora para la entrega de la información pública. Distinta es la cuestión cuando el contenido a determinar es el de un derecho fundamental. Esto no ha sido materia de determinación en la Opinión en comento; lo cual no significa que dicho contenido —el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución— no sea relevante para efectos de la adscripción de un significado definitivo a la norma contenida en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806. La Autoridad Nacional, a este respecto, puede postular determinaciones de contenidos allí donde la Constitución, las leyes, la jurisprudencia, etc., sean incompletas o parcas, es decir, cuando no provean una solución normativa a cuestiones materiales vinculadas a estos contenidos sustantivos; pero, lo que no puede hacer, es ignorar las determinaciones ya existentes aportadas por actores tan o mejor legitimados que una autoridad administrativa para llenar esos contenidos; una autoridad, por cierto, que debe ser deferente con dichos actores, no porque esté o no de acuerdo con ellos, sino porque es consciente que los contornos de un derecho como el reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, deben ser delimitados legalmente o cimentados por una consolidada línea jurisprudencial».

de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. *Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos (énfasis añadido)*, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. […]

21. La demandada […] *ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva* (énfasis añadido) solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley[10].

De igual modo, recientemente el Colegiado Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, con similares términos, en sentencias recaídas sobre los Expedientes Nº 3599-2010-PA/TC y Nº 0114-2011-PA/TC, aunque, valgan verdades, la *ratio decidendi* difiere entre los magistrados que concurren en el fallo. Solo dos de ellos presentan fundamentos en similares términos que los expuestos[11].

10 Sentencia recaída sobre el Expediente Nº 1058-2004-AA/TC. En idéntico sentido, también puede consultarse la sentencia recaída sobre el Expediente Nº 04224-2009-PA/TC, f. j.16.

11 Voto del magistrado Mesía Ramírez (STC, Exp. 3599-2010-PA/TC): «*Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones* (énfasis añadido)» (f. j. 5). «[…] *debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea* que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (énfasis añadido)» (f. j. 6). «*Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2° de la Constitución es una prueba prohibida* (énfasis añadido) que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador. En buena cuenta, *el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea* (énfasis añadido) que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, *la única forma* (énfasis añadido) de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución» (f. j. 7). En similares términos emite su voto el magistrado Calle Hayen (STC, Exp. 3599-2010-PA/TC): «*El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia (STCS Nº 02863-2002-AA/TC y Nº 00003-2005-AI/TC), ha establecido un criterio frente a la violación al secreto de las comunicaciones, sosteniendo que "tal derecho se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2°* de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o *acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello* (énfasis añadido).

De esta manera, se colige con claridad que existen elementos de autodeterminación personal en estos medios técnicos de comunicación que no pueden ignorarse y que, aunque pueda «alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que [esta] pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos». Y todo ello por estar protegido por el artículo 2, inciso 10, de la Constitución.

Hasta este punto la atención del texto se ha referido a la primera tensión. A continuación, se tratará sobre la segunda: (ii) derecho de acceso a la información pública (privilegio deliberativo de la administración pública).

Hechas ya las presentaciones del derecho de acceso a la información pública, lo que sigue es hacerlo de este llamado privilegio deliberativo de la administración pública.

En nuestra ley material, Ley N° 27806, está recogido en el artículo 17, inciso 1, que encabeza las excepciones al ejercicio del derecho por su condición de información confidencial, a saber:

> El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: 1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

Esta excepción destaca en la Opinión porque es una que ha sido tradicionalmente alegada por las administraciones para negar la información requerida de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos[12].

Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, *garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos* (énfasis añadido) o particulares, *ajenos al proceso de comunicación* (énfasis añadido)*» (f. j. 2). «El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (énfasis añadido). De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello* (énfasis añadido)» (f. j 3). «Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional, *si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo (énfasis añadido). […] En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el servicio de Net* Send *Chat Virtual en forma desproporcionada o incorrecta en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo* (énfasis añadido) era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso» (f. j. 7). Cabe señalar que lo mismo ocurre en la sentencia recaída en el Expediente N° 0114-2011-PA/TC (véanse los fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 del Voto concurrente del magistrado Mesía Ramírez y fundamentos jurídicos 2, 3, 5, 6 y 7 del voto concurrente del magistrado Calle Hayen).

12 En lo que respecta a la posición que en su tiempo sostuvieron el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas, por ejemplo, pueden consultarse los informes jurídicos citados en la nota 23 de la comentada Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD, en los que se sostiene que no es posible la entrega de correos electrónicos salvo que conste en un expediente, en atención a la interpretación que hacen del artículo

El argumento central es el siguiente. Los funcionarios públicos requieren generar un espacio para la libre discusión en el seno de la administración pública y alcanzar una solución política a los problemas públicos. Ello requiere hacerse, al menos en tanto se adopta una decisión, sin los reflectores de la ciudadanía, la que puede perturbar con su crítica y opinión prematura el debate franco, abierto y disonante entre agentes públicos.

Cabe señalar que este «privilegio deliberativo» está reconocido también en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la Organización de Estados Americanos (OEA)[13].

¿Cómo se resuelve esta tensión? Distinguiendo. No puede afirmarse que toda la información que puede contener la cuenta de correo electrónica de un funcionario o servidor público responde a una situación como la que se pretende proteger en esta excepción. En otras palabras, no todos los mensajes transmitidos y recibidos responden a procesos deliberativos previos a tomas de decisiones públicas.

Ser exhaustivos en la presentación de esta tensión y mostrar el modo en que se resolvió exigiría adelantar la presentación de la solución normativa que se dio a la primera tensión, pese a la conclusión arribada líneas arriba respecto del ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Así que, por cuestiones didácticas, se hará en el siguiente acápite.

1.2. Segundo caso: el acceso a la información pública de los planillones de adherentes para la inscripción de organizaciones políticas[14].

¿La información contenida en los planillones de adherentes de las organizaciones políticas da cuenta de las convicciones políticas de ciudadanos? Y en ese caso, o en el contrario, ¿es información susceptible de entregarse a través de una solicitud de acceso a la información amparada en el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución?

Sobre lo primero, se considera que no; sin embargo, aun admitiendo que ello sea así, hay determinada información en los planillones de adherentes que bien debería entregarse ante una solicitud de acceso a la información amparada en el derecho constitucional reconoci-

17, numeral 1, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

13 Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General, celebrada el 8 de junio de 2010, mediante Resolución 2607 (XL-O/10): «Excepciones a la divulgación. 40. Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: […] b) Cuando el acceso generare un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, [el cual deberá ser definido de manera más detallada mediante ley] a los siguientes intereses públicos: 3. la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas; […]. Las excepciones contenidas en los literales (b) 3, 4, y 9 no deberán aplicarse a hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas *(énfasis añadido)*».
El documento denominado Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Americana sobre Acceso a la Información Pública de la OEA (p. 10), presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, señala respecto de esta excepción que busca proteger el proceso deliberativo de las autoridades del Estado para asegurar la efectiva administración pública y el mandato del Estado.

14 De acuerdo con el Texto Único Ordenado del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas (ROP), aprobado por Resolución N° 0049-2017-JNE, el adherente *«es aquel ciudadano que brinda su apoyo suscribiendo una lista de adherentes otorgada a la organización política por la ONPE, para su inscripción, con la finalidad que ésta consiga el número mínimo de firmas necesarias para lograr su inscripción en el ROP. El adherente no tiene derechos, obligaciones, ni vínculo con la organización política».*

do en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

¿Cómo podría verificar un ciudadano que su firma ha sido mal utilizada por una organización política al momento de solicitar su inscripción? ¿Cómo puede saber si ha sido falsificada para ese fin? ¿Se puede acceder a los planillones de adherentes?

Pero, a su vez, si fueran accesibles para cualquiera los planillones de adherentes, ¿no se vulneraría con su develamiento la protección de un dato personal como lo es la opinión o convicción política[15]? Más aún, ¿no se vulneraría el derecho fundamental a guardar reserva sobre las convicciones políticas, reconocido en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución?

Como se sabe, la reserva de las convicciones políticas está asociada con la libertad de conciencia (art. 2, inciso 18, de la Constitución)[16], lo cual se debe a su paralelismo con la libertad religiosa.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido a la libertad de conciencia como un derecho referido al cúmulo de ideas y valoraciones frente al mundo que tienen las personas y la obligación del Estado de generar las condiciones para proteger su libertad de ejercerlo. Así, el Colegiado Constitucional ha señalado algunos de los elementos que configuran la libertad de conciencia, analizándola en perspectiva con la libertad de religión:

> El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo […] El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden […] En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias»[17].

De este modo, es posible sostener una relación de género a especie entre ambos derechos, en la que la libertad de conciencia se refiere a distintos aspectos de las concepciones que tienen los individuos, mientras que las religiosas se refieren estrictamente a aquellas relacionadas con una creencia divina o espiritual. Así, el Tribunal ha dicho que «Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia»[18].

---

15 En estricto, se trataría de un dato sensible, siguiendo la definición que presenta el artículo 2, numeral 5, de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: «Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual».

16 El Tribunal Constitucional ha señalado que «la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve» (Sentencia recaída sobre el Expediente N° 6111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 10).

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 3.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 3.

Aunque el Tribunal Constitucional no ha delimitado en detalle los alcances o contenidos posibles del derecho a la libertad de conciencia, sí lo ha hecho con relación al derecho a la libertad religiosa, por lo que reconoce entre sus atributos la posibilidad de declarar públicamente la vinculación con un credo o creencia como la de abstenerse de manifestar su pertenencia a alguna[19]. Dada la vinculación entre ambos derechos, los mismos atributos se pueden predicar del derecho a la libertad de conciencia, por lo que la idea de guardar reserva respecto de las convicciones políticas se entiende como parte del contenido protegido de este más genérico derecho a la libertad de conciencia.

De otro lado, y conforme con lo dispuesto por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, develar un dato personal, más aún, un dato sensible, como de hecho lo son las convicciones políticas de las personas, se constituiría en una infracción al derecho a la protección de datos personales[20], si no se contará con el consentimiento de la persona para ello[21].

Esta es la tensión que se hace evidente en este caso. El derecho de acceso a la información pública antes referido entraría en colisión con el derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas de las personas, cuando no, con el derecho a la protección de datos personales, al hacerse casi imposible materialmente recabar el consentimiento de los adherentes para develar su adhesión, con su firma, a determinada organización política.

2. Soluciones normativas

2.1. Primer caso

El desarrollo anterior ha sido necesario para aludir a continuación al problema que origina la primera de las tensiones descritas en el acápite que precede, es decir, la literalidad del primer párrafo del artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, que, al tiempo de emitirse la Opinión Consultiva[22], prescribía: *«La información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público».*

Por razones de espacio, se ha eludido aquí la cuestión de los aplicativos de mensajería electrónica, aunque es posible pregonar de ellos las mismas propiedades de los correos electrónicos y, en lo sustantivo, el mismo fundamento para admitir o no el acceso a los mismos. Así que se seguirá circunscribiendo el comentario a la cuestión de los correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 3284–2003–AA/TC, f. j. 18.

20 O también reconocido en la doctrina como el derecho a la autodeterminación informativa (art. 2, inciso 6, de la Constitución).

21 Véase el artículo 13 de la Ley N° 29733, Alcances sobre el tratamiento de datos personales: «13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco. 13.6 En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público».

22 Se hace alusión al tiempo porque, como se explicará más adelante, esta norma fue modificada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 011-2018-JUS, la misma que fue publicada el 14 de noviembre de 2018; vale decir, casi dos meses después de emitida la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD.

Sobre estos, se tiene, pues, una norma prohibitiva como la enunciada en el citado artículo 16-A que anularía cualquier pretensión de acceder a ellos vía una solicitud de acceso a la información pública, amparada en el derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución; ello, si se asume que la norma contenida en dicho enunciado guarda consonancia con su formulación lingüística. Pero no es el caso.

La interpretación de una norma es un ejercicio de adscripción de significado a esta. Para ello, el intérprete escoge aquel que, según su lectura de todas las normas relevantes del sistema jurídico que concurren para resolver el caso en cuestión, resulte consonante con ellas o, al menos, con las que debería privilegiar a decir de su rango en el edificio normativo del ordenamiento jurídico o del resultado de la confrontación entre aquellas. En cuanto al caso del que se trata en este trabajo, lo que se pretende con una opinión consultiva de la Antaip es la resolución de un caso genérico, en abstracto, a propósito de la existencia de enunciados jurídicos que apuntarían a direcciones opuestas. Y el caso que se comenta se ha expresado en los siguientes términos: ¿puede accederse, en ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, a los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos?

La respuesta es afirmativa. Siempre que se distinga entre correos electrónicos que albergan información clasificada o considerada como secreta, reservada o confidencial, y correos que no contienen información de este tipo. Sobre estos últimos, sí cabe el acceso como consecuencia del trámite de una solicitud de información pública amparada en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

Esta es la solución normativa del caso. Y se llega a ella sobre la base de la disociación, como enseña la doctrina. Esta norma contenida en el artículo 16-A sería una supraincluyente (Schauer, 1991), por contener en ella al menos una regla que no debiera estar incluida a efectos de la consecuencia jurídica que prevé, a la luz de los valores y propósitos subyacentes a ella misma. Así, valiéndose de la diferencia entre enunciado y norma, habría que distinguir como hizo la Antaip entre dos normas:

> N1: La información contenida (toda ella) en correos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público; y,
> N2: La información contenida (que califique o se considere secreta, reservada o confidencial) en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público.

Claramente, N1 no sería la norma que cumpliría los propósitos que persiguen los valores y propósitos subyacentes, no solo al artículo 16-A del Reglamento de la Ley N° 27806, sino a todo el subsistema normativo que la temática de la transparencia y el acceso a la información pública identifica. Entre ellos, destacan los principios de publicidad y transparencia[23]

23 Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TUO): **Artículo 3.- Principio de publicidad.** Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley. En consecuencia: 1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley. 2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de

y de máxima divulgación[24], los cuales —como se sabe— propugnan la publicidad de la actuación de los poderes públicos y la entrega de información que poseen como regla[25], y la reserva y confidencialidad como la excepción, vale decir, existe una presunción de publicidad de la información (salvo el listado de excepciones expresas que establecen los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806), y que las excepciones deben interpretarse restrictivamente[26].

Por lo tanto, la norma de referencia es N2. Ese es el presupuesto normativo que nos permite responder con rotundidad al caso en consulta: ¿puede accederse, en ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, a los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos? Sí, solo a aquella información que no califique como secreta, reservada o confidencial. La dificultad a partir de ahora será determinar cuándo se está ante esta información y cómo tramitar las solicitudes de información de este sui géneris continente.

La dificultad que tiene un poseedor de la información requerida, responsable a su vez de la cuenta de correo electrónica asignada por su entidad para labores vinculadas con el servicio público que realiza, para identificar la información que tiene el carácter de secreta, reservada o confidencial, es la misma que tiene cualquier funcionario público que debe absolver una solicitud ordinaria amparada en el derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

Siendo así, el funcionario o servidor público siempre tendrá en los parámetros de la Ley N° 27806, particularmente en los artículos 15, 16 y 17, una primera señal para identificar la información protegida y la que no lo está. La segunda señal la podrá encontrar, en caso exista, en la clasificación de la información que rija para el sector, de responsabilidad del titular del mismo, y que se alude en los referidos artículos 15 y 16 de la Ley N° 27806. La tercera, por supuesto, en la jurisprudencia constitucional y administrativa que haya explicitado supuestos a partir de la resolución de casos[27], y la cuarta señal la podrá encontrar en los criterios generales de interpretación y aplicación de normas de su competencia que para este efecto establezca la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, como ha ocurrido con la emisión de la Opinión Consultiva N° 051-2018/DGTAIPD.

Si el intérprete-poseedor de la información que yace en su cuenta de correo electrónico es perceptivo con el derecho que rige su actuación, sabrá cuándo está ante una información de carácter público; más aún cuando esta Opinión de la cual se comenta se ha encargado de desmontar la equivocada idea de que toda la información que pudiera albergarse en su cuenta forma parte de un llamado proceso deliberativo no institucionalizado previo a la toma de una

---

las entidades de la Administración Pública. 3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

24 Véase la sentencia recaída sobre el Expediente N° 03035-2012-HD/TC (fundamento jurídico 5).

25 Véase las sentencias recaídas sobre los Expedientes N° 2579-2003-HD/TC (f. j. 5) y N° 003-2005-PI/TC (f. j. 38).

26 Además, no podría ser N1 la norma porque eso significaría aceptar la idea de que por vía reglamentaria se pueden introducir excepciones al listado que conforman los artículos 15, 16 y 17 de la Ley N° 27806. Una cuestión inadmisible dada la distinta jerarquía normativa. Véase el párrafo 65 de la Opinión Consultiva comentada aquí.

27 Se refiere a los casos resueltos por los jueces constitucionales en la tramitación de los procesos de *habeas data* y a los fallos del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública por los recursos de apelación que los solicitantes planteen ante la negativa de una entidad de entregarles la información que requieren (véase el artículo 11, literal e) de la Ley N° 27806).

decisión pública, de lo que se seguiría su exclusión del dominio público, en virtud del artículo 17, inciso 1[28], de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública[29].

Lo cierto es que la máxima de la experiencia enseña que en los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos hay información de este tipo, como también información que no puede catalogarse como parte integrante de un proceso deliberativo, o que, aun siéndola, no puede pregonarse de ella un carácter confidencial. Así, hay correos que:

(i) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que fueron referidos expresamente por la propia decisión.
(ii) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que, pese a no haber sido referidos expresamente, resulta evidente que sirvieron de sustento para la misma.
(iii) Pueden transmitir información que contenga, sea en el mismo mensaje o en documento adjunto, consejos, recomendaciones u opiniones que formaron parte del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental y que no fueran referidos expresamente por la propia decisión, debido a que discurren en un sentido distinto u alternativo, o porque son opuestos a la decisión.
(iv) Pueden transmitir información que dé cuenta de coordinaciones o reuniones de trabajo a propósito del proceso deliberativo previo a una decisión gubernamental o respecto de las funciones ordinarias del servidor o funcionario público.
(v) Pueden trasmitir información de carácter extrainstitucional y personal ajena a cualquier actividad o labor correspondiente al servidor o funcionario público.

Como ha señalado la Antaip en la Opinión de la que se comenta[30], en el caso del punto (i), hay una habilitación clara y expresa en el propio artículo 17, inciso 1, de la Ley, para su entrega. Para el caso del punto (ii), al optimizar en favor de los administrados los referidos principios de transparencia y máxima publicidad, la Autoridad Nacional considera también posibilitada su entrega, siempre que no pudiera advertirse con esta ningún perjuicio real o

28 Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial. El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: 1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

29 Lo han sostenido así, por ejemplo, las Direcciones Generales de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico y la de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Al respecto, véase el numeral 7 de las Conclusiones del citado Informe Jurídico N° 7-2014-JUS/DGDOJ del 20 de agosto de 2014. Igualmente, así lo ha sostenido el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de los Informes N° 1012 y 1013-2014-EF/42.01, cuando sostiene que no es posible la entrega de correos electrónicos salvo que conste en un expediente, en atención a la interpretación que hacen del artículo 17, numeral 1, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (N° 1012: acápite 4.5, pp. 16 y ss., y N° 1013: acápite 5.5, pp. 20 y ss.).

30 Véanse los párrafos 59 y 60.

potencial a la solidez o legitimidad de una posición gubernamental o institucional adoptada sobre un asunto de política pública o interés general, y siempre que el asunto no se refiera a una cuestión fáctica, técnica o estadística, que requiriese por su naturaleza una interpretación subjetiva o toma de posición por parte del decisor.

Con relación al punto (iii), la norma ha decidido proteger del conocimiento público los consejos, recomendaciones y opiniones disímiles a la decisión adoptada, porque estas sí podrían perjudicar la solidez o legitimidad de la decisión[31]. Esta excepción, claro está, no opera si se trata de cuestiones fácticas, técnicas o estadísticas, como prescribe la Ley Modelo de Transparencia y Acceso la Información Pública de OEA arriba citada.

En cuanto a los puntos (iv) y (v), la Antaip señala que son supuestos totalmente distintos a los previstos en el artículo 17, inciso 1; no obstante, las respuestas difieren según el caso, pues mientras en el primero de ellos, al no estar protegido por el texto de la norma en cuestión, debería entenderse como información susceptible de acceso; en el segundo caso, que tampoco está protegido por dicho texto, se trataría de un supuesto inmerso en los límites correspondientes a la intimidad personal y familiar, por lo que se encontraría, en principio, excluida del dominio público.

Por lo tanto, siguiendo a la Antaip, la creencia según la cual quedaría excluida del dominio público la información generada en el marco del privilegio de proceso deliberativo previo a la toma de una decisión pública tendría sustento jurídico —y viabilidad como tal— siempre que se refiera estrictamente a los supuestos enunciados en el punto (ii) —considerando las condiciones descritas— y en el punto (iii). Adicionalmente, habría que tomar en cuenta que aquella información que contiene aspectos referidos a la intimidad personal y otros supuestos de limitación, previstos en la Ley N° 27806, deben entenderse excluidos cuando corresponda.

Reconociendo entonces que, por todo lo tratado, el intérprete-poseedor de la información que yace en su cuenta de correo electrónico tiene elementos suficientes para discernir cuándo está ante información de carácter público, lo que sigue es determinar cómo tramitar estas solicitudes de información, habida cuenta de lo sui géneris de estas, sobre todo en un escenario jurídico que hasta antes de esta Opinión Consultiva generaba una expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de estos medios técnicos.

Aquí es cuando se conectan la forma en que es resuelta la primera tensión expuesta entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, con el modo en que deben tramitarse las solicitudes de acceso a información de los correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos.

Ante la ausencia de una regulación especial, se debe entender —como lo hace la Antaip— que rige la normativa general de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, y su Reglamento. Con todo ello, la autoridad administrativa ha creído conveniente explicitar algunas cuestiones a modo de lineamientos[32].

---

31 Solidez de una posición gubernamental institucional frente a un asunto del cual se ejerciera la rectoría o competencia funcional de modo exclusivo, excluyente o prevalente, dice la Antaip. Y también que esta reserva no puede extenderse en el tiempo de manera indeterminada. A falta de plazo expreso, debe considerarse que la confidencialidad de la misma debe mantenerse hasta que las circunstancias políticas o la posición gubernamental adoptada sobre el asunto en cuestión haya sido modificada por otra decisión de poder público o por una situación fáctica que le reste valor público o actualidad a la reserva o confidencialidad. La reserva tiene un valor instrumental, no intrínseco.

32 Su norma de creación la facultad para ello. Véase el artículo 4, numeral 2, del Decreto Legislativo N° 1353.

El requerimiento debe hacerse al área donde labora la persona a quien la entidad le asignó la dirección electrónica de interés, así que es a ella a quien el Funcionario Responsable de Atención de las Solicitudes de Acceso a la Información Pública (FRAI) derivará la solicitud de información cuando provenga de trámite documentario regular. Esta persona será, por lo tanto, la responsable de la tramitación de la solicitud.

El solicitante debe precisar, además del nombre de la persona a la cual la entidad le asignó la cuenta de correo electrónico de interés, la determinación de la fecha o rango de tiempo en que supuestamente se generaron los correos y la materia específica sobre la que versan las comunicaciones realizadas a través de este soporte.

Como quiera que nadie puede irrumpir en la cuenta de correo electrónico de un funcionario o servidor público, so pretexto de hacer efectivo otro derecho fundamental como lo es el derecho de acceso a la información pública[33] —habida cuenta del ámbito de protección del que gozarían también las comunicaciones realizadas desde este medio técnico (vista la jurisprudencia constitucional citada y el derecho objetivo determinado concerniente al artículo 2, inciso 10, de la Constitución)—, lo propio es contar con el consentimiento de aquel para dar respuesta a una solicitud de acceso a la información pública. Y es exactamente lo que ha señalado la Antaip en su Opinión Consultiva.

Vale la pena una acotación. El consentimiento no puede ser entendido como sinónimo de discrecionalidad por parte del funcionario o servidor público. No es que, si le place, puede entregar la información, o no hacerlo. Si él entiende que lo que se le está solicitando es información de naturaleza pública, debe consentir entregarla. No es algo optativo, no al menos si entiende que el derecho es prescriptivo de su conducta como servidor del Estado. La ley material (art. 15, 16 y 17) determina las excepciones; los principios de publicidad y transparencia y de máxima divulgación deben operar en la interpretación de estas normas, al igual que los criterios esbozados en la casuística generada por la judicatura constitucional (y, en su tiempo, por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública) y las opiniones y lineamientos de la Antaip. Por lo tanto, el funcionario y servidor público, compelido por el principio de legalidad que rige su actuación, debe consentir entregar la información cuando advierta que ella es de naturaleza pública, y, si no lo hace, se expone al régimen de infracciones que prevé la propia norma material de transparencia una vez que la autoridad investida para ello acceda a estos y ordene su develamiento.

Si el poseedor de la información, léase el funcionario o servidor público responsable de la cuenta de correo electrónica asignada por su entidad, no consiente la entrega de los correos electrónicos que albergan la información requerida —se entiende, de modo fundamentado—, o simplemente precluyen los plazos sin respuesta alguna, se entiende que esta ha sido denegada y, por ello, queda el solicitante habilitado a procurarse la satisfacción de su derecho por las vías legales establecidas (entiéndase, un proceso constitucional de *habeas data* o un recurso de apelación ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

2.2. Segundo caso.

La solución normativa de la Antaip a la tensión generada entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a guardar reserva de las convicciones políticas y a la protección de datos personales se traduce en una relativización de la supuesta tensión con el

33 Salvo el juez, como expresamente se prevé en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución.

primer derecho, y en una armonización con el segundo, a partir de la puesta en relieve de la finalidad que se persigue en una etapa del proceso electoral y de la proporcionalidad que se debe observar en el afán de realizarla, minimizando la afectación de los derechos tributarios de la intimidad personal.

En efecto, tal y como puede evidenciarse de la lectura de la Opinión Consultiva N° 030-2018/DGTAIPD, la Antaip relativiza que se esté afectando el derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas. El razonamiento es el siguiente: la firma de una persona en un planillón, adhiriéndose a la intención de una organización política de conseguir su inscripción, refleja, cuando menos, una simpatía o respaldo a la misma en su intención de conseguir su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas; pero de allí a afirmar que hay una convicción política expuesta respecto de ella, hay una gran distancia. Un argumento que abona a esta tesis es el hecho de que esa misma persona puede prestar su firma para la inscripción de otra organización política en otro periodo electoral[34].

Con todo ello, hay argumentos que abonan a favor del acceso al padrón de adherentes. Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley de Organizaciones Políticas establece que, tras la publicación en el diario oficial de un resumen de la solicitud de inscripción de una agrupación política, se cuenta con cinco días hábiles para formular tachas contra la organización, de manera que queda a disposición de los ciudadanos toda la información en las oficinas correspondientes[35].

Así, durante este periodo, estaría a disposición de todas las personas, mediante solicitud de acceso a la información, el contenido de la documentación que obra ante la autoridad electoral, entre ellos, la relación de adherentes que brindan su apoyo para que la agrupación logre su inscripción. El acceso a la información en este periodo es el que permitirá corroborar o denunciar algún indicio de invalidez que se detecte en los datos de los supuestos adherentes, adicionalmente a la fiscalización que ya realizan las autoridades electorales.

Ahora bien, ¿qué aspectos de los datos contenidos en el padrón de adherentes que se alcanza al Registro de Organizaciones Políticas pueden ser conocidos para que se cumpla con suficiencia con la finalidad pública de verificar el correcto desempeño de las organizaciones políticas en su afán de representar la voluntad popular? En opinión de la Antaip, que ciertamente comparte el autor de este artículo, solo los nombres y los números del documento nacional de identidad de los adherentes, no sus firmas.

Y es que no se requiere la firma del adherente porque, para la finalidad que se persigue en el periodo de tachas (esos cinco días hábiles) de verificar la regularidad en el proceso de inscripción de una organización política —al menos en un extremo de todo ese proceso—, basta con conocer el nombre y el documento nacional de identidad del supuesto adherente[36]. Con ello, permitiendo el acceso solo a esos campos de información (proporcionalidad[37]), y en

34 Conforme lo dispone el artículo 90 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

35 Aún en el supuesto negado de que la adherencia para la inscripción de una organización política constituya un dato personal o sensible, se tiene en este artículo 10 de la Ley de Organizaciones Políticas el supuesto habilitante para prescindir del consentimiento de la persona titular de dicho dato; a decir de lo dispuesto en el artículo 14, numeral 2, de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: «No se requiere el consentimiento del titular de datos personales para los efectos de su tratamiento (…) 2. Cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público».

36 La firma, cuya exposición conjunta con los otros dos datos del nombre y DNI, ya pondría en un riesgo innecesario a las personas por la facilidad de reproducir o falsificar la misma para fines ilícitos.

37 Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: Artículo 7. Principio de proporcionalidad. Todo tratamiento

la ventana de oportunidad que constituye el periodo de tachas, se llega a un razonable equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y la protección a los datos personales de los ciudadanos[38].

3. Frustraciones y moraleja

En este último acápite, se tratará de lo que pudo ser y no fue. Y no fue por una razón consciente y justificada. También se pondrá en relieve eso que a veces los juristas miran con desdén por no pertenecer al mundo de lo jurídico y que, insospechadamente, termina a la postre echando por tierra elaboradas tesis dogmáticas, es decir, lo fáctico. Por último, se ofrecerá una moraleja a modo de refrán y el sentido que encierra.

Primero, para algunos lectores seguro habrá sido frustrante leer esta conclusión de la Antaip respecto de que las comunicaciones realizadas a través de las cuentas de correo electrónico de los funcionarios y servidores públicos se encontrarían protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (art. 2, inciso 10, de la Constitución), por lo menos según la lectura de la jurisprudencia constitucional citada. De hecho, si uno aprecia la propia Opinión Consultiva Nº 051-2018/DGTAIPDP puede notar la propia frustración de dicha entidad en su exhortación al Congreso de la República para que evalúe la conveniencia de delimitar, vía legislativa, el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones y documentos privados, y/o de explicitar el carácter institucional y no privado de las comunicaciones y archivos trasmitidos por cuentas de correos electrónicos y aplicativos de mensajería electrónica de los funcionarios y servidores públicos, por ser esta la delimitación que, a su juicio, resultaría más acorde con la optimización de los principios de publicidad y máxima divulgación que informan el ordenamiento jurídico en esta materia.

Seguramente esos mismos lectores hubieran preferido que la Antaip, apartándose de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se decante por una delimitación de este derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución, que excluya de su ámbito de protección a las comunicaciones realizadas a través de cuentas de correo electrónico de funcionarios y servidores públicos. Pero eso no se hizo. Y no se hizo por un entendimiento de los límites de su capacidad de postular normas implícitas para un derecho como el que se está comentando.

Siguiendo a Guastini (2014), hay normas implícitas que se derivan directamente solo de asunciones dogmáticas (p. 168). Estas son todas las tesis «teóricas» construidas por los juristas (o por los jueces) previa o independientemente de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico. A menudo, e intencionalmente, tales asunciones asumen la forma de una tesis acerca de la naturaleza de una u otra institución.

El autor considera que la postulación de contenidos jurídicos acerca de los derechos puede, con frecuencia, asumir la forma de una tesis acerca de su «naturaleza» jurídica, allí donde solo hay enunciados normativos escuetos y parcos. Lo anterior es, hasta cierto punto, legítimo. Se considera legítimo, por ejemplo, ante la indeterminación absoluta y la necesidad

---

de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.

38 El plazo de cinco días no operaría, según el juicio del autor de este trabajo, para el ciudadano que tiene identificado el planillón donde supuestamente firmó y quiere acceder a él. Para el resto, que quiere acceder de modo indiscriminado a planillones de adherentes, sí regiría.

imperiosa de un juez de resolver un caso. Se considera legítimo en un debate académico, cuando se especula acerca de dichos contenidos valiéndose de «la mejor» doctrina. También se considera legítimo cuando se intenta ampliar coberturas de derechos, «ensanchar» contenidos, siempre con la crítica en ciernes de que se está actuando con la legitimidad que posee un legislador[39].

Al autor del presente texto sí le parece más controvertido cuando se postulan normas implícitas con la idea de restringir ámbitos de protección de los derechos, como hubiera ocurrido en este caso, si se viera que la Antaip, ignorando lo que parece ser una delimitación de contenidos del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones por parte del Tribunal Constitucional, excluyera por sí y ante sí a las comunicaciones realizadas a través de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos del ámbito de protección del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución. No se hizo así y parece lo correcto en este caso.

A continuación, se tratará sobre lo fáctico. Puede ser frustrante, pero lo cierto es que la inefectividad del derecho de acceso a la información pública de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos está a un clic de distancia. En muchas entidades públicas, no hay servidores con la capacidad de almacenamiento necesario para garantizar la conservación de los correos electrónicos, con prescindencia de lo que hagan los usuarios de las cuentas designadas, no obstante que esta circunstancia sea considerada un incumplimiento a las obligaciones interamericanas en materia de acceso a la información pública[40].

La naturaleza del derecho de acceso a la información pública en el ámbito digital o informático exige, para su satisfacción, que existan un conjunto de acciones, procedimientos, normativas, capacidades institucionales de gestión y conservación de la información y de tipo presupuestal sin las cuales se hace imposible su efectividad. De allí la importancia de la recomendación que hace la Antaip a la Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros para que, en tanto «órgano de línea con autoridad técnico normativa a nivel nacional y responsable de formular y proponer políticas nacionales y sectoriales, planes nacionales, normas, lineamientos y estrategias en materia de informática y de Gobierno Electrónico» (Presidencia del Consejo de Ministros, 2017, artículo 47), evalúe la necesidad de emitir lineamientos para el adecuado tratamiento de la información de correos electrónicos y aplicativos de mensajería electrónica, a efectos de satisfacer las solicitudes de información viables, conforme al derecho de acceso a la información pública y a los criterios establecidos en la propia Opinión Consultiva.

Aún existen vacíos por llenar en esta materia, incluso existen precisiones normativas que se deben realizar. ¿Qué ocurre con solicitudes de acceso a correos de ex servidores públicos? ¿Quién discrimina en esos casos los mensajes de naturaleza pública de los que no lo son? ¿Puede la entidad contrariar la negativa del servidor público a quien se requieren sus correos? ¿Cómo lo haría? ¿Puede asesorarlo si tiene dudas? ¿A través de qué unidad orgánica

39 La crítica puede ir en aumento dependiendo del derecho que se trate. Seguramente la habrá, y en mayor cantidad, cuando «se ensanchan» contenidos de derechos sociales. Un campo donde, en no pocas latitudes, se sigue considerando esto materia exclusiva de una norma programática o de desarrollo a cargo del Legislador.

40 La Relatoría para la Libertad de Expresión [Informe Anual 2010, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 89] «destaca la obligación que tienen los estados de estructurar sistemas que permitan el almacenamiento y conservación de la información».

o responsable?[41] ¿Cuánto tiempo se deben conservar los correos electrónicos y de quiénes? ¿Cómo quebrar definitivamente la expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de cuentas de correos electrónicos de funcionarios y servidores públicos?[42] ¿Son finalmente titulares de cuentas de correo o solo usuarios de cuentas de la entidad pública? ¿Tienen las entidades protocolos precisos para atender estas solicitudes? Lo cierto es que, pese a alguna explicitación normativa posterior al caso del que se trata aquí —que va en línea de lo interpretado por la Antaip[43]—, no ha habido en este tiempo posterior a la Opinión Consultiva —y hasta el cierre de este artículo— ningún avance en este sentido que contribuya a esclarecer estos asuntos para toda la administración estatal.

Lo último, el refrán con pretensiones de moraleja: «No hay enemigo pequeño». Un responsable ejercicio del derecho de acceso a la información pública puede generar un cambio. Cualquiera puede propiciarlo. De hecho, en lo que a materia electoral corresponde —en alusión al segundo caso—, sí se pudo apreciar las repercusiones políticas de este ejercicio, a propósito de la detección de firmas falsas presentadas por alguna agrupación política que participó en los recientes comicios electorales de 2018[44]. Esta misma sensación se pudo apreciar en algún caso que involucró a un ex ministro de Estado y su cuenta de correo electrónico institucional[45].

41 En México, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (artículo 24, numeral I) determina que cada entidad pública constituya un Comité de Transparencia. Son estos los que tienen acceso irrestricto a la información para clasificarla (art. 43) y, por ende, los llamados a « instituir, coordinar y supervisar las acciones y procedimientos para asegurar la mayor eficacia en la gestión de solicitudes en materia de acceso a la información» (artículo 44, numeral I). Véase el enlace que sigue: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf

42 También en México, cada comunicación que se realiza a través de estos medios técnicos en el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (INAI) lleva consigo el siguiente lema: «La información de este correo, así como la contenida en los documentos que se adjuntan, puede ser objeto de solicitudes de acceso a la información». Así, la expectativa de privacidad se reduce a niveles mínimos y razonables.

43 Como se adelantó en la nota 22, el 14 de noviembre de 2018, mediante el Decreto Supremo Nº 011-2018-JUS se modificó este artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en los siguientes términos: «Artículo 16-A. Información contenida en correos electrónicos. La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM». Como se aprecia, la modificación posterior consolida el criterio de la Antaip respecto a la interpretación restrictiva que había que hacer de aquel extremo de la norma que negaba —como regla absoluta— el acceso a la información de los correos electrónicos. Además, precisa la condición de titulares de cuenta de correo de los funcionarios y servidores públicos; una determinación que va en sentido opuesto a la idea de reducir a cero la expectativa de privacidad de las comunicaciones realizadas a través de dichos medios técnicos por parte de dichos funcionarios y servidores, porque claramente la expectativa es distinta cuando uno se sabe «titular» de algo, a mero responsable o usuario de una cuenta cuya titularidad corresponder a otro, la entidad pública.

44 Puede conocerse el caso accediendo al siguiente enlace: https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/podemos-falsifico-nombres-politicos-y-futbolistas-inscribir-agrupacion-n340632.

45 Donde hubo una primera resolución en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima (Resolución Nº 07 del 24 de junio de 2015). Como se recordará, se trata del caso en el que el ciudadano Marco Gamarra Galindo presenta una demanda de *habeas data* contra el Ministerio de Energía y Minas para acceder a los correos electrónicos del exministro del sector Eleodoro Mayorga, a propósito de los asuntos relacionados por el nuevo Reglamento de Hidrocarburos y similares, el cual suscitara la atención mediática luego de que los *hackers* Lulz Security Perú y Anonymous Perú, a través de Twitter, hicieran públicos los correos electrónicos del expremier René Cornejo y de

De cualquier modo, la actitud gubernamental en este ámbito claramente ha cambiado[46].

En suma, el derecho de acceso a la información pública, en manos responsables, puede constituirse en una herramienta poderosa para prevenir y luchar contra la corrupción y promover, a su vez, la integridad de los funcionarios y servidores públicos.

Se ha visto a lo largo de estas líneas dos ejemplos. Cada uno de ellos expresa la tensión siempre existente con otros derechos o valores jurídicos de la máxima relevancia. La interpretación para optimizarlos tiene su límite. Se están dando algunos pasos desde una institucionalidad naciente, pero todavía hay muchos ámbitos de opacidad que atajar. Y en esa tarea el Legislador no puede estar ausente.

La transparencia es un valor fundamental para la democracia y la promoción de varios derechos. Bien asumida, es el mejor cimiento para refundar una relación de confianza entre el ciudadano y el funcionario público.

los ministros de Estado de las carteras de Medio Ambiente, Manuel Pulgar Vidal, y de Energía y Minas, en el que se deja entrever el involucramiento de una empresa Petrolera, Karoon Energy International (empresa favorecida con la concesión de un lote petrolero en la región norteña de Tumbes), en la exposición técnica del —aún no emitido— Reglamento de Hidrocarburos, el mismo que —según refiere alguna prensa de investigación que se ocupó del asunto en tiempo de la noticia— la favorecería. Un resumen de la secuencia de hechos puede encontrarse en el siguiente enlace: https://elcomercio.pe/politica/gobierno/cinco-claves-entender-cornejoleaks-352358. El expediente de este caso se signó en el referido Juzgado con el N° 36677-2014-0-1801-JR-CI-05.

46 El presidente Martín Vizcarra, ante una solicitud de acceso a sus correos electrónicos institucionales, luego de esta Opinión de la que se comenta, ha consentido entregarlos, y ello, en claro cumplimiento de sus deberes funcionales. Véase la nota que lo reseña en el diario *La República*, edición del 7 de diciembre de 2018, en el siguiente enlace: https://larepublica.pe/impresa/larepublica-lima/07-12-2018.

REFERENCIAS

Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). *Anuario de Derecho a la Comunicación*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Schauer , F. (1991). *Playing by Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.

APROXIMACIONES CRÍTICAS AL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

José Saldaña Cuba
Departamento Académico de Derecho, PUCP[*]

Categoría profesores

En este artículo se desarrollan perspectivas críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En primer lugar, se hace una sistematización del estado actual de la jurisprudencia señalando los aspectos más tratados: la situación de vulnerabilidad de las defensoras y los defensores de derechos humanos, su relación con otros derechos, los estándares para el uso de la fuerza estatal en contextos de disturbios y las condiciones para la responsabilidad estatal por actos de terceros. Seguidamente, se presentan distintas teorías de la democracia para analizar el derecho a la protesta, lo que permite mostrar algunas de las insuficiencias de la jurisprudencia de la Corte. La crítica gira en torno a la incapacidad del sistema interamericano por garantizar plenamente este derecho, el mismo que es ejercido de manera colectiva por lo movimientos sociales en defensa del territorio, apelando a acciones que combinan estrategias legales e ilegales, así como medios pacíficos y violentos.

1. Introducción

En este artículo me propongo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con el derecho a la protesta social. Desde un marco teórico-crítico, intento mostrar las insuficiencias que presenta dicha jurisprudencia (y de alguna manera toda la institucionalidad vigente de derechos humanos) para garantizar adecuadamente el ejercicio de este derecho.

En primer lugar, se afirma la protesta social como un derecho autónomo, más allá de su relación con otros derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se da cuenta de la situación de criminalización que viven los movimientos sociales en América Latina y se ensaya una justificación axiológica para el reconocimiento de un nuevo derecho.

---

* Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Es miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional. El autor quisiera agradecer a Julia Romero Herrera, egresada de Derecho de la UNMSM, por el apoyo brindado en la recopilación y sistematización preliminar de jurisprudencia presente en el artículo. Asimismo, a Jorge Portocarrero Salcedo y a Julio Salazar Delgado, ambos miembros del mismo grupo de investigación, por las fructíferas discusiones sostenidas que han permitido construir el marco teórico que sirve de análisis. No obstante, el autor reconoce que los errores e insuficiencias que puedan hallarse son atribuibles a su persona.

En segundo lugar, se presenta una sistematización de la jurisprudencia interamericana en todos los casos relacionados con la protesta social. Se identifican y ordenan los distintos aspectos desarrollados por la Corte IDH: la categoría de defensoras y defensores de derechos humanos, su relación con otros derechos, la responsabilidad de los Estados frente a violaciones cometidas por terceros y los estándares para un uso razonable de la fuerza estatal, especialmente en contextos de disturbios sociales.

Por último, se recurre al aludido marco teórico para sustentar la hipótesis de que, si bien la Corte IDH ha desarrollado un marco de garantías para la protesta social, este resulta insuficiente por ser incapaz de abarcar algunas de las expresiones más importantes de los movimientos sociales en la actualidad. Por un lado, la exigencia de que lo protegido debe ser un derecho ejercido pacíficamente entra en contradicción con algunas estrategias desplegadas por los movimientos, y consolida la idea de que solo el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza. Por otro lado, existe una tendencia a invisibilizar estas estrategias que combinan acciones legales con ilegales, haciendo de las leyes una especie de fetiche, pese a que la promesa de los derechos humanos apela a valores morales universales más allá de las normas positivas.

2. ¿Por qué afirmar el derecho a la protesta social?

Afirmar el derecho a la protesta social implica reconocer su autonomía más allá del reconocimiento expreso en un instrumento internacional y más allá de su vinculación con otros derechos humanos. La necesidad de hacerlo en la actualidad pasa por identificar su ejercicio en la dinámica de los movimientos sociales que se alzan por todo el mundo en contra del abuso de poder, sea de parte del poder público o privado.

América Latina atraviesa una crisis política generada por el desborde de la corrupción, una crisis económica por las contradicciones del modelo de desarrollo que no ha reducido sustancialmente la desigualdad social e incluso una crisis ecológica como consecuencia del cambio climático y la presión sobre las tierras, en especial por parte de las industrias extractivas. Ante la ineficacia institucional, la protesta social en espacios públicos sirve para visibilizar las demandas por acceso a bienes y servicios públicos, en defensa del medio ambiente y del territorio, para pedir justicia y reparaciones por violación de derechos, o exigir condiciones de vida digna como el cese de la violencia contra las mujeres (CELS, 2016).

Por ejemplo, en el caso de las protestas por el medio ambiente durante las últimas décadas, nuestra región ha presenciado la emergencia de un nuevo actor político: el movimiento socioterritorial contra el avance del modelo capitalista de acumulación por despojo de tierras, es decir, la expansión económica de Estados y del capital transnacional a través de la sobreacumulación de tierras, valiéndose de mecanismos legales e ilegales para desposeer a las comunidades indígenas de su territorio histórico. Se trata, ciertamente, de una novedad relativa, pues al mismo tiempo es necesario que se entiende dentro de un proceso histórico de resistencias como respuesta a los cambios del modelo capitalista (Harvey citado por Moraes Valensa, 2013, p. 135). En ese sentido:

> También han aparecido mecanismos completamente nuevos de acumulación por desposesión. El énfasis en los derechos de propiedad intelectual en las negociaciones de la OMC (el denominado acuerdo TRIPS) marca los caminos a través de los cuales las patentes y licencias de materiales genéticos, plasma de semillas, y cualquier forma de otros productos, pueden ser usadas contra poblaciones enteras cuyas prácticas de manejo ambiental han jugado un papel

> crucial en el desarrollo de estos materiales. La biopiratería es galopante, y el pillaje del stock mundial de recursos genéticos en beneficio de unas pocas grandes empresas multinacionales está claramente en marcha. La reciente depredación de los bienes ambientales globales (tierra, aire, agua) y la proliferación de la degradación ambiental, que impide cualquier cosa menos los modos capital-intensivos de producción agrícola, han resultado de la total transformación de la naturaleza en mercancía […]. (Harvey, 2005, p. 114)

La emergencia de nuevos sujetos sociales en el centro de estas protestas, organizados de manera autónoma, apelando a una identidad indígena, han sido vistos en muchos casos como amenazantes. Se vienen desplegando diversas formas de resistencia que son reprimidas por los Estados bajo la justificación del restablecimiento del orden público (Saldaña y Portocarrero, 2017). Como señala Maristella Svampa (2012), los Estados en América Latina han promovido un endurecimiento de las políticas represivas o una criminalización de las protestas (inclusive los llamados «gobiernos progresistas»), priorizando el mantenimiento de un modelo económico extractivo.

Como contrapartida, afirmar el derecho a la protesta social significa denunciar su criminalización:

> La criminalización de la protesta es un fenómeno multidimensional que consiste en el despliegue de acciones y discursos dirigidos a desaparecer y deslegitimar la disidencia política. Los actos de represión pueden abarcar asesinatos, ejecuciones, desapariciones forzadas, agresiones, amenazas, hostigamientos, actividades de inteligencia y persecución a través de procesos penales en contra de una persona o grupo de personas (Saldaña y Portocarrero, 2017, p. 313).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido cientos de denuncias de actos similares contra de defensoras y defensores de derechos humanos de la mayoría de Estados del hemisferio (CIDH, 2015a). Según Global Witness, al menos 185 personas defensoras de derechos humanos[1] fueron asesinadas en el 2015 en el mundo, de las cuales 122 fueron asesinadas en América Latina. Además, según Front Line Defenders, el 41 % de asesinatos en la región están relacionados con la defensa del medio ambiente y el territorio de pueblos indígenas, la mayoría a propósito de oposición a megaproyectos mineros, forestales y energéticos (Oxfam, 2016, pp. 2-4).

El derecho a la protesta social responde también a nuevas formas de acción colectiva vigentes en nuestro tiempo. Los actores de las movilizaciones ya no son solo obreros; actúan en la cotidianeidad y el corto plazo y sus organizaciones no son necesariamente instrumentales (Flores, 2011, pp. 24-25). Para Melucci (1999), no obstante, los movimientos sociales son una forma específica de acción colectiva que se basan en la solidaridad, desarrollan un conflicto y rompen con los límites en que ocurre la acción. Se activan en el encuentro entre la existencia estructural de un conflicto y las condiciones coyunturales en las que se encuentra el sistema; es

1 En este punto resulta pertinente una aclaración. La categoría de defensoras y defensores de derechos humanos es utilizada prioritariamente en el presente artículo por haber sido acogida por el sistema interamericano de derechos humanos, en especial por la CIDH. Sin embargo, en América Latina la protesta social es un derecho ejercido por una variedad de sujetos sociales que no necesariamente caben en dicha categoría: líderes populares (sociales, barriales, ambientales), activistas, luchadoras y luchadores, etc.

decir, no se puede comprender su existencia exclusivamente como una determinante estructural ni como acciones de carácter aislado y únicamente agregativo (p. 9).

Las ciencias sociales en América Latina han caracterizado a los «nuevos» movimientos sociales en torno a algunos ejes centrales: (a) la territorialidad de los conflictos, es decir, la centralidad que tienen los territorios en las disputas sociales de las últimas décadas; (b) la identidad indígena que ha estado en el centro de los discursos emancipadores; (c) la construcción de autonomías como horizonte de luchas; (d) una nueva relación con el Estado en el que la cuestión del poder es reinterpretada y replanteada desde la acción directa, no institucional y de base (Modonesi e Iglesias, 2016, pp. 100-108).

De esta manera, el contexto actual da cuenta de un momento diacrónico: el surgimiento de un nuevo derecho como consecuencia de la aparición de nuevas necesidades que configuran paulatinamente un desarrollo de la comunidad política. En términos de Enrique Dussel (2010):

> «Nuevos derechos» son aquellos que son ignorados por el derecho vigente, y, aún más, que serán durante un cierto tiempo (de la crisis de legitimidad del derecho vigente correspondiente y el crecimiento de la legitimidad del nuevo derecho) negados y aún condenados por el sistema de las leyes y los jueces (cómplices de un derecho vigente en crisis). Como es evidente, el derecho vigente es el *a priori*, y el nuevo derecho se revela *a posteriori* en el tiempo y por su contenido […]. (p. 231)

La cobertura jurídica para el reconocimiento de nuevos derechos viene dada por las cláusulas abiertas de derechos, como el artículo 3º de la Constitución peruana («La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»). El Tribunal Constitucional ha señalado que un derecho nuevo «tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar» (Fundamento 14, Expediente 02488-2002-HC/TC).

Aunque en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no existe una cláusula idéntica, su artículo 29º, sobre normas de interpretación, deja un margen para una interpretación cada vez más amplia:

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […]
> b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
> c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

3. El derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH nunca ha condenado a ningún Estado por violación del derecho a la protesta debido a que, como se ha dicho, no se encuentra reconocido expresamente en ningún instrumento del sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, en diversas sentencias

se han tratado casos que involucran a defensoras y defensores de derechos humanos, y/o que están relacionados con protestas en contextos de convulsión social, en los que la Corte IDH ha establecido conexiones con otros derechos humanos tales como la libertad de asociación, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la presunción de inocencia, los derechos políticos, entre otros.

Con una fórmula que evita el uso del término «protesta social», se ha reconocido la existencia de un derecho a defender los derechos humanos en la Declaración de los Defensores de los Derechos Humanos (adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998) y en la Resolución sobre Defensores de los Derechos Humanos en las Américas (aprobada por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 1999). En dichos instrumentos, catalogados como *soft law*, se ha establecido que todas las personas tienen derecho, individual o colectivamente, a promover los derechos humanos. Sin embargo, en el presente artículo se distingue parcialmente lo que denomino el derecho a la protesta social puesto que abarcan aspectos diferentes.

En lo que viene, intento reconstruir el marco de garantías que ha brindado la Corte IDH al derecho a la protesta a través de su jurisprudencia, es decir, por medio de su labor interpretativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para estos efectos, sirve recordar que se discute en el ámbito académico los alcances del control de convencionalidad y los posibles efectos *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH[2], es decir, incluso para los Estados que no sean parte en un caso concreto. Aun adoptando un enfoque restrictivo, es innegable que se trata de una jurisprudencia que debe entrar en diálogo con el derecho interno para una adecuada labor hermenéutica y la elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos humanos al interior de los Estados.

La selección de sentencias que va a ser presentada guarda relación casi en su totalidad con hechos de protestas sociales, sea a través de organizaciones sociales o de individuos defensores de derechos humanos. En los casos en que esta vinculación no es tan evidente, justificamos su inserción expresamente o nos remitimos a su inclusión en los distintos informes elaborados por la CIDH acerca de la criminalización de la protesta social en América Latina.

Existen tres tipos de sentencias que resultan relevantes para comprender las garantías de las que goza el derecho a la protesta social de acuerdo con la Corte IDH: el primero, que establece la especial protección que merecen las defensoras y los defensores de derechos humanos en condición de grupo vulnerable; el segundo, que liga íntimamente a la protesta social con los derechos humanos a la libertad de asociación, a la libertad de expresión, a la participación política, entre otros; y, por último, los estándares interamericanos para un uso adecuado de la fuerza estatal en el marco de protestas sociales.

3.1. Las defensoras y los defensores de derechos humanos.

La labor de defensoras y defensores de derechos humanos ha sido reconocida como fundamental para el fortalecimiento de las democracias, según la CIDH (2015a, p. 23). Por esa razón, se vienen aprobando instrumentos de derecho internacional sobre el particular (Borrás, 2013, pp. 298-303) e implementando relatorías especializadas tanto en el ámbito universal de las Naciones Unidas (mandato de la Comisión de Derechos Humanos en el año 2000) como en el sistema interamericano (mandato de la CIDH en marzo del 2011).

2 Véanse Sagüés (2010, pp. 449-468) y Bandeira Galindo (2013, pp. 255-273).

Pese a estos esfuerzos, se trata de una actividad que genera riesgos severos como la criminalización:

> Las autoridades enjuician a los defensores, atribuyéndoles cargos civiles y penales injustificados, con la pretensión de detener la protesta social y que el movimiento ambientalista se enfoque en la excarcelación de sus líderes. Así, los defensores ambientales se encuentran en una situación particular de doble vulnerabilidad: por enfrentarse a los intereses del propio Estado y a poderosos grupos económicos, que en la mayoría de los casos cuentan con la connivencia del Estado (Borrás, 2013, p. 298).

En la jurisprudencia de la Corte IDH se ha abordado numerosos casos de violaciones contra defensoras y defensores de derechos humanos, entre ellos: Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005), Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006), Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007), Valle Jaramillo vs. Colombia (2008), Escher y otros vs. Brasil (2009), Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), Lysias Fleury y otros vs. Haití (2011), entre otros.

Uno de los casos contra activistas del medio ambiente que ha implicado vulneraciones a los derechos a la vida y a la integridad personal es el de Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009). Se trata de una reconocida activista, presidenta de la Fundación PROLANSATE, asesinada por disparo de arma de fuego en su residencia. En Honduras, es uno de los primeros casos conocidos de asesinatos por defender los recursos naturales, lo que ha develado el clima de impunidad generado por las omisiones y la falta de diligencia en las investigaciones a cargo del Estado. La Corte IDH reconoció la especial situación de vulnerabilidad que se vive como defensora y defensor del medio ambiente:

> El reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor[3].

Otro de los casos que involucran activistas ambientalistas es el de Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Los hechos se desarrollaron en 1999, época en la que el Gobierno tomó la decisión de desplegar a las fuerzas armadas en los Estados donde operaban el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR), asumiendo funciones de seguridad pública y orden interno. En el marco de un operativo militar, se realizó la detención y tortura de los señores Cabrera y Montiel, activistas de la Organización de Campesinos Ecologistas de la Sierra de Petatlán y Coyuca (OCESP), y se les abrió investigación por la comisión de los presuntos delitos de portación de armas de fuego y siembra de amapola y marihuana.

La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado mexicano en la violación a sus derechos a la libertad personal, integridad personal, a la prohibición de torturas y a las garantías judiciales. Sin embargo, no reconoció que su condición de activistas ambientalistas los ponía en tal situación de vulnerabilidad, debido a que la CIDH no había realizado alegatos específicos en el informe correspondiente:

3 Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009, párr. 149).

> Por todo lo anterior, el Tribunal considera que no le corresponde pronunciarse respecto a hechos alegados por los representantes que no fueron planteados como hechos en la demanda de la Comisión, esto es, respecto a las amenazas que habrían sufrido los señores Cabrera y Montiel antes de su detención y después de su salida de la cárcel, la presunta represión que habrían sufrido por su trabajo en defensa del medio ambiente y el sufrimiento que habrían tenido los familiares de las presuntas víctimas. En similar sentido, no procede pronunciarse respecto a las alegadas violaciones a los artículos 5 y 16 de la Convención Americana en relación con dichos hechos[4].

Los dirigentes sindicales también han sido objeto de amenazas y atentados contra sus derechos, como ha señalado la Corte IDH en Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007) y Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005). En ambos casos, se reconoció que los atentados contra la vida de los dirigentes mineros y de la Central General de Trabajadores del Perú (CGTP) habían sido perpetrados por grupos de exterminio a causa de su actividad en defensa de los derechos laborales y por sus opiniones críticas contra el Gobierno.

Algunos casos que involucran abogados activistas de derechos humanos también han merecido pronunciamientos. El caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006) se trataba de un abogado activista que se dedicó a denunciar la existencia de un grupo de exterminio denominado los «muchachos de oro» en el Estado de Rio Grande do Norte, que estaba compuesto por agentes policiales. A razón de ello, fue víctima de amenazas y finalmente asesinado. La Corte IDH reconoció en el caso el papel que juegan las defensoras y los defensores de derechos humanos y el deber de los Estados de garantizar sus derechos:

> […] en una sociedad democrática, el cumplimiento del deber de los Estados de crear las condiciones necesarias para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos[5].

Y en Lysias Fleury y otros vs. Haití (2011), la Corte IDH se pronuncia sobre el caso de un defensor de derechos humanos, que ejercía la representación de víctimas de violencia doméstica, de agresiones sexuales, de secuestros de niños y de detenciones ilegales en todo el territorio haitiano. Fue detenido cuando se encontraba en su casa, denunciado por haber adquirido supuestamente una bomba de agua robada; tras identificarse como defensor de derechos humanos, fue víctima de malos tratos por parte de los policías (lo amenazaron y golpearon) y fue retenido por más de 17 horas sin alimentos. Al respecto se señala lo siguiente:

> En las circunstancias del presente caso, el análisis de una violación a la libertad de asociación, alegada por los representantes, debe ubicarse en el contexto de la relación que tiene el ejercicio de dicho derecho con el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos. El Tribunal tuvo por probado que los funcionarios que llevaron a cabo la detención le infligieron torturas y malos tratos de particular severidad aludiendo a su condición de defensor a los derechos humanos, y que el señor Fleury fue obligado a esconderse y a huir por temor a las represalias de sus agresores, luego de que éste los denunciara e identificara[6].

4 Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010, párr. 60)
5 Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006, párr. 74)
6 Lysias Fleury y otros vs. Haití (2011, párrs. 101-102)

De esta manera, se puede decir que la Corte IDH ha tenido en consideración el aporte que implica la labor de defensoras y defensores de derechos humanos para la democracia en la región. Ha reconocido su especial situación de vulnerabilidad a causa de las violaciones que sufren y el fenómeno de la criminalización, salvo por falta de pruebas o cuando los alegatos no fueron incorporados oportunamente por la CIDH.

3.2. Su vinculación con otros derechos.

El derecho a la protesta social, pese a su falta de reconocimiento expreso, se encuentra vinculado al ejercicio de otros derechos humanos; entre ellos, encontramos la libertad de asociación, la libertad de expresión, el honor y buena reputación, la presunción de inocencia, la participación política, el acceso a la información, etc.

En cuanto al derecho a la libertad de asociación, en Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005) se reconoció lo siguiente sobre el derecho a la libertad de asociación, artículo 16 de la Convención Americana («Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales, deportivos o de cualquier otra índole»):

> Tal y como fue establecido anteriormente, el asesinato de la presunta víctima fue motivado por su carácter de líder sindical opositor y crítico de las políticas del entonces gobierno en turno. […] Por lo tanto, la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación[7].

Algo similar ocurre en el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007), en el que se condena al Estado por vulnerar los derechos a la vida, integridad personal y libertad de asociación de dos sindicalistas mineros. Saúl Cantoral fue quien dirigió la primera huelga nacional minera del 17 de julio al 17 de agosto de 1988, mientras que Consuelo García era encargada de capacitar a los comités de amas de casa en los campamentos mineros del país, además de atender necesidades de las familias mineras. Estas fueron las razones que los colocaron como blanco de las acciones represivas que venía tomando el Gobierno. La CIDH, en su Informe de Fondo, expresó:

> […] que «de acuerdo a las actividades que venían realizando las víctimas, al contexto de la situación de conflicto interno en el Perú para la época de los hechos y de la naturaleza del grupo ejecutor, es evidente que el móvil del crimen fue el de "controlar" la actividad de agitación sindical en el conflicto laboral, derecho garantizado por la Constitución peruana, a través de "neutralizar" a la dirigencia sindical, a fin de desmotivar la protesta social [énfasis añadido]»[8].

En cuanto al derecho de reunión (artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Se reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas»), en Baena Ricardo

7 Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005, párrs. 68-69).

8 Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007, párr. 81)

y otros vs. Panamá (2001) la Corte IDH condenó al Estado panameño por violar este derecho así como la libertad de asociación de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, quienes fueron despedidos en aplicación de la Ley 25 que castigaba a los que participaran de protestas contra las políticas del Gobierno. La Corte IDH declaró que dicha ley violaba el principio de legalidad y, con ello, varios derechos de los trabajadores. Al mismo tiempo, señaló que el derecho a la libertad de asociación tiene un contenido particular cuando se trata de sindicatos, ligado a reivindicaciones sociales:

> Consta en el acervo probatorio del presente caso que al despedir a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25, siguiendo las órdenes del Poder Ejecutivo, se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector[9].

En cuanto al derecho a la libertad de expresión (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión»), también se pueden mencionar varios casos. Luego del golpe de Estado de 2002 en Venezuela, se generó un ambiente de intimidación a los medios de comunicación privados, entre ellos RCTV, acusados de ser enemigos del Gobierno, «golpistas» y «fascistas», y de causar «un gravísimo daño psicológico al pueblo venezolano»[10], lo que finalmente devino en la no renovación de sus concesiones sobre el espacio radioeléctrico. Estos hechos motivaron un pronunciamiento de la Corte IDH en el caso Granier y otros vs. Venezuela (2015), donde se habló de «la prohibición de discriminación basada en las opiniones políticas de una persona o un grupo de personas»[11], señalando que no cabe discriminación por una determinada línea editorial, aun cuando sea contraria al oficialismo y apoye medidas de protesta tales como los paros nacionales.

Otro caso relevante es Kimel vs. Argentina (2008). El conocido periodista, escritor e investigador publicó el libro *La masacre de San Patricio*, en el que denunciaba la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios contra cinco religiosos. Uno de los jueces lo denunció penalmente, logrando una condena de un año de prisión y el pago de una multa por delito de calumnia. Ante la Corte IDH, el señor Kimel alegó la utilización de los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público. Si bien el caso no está vinculado directamente a un asunto de protesta u organización social, resulta pertinente pues el estándar desarrollado trata del derecho que tienen los ciudadanos para expresarse críticamente de sus autoridades. Al respecto, la Corte IDH señaló la importancia de la libertad de expresión para que las personas puedan emitir opiniones críticas y ejercer un adecuado control democrático de los funcionarios:

> En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas

9 Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2001, párr. 160)

10 Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (2015, párr. 61)

11 Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (2015, párr. 226)

> que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas[12].

En cuanto al derecho a la honra (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad»), se presentó el caso Escher y otros vs. Brasil (2009), el mismo que es citado por la CIDH como un caso en el que funcionarios públicos usan indebidamente el derecho penal para hostigar organizaciones sociales (CIDH, 2015a pp. 39-40). El señor Arlei José Escher y las demás víctimas eran miembros de las organizaciones sociales Asociación Comunitaria de Trabajadores Rurales (ADECON) y Cooperativa Agrícola de Conciliación Avante (COANA), cuyos objetivos son integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de productos. La Corte IDH estableció que miembros de la policía realizaron operaciones de interceptación y monitoreo de una línea telefónica instalada en la sede de COANA en el marco de investigaciones penales; no obstante, algunas cintas de grabación fueron utilizadas para dañar el honor de las personas y la buena reputación de las organizaciones:

> […] [E]l Tribunal encuentra acreditado que el monitoreo de las comunicaciones telefónicas de las asociaciones sin que fueran observados los requisitos de ley, con fines declarados que no se sustentan en los hechos ni en la conducta posterior de las autoridades policiales y judiciales y su posterior divulgación, causaron temor, conflictos y afectaciones a la imagen y credibilidad de las entidades. De tal manera, alteraron el libre y normal ejercicio del derecho de asociación de los miembros ya mencionados de COANA y ADECON, implicando una interferencia contraria a la Convención Americana[13].

Por último, en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (2014), se establece una conexión fuerte entre la protesta social del pueblo mapuche y los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la libertad de pensamiento y de expresión, y a los derechos políticos. Se trata de hechos en un contexto de intensa conflictividad debido a afectaciones a derechos territoriales indígenas, lo que dio lugar a manifestaciones públicas, acciones directas de protesta y a una respuesta estatal que consistió en la apertura de procesos penales por delitos de terrorismo y amenaza de terrorismo contra los líderes mapuche.

Entre los derechos analizados por la Corte IDH, merece especial atención el derecho de presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación, la libertad de expresión y los derechos políticos pues guardan relación con la criminalización de la protesta social. Los jueces debían determinar: (i) si la ley antiterrorista era aplicada selectivamente a los miembros de la comunidad mapuche, (ii) si existió un efecto inhibidor en el ejercicio de su libertad de expresión tras la persecución penal, y (iii) la legitimidad de la inhabilitación política a consecuencia de las condenas por terrorismo.

Pese a que por falta de pruebas no se determinó una aplicación discriminatoria de la ley antiterrorista, se reconoció el uso de «razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios

12 Kimel vs. Argentina (2008, párr. 88)
13 Escher y otros vs. Brasil (2009, párr. 180)

en la fundamentación de las sentencias»[14] condenatorias contra los líderes. Dichas sentencias prohibían su participación en cualquier medio de comunicación y su inhabilitación política para postular a cargos de elección popular, de ahí que la Corte IDH consideró que se vulneraron el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos.

Como puede verse, la protesta social como derecho es ejercida por los ciudadanos de los Estados para pedir el reconocimiento de sus derechos y criticar las distintas formas de abuso del poder existentes en la región. La Corte IDH ha protegido estas actividades vinculando a la protesta social con los derechos humanos expresamente reconocidos en los instrumentos internacionales. Así, la interpretación que hiciera sobre el derecho a la vida e integridad personal ha buscado reparar a las víctimas; la libertad de asociación ha servido para proteger las libertades sindicales; la libertad de expresión, para proteger al periodismo crítico de las autoridades; la presunción de inocencia, para revocar sentencias condenatorias en contra de indígenas; y la protección de la honra, para impedir abusos de poder en investigaciones policiales contra activistas.

3.3. Estándares para garantizar el derecho a la protesta social frente a terceros. Debido a que las protestas sociales pueden ser limitadas o vulneradas tanto por el Estado como por particulares, la Corte IDH ha desarrollado estándares para prevenir, investigar y sancionar violaciones contra las defensoras y los defensores de derechos humanos cometidas por terceros, y también para garantizar un uso razonable de la fuerza estatal frente a disturbios.

El deber de protección de los derechos humanos, reconocido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha extendido a las actuaciones de particulares, ya que «puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos»[15]. En tal sentido, los Estados están obligados a (i) prevenir vulneraciones a los derechos de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y de cualquier otra persona que manifieste su derecho a la protesta, (ii) investigar los hechos sucedidos en torno a las vulneraciones de derechos humanos, y (iii) sancionar a los responsables por los hechos cometidos.

En situaciones de vulneración realizadas por particulares, la Corte IDH ha desarrollado la teoría del riesgo real e inmediato, a través de la cual se evalúa el cumplimiento de una debida diligencia estatal para prevenir violaciones de derechos. Además, desde el caso Campo Algodonero vs. México (2009), se ha establecido que si el grupo de individuos determinado o determinable puede calificar como en situación de discriminación estructural, se debe ser más estricto para evaluar esta debida diligencia (Vásquez, 2011, pp. 537-538). Este estándar es aplicable al caso de las defensoras y los defensores de derechos humanos toda vez que la situación de vulnerabilidad en la que viven ha quedado probada en diversos informes de la Comisión (véanse CIDH, 2006; CIDH, 2011; CIDH, 2015a).

Dado que las transgresiones más graves que padecen las defensoras y los defensores se producen contra su derecho a la vida e integridad personal, el Estado tiene el deber de garantizar la realización de una investigación de oficio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, para sancionar a los responsables:

14 Norín Catrimán y otros vs. Chile (2014, párr. 228)

15 Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006, párr. 113).

> Al respecto, la Corte ha advertido que esta obligación se mantiene «cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado»[16].

Este criterio ha sido confirmado en el caso Tristán Donoso vs. Panamá (2009), en el que se señaló que «los fiscales [deben actuar] con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado»[17].

Por último, las garantías también incluyen la necesidad de identificar y sancionar a los responsables de actos cometidos contra los derechos humanos de defensoras y defensores, como se ha señalado en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003).

> Los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones[18].

3.4. Estándares para el uso de la fuerza estatal en contextos de disturbios.

La CIDH conoce el contexto actual de restricciones a la protesta social en la región de América Latina y ha señalado que las manifestaciones populares son afectadas por el despliegue excesivo y desproporcionado de la fuerza estatal, normalmente por parte de policías y militares. Ha advertido sobre las restricciones al uso de los espacios públicos por medio de regulaciones legales y el empleo de medios desproporcionados con inusitada frecuencia:

> En el caso de las armas menos letales utilizadas en el contexto de protestas sociales, la Comisión advierte su frecuente efecto indiscriminado. Este es el caso de los gases lacrimógenos y de los dispositivos de disparos a repetición que, en ocasiones, son utilizados para disparar proyectiles de goma, recubiertos de goma, de plástico o caucho. El uso de este tipo de armas debe ser desaconsejado, debido a la imposibilidad de controlar la dirección de su impacto. La Comisión considera importante impulsar estudios para profundizar el conocimiento médico disponible respecto de los impactos en la salud y en la integridad de cada una de las armas existentes. Además, deben desarrollarse estudios que especifiquen cuáles son las formas seguras de uso de cada tipo de arma. (CIDH, 2015b, p. 557)

Desde diversos países de América Latina se viene advirtiendo acerca de la forma en que los Estados controlan las protestas sociales, haciendo uso desproporcionado de la fuerza

16 Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009, párr. 78).
17 Tristán Donoso vs. Panamá (2009, párr. 165).
18 Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003, párr. 211).

y con métodos poco democráticos como, por ejemplo, la represión violenta, convenios que ponen a la Policía Nacional al servicio de empresas privadas, así como la participación de las Fuerzas Armadas en conflictos sociales y la aplicación excesiva de sanciones penales (Gamarra, 2010, p. 202).

Sin referirse directamente a protestas sociales, la Corte IDH ha apuntado en la misma dirección al desarrollar una serie de estándares para el uso de la fuerza estatal, incluyendo casos de disturbios. La evolución de esta jurisprudencia ha ido desde los estándares sobre el uso de la fuerza en el marco de detenciones y de las condiciones de las personas privadas de su libertad, ha pasado por hacer aproximaciones a los límites del uso de la fuerza enfatizando su carácter excepcional, y, en los últimos años, ha establecido como principios fundamentales: la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad en el uso de la fuerza.

Entre las sentencias en la materia, encontramos tres casos relacionados con situaciones carcelarias [Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), Montero Aranguren y otros vs. Venezuela (2006)], tres casos relacionados con abusos policiales en detenciones [Familia Barrios vs. Venezuela (2011), Uzcátegui y otros vs. Venezuela (2012) y Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (2003)], un caso sobre abuso policial [caso del Caracazo vs. Venezuela (1999)] y un caso sobre operativo militar bajo suspensión de garantías [Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007)] (Calderón, 2013, pp. 1-2).

En el caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), la Corte IDH reconoció que «el Perú tenía el derecho y el deber de ejecutar la debelación del motín del Penal San Juan Bautista (El Frontón), más aun cuando no se produjo en forma súbita sino que parece haber sido preparado con anticipación»[19] pero concluyó que el uso de la fuerza en el caso fue desproporcionado pues «la fuerza militar utilizada [no correspondía con el] peligro realmente existente y las formas de ataque implementadas tampoco revelaron precaución alguna por reducir los costos humanos de la debelación»[20].

En el caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela (2006), agentes de la Guardia Nacional y de la Policía Metropolitana intervinieron el centro penitenciario Retén de Catia para terminar con un motín. En el operativo se produjeron heridos de gravedad, desaparecidos y muertes, por lo que la Corte IDH señaló que «los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción»[21]. Estableció también un derecho del individuo a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza, resaltando su carácter excepcional, para lo cual apeló a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley (adoptado por el Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente el 27 de agosto de 1990):

> Según los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la Ley, las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de «defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su

19 Neira Alegría y otros vs. Perú (1995, párr. 61).
20 Neira Alegría y otros vs. Perú (1995, párr. 62).
21 Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003, párr. 66).

> fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida».

Además de ello, solicitó al Estado venezolano la creación de un marco normativo que regule el uso de la fuerza, capacitación y entrenamiento a los agentes estatales en control adecuado y verificación de la legalidad de sus acciones.

En el caso del Caracazo vs. Venezuela (2002), se concluyó que el Estado realizó un uso desproporcional de la fuerza estatal en el control de disturbios, lo que afectó los derechos a la vida e integridad personal de decenas de víctimas. El caso se refiere al segundo periodo de gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989-1993), en el que se vivía una crisis por la escasez y acaparamiento de productos de primera necesidad, como consecuencia de reformas económicas. Diversas protestas que iniciaron en Guarenas (a 15 kilómetros de Caracas) se convirtieron en quema de unidades de transporte y continuaron con saqueos de supermercados y pequeños abastos donde se podía encontrar leche, azúcar, harina, entre otros.

El Gobierno implementó el plan «Ávila», que ordenó a la Guardia Nacional y al Ejército contener la revuelta haciendo uso de armas de fuego y una brutal represión. El presidente decretó el estado de emergencia suspendiendo durante casi 10 días las garantías constitucionales y envió a las calles a soldados equipados con fusiles y tanquetas, quienes dispararon contra la población e incluso contra algunas casas de las zonas más pobres de la ciudad, produciendo una enorme cantidad de violaciones a los derechos humanos: no menos de 276 muertos y una cifra hasta ahora indeterminada de desaparecidos (Saldaña y Aranda, 2017). La Corte IDH declaró al Estado venezolano responsable de violaciones de derechos humanos y ordenó investigar los hechos del caso, identificar a los autores materiales e intelectuales, y sancionarlos administrativa y penalmente. Además, ordenó reparaciones a favor de las víctimas y medidas concretas:

> El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. […] Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal[22].

En el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007), en el marco de un ambiente de inseguridad, se dictó el Decreto No. 86, el cual establecía la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. El 6 de marzo de 1993, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional llevaron a cabo un operativo en «Barrio Batallón» (Guayaquil), con el propósito de capturar de delincuentes, narcotraficantes y terroristas. Durante el operativo, agentes del Estado encapuchados con pasamontañas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e

22 Caso del Caracazo vs. Venezuela (1999, párr. 127).

ingresar a los domicilios, teniendo como resultado la muerte de tres personas. La Corte IDH se pronunció sobre los criterios que determinan un uso legítimo de la fuerza con base en el principio de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Asimismo, señaló que hubo una «falta de explicación satisfactoria y convincente por parte del Estado acerca de la justificación del uso letal de la fuerza con armas de fuego; y el incumplimiento de la obligación de garantizar efectivamente el derecho a la vida por la vía de una investigación de lo ocurrido, [por lo que] la Corte considera que las presuntas víctimas fueron ejecutadas extrajudicialmente por agentes estatales»[23].

Por último, en el caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012), la Corte IDH sistematiza los estándares desarrollado hasta el momento y define de manera precisa los principios de legalidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza estatal. El caso se refiere a la actuación de las fuerzas militares en contra de un grupo de haitianos en el que murieron siete personas. Si bien se abrió una investigación, esta se dio en la jurisdicción militar y tuvo como resultado la absolución de los militares involucrados (Calderón, 2013, p. 2). La Corte IDH estableció lo siguiente respecto de los estándares:

> A fin de observar las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad:
>
> *i. Legalidad*: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo; en este caso detener el vehículo que desacató un alto en un puesto de control. Frente a ello, la legislación y entrenamiento debían prever la forma de actuación en dicha situación, lo cual no existía en el presente caso […].
> *ii. Absoluta necesidad*: es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de «absoluta necesidad» para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, «inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura». […]
> *iii. Proporcionalidad*: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda[24].

Hasta este punto, se ha presentado una jurisprudencia interamericana que ha desarrollado estándares que permiten combatir la criminalización de la protesta social. El primer aporte relevante es la determinación de la categoría de defensores y defensoras de derechos humanos como grupo vulnerable, lo que obliga a los Estados a establecer garantías específicas para que su labor pueda ser realizada adecuadamente. Un segundo aporte es la responsabilidad internacional de los Estados por actos cometidos por terceros cuando se cumplan ciertas condiciones;

23 Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007, párr. 110).
24 Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012, párr. 85).

esto resulta fundamental en casos de criminalización de defensoras y defensores ambientales pues, con frecuencia, son empresas privadas las que los persiguen, agreden y asesinan. Por último, la Corte IDH impone restricciones al uso de la fuerza en contexto de disturbios sociales, propiciando que la fuerza estatal sea usada solo en casos de extrema gravedad, bajo un marco legal predeterminado y solo en la medida en que sea necesaria.

4. Tres enfoques de democracia para analizar la protesta social en la jurisprudencia

Siguiendo a Benente (2015), podemos hablar de tres enfoques para comprender a la protesta social: primero, un enfoque conservador o democrático débil, en el que la protesta social es entendida como una disfuncionalidad del sistema democrático y se pone el énfasis en los perjuicios que ocasiona a la sociedad; segundo, un enfoque democrático deliberativo, en el que se presenta como el último medio posible de expresión de grupos vulnerables ante la ineficacia de las vías institucionales para atender a sus demandas; y, por último, un enfoque democrático radical, en el que la protesta no es solo una voz intentado ser audible al debate democrático, sino una demostración de fuerza, la generación de un espacio de violencia no tolerada jurídicamente, cuyo objetivo es presionar a las autoridades y hacer prevalecer sus demandas.

El enfoque conservador o democrático débil de la protesta social no le reconoce su carácter de derecho ni encuentra una vinculación importante con el funcionamiento de la democracia. Suele plantear una visión disminuida del ejercicio de la protesta al exigirle que se haga respetando el orden público de manera estricta, sin causar el menor perjuicio a nadie. Cuando sale de estos parámetros «ideales», apela a argumentos formalistas para catalogar a la protesta como excesiva, violenta o incluso delictiva cuando se trata de manifestaciones que ocupan el espacio público o impiden el libre tránsito. La respuesta que demanda del Estado normalmente es el uso de la fuerza y la criminalización.

Como hemos visto, la Corte IDH ha rechazado este enfoque débil de la protesta social y en reiteradas ocasiones se ha pronunciado garantizando el derecho a la vida e integridad de defensoras y defensores de derechos humanos, su libertad de expresión, su libertad de asociación, etc. Especialmente en los estándares para el uso de la fuerza estatal, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina para evaluar su razonabilidad mostrando que, incluso en contextos de disturbios sociales, las fuerzas policiales y militares deben actuar haciendo un uso excepcional de la fuerza y solo en la medida necesaria. A la luz de su jurisprudencia, es posible decir que el sistema interamericano de derechos humanos se adscribe parcialmente al enfoque democrático deliberativo de la protesta social.

Roberto Gargarella defiende una idea de protesta social robusta, ligada íntimamente a los valores democráticos. Para el profesor argentino, las protestas sociales son necesarias para un adecuado proceso de discusión colectiva pues, a través de ellas, pueden manifestarse demandas ausentes hasta ese momento. Cuando se trata de protestas realizadas por grupos desaventajados, estructuralmente discriminados, el valor democrático de la protesta es todavía mayor y acorde con los principios constitucionales. En sus palabras:

> Esta visión alternativa de la democracia vendría a sugerirnos […] que cuidemos hasta el último momento posible a esa persona que critica al poder público, porque, justamente […] nos preocupa que el poder político no abuse de los extraordinarios poderes que le hemos dado. Nos debe interesar proteger hasta al último crítico, aunque sea uno sólo, y ello así, muy

> especialmente, si esta persona critica al poder público, si no tiene recursos, si tiene dificultades para expresarse (Gargarella, 2006, p. 144)

La Corte IDH se ha acercado a esta postura cuando ha establecido la importancia de la libertad de expresión para el desenvolvimiento de un debate democrático, haciendo énfasis en las posturas críticas del poder público. Y ha reconocido también la existencia de grupos especialmente vulnerables que requieren mayores garantías, como en los casos de los dirigentes sindicales asesinados por su labor crítica y en general en los casos de activistas de derechos humanos que han sido perseguidos por el aparato estatal.

Sin embargo, las limitaciones procesales (competencia, plazos, etc.) y la insuficiente actividad probatoria de la Comisión y de las víctimas han impedido un mayor desarrollo, como en los casos de Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) y Norín Catrimán y otros vs. Chile (2014) en los que omitió pronunciarse acerca del contexto de criminalización de la protesta que hizo posible graves violaciones de derechos humanos. En ambos casos, como reconoce la Corte IDH en las sentencias, existían numerosos indicios en el sentido de una persecución contra defensoras y defensores ambientales y pueblos indígenas en lucha por su territorio.

Finalmente, bajo el enfoque democrático radical de la protesta social, la jurisprudencia de la Corte IDH viene siendo insuficiente para garantizar el derecho. Este enfoque parte de una visión que conceptualiza el poder más allá de la soberanía del Estado, en línea con la tesis de la biopolítica de Foucault, y la democracia más allá del consenso, en la lucha política por hacer prevalecer determinadas demandas sobre otras.

Para Foucault, el poder toma las formas más diversas entre la violencia y el consenso, y la mayoría de las veces en innumerables combinaciones entre ambas. En las múltiples relaciones de poder dentro de una sociedad se despliegan estrategias basadas en una racionalidad destinada a obtener ventaja sobre el otro en la consecución de determinados intereses (Foucault, 1988) y dado que donde hay poder hay resistencia, las protestas sociales pueden ser conceptualizadas como expresiones de resistencia a la dominación, y no solo como parte de la política del consenso democrático.

De esta manera, lo que está en juego en las protestas actuales en la región no se circunscribe al poder representado en el Estado como una totalidad, ya que «después de todo, el Estado solo es quizá una realidad artificial, una abstracción mitificada cuya importancia es mucho más reducida de lo que se cree» (Foucault, 1994, p. 196). Si se quiere garantizar la protesta social como un derecho, debe pensarse en las diversas formas de poder que intentan dominarlo, incluidas por supuesto las formas de poder gubernamental, entendido como el conjunto de técnicas, disposiciones y estrategias que se despliegan para controlar a la población.

En tanto la Corte IDH se limite a garantizar la protesta social solo frente al Estado y solo bajo ciertas condiciones procesales y marcos conceptuales, debemos ser cautelosos respecto del carácter emancipador de su jurisprudencia. El lenguaje de la legalidad constitucional y de derechos humanos podría paradójicamente servir, como ha ocurrido en otros tiempos, a encubrir la violencia ejercida por el poder de clase, de raza o de género. Podría contribuir a ilusionarnos, falsamente, con una democratización del funcionamiento del poder (Benente, Ferrando Koziki, Panissa, Petrone, Ramallo, Unger, y Wechselblatt, 2013, p. 270).

Mauro Benente realiza una fuerte crítica a la democracia deliberativa afirmando que la protesta no solo intenta ingresar al debate público de argumentos (si es que existe en todos

los casos) sino que realiza una demostración de fuerza para que las demandas sean atendidas en desmedro del poder dominante. Además, al autor le parece un problema «la reducción de una protesta a una simple "voz", que incluso se enuncia en singular, como si los piquetes no tuvieran por detrás organizaciones políticas y sociales» (Benente, 2015, p. 34). En sus términos:

> Pareciera que la perspectiva deliberativa propone a la democracia como un procedimiento de toma de decisiones en el cual no hay intereses en juego, no hay disputas, no hay relación de fuerzas, sino simplemente diálogo e intercambio de razones. Asimismo, las innumerables y hasta infinitas decisiones parciales y defensoras de determinados intereses que sistemáticamente se adoptan en la arena política latinoamericana no se explican porque que unos intereses triunfan sobre otros, ni porque determinados sectores poseen mayor capital económico y simbólico que otros, sino que se explican, ingenuamente, por un mero desconocimiento de determinadas razones, de ciertos puntos de vista. El registro de la política parece no ser es el de las fuerzas, el de los intereses en juego y las disputas de poder, sino que se juega en la dimensión celestial de los buenos y malos argumentos. (Benente, 2015, pp. 31-32)

A mi modo de ver, la democracia radical devela un tratamiento limitado del derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte IDH. Estas constricciones vienen dadas por la insistencia en tratar a la protesta social disociada absolutamente de su carácter violento y eventualmente ilegal.

5. Las protestas sociales y las luchas de nuestro siglo: entre la violencia y la ilegalidad

Quizás la Corte IDH no debería ser evaluada sino por la aplicación estricta e interpretación de los instrumentos jurídicos vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos; en cuyo caso, este apartado del artículo pierde su razón de ser. Sin embargo, dado que las luchas por la emancipación social en la actualidad recurren con frecuencia a la gramática de los derechos humanos, considero importante plantear los límites de su jurisprudencia en relación con el derecho a la protesta social.

La violencia se presenta como el límite para proteger el derecho a la reunión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15º: «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas»). De hecho, si bien la Corte IDH ha condenado a los Estados por violar derechos humanos, no ha dejado de reconocer su monopolio en el uso de la fuerza, es decir, del uso de la violencia legítima. Cuando ha tratado casos de violaciones contra presos por terrorismo o delincuentes de alta peligrosidad, no ha intentado justificar ni cercanamente el uso de métodos violentos para conseguir la satisfacción de demandas, sino que se ha limitado a señalar el exceso cometido por el Estado.

Sin embargo, la violencia se ejerce en las relaciones de poder existentes entre los Estados y los pueblos. No es suficiente con señalar cuando la violencia estatal deviene en ilegítima para garantizar el derecho a la protesta social, hay que reconocer que en las protestas conviven fuerzas violentas y de consenso porque así funcionan las relaciones de poder. Es necesario desmitificar la violencia y establecer un criterio para distinguir cuándo es legítima y cuándo deviene en ilegítima, tomando en cuenta que el ejercicio del derecho a la protesta puede ser violento.

Para Walter Benjamin, el establecimiento de un criterio tal pasa necesariamente por evaluar los medios empleados y su impacto en términos morales. Para el Estado, toda violencia

no ejercida por sí mismo es peligrosa y lo pone en cuestión. Así se explica que el Estado use altos niveles de violencia cuando se trata de opositores, aun más altos que contra delincuentes. El derecho actual teme a la violencia individual, la considera *a priori* ilegítima. El autor compara la huelga política con la huelga proletaria, señalando que la primera es una forma de violencia menor dentro del sistema y la segunda una violencia que cuestiona todo orden y busca imponer un nuevo orden. Más que la injusticia, el Estado teme desaparecer él mismo (Benjamin, 1998).

> Por eso, todo el nuevo aparato de ejercicio del monopolio de la violencia que se construyó con los Estados modernos del siglo XVIII (leyes, parlamentos, policías, jueces, etc.) no fueron formas más emancipadoras de lidiar con el conflicto sino el resultado de toda una transformación política. Ese nuevo orden político estatiza/formaliza la idea «justicia», se apropia de la violencia y se arroga con exclusividad el poder de castigar (Ganon, 2017, p. 46).

Cuando la Corte IDH desarrolla estándares para un uso razonable de la fuerza estatal, establece un criterio para evaluar la legitimidad de los medios empleados, lo cual resulta en una crítica de la violencia que sirve para garantizar el derecho a la protesta social. Sin embargo, si nos guiamos por la jurisprudencia conocida hasta el momento, la protección de las protestas no alcanzaría al empleo de medios violentos por parte de los movimientos sociales, aunque estos sean legítimos bajo un determinado criterio moral. De esta manera, el sistema de protección de los derechos humanos encuentra un obstáculo difícil o imposible de superar para una adecuada garantía. Por ejemplo, el grupo vulnerable protegido es denominado por la Corte IDH como «defensoras y defensores de derechos humanos», pero cabría preguntarse si es que la cobertura del derecho a la protesta social alcanzaría a quienes no ingresan en esa categoría, ya sea por los medios que emplean o por los fines que persiguen.

Y es aquí donde ingresa el criterio de la legalidad para evaluar la legitimidad de las violencias en el contexto actual de criminalización de las protestas sociales. Las democracias de nuestra región vienen aprobando leyes que criminalizan la protesta y desplegando acciones policiales de inteligencia en contra de activistas de derechos humanos, especialmente contra los pueblos indígenas. Con demasiada facilidad se está legalizando la arbitrariedad y la impunidad a favor de los agentes estatales que cometen estos actos. Para Boaventura de Sousa Santos, esta situación solo puede cambiar con medidas desde los movimientos sociales que pasan por la combinación de estrategias legales e ilegales:

> No me parece que pueda ser de otra forma que a través de una presión desde abajo. Esto viene de los movimientos, y tiene otra característica: debe ser legal e ilegal. No puede ser una lucha institucional solamente, tiene que ser una lucha institucional y una lucha directa. Además, en algunos contextos tiene que ser cada vez más directa, porque con la criminalización de la protesta se está reduciendo la posibilidad de una lucha institucional y si esta se reduce tenemos que abrir espacios para la posibilidad de una lucha directa, ilegal y pacífica. Lo que estoy tratando de sugerir es que tenemos que crear una dialéctica entre legalidad e ilegalidad, que de hecho es la práctica de las clases dominantes desde siempre: usan la legalidad y la ilegalidad cuando les conviene. (De Sousa Santos, 2006, p. 84)

Es evidente que la Corte IDH tiene limitaciones para garantizar la protesta social cuando incluye acciones ilegales, aunque es posible que en el marco de la doctrina del control

de convencionalidad sea capaz de desarrollar jurisprudencia en esta dirección. Como señala Enrique Dussel, reconstruyendo una dialéctica de la comunidad política, todo reconocimiento legal de un nuevo derecho pasa por diversas etapas comenzando por su ilegalidad, gana progresivamente una cierta legitimidad en desmedro de la legalidad vigente y transforma el derecho al punto de estabilizar la nueva situación (Dussel, 2010, p. 232).

En realidad, si se asumiera una mirada histórica de los derechos, se tendría que reconocer que estos son conquistas sociales realizadas en campo político antes que en un campo jurídico teóricamente autónomo. No obstante, la imaginación jurídica de la Corte IDH no ha llegado tan lejos hasta el momento.

6. Conclusiones

Es necesario afirmar un derecho a la protesta social frente a la realidad que atraviesa América Latina en la actualidad. Para eso, hay que identificar su contenido autónomo de otros derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos. En particular, los pueblos indígenas en defensa de sus territorios vienen sufriendo persecución y criminalización por sus actividades en defensa de los derechos humanos. La situación actual es preocupante ya que se trata de cientos de muertos y miles de heridos cada año.

A pesar de que la Corte IDH nunca ha condenado a ningún Estado específicamente por la violación del derecho a la protesta, se ha pronunciado en varias oportunidades sobre violaciones en el marco de protestas sociales en contra de defensoras y defensores. Algunos de estos derechos ligados a la protesta son la vida, la integridad personal, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la presunción de inocencia, el derecho de reunión, entre otros.

Asimismo, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina que permite responsabilizar a los Estados por la violación de derechos cometidos por terceros, cuando no hayan realizado acciones diligentes de investigación. Y ha establecido determinados estándares para el uso razonable de la fuerza estatal que incluyen el respeto por el principio de legalidad, la excepcionalidad de las acciones, la necesidad y la proporcionalidad.

Esta jurisprudencia se inserta en la perspectiva de la democracia deliberativa, bajo la que resulta importante proteger las expresiones de protesta social en tanto se trata de intervenciones fundamentales en el debate público que con frecuencia realizan grupos especialmente vulnerables dentro de las sociedades. Sin embargo, bajo un enfoque más intenso denominado democracia radical, los pronunciamientos de la Corte IDH encuentran algunas insuficiencias.

En la actualidad, los movimientos sociales vienen ejecutando estrategias pragmáticas que vinculan legalidades con ilegalidades. Así como utilizan los sistemas de justicia y la gramática de los derechos humanos para fortalecer sus discursos y acciones, también despliegan acciones fuera de la legalidad, en tanto las leyes tienden a criminalizarlos. Es necesario comprender que las formas de emancipación social de nuestro siglo pueden ir más allá o incluso en contra de la institucionalidad vigente de los derechos humanos, así como resulta urgente que la Corte IDH construya garantías cada vez mayores acordes a la evolución del derecho a la protesta social.

REFERENCIAS

AG/RES. 1671 (XXIX-O/99). «Defensores de los derechos humanos en las Américas». Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas. Organización de Estados Americanos (7 de junio de 1999).

A/RES/53/144. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, adoptada por las Naciones Unidas (diciembre de 1998).

Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 72 (2 de febrero de 2001).

Bandeira Galindo, G. (2013). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En G. R. Bandeira Galindo, R. Urueña, A. Torres Pérez (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos* [Manual] (pp. 255-273). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Benente, M., Ferrando Koziki, F., Panissa, A., Petrone, C., Ramallo, M. de los Á., Unger, J. L., y Wechselblatt, L. Y. (2013). *Poder, Estado y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Algunas sospechas desde una mirada foucaulteana*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Benente, M. (2015). Criminalización y regulación de la protesta social. *Lecciones y Ensayos*, (95), 19-44. Buenos Aires.

Benjamin, W. (1998). *Por una crítica de la violencia y otros ensayos*. Barcelona: Taurus.

Borrás, S. (2013). El derecho a defender el medio ambiente: La protección de los defensores y defensoras ambientales. *Revista Derecho PUCP*, (70), 291-324. Lima.

Blanca Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de abril de 2009).

Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 220, párrafo 87 (26 de noviembre de 2010).

Calderón, J. (2013). *Apuntes sobre el uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: Una mirada al caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33199.pdf

Campo Algodonero vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de noviembre de 2009).

Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 167 (10 de julio de 2007).

Caso del Caracazo vs. Venezuela. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (11 de noviembre de 1999).

Caso del Caracazo vs. Venezuela. Reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de agosto de 2002).

CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales. (2016). *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Informe sobre la situación de defensores y defensoras de derechos humanos en las Américas*. Recuperado de http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011).*Segundo informe sobre la situación de defensores y defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015a). *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015b). *Informe anual. Capítulo IV.A. Uso de la fuerza*. http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA: Organización de los Estados Americanos (22 de noviembre de 1969).

De Sousa Santos, B. (2006). Para una democracia de alta intensidad. En *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*. Buenos Aires: CLACSO.

Dussel, E. (2010). Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos. *Revista Crítica Jurídica*, *ene/jun*(29), 229-235. Ciudad de México.

Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de julio de 2009).

Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2011).

Flores, D. (2011). «*Democracia*» *en las asambleas de composición diversa en el Perú. El caso del Movimiento Cumbre de los Pueblos (MCP)* [Tesis]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Foucault, M. (1988, julio-septiembre). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, *50*(3), 3-20.

Foucault, M. (1994). La gubernamentalidad. En *Estética, ética y hermenéutica* (pp. 175-197). Barcelona: Paidós.

Gamarra, R. (2010). Libertad de expresión y criminalización de la protesta social. En E. Bertoni (Comp.), ¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: *Derecho penal y libertad de expresión en América Latina* (pp. 183-208). Buenos Aires: Universidad de Palermo.

Ganon, G. (2017). El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia. *Redea. Derechos en Acción*, *año 2*(3). Buenos Aires.

Gargarella, R. (2006). El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*, (12), pp. 141-151. Santiago de Chile.

Genaro Villegas Namuche. EXP. N.° 2488-2002-HC/TC, Tribunal Constitucional (Perú) (18 de marzo de 2004).

Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de junio de 2015).

Harvey, D. (2005). *El «nuevo» imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires: CLACSO.

Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (7 de junio de 2003).

Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de mayo de 2008).

Lysias Fleury y otros vs. Haití. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 236 (23 de noviembre de 2011).

Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 140 (31 de enero de 2006).

Melucci, A. (1999). *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México D. F.: El Colegio de México, Centro de Estudios Pedagógicos.

Modonesi, M., e Iglesias, M. (2016, enero-junio). Perspectivas teóricas para el estudio de los movimientos sociopolíticos en América Latina: ¿Cambio de época o década perdida? *De Raíz Diversa*, *3*(5), 95-124.

Moraes Valensa, M. (2013). La justicia social y la utopía dialéctica. Discutiendo con Harvey sobre espacio público. *Boletín de Estudios Geográficos*, (101), 133-144.

Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de julio de 2006).

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 101 (25 de noviembre de 2003).

Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de octubre de 2012).

Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (11 de enero de 1995).

Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 20 (19 de enero de 1995).

Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones preliminares y fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2006).

Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 279 (29 de mayo de 2014).

Oxfam. (2016). *El riesgo de defender. La agudización de las agresiones hacia activistas de derechos humanos en América Latina* [Reporte]. Lima. Recuperado de https://www.oxfam.org/es/informes/el-riesgo-de-defender

Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2006).

Pedro Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de marzo de 2005).

Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 195 (28 de enero de 2009).

Sagües, N. (2010). El «control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, y M. Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina?* (Tomo II, pp. 449-468). Ciudad de México: UNAM.

Saldaña, J., y Aranda, R. (2017). Las protestas en Venezuela en la jurisprudencia de la Corte IDH [Artículo *online*]. *Parthenon*. Recuperado de http://www.parthenon.pe/publico/internacional-publico/las-protestas-en-venezuela-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-idh/

Saldaña, J., y Portocarrero, J. (2017). La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*, (79), 311-352.

Svampa, M. (2012). Movimientos sociales, Gobiernos, y nuevos escenarios de conflicto en América Latina. En C. Moreyra, y D. Avaro (Coords.), *América Latina hoy: sociedad y política* (pp. 15-67). Buenos Aires: TSEO. Recuperado de http://maristellasvampa.net/archivos/ensayo58.pdf

Tristán Donoso vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de enero de 2009).

Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de setiembre de 2012).

Valle Jaramillo vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de noviembre de 2008).

Vásquez, S. (2011). El caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *XI*, 515-561. México.

Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 166, Párrafo 51 (4 de julio de 2007).

COMENTARIOS

NECESIDAD DE SEGUIR REFLEXIONANDO SOBRE EL DERECHO A LA PROTESTA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Juan Carlos Ruiz Molleda
Instituto de Defensa Legal

Se trata de un artículo en el que, en continuidad con otros del mismo José Saldaña, el autor reflexiona sobre la protesta social. Se trata de una grave problemática social que plantea desafíos no solo a la reflexión jurídica sino al mundo académico. A continuación, presentaré mis comentarios al artículo de José Saldaña sobre la protesta social.

1. Necesidad de analizar «también» el andamiaje institucional que promueve la criminalización de la protesta

Creo que la reflexión del derecho a la protesta debe tomar en cuenta como marco de análisis que hay un andamiaje institucional que promueve la criminalización de la protesta social. Este andamiaje está compuesto por (a) normas penales que sancionan y criminalizan la protesta social de líderes, como por ejemplo el artículo 200 del Código Penal actual, que establece que tomar carreteras y lugares públicos constituye delito de extorsión; (b) los convenios de seguridad privada entre empresas mineras y la policía, que no solo convierten a la policía en seguridad privada de las empresas, sino, lo que es peor, que privatizan el orden interno y la seguridad ciudadana; y, (c) finalmente, los estados de emergencia preventivos, que suspenden derechos constitucionales a pesar de que no se ha acreditado la grave afectación al orden interno, como lo exige el artículo 137 de la Constitución. Si bien en otras publicaciones José Saldaña ha hecho mención a estos, es necesario insistir en la necesidad de develar esta estructura institucional que restringe, promueve e instiga la criminalización del derecho a la protesta.

2. Necesidad de reflexionar desde el derecho constitucional y no solo desde la sociología del derecho y desde el DIDH

Hay un enfoque de política pública y de sociología en el escrito a pesar de que hay un análisis de las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, considero que se trata de un enfoque de sociología del derecho el que hace José Saldaña, el cual ciertamente resulta muy válido y necesario. No obstante, considero que debe haber también aproximaciones más desde el derecho constitucional. En efecto, me parece fundamental estudiar la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que es una fuente de derecho constitucional sin lugar a dudas. También me parece muy importante revisar el análisis de la protesta que se hace desde la ciencia política. No obstante, considero importante reflexionar el derecho a la protesta desde el derecho constitucional, y más en concreto desde la dogmática constitucional. Es claro que el derecho a la reunión, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional (TC), no da cuenta del derecho a la protesta tal como se ejerce en el Perú, donde usualmente se recurre a medidas de fuerza, mientras el TC, en consonancia con la Constitución, exige que la protesta se realice a través

de medios pacíficos. Este entendimiento de la protesta tiene muchos límites, pues la protesta se da en contextos de asimetría de poder y lucha política, donde las organizaciones sociales se ven obligadas a recurrir a medidas de fuerza para llamar la atención, pues los mecanismos institucionales les cierran las puertas. Si solo utilizáramos la concepción de libertad de reunión desarrollado por el TC, muchos líderes responsables de actos de protesta quedarían en la indefensión. Es necesario construir una argumentación constitucional que tenga cobertura normativa y jurisprudencial que brinde protección efectiva al derecho a la protesta, más allá de la libertad de reunión.

3. Es necesario precisar de manera concreta el contenido constitucional del derecho a la protesta

Si uno revisa los artículos de José Saldaña advierte que está en ese esfuerzo. Es necesario precisar cuáles serían las posiciones iusfundamentales, cuál sería el bien jurídico tutelable, cuál es la finalidad de este derecho, cuál sería la relación con otros derechos, cuáles serían las razones constitucionales que sustentan la existencia de una configuración autónoma, es decir, la utilidad práctica de una configuración autónoma como derecho emergente, o quizá más que hablar de un derecho innominado, hablar de una manifestación innominada de un derecho expresamente reconocido.

4. Necesidad de diferenciar medidas de fuerza y actos delictivos. Mayor cuidado con los términos. Las medidas de fuerza no son protestas ilegales

José Saldaña hace referencia a protestas ilegales, sin embargo, creo que más que protestas ilegales se debe hablar de medidas de fuerza. Es imperioso establecer una diferencia entre actos vandálicos, de saqueo, realmente ilegales, de medidas de fuerza, las que tienen como finalidad no crear zozobra o desestabilizar el Estado, sino defender derechos ante la desprotección por parte del Estado y la desidia de los mecanismos institucionales estatales. En mi opinión, este esfuerzo por diferenciar ambas cosas resulta muy importante para legitimar las protestas sociales que se vienen realizando en nuestro país.

5. Necesidad de recurrir a la ponderación como herramienta para legitimar las medidas de fuerza

La ponderación y, más en concreto, el test de proporcionalidad, constituye una herramienta fundamental para diferenciar cuando estamos ante medidas de fuerza legítimas, que restringen derechos de terceros como libertad de tránsito en el caso de tomas de carreteras, con la finalidad de proteger derechos y bienes jurídicos constitucionales de mayor valía y entidad constitucional, de actos vandálicos, que constituyen medidas de fuerza no legítimas, pues no persiguen la protección de bienes jurídicos. Este tipo de herramientas técnicas, reconocidas y utilizadas por el TC, deviene en instrumentos claves y potentes para «legitimar» el derecho a la protesta desde el derecho constitucional y desde la dogmática constitucional, tal como ocurrió en la sentencia del Baguazo.

6. Necesidad de reflexionar sobre el orden público como argumento para restringir derechos

Existe un conjunto de temas que constituyen cuellos de botella para el reconocimiento y la implementación del derecho a la protesta en el Perú. Solo como ejemplo, puedo citar el concepto

de orden público, el cual suele ser utilizado para restringir derechos fundamentales. Es precisa una concepción democrática de concepto como orden público o interés público para evitar su utilización autoritaria, que en los hechos termine vaciando de contenido el derecho a la protesta y otros derechos. Es necesario caminar a una concepción más democrática y garantista del orden público, es decir, a una concepción de un orden público constitucional, compatible con lo demás bienes jurídicos constitucionales.

7. Necesidad de mirar más el trabajo de los jueces a propósito del caso Baguazo

Es importante analizar el derecho a la protesta en las sentencias de los jueces, pues estas resultan decisivas para seguir avanzando. La sentencia del caso Baguazo es de mucha importancia para el reconocimiento del derecho a la protesta, pues reconoce por primera vez en sede judicial que la toma de una carretera por los indígenas fue legitima y constitucional, a pesar de que la toma de carreteras en sí misma constituye delito. Es más, reconoce que hay un derecho a la protesta de configuración autónoma, y que estas protestas tenían como finalidad para dichos indígenas defender su territorio. A pesar de que la ponderación que realiza es muy cuestionable, de alguna manera esta marca una perspectiva de trabajo en la reflexión del derecho a la protesta.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco al profesor Juan Carlos Ruiz Molleda por los comentarios a mi artículo. Me voy a referir a dos de los puntos planteados: la necesidad de precisar el contenido constitucional del derecho a la protesta y el uso de la frase «protestas ilegales». Creo que ahí reside la tensión más importante en términos teóricos y prácticos cuando discutimos sobre protestas sociales en la actualidad.

Esta tensión se reproduce en sistemas políticos formalmente democráticos, lo que ha dado lugar al incremento de una retórica institucional que ensalza el valor de los derechos humanos y la protección de la dignidad humana sin discriminación por motivos de raza, sexo, religión, etc. Especialmente en América Latina, luego de la caída de las dictaduras, estaríamos viviendo periodos de tránsito hacia sistemas democráticos, en los que el paradigma legal dominante sería el del Estado constitucional. Este paradigma, caracterizado por la preeminencia de los derechos como factor elemental de las políticas públicas, se apoya en la labor judicial para un desarrollo interpretativo mayor. En este contexto, aparece la imperiosa necesidad de precisar el contenido constitucional del derecho a la protesta, en los términos planteados por el profesor Ruiz.

Comparto la opinión y sumo algunos aportes a esa construcción jurídica. Ante la insuficiencia de derechos como la libertad de reunión para dar cobertura legal a las protestas sociales, resulta urgente determinar el carácter autónomo del derecho a la protesta. En primer lugar, hablar de la titularidad del derecho debería llevarnos a distinguir entre su ejercicio individual y su ejercicio colectivo. Es necesario reconocer que los movimientos sociales, las organizaciones sindicales, las comunidades indígenas y otras formas de organización colectiva pueden ser titulares del derecho, de otra forma caeríamos en un marco de protección insuficiente.

En segundo lugar, el bien jurídico tutelable debe encarar su naturaleza multidimensional. No son solo manifestaciones en los espacios públicos, ni difusión de opiniones por medios de comunicación, ni intervenciones artísticas, ni acciones concertadas en redes sociales. Es una combinación diversa y en constante cambio entre estas y otras acciones, pero cuya finalidad siempre es cuestionar o desafiar el ejercicio arbitrario del poder político, económico y social, sea del Estado o de privados. Por último, las limitaciones básicas de este derecho deberían extenderse, haciendo más largos los conocidos límites actuales. El uso de la fuerza y el carácter contestatario de las acciones deberían entenderse como parte esencial del derecho siempre que sea ponderado adecuadamente frente a otros derechos. Esto debería partir de una reinterpretación de la institución jurídica de la legítima defensa y del derecho a defender todos los derechos humanos, como señala Roberto Gargarella.

Sin embargo, la dogmática jurídica no puede construirse de espaldas a la realidad. Menos que transitando a sistemas democráticos, se trata de un escenario de posdictadura. Los Estados en América Latina están penetrados profundamente por la corrupción, cooptados por el poder económico transnacional, o ambas cosas al mismo tiempo. La acción organizada de la sociedad civil, las luchas por protección del territorio de los pueblos indígenas, el despertar de los llamados nuevos movimientos sociales, son la fuerza que sostiene todas las resistencias, incluso las que se hacen desde las instituciones estatales.

Si la producción de los dispositivos legales y la legitimidad del uso de la fuerza sigue recayendo exclusivamente en un Estado corrupto o cooptado, no podemos ceñirnos al uso de sus herramientas para la garantía de nuestros derechos. No es posible que la acción colectiva se piense exclusivamente desde el marco político del enemigo. Esto implica, como señalan Boaventura de Sousa Santos y Enrique Dussel, una reflexión más compleja de las estrategias de lucha. Del mismo modo que lo hace el litigio estratégico contrahegemónico, en el que el comentarista tiene gran experiencia, corresponde dar rienda suelta a una imaginación jurídica a la altura de las necesidades de nuestros pueblos.

Ahí es donde resulta útil aceptar que algunas protestas pueden ser ilegales, aunque legítimas. No es una alegoría del saqueo o de los actos vandálicos, tampoco implica negar que se pueden cometer excesos o delitos durante protestas. Es el simple reconocimiento de dos hechos concretos. El primero es que la criminalización de la protesta es un fenómeno real y creciente. El uso de dispositivos legales para investigar, procesar y encarcelar a los líderes de movimientos sociales es cada vez más extendido en leyes, actos administrativos, discursos, etc. El segundo es que la combinación de estrategias legales e ilegales es una estrategia actualmente utilizada por el Estado y los privados para garantizar sus intereses. La impunidad con que se cometen crímenes desde el Estado o desde las empresas transnacionales es una muestra latente de esta realidad.

EL ESTADO DE EMERGENCIA CONSTITUCIONAL PERUANO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: TRES CUESTIONES RELEVANTES[1]

Abraham Siles Vallejos
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

El presente artículo se propone examinar la manera y el alcance con que el derecho internacional de los derechos humanos, en vigor en el Perú, complementa el ordenamiento constitucional en materia de estado de emergencia. El análisis se centra en tres cuestiones cruciales, a saber: (i) la compleja evolución de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en materia de regímenes de excepción, con especial relevancia en lo que se refiere a la distinción entre cláusulas de derogación o suspensión y cláusulas de limitación o restricción de derechos humanos; (ii) el sujeto legitimado para proclamar la emergencia, y en particular, bajo el modelo de la autoinvestidura del Ejecutivo, el rol que debe cumplir el Legislativo conforme con el principio de separaciones de poderes y a la cláusula de Estado democrático que prevé el DIDH; y (iii) las causales normativas que habilitan la declaración y el mantenimiento del estado de excepción y la adopción de las medidas concretas para conjurarlo.

1. Introducción

El propósito del presente artículo es examinar los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) que son relevantes para el Perú en materia de estados de emergencia constitucionales.

El trabajo se centra en los dos tratados internacionales de derechos humanos, de carácter general, que están vigentes en el Perú y que contienen regulaciones sobre la potestad estatal de declarar un estado de excepción y suspender ciertas obligaciones internacionales de protección de derechos humanos mientras dure la situación de crisis.

Tales tratados son, de un lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978; y, de otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Ambos instrumentos internacio-

1 Una versión en inglés del presente artículo fue publicada en Landa (2019).

* Profesor de Derecho constitucional en la PUCP y coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP. Agradezco a mis compañeros del GIDCYDEF por sus comentarios sobre una versión preliminar de este artículo, que he procurado recoger en la versión final. La responsabilidad del resultado, es desde luego, enteramente mía.

nales —el primero, de ámbito regional americano, celebrado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA); el segundo, de ámbito universal, celebrado a nivel de la Organización de Naciones Unidas (ONU)— entraron en vigencia para el Perú en el mismo día, el 28 de julio de 1978 (Novak y Salmón, 2000, pp. 233 y 173).

A pesar de que la creación del DIDH como «fenómeno legal y político» es relativamente reciente, pues se remonta apenas al periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial (Gross y Ni Aoláin, 2006, p. 247, traducción mía), no es posible dudar de su importancia actual[2]. Desde el punto de vista del derecho constitucional positivo, es de observar que la Carta Fundamental peruana contiene sendas «cláusulas de apertura» hacia el ordenamiento internacional. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la cuarta de sus Disposiciones Finales y Transitorias (IV DFT), en cuya virtud la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta misma materia (derechos humanos), ratificados por el Perú, son una pauta hermenéutica para la aplicación de las disposiciones sobre derechos y libertades contenidas en la Constitución.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia que puede considerarse ya asentada, ha afirmado que los poderes públicos están obligados a incorporar en los derechos constitucionales, mediante ejercicio interpretativo, la tutela otorgada por los tratados internacionales de derechos humanos, y señala que existe una «identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos», la cual encuentra fundamento en el valor de la dignidad de la persona humana[3].

En segundo lugar, los tratados de derechos humanos celebrados por el Estado peruano y que se hallan en vigor forman parte del derecho nacional, según estipula el artículo 55 de la Constitución. Y su rango jurídico es de orden constitucional, tal como ha establecido por vía interpretativa el Tribunal Constitucional, tomando como base la IV DFT y los artículos 3, 55, 57 y 205 de la Carta Fundamental[4].

En consecuencia, tanto el valor hermenéutico de los instrumentos internacionales como la naturaleza jurídica y el rango constitucional de los tratados de derechos humanos hacen necesario determinar el alcance de las regulaciones del DIDH en lo que se refiere al estado de emergencia previsto en el artículo 137.1 de la Constitución peruana.

Para acometer la tarea, ha de tenerse en consideración lo señalado por Scott Sheeran (2013), para quien los estados de emergencia son, en la actualidad, «uno de los más serios desafíos a la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)» (p. 491, traducción mía), así como el parecer de Criddle y Fox-Decent (2012), para quienes, «en el corazón» del DIDH, «subyace una desafío práctico entrelazado con un problema teórico», a saber, el reto práctico de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos que

2 Giuseppe de Vergottini considera que la internacionalización de los derechos humanos posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial ha producido un relevante proceso de «circularidad de los modelos constitucionales», ya que los valores distintivos de las constituciones liberales y socialistas fueron plasmados en los instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados tras la victoria de las potencias aliadas sobre la Alemania nazi y las restantes potencias del Eje, y ello, a su turno, ha condicionado la elaboración de los nuevos textos constitucionales, los cuales se ven influenciados de ese modo por el DIDH (Vergottini, 2002, p. 19). Por su parte, Antonio Cançado Trindade observa que las transformaciones recientes en el mundo, tales como las que han seguido a la caída del Muro de Berlín, «han generado, a un mismo tiempo, un nuevo constitucionalismo, así como una apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos» (Cançado Trindade, 2001, p. 271).

3 Véase STC 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), del 21 de julio de 2006, fundamento jurídico 9.

4 Véase STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (caso PROFA 2), del 25 de abril de 2006, fundamentos jurídicos 25-34. Véase también Hakansson (2009, pp. 234-235) y Salmón (2014, pp. 284-287).

suelen ocurrir durante las emergencias, y el problema teórico expresado en la pregunta de «en qué sentido los derechos humanos son *derechos* si están sujetos a derogación durante las emergencias» (p. 40, traducción mía).

Expuesto lo anterior, puede decirse que el objetivo general del presente artículo consiste en establecer de qué manera y con qué alcance el ordenamiento supranacional de derechos humanos vigente para el Perú complementa las regulaciones de la Constitución peruana en materia de estado de emergencia. Como se verá en lo que sigue, en ciertos casos existen diferencias apreciables entre lo previsto en la Carta Fundamental y lo consagrado en la CADH y el PIDCP, las cuales serán abordadas en esta investigación.

No obstante, en el artículo se centrará la atención en tres cuestiones específicas y que son de especial importancia. Ellas son: (i) una visión panorámica de la evolución de los instrumentos del DIDH en materia de estados de excepción, en particular de cara a la diferencia entre cláusulas de derogación o suspensión y cláusulas de restricción de derechos humanos; (ii) el sujeto legitimado para la proclamación de la emergencia, en particular bajo el modelo de la autoinvestidura del Ejecutivo, y el rol del Parlamento a la luz de la cláusula de Estado democrático; y (iii) las situaciones que habilitan la declaración/mantenimiento del estado de excepción, así como la adopción de las medidas concretas dirigidas a conjurar las crisis (las causales).

Quedan como temas a ser desarrollados en una siguiente investigación: el impacto de la emergencia sobre los derechos humanos, en lo que atañe tanto a los derechos «inderogables» como a los derechos susceptibles de suspensión, y las garantías o procesos constitucionales durante el estado de emergencia.

2. Breve visión panorámica de la evolución de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en materia de estados de excepción

Sin ningún ánimo de exhaustividad, conviene hacer un rápido repaso de la evolución general de los instrumentos del DIDH en lo que se refiere a los estados de excepción. Este panorama sumario ofrecerá elementos del contexto histórico que son necesarios para entender de manera adecuada no solo la evolución del DIDH en la materia que es objeto de este artículo, sino especialmente ciertas influencias y préstamos normativos realizados entre los diversos sistemas de protección internacional de los derechos humanos.

Lo mismo puede decirse, en particular, de la cuestión relativa a la diferencia entre cláusulas de restricción y cláusulas de derogación o suspensión de derechos, cuestión de importancia teórica, pero también práctica, que un abordaje general de la perspectiva histórica ayuda a comprender mejor y que deberá ser retomada al estudiar el régimen de los derechos humanos durante el estado de emergencia.

Como se sabe, los primeros instrumentos de derechos humanos aprobados por la comunidad internacional al terminar la Segunda Guerra Mundial fueron las Declaraciones de ámbito regional americano y de ámbito universal. En efecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) fue adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá (Colombia) el 2 de mayo de 1948, y entró en vigor en esa misma fecha; en tanto que la DUDH fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París (Francia) el 1 de diciembre de 1948, fecha en la que también inició su vigencia (Novak y Salmón, 2000, pp. 221 y 161).

Lo cierto es que ni la Declaración Americana ni la Declaración Universal contienen disposiciones que regulen el estado de excepción y que contemplen la posibilidad de derogar o

suspender determinadas obligaciones del derecho internacional sobre derechos humanos como medio para enfrentar emergencias extremas que amenacen la vida de la nación o del Estado.

Ambos instrumentos contienen únicamente cláusulas generales de limitación o restricción de derechos. Así, el artículo XXVIII de la DADDH, cuyo epígrafe reza «Alcance de los derechos del hombre», estipula que «los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático». A su turno, el artículo 29 de la DUDH, junto con la mención de la existencia de deberes de toda persona hacia la comunidad, indica como únicas limitaciones admisibles las establecidas por la ley con el fin de asegurar los derechos de los demás y satisfacer «las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

Tras esta etapa inicial, adviene un periodo en el que son aprobados los tratados generales de derechos humanos, tanto de alcance universal (sistema de las Naciones Unidas) como de alcance regional (sistema europeo y americano). El primer instrumento jurídicamente vinculante es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual fue abierto a la firma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953 (Fitzpatrick, 1994, p. 52, nota 6). El Convenio Europeo dedica su artículo 15 a regular la «derogación en tiempo de emergencia», e incorpora por primera vez en un instrumento del DIDH una cláusula de derogación o suspensión de derechos humanos ante crisis existenciales que se ciernen sobre la continuidad de la vida nacional o estatal.

El siguiente tratado internacional, en orden cronológico de aprobación, fue el ya mencionado PIDCP —adoptado, como se indicó, en 1966, entró en vigor diez años más tarde—, perteneciente al sistema universal de las Naciones Unidas, el cual igualmente consagró un régimen de derogación o suspensión de los derechos humanos ante situaciones de crisis extremas (artículo 4). Es de resaltar, empero, que el proceso de redacción del Pacto ocurrió de manera parcialmente concurrente con la elaboración del Convenio Europeo, de suerte que pudieron producirse algunos entrecruzamientos e influencias mutuas. Como quiera que fuere, debe repararse como hace Anna-Lena Svensson-McCarthy (1998), que durante los trabajos preparatorios del PIDCP la discusión acerca del artículo 4 estuvo por algún tiempo «cercanamente vinculada la cuestión de las limitaciones en general» (p. 200, traducción mía).

El tercer tratado internacional, en orden de aprobación, fue la CADH, ya referida también —aprobada en 1969 y en vigencia en 1978, como se ha dicho—, la cual incluye una cláusula de suspensión de derechos humanos en situaciones de emergencia grave (artículo 27).

Como puede verse, en esta segunda fase del desarrollo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que va desde el año de 1950 hasta finales de la década de los setenta del siglo XX, la comunidad internacional se dota de tratados de ámbito universal y regional (en Europa y América) que, junto con su carácter vinculante en términos de derecho internacional, consideran insuficientes las cláusulas generales que habilitan la restricción de derechos, y estipulan, más bien, cláusulas adicionales de derogación o suspensión de derechos ante situaciones de crisis existencial.

Pese a la evolución registrada en las dos primeras etapas referidas en este acápite —que llevó de declaraciones no vinculantes que contenían únicamente cláusulas generales de restricción de derechos (DADDH y DUDH) a tratados internacionales, de fuerza jurídica obligatoria, que incluyeron disposiciones especiales sobre derogación o suspensión de derechos

ante emergencias (CEDH, PIDCP y CADH)—, desde la década del ochenta del siglo pasado hasta fecha reciente, la situación se ha hecho más compleja debido a que no existe ya una línea evolutiva única y clara.

Por el contrario, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), conocida como la Carta de Banjul —adoptada por la Organización de la Unidad Africana el 27 de junio de 1981 y en vigor desde el 21 de octubre de 1986—, no contempla los estados de excepción ni autoriza a derogar o suspender los derechos consagrados en el nuevo instrumento regional, e incluye solo diversas disposiciones que permiten restricciones de derechos con amplitud y consagra una fuerte concepción de deberes (Criddle y Fox-Decent, 2012, p. 46)[5].

Más cerca aún en el tiempo, y de retorno al ámbito de la vieja Europa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la cual fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza (Francia), no regula tampoco el estado de excepción y únicamente consagra cláusulas generales de limitación de derechos (artículos 52-54).

Algo distinto ocurre, sin embargo, en el caso del instrumento regional más reciente de todos, a saber, la Carta Árabe de Derechos Humanos (Carta ADH). Esta fue aprobada por la Liga de Estados Árabes el 22 de mayo de 2004, entró en vigor el 15 de marzo de 2008, y regula el estado de excepción en el artículo 4.

En definitiva, entonces, en esta tercera etapa de la evolución de los instrumentos del DIDH —desde los años ochenta del pasado siglo XX hasta la fecha—, tenemos una notable heterogeneidad en las regulaciones del DIDH sobre los estados de emergencia. Tanto la CADHP como la CDFUE han vuelto a la supresión de las cláusulas de derogación o suspensión de derechos humanos, para confiar nuevamente en meras cláusulas de limitación o restricción de derechos. Sin embargo, la Carta ADH, el último instrumento regional en ser aprobado y entrar en vigencia, desestima tales modelos y se ciñe a la tradición establecida en el CEDH y seguida por el PIDCP y la CADH, que autoriza las intervenciones más severas sobre los derechos humanos en casos de estados de excepción.

Habrá que observar, en consecuencia, cuál será la evolución sucesiva, esto es, si continuarán coexistiendo las diversas opciones normativas del DIDH en la materia o si, más bien, una de ellas se fortalecerá en desmedro de las demás, al menos en la práctica, por su uso más o menos frecuente. También cabe, desde luego, que la evolución futura sea distinta en los diferentes ámbitos territoriales de los instrumentos del DIDH de que se trate. Como quiera que fuere, debe repararse que, en Europa, está en vigor ahora tanto el sistema de derogación del CEDH como el sistema de limitación de la CDFUE, por lo que puede ocurrir que alguno de ellos termine por prevalecer, desplazando al otro.

Una reflexión teórica de orden general es posible a la vista del curso histórico reseñado, y es que resurge con fuerza inusitada la cuestión de la relación entre cláusulas derogatorias y cláusulas limitativas de los derechos humanos en los instrumentos del DIDH, en el sentido de si existe una diferencia esencial entre la derogación o suspensión del ejercicio de tales derechos bajo el régimen de excepción y su mera restricción o limitación durante los periodos de normalidad constitucional. Aunque esta cuestión no puede ser abordada aquí y deberá ser objeto de un trabajo posterior, puede adelantarse que la diferencia no parece ser cualitativa —quedando

5 Para una crítica al «modelo de lo usual», que aparentemente distingue a la Carta Africana, pero que en la práctica admite adaptaciones mediante modalidades interpretativas, véase Gross, Oren and Ní Aoláin, Fionnuala (2006, pp. 252-255, traducción mía).

así proscrita la interpretación que postula la inexistencia de los derechos o la imposibilidad de su ejercicio o defensa judicial durante el estado de emergencia—, sino de grado de restricción o de intensidad de la intervención sobre los derechos, en una u otra situación, sujeta siempre dicha restricción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3. El sujeto legitimado para la proclamación de la emergencia: autoinvestidura y rol del Parlamento a la luz de la cláusula de Estado democrático

En un artículo anterior, el autor del presente trabajo ha sostenido que, en cuanto a la proclamación (y mantenimiento) del estado de emergencia, el modelo que asume la Constitución peruana de 1993 es el de la «autoinvestidura» (Siles, 2017, p. 141). Ello quiere decir que el órgano legitimado para declarar la existencia de una crisis extrema, que amerita eventualmente la asunción de poderes extraordinarios y la suspensión de determinados derechos fundamentales, es el Poder Ejecutivo, como en efecto prevé el artículo 137 de la Carta vigente al delegar en el Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Ministros, la potestad de introducir alguno de los dos regímenes de excepción constitucionales (estado de emergencia y estado de sitio).

Es interesante ahora, a manera de ampliación y complemento, destacar la perspectiva del DIDH sobre este particular. Y es que, en cuanto a la autoridad competente para la proclamación de la emergencia, tanto el artículo 27 de la CADH como el artículo 4 del PIDCP remiten en general al «Estado parte», de suerte que corresponde a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado —en primer lugar, a los textos constitucionales— determinar cuál será el órgano específico que recibirá esta capacidad jurídica.

Como hace notar Claudio Grossman (1984), desde el punto de vista del derecho internacional, tienen capacidad de representar a un Estado parte —por ejemplo, conforme con un tratado como la CADH— aquellas autoridades cuya actuación puede dar lugar a la responsabilidad internacional de tal Estado, esto es, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial (Grossman, 1984, p. 123). Queda claro, entonces, que la elección del constituyente peruano es plenamente compatible con el ordenamiento internacional de los derechos humanos aplicable en el país, en la medida en que es a la autoridad ejecutiva a quien la Carta Fundamental otorga esta atribución.

Más relevante, empero, resulta el rol que debe asignarse a los otros órganos del poder público, y, en lo que interesa en este acápite, de manera especial al Parlamento, de conformidad con el DIDH. Y es que son el principio de separación de poderes y la cláusula de Estado democrático, consagrados en ambos tratados aplicables (la CADH y el PIDCP), los que determinan que el Poder Legislativo está llamado a jugar un papel destacado en la instauración del régimen excepcional.

En efecto, aun cuando la declaración del estado de emergencia da lugar a una fuerte concentración de poderes en manos del Ejecutivo, esto no significa que queden anulados los demás poderes del Estado y suprimido el Estado de derecho y el correspondiente principio de legalidad, así como la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, la posibilidad real de comisión de graves violaciones de los derechos humanos durante la emergencia hace necesario el rol de contrapeso y contralor a cargo de los otros poderes del Estado, el cual debe operar desde el primer momento (esto es, desde la proclamación de la emergencia).

De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su muy importante Opinión Consultiva OC-8, titulada «El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías», emitida el 30 de enero de 1987, haya tenido ocasión de recalcar que, impedida como

está de «hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas», tiene el deber de observar que «la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA» y que ella «carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático…»[6].

Más adelante, en este mismo pronunciamiento, la Corte Interamericana deja establecidos como principios orientadores a lo siguientes:

> Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32)[7].

Por lo demás, incluso antes de la adopción de la CADH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en un importante pronunciamiento público, emitido el 16 de abril de 1968, había destacado estos mismos valores en relación a la tutela de los derechos humanos en casos de «suspensión de garantías constitucionales» o «estado de sitio». En dicha oportunidad, la Comisión Interamericana declaró que para que la proclamación de emergencia sea compatible con el «régimen de gobierno democrático representativo» se requiere como condición indispensable, entre otras, que «no suponga la restricción de la vigencia del Estado de derecho ni de las normas constitucionales, ni la alteración de las competencias de los Poderes del Estado o el funcionamiento de los medios de contralor»[8].

Y todavía antes, en el año 1966, el Informe Final del relator especial designado por la CIDH para hacer un estudio sobre los estados de excepción en el hemisferio americano —el cual constituyó un importante precedente en la redacción del Anteproyecto y del texto definitivo de la CADH, lo cual contribuyó a dar sentido a las disposiciones de esta[9]—, sostuvo que, de entre las varias alternativas relacionadas con el «órgano competente» para declarar la emergencia, debía descartarse aquella consistente en una autoinvestidura del Ejecutivo sin ninguna participación del Parlamento (Martins, 1972, p. 140).

En consecuencia, el Dr. Martins (1972) consideró que lo idóneo era que sea el Ejecutivo el que decrete la suspensión, pero sometiendo de inmediato ante la representación nacional las medidas adoptadas, de tal manera que fuera el Congreso de la República el que decidiera si dichas medidas habían de ser mantenidas o si debían cesar o ser modificadas (p. 142).

---

6 Véase Corte IDH, Opinión Consultiva 8, «El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías», del 30 de enero de 1987, párrafo 20.

7 Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 24.

8 Véase CIDH, «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», emitida el 16 de mayo de 1968, en CIDH (1968a, pp. 46-48).

9 Varios autores han señalado la influencia del informe del relator Martins en la elaboración de la CADH. Véase Norris and Reiton (1980, pp. 192-193); Grossman (1984, p. 123).

Así, pues, puede concluirse que, conforme con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), no cabe un régimen absolutista derivado de los poderes extraordinarios que asume el Gobierno como consecuencia de la instauración del estado de emergencia, sino que deben ser respetados, aun en las situaciones de crisis extremas, los límites del poder fijados por el principio de legalidad, el Estado de derecho y las instituciones democráticas, incluyendo los medios de control, todo lo cual forma una unidad inseparable[10].

Se entiende entonces que, para Claudio Grossman, el alcance del artículo 27 de la CADH, por lo que se refiere a la amplitud de los poderes conferidos al órgano encargado de conjurar la emergencia y al rol del Legislativo como órgano de control, deba ser leído en armonía con el artículo 29 de la misma Convención Americana, referido a las «normas de interpretación». Y es que esta última disposición estipula que ninguna de las cláusulas del tratado debe «ser interpretada en el sentido de […] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno». Según Grossman (1984), «en las "formas democráticas representativas de gobierno" se confiere normalmente al legislativo un rol de importancia en la declaración de emergencia, ya sea por la necesidad de autorización previa o de confirmación de una declaración anterior del ejecutivo cuando no ha sido posible que el parlamento se reúna para considerar tal declaración» (p. 124).

También en el sistema universal de derechos humanos el principio democrático y el principio de separación de poderes juegan a favor de un rol activo del Parlamento en el balance y control sobre el Ejecutivo, que asume poderes extraordinarios ante una amenaza existencial. Ello puede desprenderse del requisito, previsto solo en el PIDCP (no en la CADH), relativo a la necesidad de proclamar la emergencia. Como se sabe, el Pacto de Naciones Unidas exige que la situación extraordinaria que pone en peligro la vida de la nación «haya sido proclamada oficialmente» (art. 4.1 PIDCP).

Es por ello que, en la Observación General N° 29 titulada «Estados de Emergencia (artículo 4)», el Comité de Derechos Humanos, órgano de control del Pacto, ha indicado que la proclamación «es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios»[11]. Por su parte, el relator especial de las Naciones Unidas sobre los Estados de Excepción, Leandro Despouy (1999), en su Informe Final, emitido tras doce años de labor, junto con la mención de que la proclamación constituye una medida de publicidad, que «es inherente a la forma republicana de gobierno» y que tiende a «evitar los estados de excepción *de facto*», considera que ella «apunta también a la apreciación de la autoridad nacional competente para tomar la decisión» (p. 26). Más adelante en este mismo Informe, el relator de las Naciones Unidas deplora los efectos perniciosos de disminuir hasta eventualmente desaparecer el rol del Parlamento como medio de control de los poderes extraordinarios, y advierte que, en determinados casos, las desviaciones del modelo canónico consagrado en el PIDCP pueden acarrear «la sustitución del principio de separación de poderes por el de jerarquización de los mismos, a favor del ejecutivo y éste, a su vez, en algunos casos, está subordinado al poder militar» (Despouy, 1999, pp. 67 y 69)[12].

10 Véase también Gross and Ní Aoláin (2006, p. 292).

11 Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29, «Estados de emergencia (art. 4)», del 24 de julio de 2001, párr. 2 (documento ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, del 31 de agosto de 2001).

12 También el Informe de Nicole Questiaux reparó en la existencia de características en virtud de las cuales el concepto de separación de poderes devenía sustituido por el de «jerarquización de poderes», colocando aun en la cúspide del Ejecutivo a una autoridad civil que, pese a retener algunas prerrogativas, podía resultar subordinada al poder militar. Véase Questiaux (1982, p. 34, párr. 159, traducción mía). Véase también Fitzpatrick (1994, p. 35).

Como consecuencia de la revisión hecha, puede concluirse que el DIDH aplicable en el Perú en materia de estados de emergencia obliga a que el Estado adopte las normas y los procedimientos que sean necesarios para que, en virtud del principio democrático y del principio de separación de poderes, el Congreso de la República tenga un rol relevante en el balance y control de los poderes extraordinarios que asume el Ejecutivo por decisión propia al declarar un estado de emergencia.

Este rol contralor es muy importante y debe ser llevado a la práctica desde el momento mismo de la autoinvestidura del presidente de la República. Lamentablemente, como se ha expuesto en un artículo anterior, ello no ocurre en el Perú, pues ni el Reglamento del Congreso ni otros cuerpos normativos prevén los mecanismos necesarios para ello (Siles, 2017, pp. 133-134). Tampoco la representación nacional ha consagrado una práctica que, pese a las carencias normativas, imponga dicho control, como de hecho pudiera haber ocurrido.

El papel del Tribunal Constitucional, en su caso, ha sido también modesto, si bien ha enunciado que bajo estado de excepción deben existir controles políticos a cargo del Parlamento, «para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política»[13]. Es más, el supremo intérprete de la Carta Fundamental ha sostenido que la institución del estado de excepción ha ido evolucionando para alcanzar el respeto del «principio de equilibrio de poderes», por lo que la declaración de la emergencia debe contar con una «fundamentación (político-jurídica)» que habilite un «progresivo sistema de rendición de cuentas», el cual no ha de limitarse al ámbito jurisdiccional, sino incluir la sede parlamentaria[14].

4. Las causales del estado de emergencia a la luz de los tratados internacionales de los derechos humanos

En el artículo del autor mencionado previamente, se desarrolló la argumentación según la cual el DIDH aplicable en el Perú coadyuva a determinar, por vía interpretativa, que las causales previstas en el artículo 137.1 de la Constitución para la declaración del estado de emergencia —«caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias»— deben entenderse siempre calificadas por la exigencia de afectar «la vida de la Nación», también prevista en dicha cláusula constitucional (Siles, 2017, pp. 145-152).

Vale decir que la CADH y el PIDCP, lo mismo que sus desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, dan fundamento a la tesis de que, incluso ante situaciones de disturbios internos, asonadas, desbordes violentos como consecuencia de protestas populares, así como en los supuestos de desastres causados por la naturaleza o con intervención humana (terremotos, inundaciones, huaycos, incendios, accidentes industriales, etcétera), es necesario superar un cierto umbral de gravedad —debe haber, en realidad, una «amenaza existencial»— para poder proclamar la emergencia y asumir los correspondientes poderes extraordinarios encaminados a conjurarla.

En esta oportunidad, se reforzará la argumentación mediante el recurso a los trabajos preparatorios de la Convención Americana y del Pacto Internacional, los cuales confirman que la interpretación correcta es la que aquí se ha elegido. Para ello, sin embargo, es necesario partir de los supuestos normativos habilitantes que estipulan los tratados internacionales aplicables. La CADH prevé el «caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la

13 Véase STC 017-2003-AI/TC, de 16 de marzo de 2004, fundamento jurídico 18.i; STC 00022-2011-PI/TC, de 8 de julio de 2015, fundamento jurídico 351.

14 Véase STC 00002-2008-AI, de 9 de septiembre de 2009, fundamento jurídico 21.

independencia o seguridad del Estado parte» (art. 27.1), y por su parte el PIDCP contempla «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación» (art. 4.1).

Surge entonces la interrogante sobre cómo armonizar estos diversos textos normativos. ¿Hay diferentes umbrales de exigencia entre un tratado internacional y el otro? ¿Los hay entre ambos instrumentos internacionales y la Constitución peruana? Todavía con mayor precisión, cabe preguntar si es más permisiva la CADH que el PIDCP, como también si es más permisiva la Carta Fundamental peruana que ambos tratados.

Thomas Buergenthal (1980-1981) ha llamado la atención acerca del hecho de que una primera apreciación del fraseo («wording») del artículo 27.1 de la CADH lo muestra como «sustancialmente diferente» del PIDCP, así como también del CEDH, de suerte que tales diferencias podrían ser entendidas como indicativas de que estos dos últimos instrumentos «prevén emergencias de mayor magnitud» que las contempladas en la Convención Americana (nota 32, traducción mía)[15].

No obstante, como ya ha sido anticipado, los trabajos preparatorios del Pacto de San José y del PIDCP permiten arribar a una conclusión distinta, en el sentido de que las diferencias de significado y alcance de la regulación no son tan amplias (O'Donnell, 1984, p. 204), sino que, por el contrario, convergen en la construcción interpretativa de un umbral de gravedad de la emergencia que es en esencia el mismo en la CADH y en el PIDCP, además de serlo igualmente en el CEDH (el cual, por cierto, sirvió de inspiración a los redactores del artículo 27 de la Convención regional americana[16]).

Lo primero que debe ser anotado es que el Informe presentado por el Dr. Martins (1966) como parte de las actividades de la CIDH en el año 1966, al ocuparse de «la causal» que habilita la emergencia, junto con rechazar términos de excesiva «generalidad» y «muy débiles limitaciones» de los poderes extraordinarios, valoró como adecuada la cláusula «Cuando así lo exija la seguridad del Estado», en la medida en que se refiere únicamente a «los casos graves en que se amenace la integridad o existencia de los tres elementos constitutivos del Estado: población, territorio, orden jurídico» (p. 141).

Añadió el relator de la CIDH que la expresión por él favorecida comprendía «exclusivamente» las siguientes situaciones:

(i) Un peligro actual o inminente para la existencia del pueblo como nación.
(ii) Para la supervivencia del Estado como entidad política soberana e independiente.
(iii) Para la integridad del territorio.
(iv) Para el acatamiento de la Constitución política vigente.
(v) Para el ejercicio de los poderes legítimos por parte de las autoridades constitucionales.
(vi) Un peligro grave e inminente de perturbación profunda de la paz social, el orden público, que haga peligrar la seguridad interior del Estado. (Martins, 1966, p. 141)

Estas consideraciones sobre la especial gravedad requerida para que un Estado pueda acudir a la institución de la «suspensión de garantías» o «estado de sitio» fueron luego

15 Véase también O'Donnell (1989, p. 398), Provost (2004, p. 272).

16 Véase la intervención del delegado de Brasil, Dr. Carlos Dunshee de Abranches, en el debate sostenido en la Comisión I de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que aprobó el Pacto de San José, en Secretaría General de la OEA (s/f, p. 264). Véase también O'Donnell (1989, p. 398).

adoptadas específicamente por la CIDH al momento de estudiar la cláusula suspensiva (artículo 19) del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos para las Américas redactado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) y los Proyectos de Uruguay y Chile. Al respecto, la CIDH se remitió al Informe Martins en los siguientes términos:

> A propósito del Artículo 19 del Proyecto del CIJ y de los textos correspondientes de los Proyectos de Uruguay y de Chile, la Comisión se permite sugerir al Consejo de la Organización [de la OEA] que tome en consideración la parte correspondiente del Segundo Informe titulado "La Protección de los Derechos Humanos Frente a la Suspensión de Garantías Constitucionales o Estado de Sitio", preparado por el Dr. Daniel Hugo Martins, Miembro de la Comisión. (CIDH, 1966, p. 18, párr. 56)

Más tarde, en la ya citada Resolución emitida por la CIDH (1968a), la Comisión Interamericana confirmó el criterio de la severidad necesaria para declarar el estado de excepción, al estimar que para su compatibilidad con el régimen gubernativo de «democracia representativa» resulta indispensable que la «suspensión de garantías» sea adoptada «en caso de guerra u otra emergencia pública grave que pongan en peligro la vida de la Nación o la seguridad del Estado» (p. 47, párr. 79).

Como puede apreciarse, la Resolución opta por una redacción hasta cierto punto semejante a la consagrada en el artículo 15.1 del CEDH y, sin mención expresa a la guerra, en el artículo 4.1 del PIDCP, ya que se refiere a una (otra) «emergencia pública» que haga peligrar, de modo grave, «la vida de la Nación», si bien añade a ello el riesgo para «la seguridad del Estado». Más allá de peculiaridades y matices, resulta claro que, sobre la base de los estudios especiales realizados y de la experiencia institucional con los estados de excepción en el hemisferio, la CIDH es de la opinión que la amenaza planteada por la emergencia debe ser de envergadura.

Tal criterio quedó plasmado en el «Anteproyecto de Convención Americana sobre Protección de los Derechos Humanos» que, por encargo del Consejo de la OEA, preparó la CIDH en su Decimonoveno Período de Sesiones (extraordinario), celebrado en el mes de julio de 1968. En efecto, en el artículo 24 del Anteproyecto se estipuló que «en caso de guerra u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado Parte», este podría adoptar disposiciones de suspensión de sus obligaciones de derechos humanos (CIDH, 1968b, p. 51, párr. 57).

El texto seguía, pues, muy de cerca la redacción de la Resolución adoptada por la CIDH en abril de 1968, para lo cual hubo de apartarse de la propuesta inicialmente formulada como Documento de Trabajo por la Secretaría de la CIDH, la cual se refería, más bien —ciñéndose al reciente modelo consagrado por el PIDCP, entonces ya aprobado, aunque todavía no en vigor—, a «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente» (CIDH, 1968b, p. 50, párr. 57).

El texto del Anteproyecto redactado por la CIDH fue el utilizado en la Conferencia de San José que adoptó la CADH, al cual los representantes reunidos en la capital de Costa Rica solo añadieron el supuesto de «peligro público». Aunque se trata de una expresión muy amplia y de gran vaguedad, los trabajos preparatorios muestran que la intención de los redactores fue la de permitir la inclusión de casos de desastres naturales, sin características políticas, como señaló explícitamente el delegado de El Salvador, autor de la propuesta finalmente acogida por el Plenario de la Conferencia.

En definitiva, los trabajos preparatorios de la CADH muestran una ruta evolutiva que confirma que la emergencia habilitadora del estado de excepción y la consiguiente asunción de poderes extraordinarios, incluyendo la posibilidad de decretar la suspensión de determinados derechos humanos, ha de ser de considerable entidad. A la luz de dichos trabajos preparatorios, queda claro que la redacción finalmente consagrada en la CADH no puede ser entendida como más laxa o menos exigente que los instrumentos homólogos del ámbito europeo o universal.

Es más, según hacen notar autores como Robert Norris y Paula Reiton, Claudio Grossman y Joan Fitzpatrick, las propuestas iniciales del CIJ y de Uruguay y Chile permitían la «suspensión de garantías» bajo la indefinida fórmula de «situaciones excepcionales», las cuales, en los proyectos de los países sudamericanos mencionados, habían de ser determinadas por cada Estado de manera unilateral (Norris and Reiton, 1980, pp. 191-192; Grossman, 1984, p. 125; Fitzpatrick, 1994, p. 58). La CIDH, empero, criticó este designio tempranamente y ejerció un fuerte liderazgo que condujo, a través de un proceso no exento de avatares y contrariedades, a consagrar finalmente disposiciones convencionales cuyo umbral de severidad ha de ser juzgado en todo semejante al vigente en el PIDCP, el cual, como se mencionó, es también similar al europeo.

Un elemento adicional a considerar, de indudable relevancia teórica y práctica, es que, como ha señalado Claudio Grossman (1984), la inclusión de la cláusula sobre «seguridad del Estado» como una condición que habilita la declaración de emergencia obliga a considerar esta en relación con las diversas disposiciones que, al consagrar derechos particulares, admiten restricciones ordinarias, distintas por lo tanto de la suspensión, las cuales han de ser aplicadas en las situaciones de normalidad constitucional, de allí el carácter subsidiario o residual del sistema de derogación o suspensión de garantías (pp. 125-126).

Desde luego, esta comprobación nos remite a la cuestión teórica de la diferencia entre suspensión o derogación y restricción de derechos, que se ha esbozado al final del acápite segundo de este artículo y que, como se deja dicho en ese lugar, debe ser abordada en un siguiente trabajo de investigación académica.

Por lo que se refiere a los trabajos preparatorios del PIDCP, debido a limitaciones propias de este artículo, no es posible acometer ahora una reconstrucción de los principales hitos del proceso. Solo ha de dejarse apuntado que, según la doctrina más autorizada, la exigencia de una amenaza a la vida de la nación, fórmula semejante en sus rasgos esenciales a la adoptada en el artículo 15 del CEDH, elaborado en simultáneo con el artículo 4 del PIDCP, debe ser entendida como referida a eventos de magnitud significativa que consten de los cuatro elementos definidos por la jurisprudencia europea y que han devenido ampliamente consensuales, al ser recogidos en el ámbito del sistema universal de las Naciones Unidas y también en el sistema americano: la «emergencia pública» debe ser (i) presente o inminente, (ii) excepcional, (iii) involucrar a toda la población, y (iv) constituir «una amenaza a la vida organizada de la sociedad» (Criddle and Fox-Decent, 2012, p. 61)[17].

De lo expuesto en este acápite puede concluirse que los trabajos preparatorios de la CADH y del PIDCP corroboran como interpretación correcta aquella que exige de las tres

17 Para una reconstrucción del proceso de elaboración del artículo 4 del PIDCP, véase en especial Svensson-McCarthy (1998, pp. 199-217) y Fitzpatrick (1994, pp. 52-54). Véase también Despouy (1999, pp. 34-38). Para la recepción de la jurisprudencia europea sobre estados de excepción, en el sistema americano, véase O'Donnell (1984, pp. 203-209) y O'Donnell (1989, pp. 400-403). Véase también Corte IDH, Sentencia del caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, del 4 de julio de 207, párrafo 46.

causales previstas en el artículo 137.1 de la Constitución peruana para la declaración del estado de emergencia un umbral de gravedad tal, que requiere en cada caso que se vea afectada la vida de la Nación. Ello como mandato que viene impuesto por el DIDH aplicable en el país, de manera complementaria a lo previsto en nuestra Carta Fundamental.

5. A manera de conclusión

A tenor de lo expuesto en el presente artículo, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

(1) En primer lugar, la evolución general de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en materia de estados de excepción muestra una línea cambiante y compleja. En efecto, en una primera etapa, signada por la aprobación de la DUDH y la DADDH, estos instrumentos normativos no contuvieron cláusulas derogatorias o de suspensión de los derechos humanos, sino tan solo cláusulas de restricción o limitación en situación de normalidad constitucional. La opción inicial fue, pues, la de no admitir de modo expreso la existencia de las crisis existenciales y la consiguiente derogación o suspensión de los derechos fundamentales, confiando, más bien, en los medios ordinarios para conjurar las emergencias a través de las cláusulas de restricción de derechos.

En una segunda etapa, la aprobación de los tratados generales de derechos humanos en el sistema universal (PIDCP de la ONU) y en el ámbito europeo (CEDH) y americano (CADH) mostró que los nuevos instrumentos normativos se inclinaban por preferir las cláusulas derogatorias o suspensivas. No obstante, en la última fase de la evolución, que llega hasta nuestros días, se aprecia la coexistencia de tratados internacionales que vuelven al modelo de la mera limitación o restricción (CADHP, CDFUE), mientras al mismo tiempo la Carta ADH acoge la alternativa de los primeros tratados por el sistema de la derogación o suspensión.

En consecuencia, resurge con todo vigor la cuestión de la relación entre cláusulas derogatorias y cláusulas limitativas de los derechos humanos en los instrumentos del DIDH, en el sentido de si existe una diferencia esencial entre la derogación o suspensión del ejercicio de tales derechos bajo el régimen de excepción y su mera restricción o limitación durante los periodos de normalidad constitucional. Cabe adelantar, con cargo a desarrollar la argumentación, en un estudio posterior, que la diferencia no parece ser cualitativa —proscribiéndose así la interpretación que postula la inexistencia de los derechos o la imposibilidad de su ejercicio o defensa judicial durante el estado de emergencia—, sino de grado de restricción o de intensidad de la intervención sobre los derechos, en una u otra situación, sujeta siempre dicha restricción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

(2) En segundo lugar, el principio de separación de poderes y la cláusula de Estado democrático, que consagran el PIDCP y la CADH, determinan que el Poder Legislativo está llamado a jugar un rol clave en la instauración del estado de excepción, aun cuando el modelo que sigue la Constitución peruana, en armonía con el DIDH, es el de la autoinvestidura del Ejecutivo.

Desde tempranos pronunciamientos de la CIDH en la década de 1960, y luego de la Corte IDH, en su célebre Opinión Consultiva 8, denominada «El Hábeas Corpus

bajo Suspensión de Garantías» (1987), el SIDH ha dejado establecido que no cabe entender como absolutos los poderes extraordinarios que asume el Ejecutivo ante las emergencias, sino que existen siempre límites que establecen el principio de legalidad, el Estado de Derecho y las instituciones democráticas, incluyendo los medios de control, todo lo cual forma una unidad inseparable.

También en el sistema universal de derechos humanos el principio democrático y el principio de separación de poderes juegan a favor de un rol activo del Parlamento en el balance y control sobre el Ejecutivo que asume poderes extraordinarios ante una amenaza existencial. Ello puede desprenderse del requisito, previsto solo en el PIDCP (no en la CADH), relativo a la necesidad de proclamar la emergencia.

En definitiva, puede concluirse que el DIDH aplicable en el Perú en materia de estados de emergencia obliga a que el Estado adopte las normas y los procedimientos que sean necesarios para que, en virtud del principio democrático y del principio de separación de poderes, el Congreso de la República tenga un rol relevante en el balance y control de los poderes extraordinarios que asume el Ejecutivo por decisión propia al declarar un estado de emergencia.

(3) En tercer lugar, en lo que se refiere a las causales habilitantes de la proclamación y mantenimiento del estado de excepción, los trabajos preparatorios de la Convención Americana y del Pacto Internacional confirman que, pese a su diferente enunciado o fraseo, el umbral de exigencia del PIDCP y la CADH no son esencialmente distintos. Tampoco es más permisiva con la potestad estatal la CADH que el PIDCP, ni ambos tratados internacionales que la Constitución peruana vigente.

Dichos trabajos preparatorios dejan en claro que la redacción finalmente consagrada en la CADH no puede ser entendida como más laxa o menos exigente que el instrumento homólogo de ámbito universal (ni que el convenio europeo).

Por lo demás, la inclusión de la cláusula sobre «seguridad del Estado» como una condición que habilita la declaración de emergencia, según hace notar Claudio Grossman, obliga a considerar esta en relación con las diversas disposiciones que, al consagrar derechos particulares, admiten restricciones ordinarias, distintas por lo tanto de la suspensión, las cuales han de ser aplicadas en las situaciones de normalidad constitucional, de allí el carácter subsidiario o residual del sistema de derogación o suspensión de garantías.

REFERENCIAS

Buergenthal, T. (1980-1981). The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences. *American University Law Review*, *30*(1), 155-166.

Cançado Trindade, A. (2001). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. (1968a). «Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio», emitida el 16 de mayo de 1968. En CIDH, «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimoctavo Período de Sesiones» (1-17 de abril de 1968), Washington DC, Secretaría General de la OEA, 24 de julio de 1968, 46-48 [documento OEA Ser.L/ V/ II.19, Doc. 30 (español)].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. (1968b). «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimonoveno Período de Sesiones (Extraordinario)» (1-11 de julio de 1968), Washington DC, Secretaría General de la OEA, 30 de diciembre de 1966 (documento OEA Ser.L/ V/ II.19, Doc. 51 (español), de 18 de diciembre de 1968).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. (1966). «Informe sobre la Labor Desarrollada durante el Decimocuarto Período de Sesiones» (3-21 de octubre de 1966), Washington DC, Secretaría General de la OEA, 30 de diciembre de 1966 (documento OEA Ser.L/ V/ II.15, Doc. 29 (español)).

Comité de Derechos Humanos. (2001). Observación General Nº 29, «Estados de emergencia (artículo 4)», del 24 de julio de 2001 (documento ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, del 31 de agosto de 2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Corte IDH. (1987), Opinión Consultiva 8, «El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías», de 30 de enero de 1987.

Criddle, E. y Fox-Decent, E. (2012). Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, *34*(1), 39-87.

Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México: IIJ-UNAM.

Fitzpatrick, J. (1994). *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Gross, O. y Ní Aoláin, F. (2006). *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Grossman, C. (1984). «Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos». En AA.VV., *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches* (pp. 121-134). Washington D. C.: CIDH.

Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra.

Landa, C. (2019). *Challenges of Human Rights in Latin America*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing. Recuperado de https://www.worldcat.org/title/challenges-of-human-rights-in-latin-america-minutes-of-the-fourth-conference-of-fundamental-rights/oclc/1099542080&referer=brief_results

Martins, D. (1972). La Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de las Garantías Constitucionales o Estado de Sitio. *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos. Actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1960-1967*, 122-154 (documento OEA/Ser.L/V/II.15 Doc. 12, del 11 de octubre de 1966).

Norris, R. y Reiton, P. (1980). The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties. *American University Law Review*, *30*(1), 189-223.

Novak, F. y Salmón, E. (2000). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos Humanos*. Lima: PUCP.

O'Donnell, D. (1984). Legitimidad de los estados de excepción, a la luz de los instrumentos de derechos humanos. *Derecho*, *38*, 165-231.

O'Donnell, D. (1989). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Provost, R. (2004). *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Questiaux, N. (1982). *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency* (Document ONU E/CN.4/Sub. 2/1982/15, released on July 27, 1982).

Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: PUCP.

Secretaría General de la OEA. (s. f.). *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos (7-22 de noviembre de 1969)*. Washington D.C.: OEA.

Siles, A. (2017). Problemática Constitucional del estado de emergencia en Perú: algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, (2), 123-166.

Sheeran, S. (2013). Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics. *Michigan Journal of International Law*, *34*(3), 491-557.

Svensson-McCarthy, A. (1998). *The International Law of Human Rights and States of Exception*. The Hague - Boston, London: Martinus Nijhof Publishers.

Vergottini, G. (2002). *Las transiciones constitucionales: desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL DIALÓGICA: ALGUNOS MECANISMOS O ESTRATEGIAS QUE FAVORECEN LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES[1]

Juan Manuel Sosa Sacio
Departamento Académico de Derecho PUCP*

Categoría profesores

A partir de una concepción dialógica de la justicia constitucional (conforme a la cual los tribunales o cortes constitucionales promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente) y a la vez crítica del «activismo judicial clásico» (según el cual los jueces detentan la última palabra en materia de interpretación constitucional, imponiendo sus respuestas a los actores políticos o sociales de manera vertical o «monológica»), en el presente trabajo se exploran y presentan algunos mecanismos o estrategias que, en la práctica, vienen utilizando diversas cortes constitucionales para dotar de una mayor legitimación democrática a sus decisiones, en especial al resolver casos complejos, en los cuales suele afirmarse que los jueces actúan de manera activista. En este sentido, se defiende aquí un modelo de «activismo judicial dialógico».

1. Introducción

En este trabajo vamos a referirnos a algunos mecanismos o estrategias que, en la práctica, vienen utilizando diversos tribunales o cortes constitucionales al resolver casos complejos. Conforme explicaremos, el uso de estos mecanismos coadyuva a las cortes constitucionales a otorgarle una mayor legitimación a sus decisiones, si bien no han surgido necesariamente con dicho propósito. En nuestro caso, valoramos positivamente el uso de este tipo de estrategias de legitimación, en especial frente a casos en los que se acusa a los tribunales de incurrir en activismo judicial.

A efectos de exponer ello, se partirá de la idea de que las cortes o tribunales constitucionales[2] cumplen algunos roles que pueden considerarse como políticos, sobre todo frente a

1 Este artículo ha sido elaborado a partir de la ponencia presentada en el II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, realizado entre los días 11, 12 y 13 de julio de 2018 en la ciudad de Río de Janeiro (Sosa, 2018).

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de pregrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad del Pacífico, y de posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Constitucionalismo Crítico.

2 A efectos de este texto, se entenderá por «tribunales constitucionales» o «cortes constitucionales» tanto a los órganos *ad hoc* que ejercen el llamado control concentrado de constitucionalidad, como también a las cortes

casos complejos[3], por lo cual, en algunas ocasiones, esto implica que deban tomar decisiones que podrían calificarse como «activistas»[4].

Ahora bien, este activismo judicial (sin dejar de reconocer que su uso puede acarrear algunos excesos) en no pocos casos resulta perfectamente compatible con el encargo que, en los hechos, han recibido los tribunales constitucionales. Esto resulta especialmente claro en el marco del modelo «fuerte» de control constitucional, en el cual los tribunales detentan la «última palabra», al ser el «órgano de cierre» en materia de interpretación constitucional (Tushnet, 2013, pp. 103 y 109). A este modelo «fuerte» de control, valga precisar, es al cual se adscribe la mayoría de cortes o tribunales constitucionales que son considerados como referenciales o emblemáticas en nuestro medio (como son, por ejemplo, los casos de Alemania, Estados Unidos, Italia, Colombia, etc.).

Por otra parte, el referido activismo judicial es criticado desde diferentes flancos. Así, por ejemplo, quienes defienden un modelo «débil» de control constitucional critican la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales y señalan que estos son una manifestación de «elitismo judicial», poco respetuosa del principio de igual valor y respeto de las personas (Waldron, 1999/2005). Por otra parte, quienes se inscriben en el llamado «constitucionalismo principialista» indican que el activismo judicial termina subestimando o trasgrediendo los componentes autoritativos del derecho («el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes»), incurriendo muchas veces en formas de autoritarismo o de arbitrariedad judicial (Atienza, 2011, p. 80; Atienza, 2013, pp. 153-154).

En este trabajo se explicará que, en el marco de entender adecuadamente las funciones de los tribunales constitucionales, y de enfrentar el asunto no solo desde la teoría de la argumentación jurídica o de la interpretación jurídica, sino también desde la teoría de la democracia, es posible encontrar respuestas para superar las críticas planteadas[5]. Según se señalará, además, los tribunales constitucionales en la práctica suelen emplear medios o estrategias de legitimación democrática, los cuales precisamente —y sobre la base de lecturas deliberativas o dialógicas de democracia[6]— ayudan a levantar los principales cuestionamientos formulados contra las cortes «activistas», sobre todo aquellos vinculados con la falta de legitimidad democrática de los tribunales o con la alegada displicencia de estos frente a la «dimensión autoritativa» del derecho.

En este sentido, se partirá entonces de una concepción dialógica de la justicia constitucional (o de «justicia dialógica»), conforme a la cual los tribunales o cortes constitucionales promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e

supremas, o a las salas especializadas dentro de ellas, que materialmente realizan funciones de cortes constitucionales —al resolver controversias complejas, de relevancia social y política, vinculadas con una cuestión constitucional—.

3 Como se explicará mejor luego, por casos complejos se hará referencia a los llamados «casos difíciles» y a los «trágicos» (Atienza, 2005, p. 123) —básicamente en los términos planteados por las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas—, pero también a los casos con relevancia social y política, para los cuales el derecho positivo o las herramientas procesales disponibles muchas veces son insuficientes.

4 Existe abundante literatura sobre el denominado «activismo judicial». Para quienes desean aproximarse inicialmente a este tema, son recomendables los recientes textos de Atienza (2019) y García Jaramillo (2019).

5 La teoría de la democracia, por cierto, había sido permanente objeto de interés para el derecho constitucional —incluso en nuestro país (véase Landa, 1994)—; sin embargo, paulatinamente fue dejada de lado y se dio prioridad a los estudios dogmáticos. Recientemente su importancia ha resurgido, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en el auge de importantes estudios sobre la democracia deliberativa, el populismo, la autoridad legítima, los límites a la reforma constitucional, el constitucionalismo abusivo, etc.

6 Véanse Linares (2015), Martí (2006), Martí (2011), y García Jaramillo (2015).

incluyente. Se trata de una visión que, valga precisarlo, cuestiona al «activismo judicial clásico» —vinculado con el modelo «fuerte» de control constitucional—, critica que los jueces detenten la última palabra en materia de interpretación constitucional, imponiendo sus respuestas de manera vertical o «monológica», y apuesta más bien por lo que puede denominarse como un «activismo judicial dialógico» (Tushnet, 2013).

Si bien a lo largo de este texto se referirá al rol de los tribunales constitucionales como actores políticos y sociales, así como a la posibilidad de que las cortes constitucionales consideren a la legitimación democrática de sus decisiones como un criterio de corrección, su principal foco de atención será la descripción de algunos medios o estrategias legitimadoras que ya vienen usando algunas cortes constitucionales, principalmente en el ámbito latinoamericano, esto en el marco de una concepción dialógica de la justicia constitucional.

2. Los tribunales constitucionales como actores políticos y sociales

En el ámbito latinoamericano se insiste mucho en entender a la judicatura —incluyendo a los tribunales constitucionales— a partir de los célebres planteamientos formulados en su momento por Kelsen y Montesquieu. Con respecto a Kelsen, como se sabe, se trató del más relevante propulsor de los tribunales constitucionales como órganos con fisonomía jurisdiccional.

Ciertamente, la posición de Hans Kelsen se entiende mejor a la luz del conocido debate que sostuvo con Carl Schmitt, ocurrido en los años veinte del siglo pasado, sobre quién debe ser el guardián de la constitución. Al respecto, a diferencia de Kelsen, Schmitt planteaba que la custodia de la constitución debería recaer en un órgano político como el «jefe del Estado» —el presidente del *Reich*, diferente al «jefe de gobierno» o canciller— quien, desde una posición «neutral, mediadora, reguladora y tutelar», basada en su *auctoritas* y no en su *potestas*, sería el mejor guardián de la constitución[7]. A decir del jurista alemán, dicha función de *pouvoir neutre*, de «poder mediador», tan solo se activaría excepcionalmente y debería ser ejercida de manera cauta y prudente, sin que deba expandirse innecesariamente compitiendo con los demás poderes (Schmitt, 2009, sobre todo: pp. 247-248). En suma, mientras que para Kelsen el tribunal constitucional debería ser un órgano jurisdiccional, dotado de independencia judicial (Kelsen, 2009, p. 308), para Schmitt debería ser un órgano que encarne la unidad política del pueblo (Schmitt, 2009, p. 246).

Como es conocido, este debate lo ganó finalmente Kelsen, y por ello en la mayoría de países europeos se erigieron tribunales constitucionales con base en sus planteamientos, es decir, entendidos como órganos de talante jurisdiccional, encargados de realizar el control normativo de constitucionalidad. No obstante ello, puede reconocerse con facilidad que los tribunales constitucionales —y no solo en Europa— se han aproximado mucho a la visión que había formulado Schmitt sobre el custodio de la constitución: en efecto, a estas cortes se las concibe como poderes moderadores, mediadores, encargados de apaciguar las controversias más peliagudas de una comunidad política, e incluso de unir lo disperso en el marco de los valores constitucionales (en este sentido, contemporáneamente se habla, por ejemplo, de la «unidad en la constitución», de la «integración constitucional», del «patriotismo constitucional», de la constitución como «orden de valores», etc.). De manera similar a lo que sostuvo

7 Para Schmitt, el presidente del *Reich* —que era elegido por «el pueblo alemán entero»— encarnaba la unidad política del pueblo, y sobre esa base entendía que la Constitución de Weimar favorecía que este haga las veces de «defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación» (Schmitt, 2009, pp. 286-287).

Schmitt, los tribunales constitucionales se han constituido en especies de poderes «neutros» y «medidores», función que, en su momento, este autor le asignó al *Hüter des Verfassung*, al guardián o defensor de la constitución.

En similar sentido, puede afirmarse que las cortes constitucionales exceden a la lógica de «tres poderes» tal cual fue enunciada por Montesquieu, conforme a la cual los jueces aparecían como seres inanimados, que tan solo reproducen mecánicamente las palabras que contiene la ley (Montesquieu, 1748/1845, p. 197). Al respecto, sucede que, en efecto, admitir la existencia de órganos como los tribunales constitucionales, encargados no de replicar, sino de revisar la validez de la legislación, implica en cierta forma «renegar de Montesquieu» (Cappelletti 1986). Es más, en relación con lo que pueden hacer los tribunales constitucionales al realizar el control de constitucionalidad —o mejor expresado: con lo que *de facto* hacen—, queda muy claro que estos han excedido lo ideado por Kelsen o lo recomendado por Montesquieu: las cortes constitucionales no pocas veces van más allá del texto de la ley, en otras palabras, no se encuentran del todo subordinadas a los elementos «autoritativos» del derecho[8] [y diversos ejemplos de esto pueden encontrarse, entre otras, en las monumentales obras de López Bofill (2017), Ahumada (2005) y Aja (1998)].

Ahora, como ha sido tantas veces dicho, esta inédita labor de los jueces constitucionales parece ser una consecuencia inevitable de que la constitución no sea una disposición jurídica más, sino que tiene un peculiar contenido axiológico y político. Esta singularidad de la constitución hace más claro que el derecho no es solo un asunto de reglas, las cuales tendencialmente se aplicarían de manera sencilla o mecánica; por el contrario, su interpretación y uso implica ejercer cierto margen de discrecionalidad o creatividad por parte de los jueces[9]. Asimismo, el contenido especial de las constituciones «rematerializadas» (Cruz, 2009, pp. 27-31; Prieto Sanchís, 2003, pp. 113-116) favorece a que, finalmente, termine llegando a las manos de los tribunales constitucionales todas las «papas calientes» que existen en una comunidad política (como pueden ser, por decir, asuntos tales como la discriminación racial, el aborto o la eutanasia, el matrimonio igualitario, las condiciones carcelarias, la contaminación ambiental, amnistías políticas, entre tantos otros), «papas» que los propios poderes políticos no llegaron a atender antes, o que incluso han generado ellos mismos.

En el sentido expuesto, y un poco «renegando de Kelsen», puede afirmarse que los tribunales constitucionales son inevitablemente actores políticos, aunque, desde luego, no en los mismos términos que los clásicos poderes estatales o los partidos políticos, sino en la medida

8 Valga precisar que las referencias a la «dimensión autoritativa del derecho» suelen remitir al derecho legislado o escrito, y de modo más específico al derecho que proviene de las asambleas legislativas representativas (parlamentos, congresos, cortes generales, etc.). En general, desde la dogmática y teoría del derecho suele concebirse a este ámbito como un marco o límite para los jueces, lo cual parece ser una herencia de la postura tripartita sobre el poder, así como de los postulados del llamado «constitucionalismo legalista» (bajo este marco, se pone en duda entonces que la jurisprudencia sea una genuina fuente del derecho, o que los jueces puedan innovar en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo extremo de esto lo encontramos en Böckenforde 2000, pp. 38 y 63). Lo anterior presupone, desde luego, una visión específica —aunque no la única posible— sobre lo que es el derecho y sobre cuáles son las fuentes legítimas del ordenamiento jurídico.

9 Empero, la sola consideración del carácter político o abierto de la constitución no permite ver con claridad el conjunto de funciones sociales y políticas encomendadas a los tribunales constitucionales. Así, por ejemplo, y presuponiendo lo anterior, a los tribunales se le atribuía un rol básicamente interpretativo, orientado a un mero control de compatibilidad con la constitución, con una tendencia a la autolimitación frente a los poderes políticos (véase Schneider, 1982). En similar sentido, ante la idea de «creación judicial», se enfatizan las cuestiones dogmáticas e interpretativas, antes que discutir en torno al rol de los tribunales (véase Müller, 2012).

que les toca pronunciarse sobre cuestiones que son esencialmente *res publica* (Zagrebelsky, 2007, pp. 506-511; Häberle, 2004, p. 11). En ese marco, además, tal como se ha explicado en otras ocasiones, queda de manifiesto que las cortes constitucionales tienen algunas funciones específicas de carácter social y político, como es el caso de las funciones *republicana*; *reconciliadora*; *moderadora*; de *reconocimiento* e *inclusión*, y *racionalizadora* (Sosa, 2017). Si bien no es ocasión para abundar en ello, debemos precisar que es en este marco que corresponde analizar o evaluar lo relacionado con el activismo judicial.

Por otra parte, es cierto que estos roles especiales que les toca cumplir a los tribunales constitucionales no les hace inmunes a posibles errores o excesos en los que podrían incurrir, ni a ser criticados debido a ello. Al respecto, una forma de enfrentar tales excesos y de superar las principales críticas, tal como se pasará a explicar, es a través de buscar una cierta legitimación democrática, atendiendo siempre a que, pese a su carácter político, los tribunales constitucionales siguen siendo órganos judiciales. Más específicamente, esta legitimación democrática podría ser tomada en cuenta como un específico criterio de corrección, adicional a los ahora existentes (vinculados sobre todo a las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica).

3. La legitimación democrática como criterio de corrección de las decisiones de los tribunales constitucionales en casos complejos

Prácticamente todos los tribunales constitucionales —si bien algunos más que otros— han resuelto en muchas ocasiones yendo más allá del texto expreso de la ley en sus interpretaciones, e incluso yendo más allá de sus competencias formalmente previstas. Estas decisiones suelen ser calificadas como decisiones «activistas».

Ahora, si bien no existe unanimidad sobre aquello que finalmente puede ser calificado como «activismo judicial», en otra oportunidad se ha indicado que, en términos generales, suele concebirse que los jueces activistas tienden a (1) dictar decisiones obligatorias-directivas, (2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso a atribuirse nuevas competencias), (3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico, (4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales, y (5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional (Sosa, 2017, pp. 75-76). Esto sería, valga precisarlo, lo que podría denominarse como «activismo judicial clásico» (o también «monológico»), al cual se le puede oponer como alternativa —según explicamos luego— un modelo de «activismo judicial dialógico»[10].

Por lo general, este activismo no se manifiesta frente a casos fáciles o rutinarios, sino más bien frente a casos complejos, los cuales pueden serlo por diferentes motivos: por tratarse de casos argumentativa o moralmente «difíciles» o «trágicos» (que muchas veces requieren evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); de casos en los cuales, para resolver correcta o razonablemente, el derecho positivo resulta insuficiente (por lo que los jueces deben «crear» derechos o instituciones procesales *ex nihilo*[11]), de casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual (siendo necesario, por ejemplo, emitir sentencias atípicas,

10 No se está haciendo referencia ahora, valga aclarar, al modelo de «*dialogic review*», al control «débil» de constitucionalidad o al constitucionalismo del Commonwealth (Tushnet, 2012). Para mayores señas, se ha descrito brevemente este modelo en Sosa (2017, pp. 84-85).

11 Las razones por las que es necesario crear derecho pueden no tener que ver con razones morales, sino también con consideraciones relevantes en términos de *res publica* o de *salus populi*, las cuales conforme a la filosofía moral podrían ser calificadas como razones instrumentales o estratégicas (y no propiamente como razones prácticas o morales, cuando menos para el constructivismo moral predominante).

de carácter «estructural») o de casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar atendiendo a las consecuencias políticas, económicas, sociales, etc., del fallo (esto, porque muchas veces decisiones del tipo «*fiat iustitia et pereat mundus*» podrían generar consecuencias contraproducentes en términos constitucionales), entre otras posibilidades. Es más, trayendo a colación lo ya mencionado antes, podemos afirmar que los supuestos de activismo judicial generalmente se encontrarán vinculados a los peculiares roles sociales y políticos que vienen cumpliendo los tribunales constitucionales hoy en día.

Como se ha adelantado, este activismo judicial es criticado sobre todo desde las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas, básicamente a partir de los criterios de corrección de las decisiones judiciales que ellas establecen[12]. Sin embargo, y con base en lo que se ha venido explicando, es posible, y hasta necesario, tomar en cuenta otros elementos adicionales de corrección, relacionados más bien con la teoría de la democracia. Esto es así en la medida que, como ya fue indicado, los tribunales cumplen funciones políticas ineludibles y, a la vez, las principales críticas contra el activismo judicial están relacionadas con el déficit de legitimidad democrática de las cortes constitucionales frente a las autoridades políticas[13].

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente precisar que muchas de las críticas o reparos que se realizan respecto al activismo judicial, comprensibles en cierta medida en relación con los jueces del Norte Global (Europa y Estados Unidos, por ejemplo) atendiendo a sus tradiciones ideológicas y jurídicas y al rol de sus actores políticos, no pueden ser extrapoladas mecánicamente para el caso de los jueces del Sur Global (América Latina, por ejemplo)[14]. Esto es así, porque en los países latinoamericanos la judicatura no solo hace las veces de freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos y sus eventuales excesos; en nuestros contextos las cortes constitucionales se encargan, además, de hacer cumplir la constitución frente a las omisiones, la indolencia y la desidia del Estado, empezando, muchas veces, por lo más elemental en materia de tutela de derechos y satisfacción de necesidades humanas básicas[15].

Ahora bien, de la mano de estas tareas, es cierto que existen diversos riesgos y peligros, los cuales hemos visto muy de cerca en la región. Efectivamente, los tribunales constitucionales en ocasiones han incurrido en excesos; efectivamente, recurriendo a una feliz expresión de Jürgen Habermas[16] (1998, p. 353), a veces se han sobregirado en su «crédito» o «cuenta corriente de legitimación». En este sentido, y tomando en serio las críticas que apuntan tanto a la insuficiente legitimidad democrática de las cortes como a la banalización

12 Véanse Wróblewski (2013), y MacCormick (1978/2018).

13 A esto, de algún modo, se refería por ejemplo Aarnio cuando se refirió a la «aceptabilidad» en vez de referirse tan solo a la corrección (Aarnio, 1991, pp. 247-313), o Alexy cuando, además de aludir a los «principios formales» como complemento a la dimensión ideal del derecho, explica su idea de «representación argumentativa» (Alexy, 2015).

14 Por si hiciera falta precisarlo, las denominaciones «Norte Global» y «Sur Global» aluden a la relación de dominación o dependencia económica y cultural por parte de los países desarrollados, muchos de ellos ubicados en el hemisferio norte, hacia los países subdesarrollados, ubicados generalmente en el hemisferio sur (o entre los trópicos, más precisamente).

15 Ello, por no mencionar también la tutela que las cortes y tribunales del Sur Global brindan frente a los poderes privados. Ha habido, pues, un proceso de *tropicalización* de instituciones tales como los derechos fundamentales y las cortes constitucionales, que surgieron en el Norte Global con contenidos y alcances diferentes.

16 Si bien Habermas parte de una perspectiva de los tribunales constitucionales básicamente como guardianes de los procesos democráticos, la idea de «cuenta corriente de legitimación» expresa bien lo que vemos explicando.

de la dimensión autoritativa del derecho, vale la pena explorar aquellos mecanismos a través de los cuales las cortes constitucionales respaldan o incluso amplían su «cuenta corriente» de legitimidad.

Al respecto, en el marco del constitucionalismo dialógico, se plantea que una forma de legitimar las decisiones judiciales es a través de otorgar espacios a la deliberación democrática. En este sentido, se ha indicado en otra ocasión (Sosa, 2017, pp. 89-90) que es posible contar entre los mecanismos o estrategias de legitimación, por ejemplo, a la visibilización de problemas excluidos del debate público colectivo, a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas por ausencia o déficit de diálogo público o institucional, a la inclusión de actores y voces relevantes en la deliberación de los casos, a la mínima intervención judicial procurando el máximo involucramiento de los actores políticos relevantes, al uso de decisiones dialógicas dirigidas a que el juez no se apodere de la «última palabra», entre otras posibilidades en las que los tribunales constitucionales aparecen, ante todo, como promotores de un diálogo público robusto.

Así visto, este tipo de estrategias ayudan a legitimar las decisiones de las cortes constitucionales debido a que repercuten, cuando menos, (1) en una mayor aceptabilidad de las decisiones judiciales (pues se habría escuchado a las voces relevantes y su participación en cierta medida legitima el proceso decisorio), (2) en una mayor eficacia de las decisiones judiciales (pues se han resuelto considerando la opinión de los involucrados e incluso podría comprometerse a las partes con el cumplimiento de lo que se va a decidir), y (3) en una mayor corrección epistémica de las decisiones judiciales (pues contar con un mayor número de participantes en la deliberación, más todavía si intervienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar sesgos y errores de todo tipo).

Ahora bien, vale la pena precisar que este eventual criterio adicional de corrección se presenta con un carácter básicamente orientativo o de «ideal regulativo» —lo que quiere decir que, a mayor proximidad respecto del ideal planteado, mayor es la legitimación o corrección de la decisión judicial— y tal vez podría ser formulado, aunque todavía de modo tentativo, de la siguiente manera: cuanto más complejo sea el caso por resolver, y cuanto más riesgo existe en poner en cuestión/socavar la dimensión autoritativa del derecho, más esfuerzos debe hacer la corte constitucional por legitimar democráticamente su decisión.

4. Medios o estrategias de legitimación, en especial, a partir del modelo de «justicia dialógica»

Existen diversos medios a través de los cuales las cortes constitucionales, en el plano de los hechos, procuran su legitimación. Estos mecanismos se encuentran relacionados con el rol social y político de los tribunales, al cual ya nos hemos referido, aunque sin perder de vista que son órganos que tienen también un carácter jurisdiccional (por ello deben regirse por el principio de imparcialidad, que no significa neutralidad frente a las controversias constitucionales y los valores involucrados).

Como ya fue adelantado, el marco del que se va a partir es el de la democracia deliberativa, el constitucionalismo dialógico[17] o, más específicamente, la «justicia dialógica». Valga precisar que por «justicia dialógica» se alude a una compresión de la jurisdicción constitucional

17 Como señalan Gargarella y Bergallo (2014), «el constitucionalismo dialógico vendría a decirnos que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía» (p. 10).

que permite y promueve la deliberación pública, la apertura y la inclusión de actores relevantes en el proceso de toma de decisiones[18].

Hay un alejamiento, entonces, de formas de legitimación propias de otras versiones de democracia, como son la «mayoritaria» o la «agonal» (Schumpeter, 1996, pp. 343-348; Mouffe, 1999, 11-207), relacionadas básicamente con las elecciones populares o con la representación de intereses particulares. Por el contrario, se hará referencia a formas de legitimación vinculadas a la intervención de los tribunales constitucionales como promotores de un diálogo público robusto, abierto e inclusivo; con la generación de espacios de participación que permitan enriquecer el proceso de toma de decisiones; o también con la generación de mecanismos de diálogo o cooperación que muestren cierta deferencia hacia aquellos actores políticos o institucionales más directamente vinculados con la decisión que debe desprenderse del caso.

En este sentido, los tribunales y cortes constitucionales se legitiman a través de recurrir a este tipo de medios o estrategias, y esta legitimación resulta especialmente valiosa y hasta necesaria cuando estamos ante sentencias a través de las cuales se resuelven asuntos complejos. Como se adelantó, se está haciendo referencia entonces a un «activismo judicial dialógico», el cual se diferencia del «activismo judicial clásico» de carácter más bien «monológico» (Rodríguez Garavito, 2016, pp. 493-494), que es impermeable a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos.

Finalmente, antes de continuar, es necesario precisar que lo que se presenta seguidamente es tan solo una muestra inicial sobre los medios o estrategias dialógicos posibles. De hecho, pueden encontrarse otros más, pero no se podrán abordar en esta ocasión[19].

4.1. La visibilización de los problemas

Una primera forma de legitimación encaminada a reforzar la *auctoritas* de las cortes constitucionales alude a la posibilidad de que los tribunales constitucionales pongan en la agenda pública asuntos que inicialmente se encontraban excluidos del debate colectivo o que eran poco atendidos.

En estos casos —como se ha sostenido respecto a los medios de comunicación masiva, en relación con su público (McCombs, 2006)— los tribunales constitucionales pueden cumplir un rol de *agenda setting*, ello en la medida que tienen la capacidad de posicionar o fijar algunos asuntos en la agenda pública y política, es decir, aquella que podría ocupar a la sociedad y a los actores políticos e institucionales.

Ahora bien, esta posibilidad de que los tribunales puedan poner en vitrina algunos temas relevantes no significa que vayan a determinar el sentido o el resultado último del debate público. En efecto, debe resaltarse que cuando las cortes constitucionales colocan un tema en agenda pública no están apropiándose de la «última palabra» en torno al tema, sino más bien

18 En este sentido, por «justicia dialógica» se entiende a algo más amplio que las «sentencias dialógicas», las cuales están relacionadas con decisiones finales, sobre todo en casos complejos, en términos dialógicos (por ejemplo, a través del dictado de órdenes más abiertas, no exhaustivas y perentorias, cuya ejecución involucre incluso el diálogo con los actores sociales y políticos relevantes), sin que el tribunal tenga la última palabra. En este sentido, la «sentencia dialógica» puede ser entendida como un momento o una estrategia de la «justicia dialógica».

19 Entre estos se puede encontrar, por ejemplo, a la deferencia judicial a las decisiones democráticas deliberadas, la deferencia al parecer de los actores políticos o institucionales relevantes, la generación de espacios de diálogo institucional, las decisiones con reparaciones simbólicas, etc.

están tomando la iniciativa con una «primera palabra», a partir de la cual podría iniciarse un debate colectivo.

Ciertamente, agendar temas relevantes puede ser considerado como una expresión de la función «republicana» o «de conducción» de los tribunales constitucionales, en la medida que implica cierto liderazgo en la afirmación de bienes o valores constitucionales que no habían merecido mayor atención, así como poner en evidencia la existencia de deberes incumplidos por parte de algunos actores públicos o privados.

Un ejemplo que cabe mencionar —y que además se considera como sintomático del activismo judicial—, es el de la emisión de sentencias de carácter estructural en las que se abordan el tema de las condiciones carcelarias. Al respecto, puede constatarse que la terrible situación en la que supervive la población penitenciaria no suele concitar la atención de los actores políticos, y es que proponer mejoras en las condiciones en las que viven los reos puede ser una cuestión impopular, más todavía en contextos en los que se encuentra difundido o arraigado el populismo penal.

Al respecto, en varios países las cortes constitucionales han puesto en la palestra e impulsado la problemática sobre las (inhumanas) condiciones carcelarias. Este es el caso de algunos países iberoamericanos, como por ejemplo Argentina, cuya Corte Suprema emitió una sentencia estructural referida a las condiciones de los reos con prisión preventiva policial (en el famoso caso Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, sentencia del 3 de mayo de 2005); también de Colombia, cuya Corte Constitucional declaró «estados de cosas inconstitucionales» referidos a las pésimas condiciones carcelarias en dicho país (como se aprecia de las sentencias T-388 del 28 de junio de 2013, T-762 del 16 de diciembre de 2015, o T-153 del 28 de abril de 1998). Asimismo de Brasil, a través del «estado de cosas inconstitucionales» establecido por el Tribunal Supremo Federal (mediante resolución recaída en la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) n.º 347, el 9 de setiembre de 2015), lo cual también queda reflejado con la especial preocupación de dicho Tribunal tras los motines en los penales de Manaos, Roraima y Río Grande del Norte a inicios de 2017 (contexto en el que, además, se emitió una sentencia que estableció una indemnización para un reo que se encontraba en condiciones degradantes, en el recurso extraordinario n.º 5580.252, 16 de febrero de 2017), o también con la reciente sentencia del Tribunal Supremo brasileño en la que ordena la variación de la prisión provisional por la prisión domiciliaria, para miles de mujeres embarazadas o que sean madres de niños de hasta 12 años de edad (proceso de hábeas corpus n.º 143641, 20 de febrero de 2018).

4.2. El castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional

Otro ámbito en el que, sobre la base de un modelo deliberativo de democracia, las cortes constitucionales pueden adquirir cierta legitimación democrática es a través de exigir la existencia de un real diálogo o deliberación, tanto al interior de los órganos deliberativos correspondientes, como por consultar algunas medidas estatales relevantes con las personas a quienes va a afectar la medida.

De esta manera, algunas cortes latinoamericanas han asumido competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas legales, debido ya no solo a vicios formales (es decir, porque se ha infringido procedimientos o competencias constitucionalmente dispuestas) o a vicios sustantivos (esto es, por trasgredir bienes materialmente constitucionales) —como es aceptado generalmente por el constitucionalismo estándar—, sino específicamente por la ausencia o el déficit de deliberación pública o institucional.

Si bien se trata de una cuestión aún incipiente, existen ya algunos ejemplos en la región que vale la pena tomar en cuenta. Tenemos, por ejemplo, el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional viene exigiendo, a través de su jurisprudencia reiterada, que se respeten «los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (reformas a la Constitución)», ello en salvaguarda de la deliberación parlamentaria, mejor aún, de los mecanismos que aseguran la participación efectiva de los congresistas en los debates (por ejemplo: que haya apertura formal de la deliberación, que no se niegue arbitrariamente el uso de la palabra a los congresistas, que no haya diferencias radicales entre el proyecto que fue presentado y el proyecto a discutir, etc.), así como los principios relacionados con el ideal deliberativo (por ejemplo: publicidad del proyecto, periodo razonable entre debates, ausencia de discriminación de minorías políticas o de la oposición, etc.)[20]. La Corte Constitucional colombiana tiene variada jurisprudencia sobre la también llamada «elusión deliberativa»[21], en la que reivindica con claridad un modelo deliberativo de democracia (García Jaramillo, 2016, pp. 178-179).

Otro caso que puede mencionarse es el de Argentina, donde con ocasión de resolverse un caso en el que se cuestionaba el aumento de las tarifas del gas (que fue conocido con el nombre de «Tarifazo»), la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que contenía el nuevo cuadro tarifario, debido a que la regulación no fue consultada con la población que se vería directamente afectada (caso Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros - CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería, de 18 de agosto de 2016)[22]. Si bien esta sentencia —a diferencia de lo que ocurre en Colombia— no constituye un estándar arraigado, sin duda constituye un interesante avance a tener en cuenta. En este sentido, se han destacado por ejemplo «las importantes consideraciones que hace la Corte en relación con el valor de la discusión colectiva», las cuales «resultan música para los oídos de quienes defendemos un ideal deliberativo de la democracia» (Gargarella, 2016); y ello es así principalmente porque la Corte Suprema habría partido de una visión sustantiva, y no meramente formal, de las audiencias públicas como mecanismos de consulta.

Además de los ejemplos anotados, puede hacerse referencia asimismo al «derecho a la consulta previa», cuya titularidad recae en los pueblos originarios de nuestra región, y que son tutelados, precisamente, por parte de la judicatura constitucional. Este derecho implica, en la misma clave dialógica a la que nos venimos refiriendo, que antes de que se concrete cualquier proyecto de envergadura que incida en la vida de las comunidades originarias (como es típicamente el caso de proyectos extractivos, energéticos, viales, hídricos, etc.), este debería ser objeto de una «consulta previa, libre e informada», con la finalidad de que las comunidades muestren (o no) su asentimiento. En este orden de ideas, las cortes constitucionales han declarado nulos diversos proyectos que fueron concretados sin que se haya realizado esta «consulta previa».

4.3. La inclusión de actores y voces en la deliberación del caso

Un ejemplo ampliamente conocido y vinculado con la legitimación de los tribunales se refiere a la posible inclusión en el proceso encaminado a la toma de decisiones, tanto a los actores directamente involucrados o afectados con el problema que se debe resolver como a técnicos que puedan ofrecer sus consideraciones especializadas para tomar una mejor decisión.

20 Véanse García Jaramillo (2016) y Otálora Lozano (2013).

21 Entre muchas, véanse la C-222 de 1997, la C-816 de 2004, y la C-40 de 2010.

22 Véase Piana y Córdoba (2016).

A través de estas formas de intervención, las cortes se aproximan al ideal participativo e incluyente propio de la democracia deliberativa. Este tipo de participación abona, asimismo, tanto a la *legitimación* como a la *corrección* de lo resuelto. En cuanto a la *legitimación*, se trata sin duda de «un factor de legitimación social», pues viabiliza «la posibilidad de participación formal de entidades y de instituciones que efectivamente representan los intereses generales de la colectividad y expresan los valores esenciales y relevantes de grupos, clases y estratos sociales» (Hennig, 2010, p. 300)[23]. En cuanto a la *corrección*, como se indicó antes, la participación de una pluralidad de actores coadyuva a la mayor aceptabilidad de la eventual respuesta judicial, a su mayor eficacia a futuro y a su mayor corrección epistémica.

Esta forma de legitimación puede lograrse a través, por ejemplo, de la convocatoria a audiencias públicas participativas para casos complejos (como ocurre por ejemplo en Colombia, Brasil, Argentina o Chile), de la celebración de audiencias y visitas *in loco* o descentralizadas (como hacen por ejemplo la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), de admitir o promover la participación de *amicus curiae* (lo cual es posible en varios países de la región, tales como Argentina, Brasil, Colombia y Perú, e incluso en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), entre algunas de las principales formas de intervención que favorecen la participación.

En este marco, y por hacer referencia a tan solo uno de estos mecanismos, se hará referencia al caso de las audiencias públicas para casos de trascendencia social. En el caso de Colombia, por ejemplo, fue muy sonada la audiencia pública del 30 de junio de 2015 sobre el matrimonio igualitario, en la que participaron accionantes, organizaciones no gubernamentales, autoridades, especialistas o profesores universitarios, y universidades, contándose el total de cuarenta y dos intervenciones[24]. Dicho debate permitió conocer los distintos puntos de vista existentes en la sociedad colombiana en esta materia, y sobre esa base se emitió finalmente la sentencia SU214/16, que se pronuncia a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El caso de Argentina es también emblemático. Roberto Gargarella suele hacer referencia, por ejemplo, al caso Riachuelo[25]; en dicho caso se analizó el daño ambiental ocasionado por la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que pasa por la ciudad de Buenos Aires y que se encontraba en un grave estado de contaminación. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia argentina convocó a cuatro audiencias desde setiembre de 2006 a noviembre de 2007, con la finalidad de conocer los planes de saneamiento, pericias especializadas y la opinión de los demandados. Finalmente, con fecha 8 de julio de 2008, se emitió la paradigmática sentencia del caso Riachuelo [caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)], en la

23 Se ha dicho que el Tribunal Constitucional, en cuanto «tribunal social», es decir, abierto a diversos participantes en materia de interpretación constitucional (Häberle, 2016, pp. 144-145), «"penetra" […] en el ámbito de la sociedad, asume ideas e interés de ese ámbito, los "oye" y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta» (Häberle, 2005). En similar sentido: «El "pueblo" no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) "emana" el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legitimador en las interpretaciones del proceso constitucional: "como" partido político, opinión científica, grupo de interés, o bien, como ciudadanos […]» (Häberle, 2016, p. 150).

24 Todas estas pueden visualizarse en Corte Constitucional de la República de Colombia (2015).

25 En Argentina el asunto de las audiencias ha merecido un amplio y prolijo desarrollo; por ejemplo, véase Benedetti y Sáenz (2016).

que se ordena el cumplimiento de los planes presentados e involucra a los actores sociales y la Defensoría del Pueblo con el seguimiento del cumplimiento del fallo.

Asimismo, se tiene la reciente y maratónica audiencia pública convocada por el Tribunal Constitucional chileno en torno a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales (cuando esté en riesgo la vida de la madre, en caso de violación y si el feto es inviable). La audiencia, que comprometió la participación de 135 intervenciones entre actores y organizaciones de distinto tipo, se llevó a cabo en dos días, el 16[26] y 17 de agosto de 2017[27]. Tras la audiencia, el Tribunal Constitucional chileno finalmente emitió la sentencia Rol N° 3729(3751)-17-CPT, de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, a través de la cual se decide la conformidad constitucional del proyecto.

4.4. La publicidad de las audiencias o las deliberaciones

En muchos casos, el acceso a la deliberación que ocurre dentro de las cortes —por ejemplo en el ámbito europeo y estadounidense— es muy restringido, e incluso casi secreto[28]. Muchas veces no son públicas ni las audiencias en las que las partes brindan sus alegatos, y menos aun se da a conocer el contenido de las sesiones en las que los magistrados deliberan o votan las causas judiciales que conocen.

Sin embargo, en varios países de la región dicha práctica está cambiando hacia un modelo más abierto y transparente, que permite conocer directamente los argumentos que brindan las partes en los litigios constitucionales, las preguntas o consideraciones que plantean los jueces en las audiencias, e incluso las posiciones de los magistrados así como los debates que ocurren al momento de deliberar un caso.

La «máxima publicidad de las audiencias públicas» se da, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional peruano. Allí las audiencias en las que las partes del caso presentan sus informes orales no solo son públicas en el sentido de que cualquier persona puede asistir a dichas sesiones, sino incluso estas son transmitidas en vivo a través de Internet (Tribunal Constitucional, s. f.a) y los videos de todas estas audiencias son alojados en la página web de la institución, por lo que quedan a disposición permanente de toda la ciudadanía (Tribunal Constitucional, s. f.b).

Por otra parte, un caso emblemático sobre la «máxima publicidad de las deliberaciones» se da en Brasil. Allí existe un canal judicial, «TV Justiça», a través del cual puede seguirse en vivo las deliberaciones que ocurren en el seno del Supremo Tribunal Federal de Justicia, que ciertamente tiene funciones de corte constitucional. Esta gran e inédita apertura, si bien es una expresión evidente de transparencia que tiende a la legitimación de las decisiones, presenta asimismo muchos retos y dificultades, como ha sido recientemente estudiado y problematizado (Rufino Do Vale, 2017).

5. Cierre conclusivo

Como ha sido explicado, al resolver casos complejos los tribunales constitucionales suelen tomar decisiones que pueden ser calificadas como «activistas». Este activismo judicial es criticado tanto desde el «constitucionalismo débil» (que no le otorga la «última palabra» en materia de

26 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017a).

27 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017b).

28 Un caso extremo es el de Italia, donde los jueces de la *Corte Costituzionale*, con la finalidad de evitar que se conozcan las eventuales discrepancias o las diferencias entre las posiciones dentro del colegiado, tienen prohibido emitir votos particulares (véase Zagrebelsky, 2008).

interpretación constitucional a los jueces, por considerar que ello es poco legítimo en términos democráticos, que es poco respetuoso del principio de igual valor de las personas y porque incurre en el llamado «elitismo judicial»), como también desde el llamado «constitucionalismo principialista» (por considerar que se desconoce la dimensión autoritativa del derecho).

Sin embargo, esto no toma suficientemente en cuenta que los tribunales constitucionales son órganos políticos, aunque en un sentido distinto al de los poderes políticos: bien visto, a ellos se les concibe actualmente como poderes moderadores y mediadores, encargados de apaciguar las controversias más álgidas de la comunidad política. Al ejercer entonces las cortes constitucionales funciones con connotación social y política, no pueden ser entendidas como meros jueces aplicadores del derecho positivo. En este marco, desde luego, puede entenderse de mejor modo que las cortes constitucionales, principalmente frente a «casos complejos», realicen prácticas que puedan entenderse como «activistas».

Ahora bien, según hemos sostenido, las críticas al activismo judicial deben ser tomadas en serio. Por ello se considera que cuando los tribunales constitucionales se enfrenten a casos complejos, que demandan respuestas que podrían calificarse de activistas, pueden y deben buscar formas de legitimación democrática a modo de criterio complementario de corrección (adicional a la corrección interpretativa y argumentativa), esto en el marco de una concepción deliberativa o dialógica de democracia.

De hecho, como se ha explorado en este trabajo, en la práctica las cortes constitucionales vienen buscando estas formas de legitimación. Según se ha manifestado, en el derecho comparado existen diferentes medios o estrategias de legitimación democrática a los que acuden las cortes constitucionales, y aquí se ha hecho referencia a algunos de ellos que son especialmente relevantes, sobre todo porque parecen representativas de lo que viene ocurriendo en América Latina.

REFERENCIAS

Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Thomson Civitas.

Aja, E. (Ed.). (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

Alexy, R. (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J. L. Fabra Zamora, y L. García Jaramillo (Coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 219-234). México DF: IIJ-UNAM.

Atienza, M. (2005). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Interpretación constitucional* (Tomo II, pp. 121-145). Ciudad de México: Porrúa.

Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 73-88.

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico* (Portal web). Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial

Benedetti, M. Á., y Sáenz, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Böckenforde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.

Cappelletti, M. (1986, mayo-agosto). ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, *Año 6*(17), 9-46.

Corte Constitucional de la República de Colombia [Corte Constitucional]. (2015, 20 de agosto). *1 Apertura Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=ecGCj4-azr8&list=PLIXmT4OzTCv7Ok0jm5A4ArJEi2L3GMCWn

Cruz, L. M. (2009, diciembre). La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Díkaion*, *23*(18), 11-31. Cundinamarca: Universidad de la Sabana.

García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México DF: UNAM-IIJ.

García Jaramillo, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: Una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

García Jaramillo, L. (2019). «Activismo judicial»: Un viejo concepto para nuevos desafíos. *Ámbito Jurídico* (Portal web). Recuperado de https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para

Gargarella, R. y Bergallo, P. (2014). Presentación. En R. Gargarella (Compilador), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 9-13). Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2016, 23 de agosto). La Corte juega el juego del equilibrio. *La Nación*. Recuperado de https://www.lanacion.com.ar/1930582-la-corte-juega-el-juego-del-equilibrio

Häberle, P. (2004, julio-septiembre). El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), (125), 9-37.

Häberle, P. (2005). *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de amparo*. Santiago de Querétaro: Fundap.

Häberle, P. (2016). *El Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

Hennig, M. C. (2010). La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, *Año 8*(1), 283-304. Talca: Universidad de Talca.

Kelsen, H. (2009). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En H. Kelsen, y C. Schmitt, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (pp. 289-366). Madrid: Tecnos.

Kelsen, H., y Schmitt, C. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Landa, C. (1994). *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Linares, S. (2015). El control de constitucionalidad: La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria. En J. L. Fabra Zamora, y E. Spector (Eds.): *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 3, pp. 1959-1990). México DF: UNAM-IIJ.

López Bofill, H. (2017). *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Ciudad de México: Porrúa.

MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* (J. Á. Gascón Salvador, Trad.). Lima: Palestra. (1978).

Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.

Martí, J. L. (2011). La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino. En L. García Jaramillo (Coord.): *La democracia deliberativa a debate* (pp. 41-53). Cuadernos de Investigación, Documento n.º 85. Medellín: Universidad EAFIT.

McCombs, M. (2006). *Estableciendo la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós.

Montesquieu. (1845). *Espíritu de las leyes* (N. Buenaventura Selva, Trad.). Biblioteca ausiliar [*sic*] del jurisconsulto y publicista. Madrid: Imprenta de Don Marcos Bueno. (1748).

Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.

Müller, F. (2012, julio-diciembre). El derecho de creación judicial. Formulado desde el punto de vista de la teoría estructurante del derecho. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, (20), 13-25.

Otálora Lozano, G. (2013, agosto-diciembre). El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, (38), 65-108. Bogotá.

Piana, R. S., y Córdoba, G. (2016). Democracia representativa y democracia deliberativa. Un análisis teórico a partir del proceso de reestructuración de las tarifas de gas en Argentina. *Revista de Derecho*, (21), 21-43. Managua: Universidad Centroamericana.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rodríguez Garavito, C. (2016). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. M. García Villegas, y M. A. Ceballos Bedoya (Eds.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia* (pp. 489-501). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Rufino Do Vale, A. (2017). *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Schmitt, C. (2009). El defensor de la Constitución. En H. Kelsen, y C. Schmitt, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (pp. 1-287). Madrid: Tecnos.

Schneider, H.-P. (1982, mayo-agosto). Jurisdicción constitucional y separación de poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *Año 2*(5), 35-61. Madrid.

Schumpeter, J. (1996). *Capitalismo, socialismo y democracia* (Tomo II). Barcelona: Folio.

Sosa Sacio, J. M. (2018). Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa. En II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Congreso llevado a cabo

en Río de Janeiro, Brasil. Recuperado de https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf

Sosa, J. M. (2017). Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir. En J. M. Sosa (Coord.), *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional* (pp. 63-92). Lima: Palestra.

Tribunal Constitucional. (s. f.a). *Audiencias en vivo* [Página web]. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/tc/public/audiencia/envivo/transmision

Tribunal Constitucional. (s. f.b). *Histórico de filmaciones* [Página web]. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/audiencia/historico-de-filmaciones/

Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017a, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 1 - Grupo Exponente 1* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=G5EtCPkPDyY&list=PLqRWyXXOYvMxWmTYxbMVzZ_gs5pwLC3l6

Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017b, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 2 - Grupo Exponente 1* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=bI2hDcUF2Wg&list=PLqRWyXXOYvMyM7tyBUmFzCmnTv9UF3R6C

Tushnet, M. (2012). Nuevas formas de revisión judicial y la persistencia de preocupaciones basadas en derecho y democracia. En: H. J. Campos (Ed.), *Control constitucional y activismo judicial* (pp. 227-260). Lima: ARA.

Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y* judicial review. Lima: Palestra.

Tushnet, M. (2014). *Advanced introduction to comparative constitutional law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí, y Á. Quiroga, Trads.). Madrid: Marcial Pons. (1999).

Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley.

Zagrebelsky, G. (2007). Jueces constitucionales. *Pensamiento Constitucional*, *12*(12), 495-511. Lima.

Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.

UNA MIRADA PRELIMINAR SOBRE LOS POSIBLES VÍNCULOS ENTRE LOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, LOS ARGUMENTOS Y LA CORRUPCIÓN JUDICIAL

Rocío Villanueva Flores
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

> «No puedo contemplar sin repugnancia la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad dirigida de manera arbitraria, en la que las decisiones de todo tipo se determinen por el capricho momentáneo de alguien, sin referencias a las decisiones pasadas o futuras» (MacCormick, 1978, pp. 76-77).

En el presente artículo se propone que los criterios de corrección de la argumentación jurídica pueden ser muy útiles para identificar posibles actos de corrupción, sobre todo cuando se está frente a una exacerbada irrazonabilidad en la fundamentación de las decisiones judiciales o fiscales. De forma muy preliminar, para identificar los posibles vínculos entre los casos de violencia contra las mujeres, los argumentos y la corrupción judicial, se analiza parte del razonamiento jurídico de las sentencias y resoluciones fiscales dictadas en tres casos de violencia de género, en los que los acusados fueron absueltos o en los que se archivó la denuncia penal. Por la naturaleza del tema, en el artículo también se aborda el papel que juega la perspectiva de género en la argumentación jurídica.

1. Introducción: ¿pura coincidencia, error o corrupción judicial?

En julio del año 2018 se destapó en el Perú —probablemente— el más grave escándalo de corrupción judicial de su historia, pues involucra a magistrados de la Corte Superior y de la Corte Suprema, así como a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), la cual es la instancia encargada del nombramiento de jueces y de fiscales de todos los niveles[1].

1 El escándalo de corrupción judicial precipitó una propuesta de reforma constitucional para cambiar el CNM por la Junta Nacional de Justicia. A propósito de este escándalo, cuatro consejeros del CNM y el juez de la Corte Suprema, que protagoniza el audio, fueron destituidos por el Congreso de la República (Congreso de la República del Perú, 2018a, 2018b, 2018c, 2018d, 2018e, 2018f). Fueron detenidas varias personas, entre ellas el ex presidente de la Corte Superior del Callao, respecto de quien se dictó 18 meses de prisión preventiva. El ex magistrado de la Corte Suprema, involucrado en el caso, huyó del Perú a Europa, presuntamente sobornando a una funcionaria de Migraciones en la frontera con Ecuador. Fue arrestado en Madrid y se encuentra actualmente en prisión, a la espera del juicio de extradición. Además, el Poder Judicial dictó prisión preventiva por 18 meses a uno de los ex consejeros del CNM y por 9 meses a la citada funcionaria de Migraciones.

* Docente principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El destape de la corrupción judicial se hizo gracias a la filtración de unos audios que contenían conversaciones telefónicas entre abogados, empresarios, consejeros del CNM y magistrados de la Corte Superior del Callao y de la Corte Suprema, vinculados a la mafia denominada Los Cuellos Blancos del Puerto.

En uno de los primeros audios propalados, se oye una conversación telefónica del juez de la Corte Suprema que ofrece a su interlocutor absolver o reducir la pena del violador de una niña de once años. La transcripción de ese audio es la siguiente:

> Porque es menor de edad la chica seguro
> ¿Cuántos años tiene? ¿10 años? 11 añitos.
> ¿Pero está desflorada?
> Ya. ¿Pero quién le ha hecho eso?
> Ya, yo voy a pedir el expediente para verlo, ¿ya?
> ¿Qué es lo que quieren? ¿Que le baje la pena o que lo declare inocente? (*La República*, 2018)

En el 2017, en un concurso que premia a las mejores y a las peores sentencias en materia de género a nivel global, fueron nominadas dos sentencias peruanas firmadas por el mismo magistrado de la Corte Suprema; la primera por ser muy buena (lesiones graves por violencia familiar) y, la segunda, por ser muy mala (trata de personas en la modalidad de explotación laboral)[2]. En esta última, dicho magistrado formó parte de la sala de la Corte Suprema que absolvió a la acusada del delito, señalando que una adolescente de 15 años que trabaja en un bar —ubicado en una zona con un alto índice de trata de personas— y que tenía que servir y beber licor (y, eventualmente, tener relaciones sexuales) con los clientes durante 13 horas diarias, no era explotada porque no se agotaba su fuerza laboral.

¿Hay algo de irregular en que un juez firme una excelente sentencia en materia de género y que dé otra muy mala? Quizás, en un país en el que la corrupción en el sistema de justicia no sea un problema muy grave, no habría razón para alarmarse demasiado. Se podría aducir que en la sentencia defectuosa los jueces resolvieron un caso difícil o que podría tratarse de un error judicial (Malem, 2008).

Sin embargo, en contextos de corrupción judicial, los argumentos jurídicos abiertamente irrazonables deben llevar a sospecha. Para tener idea del grado de corrupción judicial en el Perú, basta recordar que en uno de los referidos audios se escucha a uno de los jueces señalar que el objetivo no era solo tener hegemonía en la Corte Superior del Callao sino en la Corte Suprema. El Perú es el primer exportador de coca y el 80 % de la misma sale del puerto del Callao (Albán, 2018). El Perú, decía Quiroz, está profundamente afectado por una corrupción sistemática (Quiroz, 2013, p. 39).

Proética (2012) define la corrupción como el uso del poder confiado para obtener beneficios privados indebidos (p. 9) y, para la Defensoría del Pueblo (s. f.), genera restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales. Ese poder es el que tienen los jueces para rebajar una pena o evitar que una persona sea sancionada penalmente, tal como se refleja en la transcripción del audio al que antes se hizo referencia. La complicidad entre jueces y abogados corruptos parece haber sido una práctica que ha existido a lo largo de la historia (Malem, 2002, p. 163).

(PUCP). Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha.

2 Véase Women's Link Worldwide. (s. f.).

Una de las razones de la alta incidencia de la corrupción en el sistema judicial peruano es que «hay muy poco riesgo para el corrupto y el corruptor de ser detectados» (Comisión Andina de Juristas, 2003, p. 29). Y ambos deben considerar que el riesgo es mucho menor en los casos de violencia contra las mujeres, que se produce en situaciones de mayor poder (económico, social, etc.) de los hombres en relación con las mujeres. Tomando una ecuación de Robert Klitgaard, Malem hace referencia a las condiciones que generan un marco para incentivar actos de corrupción y que se aplican al ejercicio de la función jurisdiccional: corrupción = monopolio + discrecionalidad – responsabilidad (2002, p. 153).

Es cierto que la gran corrupción está vinculada al narcotráfico, al tráfico de inmuebles o a la trata de personas, y tiene alianzas no solo con el sistema judicial sino con el político (Albán, 2018). Sin embargo, la corrupción de poca monta —en comparación con los montos que se deben pagar en los delitos de criminalidad organizada—, como el pago para absolver a un acusado de violación sexual, también afecta tremendamente la vida de las personas, deja impune los delitos y crea situaciones de enorme injusticia.

En el presente texto se va a defender que los criterios de corrección de la argumentación jurídica pueden ser buenos aliados para identificar posibles actos de corrupción, sobre todo cuando se está frente a una exacerbada irrazonabilidad en las decisiones judiciales o fiscales. Con esto no se quiere decir que los argumentos abiertamente irrazonables prueben, por sí mismos, la corrupción, ni se quiere negar que podrían deberse a un error judicial. Lo que se desea expresar es que ese tipo de argumentos, en un contexto de sistemática corrupción, pueden constituir indicios de ella y, como decía Quiroz (2013), ser fuentes para el estudio de la misma (p. 31).

En esta mirada preliminar a la relación entre violencia contra las mujeres, argumentos y corrupción judicial, se ocupará de tres casos que involucran dos sentencias absolutorias y dos resoluciones fiscales de archivo de la denuncia penal. Antes de ello, se hará referencia a algunas nociones básicas del derecho del Estado constitucional y de la argumentación jurídica. Como no podría ser de otra manera, también se intentará establecer, de manera sucinta, qué aporta la perspectiva de género al razonamiento judicial en los casos de violencia contra las mujeres.

2. Postpositivitismo jurídico, pretensión de corrección y derechos de las mujeres

Para los postpositivistas, el derecho tiene una doble dimensión. Por un lado, qué duda cabe, una dimensión autoritativa, pues es el resultado de actos de autoridad. Pero tiene también una dimensión valorativa pues incorpora principios de justicia, expresados en los derechos fundamentales, que recogen las constituciones de los Estados democráticos, como los derechos de las mujeres a la libertad, integridad o igualdad. En el derecho del Estado constitucional, tales principios juegan un rol fundamental pues condicionan la creación, aplicación e interpretación de todo el ordenamiento jurídico. La incorporación de tales derechos permite, como decía MacCormick (1978), hacer justicia a través del derecho (p. 73).

Pero el derecho no es solo un sistema de normas, como señala Atienza (2017b), sino también una realidad dinámica, una práctica social, a través de la que este se desarrolla, y que persigue fines y valores (p. 107). Es una práctica social compleja, una actividad, en la que participamos todos, lo que incluye a los abogados, jueces, profesores universitarios y particulares (Atienza, 2011, p. 76). Por ello, el desarrollo del derecho, que también se realiza a través de la jurisprudencia, debe perseguir fines y valores, entre ellos la protección de los derechos de las mujeres.

La dimensión valorativa del derecho está vinculada con la idea de pretensión de corrección, que implica una exigencia de corrección moral, de justicia y de objetividad (Alexy, 2010, pp. 168 y 170), pues las leyes y decisiones judiciales deben respetar los valores protegidos por el ordenamiento jurídico. Como afirma Alexy (2010): «En el ámbito subjetivo o privado, los funcionarios pueden creer o sentir lo que ellos deseen. Sin embargo, cuando actúan en nombre del Derecho, no pueden evitar hacer el pronunciamiento (the claim) objetiva u oficialmente» (p. 169).

De esta forma, la incorporación de derechos fundamentales en la Constitución impide que el derecho del Estado constitucional pueda ser concebido como una mera expresión de poder o de fuerza. Y, dado que el derecho del Estado constitucional no puede ser concebido sin la dimensión valorativa, se defiende una relación necesaria entre el derecho y la moral (o justicia).

No obstante, como el límite externo al derecho es la injusticia extrema (Alexy, 2000, p. 205), una ley o decisión judicial injustas no pierden validez jurídica, porque la dimensión autoritativa y la seguridad jurídica son también importantes. Sin embargo, esa ley no solo es moralmente defectuosa (porque es injusta) sino también jurídicamente defectuosa (Alexy, 2005, p. 23), en la medida en que viola algún principio constitucional. El sistema jurídico establece los mecanismos para modificar o expulsar las leyes inconstitucionales y, en el ámbito judicial, la doble instancia es una garantía para revisar las decisiones judiciales injustas. Contar con jueces idóneos es indispensable para la correcta aplicación de la ley y para la protección de los derechos fundamentales.

De más está decir que la corrupción anula la pretensión de corrección y puede explicar la irrazonabilidad exacerbada de ciertos argumentos.

3. El giro argumentativo en la teoría del derecho

«El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporánea» es el título de un artículo de Manuel Atienza (2017b). En él, afirma que un cambio que hay que destacar de la cultura jurídica contemporánea tiene que ver con la importancia que se le da a la necesidad de justificar racionalmente las decisiones y, en consecuencia, al razonamiento jurídico. En el Estado constitucional, la actividad del juez tiene que estar guiada por la idea de corrección y por la búsqueda de justicia (p. 107). Utilizando una idea de Dworkin (2007a), se señalará que resultaría muy extraño que un juez dijera que su trabajo consiste en no hacer justicia (p. 11).

Si, como se ha sostenido, la pretensión de corrección del derecho es una pretensión de objetividad, la arbitrariedad en su aplicación e interpretación debe ser combatida. Y la forma de hacerlo es a través de la argumentación jurídica. Las decisiones judiciales que son solo la expresión de poder o de meras preferencias subjetivas (que reflejan, por ejemplo, posiciones religiosas o ideológicas) son arbitrarias. En el derecho del Estado constitucional no hay que resignarse a que los jueces hagan lo que quieran con el poder que se les ha conferido. Por el contrario, el control de las decisiones judiciales es posible a partir de la justificación de la decisión a controlar (Nettel, 1996, p. 107), de ahí la relevancia de los criterios de racionalidad práctica.

La justificación racional de las decisiones jurídicas se hace a través de determinados argumentos. Y ello requiere tener la convicción de que hay criterios objetivos que dotan de carácter racional a la justificación de las decisiones (Atienza, 2017b, p. 108). De esos criterios se ocupa la literatura sobre argumentación jurídica; y entre ellos destacan la universalidad, la coherencia, la consistencia, la atención a las consecuencias o la razonabilidad (MacCormick, 1978; MacCormick, 2016; Alexy, 2005; Atienza, 2014; Atienza, 2017a). Por ejemplo, sin el criterio de

universalidad no sería posible dar cuenta del precedente judicial (Atienza, 2017a, p. 36). Tales criterios son importantes para sopesar los distintos argumentos que se suelen dar para solucionar un caso y, de esta forma, distinguir los buenos de los malos argumentos jurídicos. No todos ellos pesan o valen lo mismo en el derecho.

Por otro lado, dada la dimensión valorativa del derecho, la razón jurídica es razón instrumental y también razón práctica (incluye tanto a los medios como a los fines y valores que persigue el derecho) (Atienza, 2017b, p. 107). La argumentación moral no es ajena al derecho pues en muchas ocasiones las razones autoritativas no son suficientes para resolver un problema. Por eso, deben invocarse razones morales, argumentos de justicia, como los que encontramos en gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como afirma Atienza (2013), es posible dar razones objetivas a favor de enunciados morales que se consideran justificados (p. 16). Un objetivista «está abierto a los argumentos, a la discusión racional: pretende que lo que sostiene (sus juicios morales reflexivos) es (o son) correcto(s), pero está dispuesto a dejarse convencer —a modificar su juicio— por la fuerza del mejor argumento» (Atienza, 2013, p. 16). Y son los referidos criterios de corrección los que permiten establecer cuál es el mejor argumento.

La corrección del razonamiento jurídico es fundamental para alcanzar justicia a través del derecho. Como se ha afirmado, la irrazonabilidad exacerbada puede ser un indicio de corrupción, pues esta es una excelente aliada de la injusticia y la arbitrariedad.

3.1. Una vez más sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

La teoría estándar de la argumentación jurídica tradicionalmente ha distinguido entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación (Nettel, 1996). El contexto de descubrimiento tiene que ver con las razones explicativas, es decir, con las cuestiones de hecho (causas y motivos) que llevan a una decisión. Por ejemplo, la razón que explica la restrictiva regulación del divorcio en el Código Civil de 1984 es que el ponente del libro de familia era religioso, y estaba en contra del divorcio, tal como consta en la propia exposición de motivos (Código Civil, 1985, p. 426). En cambio, el contexto de justificación se ocupa de las razones que justifican o validan una decisión y de ellas se ha ocupado tradicionalmente la teoría estándar de la argumentación jurídica.

Esta distinción es útil porque ciertas decisiones judiciales en materia de violencia contra las mujeres tienen explicación pero no justificación. El machismo o la corrupción pueden explicar una decisión judicial pero no justificarla. Como afirma Aguiló (2003), los principios de independencia e imparcialidad judicial exigen que el juez resuelva de acuerdo al derecho y por las razones que este le suministra; no a partir de relaciones de poder, intereses extraños ni tampoco sistemas de valores que son ajenos al derecho (pp. 51-55). Por ello, hay un vínculo entre tales principios y la argumentación jurídica. Es más, «un juez consciente de su deber de independencia se ve forzado a prescindir de sus propias convicciones subjetivas y sinceras ante la imposibilidad de justificarlas debidamente» (Aguiló, 2003, p. 51).

Sin embargo, el contexto de descubrimiento sí es importante para explicar las características de la violencia de género y para entender el comportamiento de las víctimas. Si queremos mejorar la práctica del derecho, no hay que descuidar el contexto de descubrimiento; más bien, hay que matizar la distinción a la que antes se ha hecho referencia. Sobre este tema se volverá más adelante.

4. Sobre la perspectiva de género

Un artículo como este, que pretende hacer un análisis de decisiones expedidas en materia de violencia contra las mujeres, tiene que ocuparse del papel de la perspectiva de género en el razonamiento jurídico. Es ya un lugar común señalar que dicha perspectiva distingue entre sexo y género, distinción que sigue siendo fundamental para explicar la desigualdad real entre hombres y mujeres. En efecto, la perspectiva de género pone en evidencia que social y culturalmente a hombres y a mujeres se nos han adscrito determinados roles (cuidado/proveedor), atributos (emotividad, dulzura, humildad/racionalidad, seguridad, fortaleza) y espacios (doméstico/ámbito público) en función al sexo, a nuestras diferencias biológicas. Como afirma Facio (2005), «si bien es cierto que nadie puede identificarse totalmente con su género, también lo es que nadie puede honestamente decir que no ha sido marcada/o por él» (p. 12).

A partir de esa diferencia biológica o sexual, numerosos pensadores a lo largo de la historia han defendido la desigualdad «natural» entre hombres y mujeres (Monereo Atienza, 2010, pp. 1-19). Las construcciones sociales hechas a partir de la diferencia sexual han originado tratos desiguales e injustificados entre hombres y mujeres, dando lugar a una situación de discriminación en perjuicio de estas que, además, puede agravarse por otros factores como la etnia, edad o estatus social (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 2010, párr. 18).

Esa situación de discriminación crea y alimenta, asimismo, relaciones de poder desigualitarias, relaciones de subordinación. Por eso, no es de extrañar que tradicionalmente los roles, espacios o atributos asociados a las mujeres hayan tenido menos prestigio o menos poder que los asignados a los hombres (Facio, 2005, p. 2; Fraser, 1997/1997, pp. 31-33).

A su vez, tales construcciones sociales han creado imágenes estereotipadas sobre hombres y mujeres que atraviesan distintos ámbitos (familiar, educativo, político o jurídico), reforzando los roles, atributos y espacios asignados a partir del sexo; y retroalimentando los prejuicios. Ya en el siglo XIX, Harriet Taylor Mill (2010) demandó que cada persona fuera quien decidiera «cuál es su esfera propia» y que no fuera la costumbre o la sociedad la que se la impusiera (p. 123).

A partir de alguna de las ideas de Bartlett (1990)[3] sobre los métodos legales feministas, se puede afirmar que la perspectiva de género toma en cuenta aspectos de un problema legal que los juristas tradicionales suelen suprimir o pasar por alto. Esos aspectos tienen que ver principalmente con dos cuestiones:

> (1) las relaciones de poder desigualitarias entre hombres y mujeres, que alimentan la discriminación y violencia de género;
> (2) los estereotipos de género que refuerzan esa desigualdad.

¿Pero por qué debe ser tomada en cuenta la perspectiva de género en el razonamiento jurídico? Porque, como se ha afirmado, el derecho del Estado constitucional tiene una pretensión de corrección, de justicia, y advertir esos aspectos que han pasado tradicionalmente desapercibidos contribuye a que los jueces tomen decisiones justas. Esta perspectiva, más bien, permite evidenciar cómo las decisiones arbitrarias (por ejemplo, en casos de violencia sexual), explícita o implícitamente utilizan estereotipos de género.

3 También existe una traducción al español de esta publicación: Bartlett (1990/2011).

Como se ha afirmado, la teoría estándar de la argumentación jurídica se refiere al contexto de descubrimiento y al contexto de justificación para distinguir entre explicar (motivos, causas) y justificar. Por ejemplo, un juez conservador tendría motivos (sus creencias religiosas) para no disolver el vínculo matrimonial, pero no podría justificar su decisión en esos motivos. Los feminicidas suelen señalar que cometieron homicidio por causa de los celos, pero tampoco pueden justificar sus actos en esa causa.

Sin embargo, en lo que se refiere a la violencia de género, las razones explicativas son importantes para conocer el contexto y características de esa violencia (relaciones desigualitarias de poder). Se recuerda que John Stuart Mill (1997) afirmaba que el hombre no quiere únicamente la obediencia de la mujer, quiere hasta sus sentimientos (p. 14) y, que según Facio, la subordinación de las mujeres se presenta en diferentes ámbitos como el de la sexualidad o la afectividad (Facio, 2005, p. 10).

El contexto de descubrimiento permite explicar el comportamiento de las víctimas, y entender —por ejemplo— por qué soportan la violencia durante tantos años o por qué se retractan. La perspectiva de género evita que las autoridades se enfoquen exclusivamente en lo que Bartlett (1990) denomina «la perspectiva del acusado» (p. 82).

De hecho, la referencia al contexto de descubrimiento, a las causas sociales y culturales de la violencia de género o de la discriminación, forma parte de la argumentación jurídica de la Corte IDH, y es útil para entender el contexto en el que se producen esas violaciones a los derechos humanos. No es pura coincidencia que, en esos casos, la Corte IDH haya advertido, además, la presencia de estereotipos (Campo Algodonero vs. México, párrs. 231, 368, 370, 463; Atala Riffo e hijas vs. Chile, párrs. 119 y 121). Por otro lado, a las causas sociales de la violencia de género también se refieren las altas cortes de justicia nacionales (Tribunal Constitucional español: STC 054/2010, fundamento 4; Corte Constitucional de Colombia: T-967-14, fundamento 21; T-012-16, fundamento 2; T-145/17, fundamento 4.3; T-338/18, fundamentos 16 y 27). Tanto en el caso de la Corte IDH como en el de los tribunales nacionales, la referencia a las causas de la violencia no sirve para justificarla o para justificar la decisión del juez sino, por el contrario, como argumento para cautelar los derechos de las víctimas.

4.1. Estereotipos de género y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el año 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se refirió a los conceptos estereotipados sobre los roles de mujeres y hombres que perpetúan una situación de discriminación en perjuicio de las mujeres (Morales Sierra vs. Guatemala, 2001, párr. 44). En esa oportunidad, la CIDH analizó varias normas del Código Civil guatemalteco que discriminaban a las mujeres casadas, como las que establecían que la esposa podía trabajar fuera del hogar siempre que no perjudicara sus responsabilidades en el hogar, o que el esposo administraba el patrimonio conyugal. La CIDH señaló que esas distinciones entre hombres y mujeres violaban el artículo 24° de la Convención Americana porque no estaban basadas en criterios «objetivos y razonables» (párr. 31)[4].

4 Artículo 24° de la Convención Americana: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».
Sobre estereotipos de género, también pueden verse los artículos 6° b) y 8° b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará) y el artículo 5° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). También pueden verse la Recomendación General N° 19 (párrs. 11 y 24, t, ii) así como la Recomendación General N° 25

El ejemplo mencionado es un caso fácil sobre estereotipos pues se trataba de normas legales que explícitamente reforzaban roles y atributos de género, lo que resultaba discriminatorio. De hecho, en los Estados constitucionales cada vez es menos frecuente encontrar este tipo de normas con estereotipos de género explícitos. Lo que no es tan infrecuente es que el razonamiento jurídico de los jueces (o fiscales) se valga, de forma explícita o implícita, de estereotipos de género.

Algunos años más tarde, en el caso Campo Algodonero vs. México (2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) definió los estereotipos de género como preconcepciones sobre las «atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres» (párr. 401). Tanto en esa sentencia cuanto en una posterior, se refiere a algunas ideas que merecen ser destacadas: (1) que «la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer» (párr. 401), (2) que la subordinación de las mujeres se agrava cuando los estereotipos de género se reflejan, implícita o explícitamente, en el razonamiento y en el lenguaje de las autoridades (párr. 401), y (3) que la creación y uso de estereotipos suponen discriminación (Veliz Franco vs. Guatemala, 2014, párrs. 213 y 215).

La Corte IDH, sobre todo al abordar el deber estatal de debida diligencia en la investigación de los delitos sexuales, ha dado pasos importantes para establecer qué significa investigar con perspectiva de género[5]. Las características de los casos que han sido materia de la jurisprudencia de la Corte IDH explican que su preocupación esté centrada en cuestiones muy específicas sobre el tratamiento de la víctima, el recojo de la prueba y en la capacitación de los funcionarios que realizan la investigación en los delitos sexuales[6].

4.2. Estereotipos de género y contexto de descubrimiento.

Como afirman Cook y Cusack (2010/2010), se puede estereotipar a las personas por diversos motivos que no tienen que ser siempre negativos (pp. 16-20). También puede haber estereotipos que perjudiquen a los hombres (caso Fornerón vs. Argentina, 2012). Sin embargo, los estereotipos de género suelen afectar de manera más habitual a las mujeres y su uso puede

(párrs. 7 y 38) del Comité CEDAW.

5 Artículo 7° b de la Convención de Belém do Pará.

6 A partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, es posible sostener que la aplicación de la perspectiva de género en este tipo de investigaciones supone que: (i) se eliminen los estereotipos de género en las actuaciones de las autoridades, como en la recepción de la denuncia o en el interrogatorio a la víctima; (ii) la declaración de la víctima sea realizada en un ambiente cómodo y seguro, que le permita tener privacidad y confianza; (iii) la declaración de la víctima sea registrada de forma tal que se evite su repetición y, por ende, la revictimización; (iv) el examen médico y psicológico (completo y detallado) sea realizado de manera inmediata «por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea»; (v) los actos investigativos sean documentados y coordinados; (vi) la prueba sea manejada diligentemente, así como «tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia» (Fernández Ortega vs. México, 2010, párr. 194; caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010, párr. 178; caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, 2012, párr. 222; caso J. vs. Perú, 2014, párr. 2013; caso Espinoza Gonzales vs. Perú, 2014, párrs. 241-252); (vii) en caso de concurso de delitos haya líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual; (viii) la investigación sea realizada por funcionarios capacitados; y (ix) se asegure que «las personas encargadas de la investigación y del proceso penal, así como, de ser el caso, otras personas involucradas, como testigos, peritos, o familiares de la víctima, cuenten con las debidas garantías de seguridad» (Veliz Franco vs. Guatemala, 2014, párr. 215).

traer como consecuencia la vulneración de principios como el de dignidad (Cook y Cusack, 2010/2010, p. 20), igualdad o imparcialidad judicial (L'Heureaux-Dubé, 2001, p. 91; Clérico, 2018).

Cook y Cusack clasifican en cuatro los distintos estereotipos de género, aunque hay que advertir que no siempre es posible una división tan nítida entre ellos:

(1) Estereotipos de sexo, que tienen que ver con las preconcepciones sobre las características físicas o biológicas de hombres y mujeres, como la fuerza, resistencia o debilidad de unos y otras. A ellos se debía que hubiera, por ejemplo, normas laborales que prohibían el trabajo nocturno de las mujeres (Cook y Cusack, 2010/2010, p. 29).
(2) Estereotipos sexuales, que son aquellos que tienen que ver con las preconcepciones sobre el ejercicio de la sexualidad masculina y femenina así como con los comportamientos sexuales que se consideran aceptables (Cook y Cusack, 2010/2010, p. 31). Este tipo de estereotipos suelen estar presentes en las decisiones judiciales o fiscales en materia de violencia sexual.
(3) Estereotipos sobre los roles sexuales, que están vinculados a los comportamientos, roles o papeles que, a partir de las diferencias biológicas, se consideran apropiados para hombres y mujeres. El ejemplo típico son las labores domésticas para las mujeres y el trabajo asalariado fuera del hogar para los hombres (Cook y Cusack, 2010/2010, pp. 32-33).
(4) Estereotipos compuestos, que incluyen los casos en los que el género se intersecta con otras formas de discriminación por razones étnicas, estatus social o discapacidad (Cook y Cusack, 2010/2010, p. 34).

Como se ha afirmado, un juez que resuelve un caso sobre la exclusiva base de sus convicciones personales resuelve incorrectamente. Aunque el propio juez sea el resultado de la cultura patriarcal de una sociedad, no se desvincula de los principios de independencia e imparcialidad judicial.

Los estereotipos de género no son razones que suministra el derecho. No obstante, el estereotipo de la mujer mentirosa (Cook y Cusak, 2010/2010, p. 19) unido a estereotipos sexuales han formado parte del razonamiento jurídico de los casos de violencia de género, como premisas explícitas o implícitas. Se debe recordar, por ejemplo, que durante mucho tiempo los jueces exigieron que la víctima acreditara que había ofrecido resistencia al acto sexual para que se configurara el delito de violación sexual. Por el contrario, la imparcialidad judicial requiere de un constante y consciente esfuerzo por impedir los sesgos que surgen de un razonamiento basado en estereotipos (L'Heureaux-Dubé, 2001, pp. 94 y 92).

5. Los casos cínicos: tres casos paradigmáticos en materia de violencia contra las mujeres

En la teoría del derecho es frecuente dividir los casos en fáciles y en difíciles. Sin embargo, en contextos de severa corrupción del sistema jurídico, habría que pensar en añadir otro grupo: los casos cínicos. Estos son aquellos en los que los jueces (o fiscales) no solo resuelven (o deciden) por razones que no suministra el derecho, sino cuya «fundamentación» es de una

exacerbada irrazonabilidad, que linda con la desvergüenza descarada[7]. Como he dicho al inicio de este artículo, no es que esa «fundamentación» pruebe por sí misma que hubo corrupción, pero es tan irrazonable, que habría que sospechar de ella[8]. Por otro lado, tampoco me parece descabellado sostener que en tales casos, por los propios argumentos de las decisiones, probablemente, ni siquiera la justicia fue pretendida.

Los tres casos elegidos sobre violencia de género fueron materia de discusión pública en el país. En ellos se identifican estereotipos de género, implícitos o explícitos en el razonamiento judicial y fiscal así como en los informes y pericias psicológicas y psiquiátricas, constituyéndose en excelentes aliados de la injusticia (y, eventualmente, de la corrupción). Utilizando la clasificación de MacCormick (1978) de los problemas que se presentan en los casos difíciles, se debe señalar que los casos a los que se hará referencia plantean —principalmente— problemas de calificación y de prueba. Tienen que ver con la premisa empírica del razonamiento, con los hechos. Conviene recordar que, como afirma Andrés (1992), los hechos tradicionalmente han sido abandonados a la subjetividad del intérprete (p. 263).

5.1. Recurso de Nulidad Nº 2349 - 2014, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (trata de personas)

Los problemas de calificación se presentan cuando hay acuerdo sobre los hechos pero hay dudas de si estos encajan en el supuesto de la norma; es un problema de apreciación de los hechos (MacComick, 1978, p. 93). Es lo que ocurre en este primer caso donde no hubo discusión sobre la veracidad de los hechos, sino sobre si ellos podían subsumirse en la condición de aplicación del tipo penal del delito de trata de menores de edad.

El caso llegó a la Corte Suprema porque el Ministerio Público impugnó una sentencia de la Corte Superior que absolvió a Elsa Cjuno Huillca, procesada por el delito de trata de personas. Los hechos ocurrieron en Madre de Dios, un departamento con un contexto de alta incidencia de trata de personas (Ministerio Público, 2017), siendo la mayoría de víctimas mujeres y menores de edad (IDEHPUCP, 2016, p. 2).

La adolescente fue captada cuando trabajaba en la localidad de Mazuko, Tambopata, y luego fue llevada al sector minero de la localidad de Manuani. En el bar ubicado en tal localidad, la menor de 15 años trabajaba jornadas diarias de 13 horas (de 10:00 a. m. a 11:00 p. m.) y tenía que beber licor con los clientes. Adicionalmente, la acusada —Elsa Cjuno Huillca— le sugirió que realizara «pases», lo que significa mantener relaciones sexuales con clientes del bar a cambio de dinero.

El artículo 151° del Código Penal vigente al momento de los hechos establecía lo siguiente:

> El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerzan la

7 Según el Diccionario de la Real Academia, una de las acepciones del término cínico se refiere a la persona que actúa con falsedad o desvergüenza descaradas.

8 No se niega que haya casos de corrupción judicial en los que el razonamiento no suponga una irrazonabilidad exacerbada.

> prostitución, o someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
> La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior [énfasis añadido].

Como se ha señalado, en este caso no se discutieron los hechos; es decir, que se trataba de una adolescente de 15 años que fue captada y trasladada a otro lugar, donde fue puesta a trabajar 13 horas diarias en un bar y a quien se sugirió mantener relaciones sexuales con clientes. Sin embargo, la primera conclusión a la que arribó la Corte Suprema fue que tales hechos no calificaban como explotación laboral porque lo determinante era el tipo de trabajo realizado (que agote la fuerza laboral) y no la cantidad de horas trabajadas. En ese sentido, afirmó que hacer de compañía «que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora» (fundamento 6).

Por otro lado, la Corte Suprema tampoco negó que la agraviada hiciera «pases». No obstante, sostuvo que como «hacer pases» no era la razón original que hizo que iniciara su trabajo en el bar (sino una sugerencia hecha en una oportunidad posterior), no se configuraba el delito de trata en la modalidad de explotación sexual, pues para ello se requería que esta fuera «la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio» (fundamento 8).

La sentencia fue firmada por unanimidad, por los cinco magistrados de la sala. Como se apreciará, no hay ningún argumento sólido que justifique que el trabajo de una adolescente por 13 horas, bebiendo licor con adultos, no sea explotación laboral. Tampoco hay argumentos razonables para interpretar que la captación, desde un inicio, deba tener fines de explotación sexual para que se configure el delito de trata en esa modalidad. Es más, la razón que subyace al último párrafo del artículo 153° del Código Penal es proteger a los menores de edad; por eso, ni siquiera es necesario probar el medio por el que se produce la captación (coacción, engaño, abuso de poder, etc.).

Dos de los criterios de corrección del razonamiento jurídico son, según MacCormick (1978), la universalidad y la atención a las consecuencias (p. 103). Este último criterio se enfoca en el futuro (Atienza, 2014, p. 557), pues las soluciones en el derecho deben ser pautas para el futuro. En este caso, la consecuencia de tratar de igual forma a los casos semejantes es nefasta: la impunidad. La absolución de la acusada es, además, incoherente con los principios constitucionales que protegen a niños y adolescentes e inconsistente con normas nacionales (e internacionales) sobre trabajo infantil. La falta de coherencia, consistencia y de atención a las consecuencias hace que sea una sentencia irrazonable (Atienza, 2014, p. 563); además, sus argumentos son de una desvergüenza descarada. ¿Hay algún estereotipo implícito en la argumentación de la Corte Suprema? Sí, el estereotipo de la propiedad sexual de los hombres que «opera para privilegiar la sexualidad masculina y permitir la explotación sexual de las mujeres» (Cook y Cusack, 2010/2010, p. 32).

Me parece que no es descabellado preguntarse si tal decisión judicial no podría deberse a un acto de corrupción, pues esta, como la sentencia citada, desprecia el derecho (y la justicia).

5.2. Sentencia de 16 de febrero de 2018, Juzgado Penal Colegiado de Ayacucho (tentativa de feminicidio y de violación sexual)

El segundo caso plantea problemas de prueba. Estos problemas tienen que ver con la demostración de los hechos, con la tarea de establecer lo que ocurrió en el pasado (MacCormick, 1978, p. 87). Conviene recordar que la valoración de la prueba tampoco puede ser subjetiva e incontrolable ni responder a puras corazonadas, pues se abandonaría la racionalidad para entrar al campo del mero decisionismo judicial (Gascón, 2012, p. 184). El principio de la libre valoración de las pruebas no puede equivaler a una valoración caprichosa y arbitraria de las mismas (Corte Constitucional de Colombia, T-338/18, fundamento 11).

En este caso, la primera instancia, formada por un Juzgado Penal Colegiado de Ayacucho (nuevo Código Procesal Penal), absolvió al procesado del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de feminicidio en grado de tentativa (artículo 108° B, inciso 2 del Código Penal), y del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual en grado de tentativa (artículo 170, primer párrafo, del Código Penal). Si bien en la sentencia, dictada por mayoría, hay varios problemas de prueba, por razones de espacio, me limitaré a los planteados por algunas de las pericias e informes psiquiátricos y psicológicos practicados a la agraviada y al acusado, y en los que también se recogen estereotipos de género.

Este caso tuvo hondo impacto en el país pues parte de los hechos fueron grabados por las cámaras de seguridad del hostal donde sucedieron y propalados por las redes sociales y medios de comunicación (Latina, 2015). Se debe hacer mención, con algo de detalle, a los hechos y a los testimonios para que se entienda de mejor manera la irrazonabilidad exacerbada de los argumentos.

De acuerdo con la acusación fiscal, el 11 de julio de 2015, el acusado A. P. fue, junto con la agraviada (entonces su enamorada), al cumpleaños del primo de este, donde bebieron licor. En la reunión, el procesado celó a la víctima pues, además de demorarse en el baño, la encontró chateando en el teléfono. Pasada la medianoche, los invitados a la reunión decidieron ir a una discoteca. El acusado y la agraviada tomaron un taxi con dirección al hostal Las Terrazas. Ya en la habitación (n.° 204), ubicada en el segundo piso, ella le reclamó por su actitud en la reunión, pues la había avergonzado. El acusado se acercó a ella, intentó besarla y abrazarla, mientras le decía «te voy a hacer el amor». Debido a que ella se negó, él la amenazó diciéndole «te voy a violar» y se quitó la ropa hasta quedar completamente desnudo. La agraviada intentó salir de la habitación pero el acusado se lo impidió, poniéndose de rodillas para disculparse. El acusado intentó en vano desvestir a la agraviada, diciéndole «no te hagas la difícil; vas a ser mía o te vas a arrepentir; mañana nos casamos». La agraviada insistió en que no quería nada con él porque era una persona agresiva; esto motivó que él la empujara a la cama y la hiciera caer al suelo, chocando ella con un mueble que estaba al lado de la cama. A continuación el acusado se sentó sobre ella, la cogió del cuello y empezó a ahorcarla diciéndole «te voy a matar; te voy a violar; vas a ser mía; te voy a hacer el amor; si no es por las buenas, es por las malas; tú no me vas a dejar, prefiero verte muerta».

De acuerdo con el testimonio del cuartelero del hostal, como la discusión era cada vez más fuerte, los demás huéspedes le pidieron que los dejaran descansar. Llamó por teléfono al administrador del hostal, quien le ordenó que echara a la calle al imputado y a la agraviada. Por eso, subió al segundo piso y escuchó que la agraviada pedía auxilio. Tocó la puerta y preguntó qué pasaba y el acusado respondió que no pasaba nada; luego el acusado se asomó a la puerta, la cerró y la aseguró por dentro. El cuartelero escuchó nuevamente el pedido de ayuda «auxilio,

me quieren matar, joven, ayúdeme». También escuchó que el acusado le decía a la agraviada «¿por qué me has traicionado?, ¿por qué me has hecho esto?». El cuartelero bajó para llamar nuevamente al administrador y le advirtió que iban a matar a la huésped. Este le aseguró que iría al hostal.

Según la acusación fiscal, la agraviada cayó al piso en la habitación y quedó inconsciente por unos segundos; cuando reaccionó, se dio cuenta de que sus medias (pantis) estaban corridas, la falda estaba levantada y «la ropa interior hacia abajo [*sic*]». En esos momentos ella pidió «agua, agua» y el procesado fue al baño a orinar. La agraviada aprovechó para escapar de la habitación, corriendo por el pasillo hacia la recepción del hostal, ubicada en el primer piso. El acusado la persiguió desnudo. Según el testimonio del cuartelero, cuando se dirigía nuevamente a la habitación n.º 204, después de hablar por segunda vez con el administrador, vio a la agraviada que salía corriendo de la habitación, descalza, diciendo «me va a matar». Detrás de ella el acusado la perseguía desnudo. El cuartelero intentó llamar al administrador pero el acusado, pensando que llamaría al serenazgo, procedió a quitarle el celular y luego lo arrojó al piso. El administrador finalmente llegó al hostal. En cierto momento el acusado les increpó preguntándoles quiénes eran ellos y amenazándolos con hacer que los despidieran del trabajo. El administrador también vio a la agraviada bajando por las escaleras y pidiendo auxilio. Declaró que él y el cuartelero lograron reducir al acusado. Gran parte de los hechos narrados pueden apreciarse en el video.

En efecto, las cámaras de videovigilancia del hotel muestran que de la habitación sale corriendo la agraviada a la 1:43:04 a. m. del 12 de julio de 2015, sin las botas y la casaca que llevaba puestas al ingresar al hostal. Luego, bajó al primer piso y se refugió en el módulo de la recepción del hostal. El acusado corrió detrás de ella completamente desnudo, y en el primer piso la alcanzó. La tomó de los brazos y, pese a la resistencia de la agraviada, jalándola la sacó de esa área. Continuó jalándola contra su voluntad, y a empujones la llevó hacia la escalera que conduce al segundo piso. El acusado notó que el cuartelero estaba llamando por teléfono, regresó y le arrebató el teléfono y lo tiró al piso. La agraviada aprovechó para refugiarse nuevamente en el módulo de recepción y en una habitación al lado del módulo. Sin embargo, el acusado la volvió a alcanzar y la sacó de ahí de manera violenta; ambos tropezaron y cayeron al piso, lo que fue aprovechado por el acusado para tomarla de los pelos y arrastrarla hacia la escalera. Momentos después ella logró desprenderse del acusado y se volvió a refugiar en el ambiente que se encuentra al costado del módulo de recepción. En el video también se aprecia que el acusado tuvo que ser reducido por dos personas para evitar que entrara al ambiente donde estaba la víctima. Pasadas las dos de la mañana, llegó el personal de serenazgo, intervino al acusado y lo llevó a la comisaría. De acuerdo con el testimonio del cuartelero, la agraviada logró esconderse en la habitación en estado de *shock* y llorando. En el video también se ve al acusado en la comisaría, intentando agredir a los policías para alcanzar a la agraviada.

El mismo día de los hechos, la agraviada fue sometida al examen médico legista, según el cual presentaba lesiones traumáticas recientes como las siguientes:

> a) herida contusa de dos diámetros sin sutura en el cuero cabelludo región parietal derecha; b) tumefacción de ocho centímetros de diámetro mas equimosis de color tenue violáceo en región malar derecha e izquierda; c) hemorragia subconjuntival de un centímetro de diámetro en ojo derecho; d) equimosis de color violáceo por digito presión en un área de 15x10 CM en el cuello; e) equimosis de color violáceo por digito presión en un área de 5x3 CM

> en región de la nuca lada derecho; f) varias excoriaciones tipo deslizamiento de diferentes tamaños en la espalda; g) varias excoriaciones tipo deslizamiento de diferentes tamaños mas tumefacción en cada excoriación en ambos miembros superiores; h) varias excoriaciones tipo deslizamiento de diferentes tamaños mas tumefacción en ambos miembros inferiores (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 23).

Por su parte, el acusado declaró que, durante el cumpleaños de su primo, la agraviada tuvo una actitud muy extraña porque chateaba todo el tiempo. Le pidió a la agraviada que no le hiciera daño porque lo había confundido en anteriores oportunidades con «Lucas», un jugador de fútbol paraguayo, casado y padre de tres hijas, con el que la agraviada, según el acusado, reconoció haber mantenido una relación sentimental. Afirmó que en el hostal se desnudó para ducharse. Sentada al borde de la cama, ella continuaba chateando, por lo que el acusado le pidió que no lo hiciera, a lo que ella replicó: «no me jodas, Lucas». Incómodo él le preguntó qué le sucedía. Ella le respondió que él se parecía a Clyf, otro jugador de fútbol con el que había tenido una relación sentimental y a quien la agraviada había denunciado por agresiones. Debido a esta conversación, el agraviado le pidió que se largara y, cuando ella alcanzó la puerta de la habitación, él se arrodilló para pedirle perdón y rogarle que no se fuera. Ella insistió en terminar la relación y empezó a gritar «auxilio, auxilio», sin que él le hiciera nada. Según el acusado, él le pidió que se calmara pero ella lo hirió con unas llaves que tenía en la mano, amenazándolo con destruirlos a él y a su familia. Al verse agredido, él le puso la mano derecha en el cuello para distanciarla, señalando, que en ningún momento la agredió. Añadió que salió de la habitación porque tenía cortes en la espalda y por las amenazas de ella, para pedirle una explicación a la agraviada. La encontró en la recepción del hostal donde le pidió que por favor hablaran en un mueble ubicado al fondo de la recepción. Según el relato del acusado, por esto forcejearon. Pero ella incompresiblemente gritaba «me quiere matar, me quiere violar». Según él, ese día no quería tener relaciones sexuales con ella, pues el día anterior ya lo habían hecho hasta en cinco oportunidades. El acusado aceptó que en el momento del forcejeo estaban presentes el cuartelero y el administrador del hostal; que el cuartelero tocó dos veces la puerta de la habitación para saber qué ocurría, pero que se retiró porque vio que se trataba de una discusión de pareja; y que una anterior pareja suya había presentado una denuncia contra él, que fue archivada porque ella no regresó a la comisaría. Además, el acusado declaró que él tenía un trastorno «*borderline*».

El Ministerio Público presentó como testigos a los tres agentes del serenazgo que acudieron esa noche al hostal ante el llamado del cuartelero. Una de las agentes declaró que A. P. también la agarró del cuello a ella, y su compañero, otro de los agentes, afirmó que el acusado intentó estrangular a la agente. Ambos agentes señalaron que el acusado los amenazó diciendo que no sabían quién era él, que su padre tenía el puesto de regidor, que ignoraban con quién se habían metido y que los iba a botar del trabajo (también grabado en el video). La tercera agente del serenazgo brindó una declaración similar. Por otro lado, la antigua enamorada de A. P. también declaró en el juicio, afirmando que lo denunció en la comisaría porque, cuando le dijo que terminaría la relación, este reaccionó ahorcándola y propinándole dos puñetes en la espalda. Sin embargo, ella no continuó con el trámite de la denuncia.

Gran parte de la extensa sentencia del Juzgado Penal Colegiado la ocupan los informes y peritajes de médicos y psicólogos. En la sentencia se han copiado y pegado parte de esos peritajes e informes, la mayoría de ellos con la característica común de estar mal

redactados. Ni siquiera se sabe claramente qué parte pidió qué informe médico, psiquiátrico o psicológico. Un ejemplo de lo afirmado es el informe de la psicóloga Francisca Faviola Ojeda Mendoza, en el que se lee una oración contradictoria sobre el acusado: «ante la negativa de un cariño puede agredir a una persona, no puede causar daño a una persona que ama» (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 20). En ese informe la citada psicóloga sostiene, además, que vio los videos y en ellos se aprecia que A. P. no tuvo intenciones de matar (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 20).

Por otro lado, de acuerdo con la sentencia, los peritos psicólogos que acudieron al plenario (no se mencionan los nombres) «sostuvieron que una persona que ha sido víctima de violencia sexual o física no retorna sola al lugar de los hechos, ello por el temor y miedo, sobre lo suscitado, más aún que se trataba del mismo día de los hechos, y a minutos de los sucesos» (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 53). Estas afirmaciones contradicen la estadística sobre violencia sexual, según la cual, los hechos suelen ocurrir en el hogar que comparten víctima y victimario y pueden extenderse durante años.

De la sentencia se advierte, asimismo, que había informes médicos y psicológicos contradictorios en temas como la personalidad del acusado o el daño psicológico o mental causado a la agraviada. Respecto al acusado, opinaron dos psicólogos y dos psiquiatras. El más renombrado de ellos, el psiquiatra Querol, señaló que no podía indicar si una persona *borderline* era capaz de ultrajar o matar a otra (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, pp. 9 y 56). Los jueces infirieron a partir de los otros informes que A. P. era inocente porque las personas *borderline* preservan a la persona que aman (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 56). Pero, entonces, ¿cómo podían explicar que A. P. hubiera agredido a la víctima arrastrándola de los pelos (video)? Como afirma Andrés (1992), la libre valoración de las pruebas es una actividad racional, no un momento místico e incontrolable (pp. 279-280).

Respecto a la agraviada, dos psicólogas señalaron que tenía un indicador de malestar psicológico, una tercera psicóloga que se veía interferida por el hecho traumático, una cuarta psicóloga sostuvo que tenía un episodio depresivo leve, y una quinta señaló que padecía estrés agudo. Adicionalmente, un psiquiatra afirmó que ella no tenía síntomas de estrés postraumático (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, pp. 56-57). Sin embargo, nuevamente, los jueces, sin mayor argumentación, infirieron que la agraviada no era víctima de los delitos denunciados (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 58). En una de esas pericias, en las que se hace referencia a un trastorno histriónico de la personalidad de la agraviada, se lee lo siguiente:

> Expresivamente dramática (…) es una persona que busca activamente que las demás personas la aprecien y admiren para eso *se basa de una actividad manipuladora para obtener la atención y la aprobación que necesita, por eso se la ve sociable, alegre, estimulante, encantadora, ella busca la atención en forma activa, por eso se dice que es interpersonalmente buscadora de atención.* Concluyeron que EN LA EVALUACIÓN A LA PERITADA NO HA ENCONTRADO RASGOS O SÍNTOMAS DE ESTRÉS POST TRAUMÁTICO [las mayúsculas, cursivas y subrayado aparecen en la sentencia]. (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 56)

No está en duda que el imputado tenía el derecho a la presunción de inocencia ni que la hipótesis acusatoria tiene que ser contrastada con la prueba (Andrés, 1992, pp. 283-284). En este caso, lo que está en cuestión es la forma arbitraria en la que se establecieron los hechos (a pesar del video) y la ausencia de argumentación (motivación) en relación a la prueba.

Además de lo dicho, llaman la atención dos de los argumentos para la absolución de A. P. Por un lado, según la sentencia, «las lesiones descritas en los certificados médicos no son de naturaleza mortal y no han puesto en peligro la vida de la agraviada» (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 70); y, por el otro, de acuerdo con los exámenes médicos, «la agraviada no presenta lesión compatible con agresión sexual porque no observó lesiones físicas compatibles con agresiones contra la libertad sexual y los peritos han basado su conclusión en un eritema que no es de la fecha de los hechos y en una lesión que estaba en la pierna que terminó siendo una mancha de esmalte» (Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 2018, p. 71). Ni siquiera se va a discutir la corrección de ambos argumentos (en casos de tentativa). Más bien, se quiere resaltar que, a pesar de minimizar el daño de la agraviada, el Juzgado Penal Colegiado ordenó una reparación civil de cien mil soles a su favor[9], un monto elevadísimo y excepcional en la práctica de la justicia peruana. ¿Hay coherencia entre la decisión de absolver al imputado (porque no se probó un severo daño) y la imposición de una reparación civil tan elevada? A. P. declaró ser estudiante, por lo que es imposible que pueda pagar ese monto de reparación civil.

Pensar que tal incoherencia, los informes médicos y psicológicos y las inferencias hechas a partir de ellos son el resultado de errores humanos parece muy ingenuo.

5.3. Resoluciones de archivo de la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima (18 de octubre de 2006) y de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima (17 de enero de 2007) (violación sexual).

Este último caso llegó al Tribunal Constitucional pues una víctima de violación sexual presentó una demanda de amparo ante la decisión fiscal de archivar la denuncia por ese delito.

La agraviada presentó denuncia por violación sexual contra J. A., el 1 de julio de 2005. La denunciante era estudiante de Derecho y hacía prácticas preprofesionales en un estudio de abogados penalistas, a las órdenes del denunciado. La denunciante sostuvo que el día 20 de mayo del 2005, luego de participar en una reunión en un *pub* con integrantes del estudio, quedó inconsciente por el consumo de alcohol y fue trasladada al vehículo del denunciado para que la llevara a su casa. El 21 de mayo, despertó en una habitación desconocida, con sangrado en las piernas y recostada al lado de J. A. Ella improvisó un paño para contener el sangrado vaginal y le pidió al denunciado que la llevara a la universidad donde estudiaba (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 4). Luego de llegar al campus universitario, acudió al servicio médico de la universidad, muy nerviosa y llorosa. Allí se le diagnosticó desgarro perineal y sangrado activo, se le suturó por ese desgarro, y se le dio tanto antirretrovirales como la píldora del día siguiente (que es el protocolo habitual para casos de violación sexual). La propia médica que la atendió le recomendó denunciar la violación sexual y afirmó que la denunciante le dijo que había amanecido en un hotel y que no recordaba cómo llegó (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 9). Desde

9 Artículo 12.3 del Nuevo Código Procesal Penal.

la etapa más temprana de investigación, la policía de la Comisaría de Miraflores elaboró un parte policial y no un atestado, pues consideró que los hechos denunciados no constituían un presunto delito. Entre las personas que la policía llamó a declarar, se incluyó a un abogado penalista que no participó en la reunión ni integraba el estudio de abogados, quien afirmó que la denunciante tenía muchas muestras de cariño hacia el denunciado.

El 1 de julio de 2005, la agraviada presentó denuncia ante el Ministerio Público, entre otros, con la documentación de la atención dada en el Servicio Médico de la universidad y una cinta magnetofónica en la que el denunciado reconocería su responsabilidad.

Según J. A., las relaciones sexuales fueron consentidas y la denuncia se debía a su negativa de tener una relación sentimental con la agraviada. En su declaración, el acusado aceptó haber visto manchas de sangre en las sábanas (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 9). Por otro lado, los testigos presentes en la reunión, quienes trabajaban en el mismo estudio de abogados, declararon a favor de J. A. Uno de estos testimonios fue el de la enamorada del acusado, también abogada del estudio, quien afirmó que al salir del *pub* la denunciante intentó besar al denunciado y que este la esquivó. Una de las pericias psicológicas determinó que la denunciada tenía rasgos histriónicos, inteligencia clínicamente normal y no presentaba psicosis (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 16).

El 18 de octubre de 2006, la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima resolvió que no había mérito para formular denuncia penal contra J. A., decisión que fue confirmada por la Segunda Fiscalía Superior de Lima, por lo que se dispuso el archivo de la denuncia.

El 23 de abril de 2007, la agraviada presentó una demanda de amparo contra el Ministerio Público, solicitando que se ordenara la emisión de una nueva resolución fiscal. En ella la agraviada señaló que el Ministerio Público le otorgó valor probatorio desmesurado a aquellos elementos que contradecían su postura, restándole todo valor a aquellos que la sustentaban, lo que vulneraba su derecho a la prueba y a la debida motivación. El Ministerio Público contestó la demanda solicitando que fuera declarada infundada o improcedente, pues había actuado de forma regular y no tenía obligación de formular denuncia en todos los casos que fueran de su conocimiento si de la investigación preliminar se determinaba «una ausencia de elementos de convicción sobre la comisión del hecho punible» (fundamento 19).

El juez de primera instancia declaró infundada la demanda y la Sala Civil de la Corte Superior confirmó esa decisión. En cambio, el Tribunal Constitucional la declaró fundada en enero de 2018 (Expte. N° 05121-2015-PA/TC), es decir, 13 años después de que la agraviada presentara la denuncia penal por violación sexual. El Tribunal Constitucional centró el problema en el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, en relación a la prueba. Señaló que los fiscales también deben «expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión» (fundamento 15).

Los médicos legistas habían declarado en la investigación preliminar que el desgarro perineal sufrido por la agraviada podía deberse a relaciones consentidas o no consentidas. El Ministerio Público infirió que las relaciones sexuales habían sido consentidas. El Tribunal Constitucional señaló que el fiscal provincial no había «exteriorizado» las razones o la justificación objetiva por las que, a partir de la información médica, asumía que las relaciones sexuales habían sido consentidas. El citado tribunal sostuvo que el derecho a la debida motivación se vulneraba cuando la motivación era meramente aparente, pues no daba cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión fiscal. Añadió que la decisión fiscal era arbitraria e inconstitucional

(fundamento 16), pues no podía ser el resultado del puro decisionismo sino «de la aplicación razonable del Derecho y de los hechos en su conjunto» (fundamento 17).

En este caso, la posición del fiscal se enfocaba exclusivamente en lo que Bartlett (1990) denomina «la perspectiva del acusado» (p. 842). En todo caso, los fiscales también tendrían que haberse preguntado ¿no hay una máxima de experiencia que indica que las relaciones sexuales consentidas no suelen producir desgarros que necesiten suturas?, ¿no tenía el testimonio de la agraviada las características que exige el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ 116 para que pudiera constituir una prueba de cargo?[10], o ¿es el estándar probatorio que se exige para la denuncia que formula el Ministerio Público igual al que se exige al juez para condenar?

El Tribunal Constitucional, asimismo, se refirió a la resolución fiscal emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Lima, que declaró infundada la queja de la agraviada, y ordenó el archivo definitivo de la denuncia. Parte de la fundamentación de dicha resolución fiscal se basó en que la agraviada presentó la denuncia 42 días después de los hechos, en su edad (no era una niña) y en que era estudiante de Derecho, por lo que se infería que esa demora indicaba que no decía la verdad. Tanto el fiscal provincial como el superior aseveraron que el tiempo transcurrido entre los hechos y la formalización de la denuncia generaba *por sí solo* dudas sobre la declaración de la recurrente (fundamento 30).

Por el contrario, el Tribunal Constitucional resaltó la importancia de la declaración de la víctima en este tipo de delitos. Si bien se refirió al contexto de violencia contra las mujeres, no lo vinculó a los motivos de la demora de la agraviada en presentar la denuncia penal (vergüenza, miedo, etc.). Tampoco hizo referencia a los estereotipos de género pero rechazó el uso de patrones discriminatorios pues obstaculizan el acceso a la justicia[11].

Mediante resolución de 15 de junio de 2018, la Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima volvió a disponer el archivo definitivo de la denuncia contra J. A. Argumentó, entre otros, que el denunciado tenía inteligencia clínicamente normal y no tenía rasgos de ninguna alteración mental que lo hiciera aparecer como un potencial agresor sexual (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018). Como se ha señalado anteriormente, en el caso de la denunciante, la pericia psicológica señalaba que tenía inteligencia clínicamente normal, rasgos histriónicos y no presentaba psicosis.

Si uno compara esta decisión fiscal con la sentencia del Juzgado Penal Corporativo de Ayacucho, encuentra la misma coincidencia: la desacreditación del testimonio de la víctima por los supuestos rasgos histriónicos, actitud manipuladora o la ausencia de estrés agudo o psicosis.

En lo que no hay coincidencia es en las inferencias hechas a partir de los informes sobre la salud mental del denunciado. En el caso del Juzgado Corporativo de Ayacucho, la alteración mental (*borderline*) es un argumento para que los jueces concluyeran que el denunciado no era capaz de provocar daños (a pesar de las imágenes del video) y, en el caso de las fiscalías limeñas, es lo contrario: como no tiene rasgos de ninguna alteración mental, no puede ser un agresor sexual. En ambos casos, quienes parecen determinar si hubo delito o razones para llevar un caso a juicio son los psicólogos y psiquiatras, y no los jueces o los fiscales. Las decisiones de estos últimos carecen de fundamentación, fueron tomadas a partir de pericias o informes

10 Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.

11 Sobre la importancia de la declaración de la víctima en los casos de violencia de género, véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-027-17, fundamento 6.2.1. También esta corte ha analizado los problemas vinculados a la valoración de la prueba en los casos de violencia de género en la sentencias T-338/18, párrs. 11 y ss. En su jurisprudencia se cuestiona explícitamente el uso de estereotipos de género.

psicológicos y psiquiátricos que, bajo la apariencia de un halo científico, refuerzan estereotipos de género y se prestan a decisiones arbitrarias, de una irrazonabilidad exacerbada.

6. A modo de conclusión

Se ha intentado mostrar un tipo de argumentación en los casos de violencia de género que, en los sistemas de justicia con severos problemas de corrupción, puede ser un buen aliado de la misma, precisamente porque nada tiene que ver con los fines y valores del ordenamiento jurídico. Una tarea pendiente será la revisión de las sentencias o dictámenes fiscales que contengan una argumentación de una irracionalidad exacerbada, a fin de establecer posibles conexiones con actos de corrupción. Se puede empezar con aquellos casos que son de conocimiento público gracias a los medios de comunicación y a las redes sociales. Con una mirada hacia el futuro, habría que pensar en que la capacitación de jueces y fiscales en materia de argumentación jurídica y perspectiva de género contribuya a desterrar la idea de que el derecho admite cualquier tipo de argumento por más irrazonable que sea. De esta forma, se podrá combatir el machismo y la corrupción.

En cuanto a la perspectiva de género, hay que señalar que aporta ciertos elementos al razonamiento jurídico que suelen pasar desapercibidos: las relaciones desigualitarias de poder y los estereotipos de género. Por un lado, identifica razones explicativas y estereotipos que no pueden justificar una decisión judicial y fiscal. Pero, por el otro, resalta la importancia de tener en cuenta el contexto en el que se produce la violencia de género y las razones que explican el comportamiento de las víctimas. La perspectiva de género contribuye a que el derecho sea un instrumento para hacer justicia, o como decía Dworkin (2004), para que muestre su mejor luz (p. 13).

REFERENCIAS

Albán, W. (2018). *La corrupción en el sistema judicial* [Entrevista realizada en el programa Sin Pauta]. Recuperado de https://puntoedu.pucp.edu.pe/videos/sin-pauta-la-corrupcion-en-el-sistema-judicial/

Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre «independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». *Jueces para la Democracia*, (46), 47-56. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409554

Andrés, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, (12), 257-299.

Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín (A. D. Oliver-Lalana, Trad.). *Doxa*, (23), 197-230.

Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia* (J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, Trads.). Granada: Editorial Comares.

Alexy, R. (2010, junio). The dual nature of law. *Ratio Juris*, *23*(2), 167-82.

Atienza, M. (1994). Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la Democracia*, (22), 62-86.

Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa*, (34), 73-88.

Atienza, M. (2013). Justicia constitucional y escepticismo moral. *Justicia y Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, (11), 13-27. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf

Atienza, M. (2014). *Curso de argumentación jurídica* (2.ª reimpresión). Madrid: Editorial Trotta.

Atienza, M. (2017a). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En P. Grández y J. Aguiló (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 11-42). Lima: Palestra.

Atienza, M. (2017b). *Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.

Bartlett, K. (1990). Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, *103*(4), 829-888.

Bartlett, K. (2011). Métodos jurídicos feministas (W. Aranda, Trad.). En M. Fernández y F. Morales (Coords.), *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (pp. 19-116). Lima: Palestra. 1990.

Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: Desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, (41), 67-97.

Código Civil. (1985). Exposición de Motivos. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil (D. Revoredo de Debakey, Compiladora; Tomo IV).

Comisión Andina de Juristas. (2003). *Corrupción judicial. Mecanismos de control y vigilancia ciudadana*. Lima: Comisión Andina de Juristas. Recuperado de http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1612/caj-corrupcion-mec.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. (2010, 16 de diciembre). Proyecto de Recomendación General Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28). Ginebra. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/28&Lang=en

Congreso de la República del Perú. (2018a, 21 de julio). Resolución Legislativa del Congreso que Aprueba la Remoción de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (Resolución Legislativa del Congreso 016-2017-2018-CR). *El Peruano*, p. 4. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/resolucion-legislativa-del-congreso-que-aprueba-la-remocion-resolucion-legislativa-n-016-2017-2018-cr-1672820-1/

Congreso de la República del Perú. (2018b, 6 de octubre). Resolución Legislativa del Congreso que Destituye del Cargo de Vocal Supremo al Señor César Hinostroza Pariachi (Resolución Legislativa del Congreso 004-2018-2019-CR). *El Peruano*, p. 4. Recuperado de https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTY5OTcxN18xMjAxODEwMDY=

Congreso de la República del Perú. (2018c, 6 de octubre). Resolución Legislativa del Congreso que Destituye al Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura Sergio Iván Noguera Ramos (Resolución Legislativa del Congreso 010-2018-2019-CR). *El Peruano*, p. 6. Recuperado de https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTY5OTcxN183MjAxODEwMDY=

Congreso de la República del Perú. (2018d, 6 de octubre). Resolución Legislativa del Congreso que Destituye al Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura Julio Atilio Gutiérrez Pebe (Resolución Legislativa del Congreso 012-2018-2019-CR). *El Peruano*, pp. 6-7. Recuperado de https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTY5OTcxN185MjAxODEwMDY=

Congreso de la República del Perú. (2018e, 6 de octubre). Resolución Legislativa del Congreso que Destituye al Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura Guido César Aguila Grados (Resolución Legislativa del Congreso 015-2018-2019-CR). *El Peruano*,

p. 7. Recuperado de https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTY5OTcxN18xMjIwMTgxMDA2

Congreso de la República del Perú. (2018f, 6 de octubre). Resolución Legislativa del Congreso que Destituye al Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura Orlando Velásquez Benites (Resolución Legislativa del Congreso 018-2018-2019-CR). *El Peruano*, p. 8. Recuperado de https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTY5OTcxN18xNTIwMTgxMDA2

Cook, R., y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales* (A. Parra, Trad.). Bogotá: Profamilia. 2010.

Facio, A. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, *Año 3*(6), Primavera 2005, 259-294. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf&ved=2ahUKEwj4htKhx-jmAhUHuRoKHaq2AT0QFjABegQIAxAB&usg=AOvVaw0dtGWqNA5RLSJqq0FQQH4i

Fraser, N. (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la visión postsocialista* (M. Holguín, e I. C. Jaramillo, Trads.). Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo de Hombre Editores. 1997.

Defensoría del Pueblo. (s. f.). Un país sin corrupción [Página web]. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/un-pais-sin-corrupcion/

Dworkin, R. (2004). Hart's postscript and the character of political philosophy [El postcríptum de Hart y el carácter de la filosofía política]. *Oxford Journal of Legal Studies*, *24*(1), 1-37.

Dworkin, R. (2007a). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, R. (2007b). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? (L. García Jaramillo, Trad.). *Estudios de Derecho, LXIV*(144), 16-36. Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. 2000.

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2018). *Amicus curiae* presentado en el caso que se sigue contra J. A [*Amicus curiae*].

Gascón, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

IDEHPUCP. (2016). *Análisis de la sentencia del 28 de enero de 2016 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a luz de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y del derecho penal* [Informe]. Recuperado de http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/05152252/pub080informecortesupremtratadepersonas.pdf

Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho. (2018, 16 de febrero). Sentencia. Resolución No. Cuarentitrés (Expediente 01641-2015-93-0501-JR-PE-01). Ayacucho. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20180308_02.pdf

La República. (2018, 8 de julio). Audio de juez Hinostroza: «¿Qué es lo que quieren?, ¿que le baje la pena?». *La República*. Recuperado de https://larepublica.pe/politica/1274939-juez-hinostroza-quieren-le-baje-pena

Latina [Latina.pe]. (2015, 19 de julio). *Adriano Pozo: El recuento de su agresión contra Arlette Contreras* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=_-2IA7IMjKM

L'Heureaux-Dubé, C. (2001). Beyond the myths: Equality, impartiality, and justice [Más allá de los mitos: Igualdad, imparcialidad y justicia]. *Journal of Social Distress and the Homeless, 10*(1), 87-104.

Malem, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos* (1.ª ed.). Barcelona: Gedisa.

Malem, J. (2008). *El error judicial y la formación de los jueces* (1.ª ed.). Barcelona: Gedisa.

MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford New York: Clarendon Press.

MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (J. A. Gascón Salvador, Trad.; 1.ª ed.). Lima: Palestra.

Ministerio Público. (2017). Reporte: Trata de personas [Reporte]. Recuperado de https://www.mpfn.gob.pe/observatorio/criminalidad_organizada/

Mill, J. S. (1997). *The subjection of women* [La subyugación de las mujeres]. Mineola, Nueva York: Dover Publications, Inc.

Monereo Atienza, C. (2010). *Desigualdades de género y capacidades humanas*. Granada: Comares.

Nettel, A. L. (1996). La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. *Isonomía*, (5), 107-117.

Proética. (2012). ¡Exijo una explicación! Rendición de cuentas para reducir la corrupción [Guía]. Recuperado de https://www.scribd.com/document/46818939/Exijo-una-explicacion-Rendicion-de-cuentas-para-reducir-la-corrupcion

Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.

Taylor Mill, H. (2000). La emancipación de las mujeres. En J. S. Mill, y H. Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad de los sexos* (pp. 113-144). Madrid: A. Machado Libros.

Women's Link Worldwide. (s. f.). Casos. Nominados Premio Mallete 2017. Nominados Premio Garrote 2017 [Página web]. Recuperado de https://www.womenslinkworldwide.org/premios/casos?edition=2017&type=nominated

SECCIÓN VII

DERECHO TRIBUTARIO

INCENTIVOS FISCALES PARA LAS DONACIONES CON FINES BENÉFICOS

Frank Fermín García Santos
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría estudiantes

El objetivo del presente trabajo es analizar si el Estado debería proponer incentivos fiscales para las donaciones realizadas a las entidades sin fines de lucro, que tienen como objetivo fines de interés general. Dicha pregunta reviste especial importancia, pues lo que se busca evidenciar es que los tributos no son la única manera mediante la cual los privados pueden colaborar con el sostenimiento del Estado y la satisfacción de las necesidades públicas. Así, si bien los tributos son una de las más importantes fuentes de financiamiento estatal, ello no impide que se puedan analizar otros mecanismos que coadyuvan al Estado en el cumplimiento de sus fines. Mediante el presente trabajo, se realiza un análisis, desde distintas perspectivas, sobre una herramienta que, justamente, permite que los privados colaboren con el Estado para satisfacer necesidades públicas y que le exime de la carga de realizar las actividades que son cubiertas por este mecanismo. Dicha herramienta que será objeto de análisis es la deducibilidad de donaciones con fines benéficos.

1. Introducción

Las donaciones, en términos civiles, son negocios jurídicos gratuitos en los que el donante realiza una transferencia a favor de otra persona sin esperar una compensación a cambio. Dicho contrato, más allá de la regulación del derecho civil, tiene una serie de implicaciones en el mundo del derecho tributario. Concretamente, con respecto al impuesto a la renta, podemos preguntarnos, por un lado, si el donatario, en todos los supuestos, debe de reconocer una renta gravada o, por otro lado, si el donante puede deducir como gasto el importe del bien donado.

En el presente trabajo, se desarrollará el tratamiento tributario en la legislación del impuesto a la renta vinculado con el segundo punto y, en función de dicho análisis, se evaluará la posibilidad y pertinencia de establecer incentivos fiscales para un tipo especial de donaciones: aquellas que tengan como objetivo fines benéficos.

De esta manera, con el objeto de plantear el esquema de trabajo de la presente investigación, resulta conveniente mencionar, de manera general, cuál es el tratamiento que la Ley del Impuesto a la Renta[1] (en adelante, LIR) otorga a la deducción de gastos por concepto de donaciones con fines benéficos. Así, la LIR establece que las entidades perceptoras de rentas de tercera categoría tienen la posibilidad de deducir como gasto las donaciones realizadas a favor

1 Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

de determinadas entidades sin fines de lucro[2]; no obstante, la deducción de dicho concepto se encuentra limitada al 10 % de su renta neta. De la misma manera —y aunque no es parte del análisis de este trabajo—, las personas naturales también pueden deducir, para la determinación de su renta neta del trabajo, un monto limitado por concepto de donaciones, el cual no puede exceder del 10 % de la suma de su renta neta del trabajo y su renta de fuente extranjera.

En ambos casos, ya sea en el caso de las personas jurídicas o en el caso de las personas naturales, los sujetos actúan como benefactores de entidades no lucrativas. Es decir, los sujetos pasivos del impuesto a la renta estarían actuando como soporte financiero de las entidades pertenecientes al tercer sector[3]. En el presente trabajo, se limitará al análisis de la deducción por donaciones realizada por personas jurídicas[4] generadoras de rentas de tercera categoría. De este modo, cada vez que se haga referencia a las donaciones realizadas por los sujetos privados, se referirá a las personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría.

La pregunta que se encontrará presente a lo largo del desarrollo de esta investigación es, atendiendo al tipo de Estado que tenemos, desde una perspectiva constitucional, si resulta adecuado establecer límites en todos los casos para la deducción de donaciones, o si sería preferible establecer un tratamiento más favorable o incluso incentivo para su realización. La respuesta brindada a dicha pregunta será una cuestión de concepto, propiamente. Es decir, para sustentar dicha respuesta, no se evaluará si en la realidad las empresas o las personas llegan a alcanzar el límite cuantitativo dispuesto por la LIR, o cuál es la magnitud estadística de tales donaciones.

Por consiguiente, con el objeto de brindar una respuesta a la pregunta planteada, en primer lugar, se elaborará un análisis con respecto a la relación entre los fundamentos constitucionales de la tributación y las donaciones a favor de entidades sin fines de lucro. En segundo lugar, se desarrollará el tratamiento civil y tributario de las donaciones. En tercer lugar, se observará en qué medida las donaciones contribuyen a la generación de riqueza entre las empresas y por qué debería admitirse su deducción de forma amplia. Finalmente, una vez establecida tanto la base constitucional de las donaciones a favor de entidades sin fines de lucro como las razones para su deducibilidad de forma amplia, se presentarán algunas propuestas para establecer incentivos que fomenten su uso o les otorguen un tratamiento más favorable.

2. La justificación de la tributación y su relación con la deducción de donaciones

A efectos de poder establecer una base constitucional para la deducción de donaciones a favor de las entidades sin fines de lucro, en el presente apartado se realizará un análisis respecto del

2 Como se verá en el epígrafe 3.2.3., dichas entidades deben tener como objeto social los objetivos señalados en el inciso x del artículo 37 de la LIR (beneficencia, asistencia o bienestar social, educación, culturales, científicos, artísticos, literarios, deportivos, salud, patrimonio histórico cultural indígena) o dedicarse a recuperar alimentos en buen estado para entregarlos gratuitamente a personas que los necesiten.

3 El primer sector está conformado por el Gobierno, el segundo sector son los sujetos que realizan negocios y el tercer sector es la filantropía. Véase Payton, R. y Moody, M. (2008, pp. 46-52).

4 Debe notarse que la LIR —al amparo de la autonomía del derecho tributario— establece un concepto más amplio que el concepto del derecho civil para personas jurídicas. Así, se consideran personas jurídicas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 14 de la LIR, entre otros, a las siguientes entidades: (i) las sociedades anónimas, en comandita, colectivas, civiles, comerciales de responsabilidad limitada, constituidas en el país; (ii) las cooperativas; (iii) las empresas de propiedad parcial o total del Estado; (iv) las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas constituidas en el exterior; y (v) los consorcios que lleven contabilidad independiente.

tipo de Estado que la Constitución Política ha establecido y las funciones que este ha asumido. Asimismo, se comentarán los objetivos perseguidos por el Estado cuando permite la deducción de donaciones a favor de entidades sin fines de lucro y cómo, en este caso, el Estado ha incorporado un elemento extrafiscal al impuesto a la renta. Finalmente, se presentará la síntesis de la postura a desarrollar en esta investigación.

2.1. Fundamentos constitucionales de la tributación.

El Estado peruano, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política, es un Estado social y democrático de derecho[5]. Dicha configuración constitucional del Estado peruano determina que este no solo debe asegurar aquellas garantías básicas de un Estado liberal (tales como la libertad, la defensa nacional o la resolución pacífica de controversias), sino que va más allá, pues, bajo este modelo, el Estado debe asegurar condiciones materiales para la realización de estas garantías básicas y otros presupuestos mínimos de la sociedad. Así, el Estado procura la satisfacción de necesidades de la sociedad para la asegurar la integración social. Ello se puede evidenciar en el reconocimiento de diversos derechos de naturaleza social, como el derecho a la educación o el derecho a la salud de las personas.

En función de ello, podemos señalar que, en nuestro contexto, el Estado asume la satisfacción de necesidades públicas absolutas y también necesidades públicas relativas[6], pues el Estado peruano no solo procura satisfacer aquellas necesidades de ineludible satisfacción que se generan por la vida en colectividad, sino también necesidades individuales, como la educación o la salud, pero que tienen un alto interés para nuestra sociedad (Sevillano, 2014, pp. 19-21).

De este modo, la configuración constitucional de nuestro Estado le exige a este el cumplimiento de determinados objetivos y la satisfacción de necesidades públicas. Pues bien, para el cumplimiento de dicho propósito, el Estado requiere realizar una actividad de financiamiento que le permita obtener recursos económicos[7].

En ese contexto, el Tribunal Constitucional, con respecto del financiamiento de las necesidades públicas, delineó en su jurisprudencia el concepto de solidaridad, al cual le otorgó la calidad de principio implícito en la Constitución. En efecto, si bien dicho principio fue solamente mencionado en algunos pronunciamientos del Tribunal[8], fue mediante la sentencia recaída en el expediente N° 0004-2004-AI/TC que se esbozó un significado asociado a dicho principio.

5 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC, ha señalado que un Estado social y democrático de derecho no solo garantiza al individuo la libertad, la seguridad, la propiedad privada o la igualdad ante la ley, sino que también asegura el establecimiento de condiciones materiales mínimas que posibiliten el ejercicio de estas libertades y garantías. De esta manera, para el Tribunal, en este modelo, el Estado asume diversas funciones en distintos ámbitos: (i) en el ámbito económico, el Estado asegura como condición a la economía social de mercado y, por lo tanto, garantiza el bienestar social y un mercado libre; (ii) en el ámbito social, el Estado busca la integración social; y (iii), en el aspecto político, el Estado debe de posibilitar la integración entre este y la sociedad.

6 Para Sevillano (2014), por un lado, se entienden por necesidades públicas absolutas a aquellas que son de ineludible satisfacción y que no pueden ser satisfechas de forma individual por los individuos (como la seguridad nacional, el establecimiento de normas y la solución de controversias) y, por otro lado, se entienden por necesidades públicas relativas las que podrían ser satisfechas por los particulares o por el Estado y no están vinculadas a la existencia misma del Estado (pp. 19-21).

7 Dicha actividad estatal, la cual es objeto de estudio del derecho financiero, ha sido definida como aquella actividad instrumental que condiciona la realización de las actividades del Estado y le permite alcanzar sus objetivos, a través de la generación de ingresos y erogación de gastos públicos (Ferreiro, 2006, p. 34).

8 Como en el caso de la sentencia recaída en el expediente N° 00053-2004-PI/TC.

Así pues, se estableció que, en función del principio de solidaridad, reconocido implícitamente en el artículo 43 de la Carta Magna, todo tributo, en principio, tiene como propósito contribuir[9] con los gastos públicos. García Novoa (2009) precisa que del principio de solidaridad[10] se derivó la idea de que todos los ciudadanos de un Estado tienen el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas (p. 20).

En función de lo señalado hasta este momento, se puede concluir que, debido a que el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho, todos los ciudadanos tienen el deber de contribuir su financiamiento para que pueda asegurar el cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución y, de esta manera, garantizar la satisfacción de las necesidades públicas. No obstante, lo señalado anteriormente genera algunos cuestionamientos —que serán tratados de responder en este trabajo—: ¿solo el Estado puede garantizar el cumplimiento de las necesidades públicas relativas[11], que explícitamente han sido reconocidas en la Constitución[12]?, ¿es cierto que los fines del Estado, que en general buscan el bienestar de la nación, solo se pueden alcanzar mediante la actividad estatal?, ¿la solidaridad como principio podría sostener otras formas de colaboración de los privados en la satisfacción de los fines estatales?

2.2. Los fines extrafiscales de los tributos.

Antes de dar una respuesta a los cuestionamientos planteados previamente, consideramos relevante tratar el asunto de los fines extrafiscales de los tributos. Ello, toda vez que el tema que analizaremos en el presente trabajo —los incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos— es una muestra de cómo los tributos pueden tener otros usos distintos de la mera recaudación de ingresos para el Estado con el objeto de que este pueda cumplir sus fines.

Como se vio en el epígrafe anterior, el modelo asumido por el Estado es el de un Estado social y democrático de derecho que busca asegurar condiciones mínimas para todos sus ciudadanos. En la sentencia recaída en el expediente N° 06089-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que los aspectos fundamentales de un Estado social y democrático de derecho[13] permiten entender por qué el fenómeno tributario se extiende a aspectos que van

9 Al respecto, Durán (2005) señala que, de la cláusula de solidaridad, el Tribunal Constitucional ha deducido la idea del deber de contribuir (p.17). Dicho concepto, dependiendo del diseño constitucional, puede incluir el deber de pagar tributos y el deber de colaboración de los ciudadanos con la Administración Tributaria en el marco de las fiscalizaciones, del otorgamiento de información tributaria sobre terceros y del proceso de recaudación tributaria (Durán, 2005, p.14).

10 Sin embargo, García Novoa (2009) es crítico con la idea de fundar el poder tributario en la solidaridad. De este modo, señala que «Fundar el poder tributario en la solidaridad, al margen de la justificación de impuestos extraordinarios, y hacerlo de espaldas a las exigencias de seguridad y capacidad contributiva, no es admisible. Porque hacerlo supone exacerbar la dimensión colectiva del fenómeno tributario, a costa de orillar completamente el aspecto o dimensión subjetiva o individual de la capacidad contributiva» (p. 39).

11 Dicha pregunta no incluye a las necesidades públicas absolutas, pues en atención a su naturaleza, estas solo pueden ser satisfechas por el Estado. Por ejemplo, una necesidad pública absoluta, que se deriva de la vida en colectividad, que no podría ser satisfecha por los individuos es la construcción de obras públicas de infraestructura o también la provisión de seguridad nacional.

12 Consideramos un ejemplo de ello al reconocimiento constitucional de la educación como derecho fundamental de todos los ciudadanos. Pues, si bien es un tema que interesa a toda la colectividad, no cabe duda que la educación es una necesidad que podría ser satisfecha por los individuos en un libre mercado sin necesidad de suponer un elemento que condicione la existencia propia del Estado. Así, toda vez que ha sido recogido como derecho fundamental, el Estado asume responsabilidades y cargas que deben financiarse con recursos públicos.

13 En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, partiendo de lo resuelto en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC, señala que los aspectos básicos sobre los cuales se configura un Estado social y democrático

más allá de las obligaciones de pago y puede incluir otras obligaciones adicionales[14]. De esta manera, el Tribunal infiere lo siguiente:

> De ello puede afirmarse que siendo la función principal del tributo la recaudadora —entendida no como fin en sí mismo sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales—, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria (f.j. 13).

Así, el Tribunal Constitucional reconoció expresamente que un tributo puede tener objetivos ajenos a la mera recaudación de recursos públicos, siempre y cuando se busque alcanzar otras finalidades constitucionales.

Al respecto, Villegas (2002) señala que, si bien la actividad financiera del Estado puede estar dirigida a obtener ingresos y realizar gastos para que el Estado realice sus actividades, es posible que la actividad financiera no esté dirigida solo a cubrir los gastos del Estado, sino también tenga como objetivo el cumplimiento de finalidades públicas (p. 14). De esta manera, en el caso de los tributos extrafiscales «el gobierno no se propone exclusivamente el objetivo de cubrir gastos percibiendo recursos, sino que además intenta llevar a cabo, mediante medidas financieras, finalidades públicas directas» (Villegas, 2002, p. 15).

De otro lado, debe quedar claro que, en todos los casos, el tributo creado con fines extrafiscales debe contemplar en su hipótesis de incidencia necesariamente un hecho que revele capacidad contributiva[15], pues, de no hacerlo, se podría terminar gravando un hecho que no representa capacidad contributiva para el contribuyente (Bravo, 2014, p. 240). No obstante, como señala Durán (2005), citando a Cubero y García, el respeto del principio de capacidad contributiva no es un obstáculo para que el legislador, cuando se configura el presupuesto de hecho del tributo, considere cuestiones extrafiscales que respondan a criterios económicos o al cumplimiento o satisfacción de objetivos e intereses públicos que la Constitución garantiza (p. 10).

De esta manera, Landa (2013) sostiene que los elementos de un tributo extrafiscal son los siguientes: la capacidad contributiva, un componente recaudatorio (expresado en la alícuota

---

de derecho son los siguientes: (i) «la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal»; y» (ii) «la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculos para su desarrollo social» (f.j. 12).

14 Según el Tribunal Constitucional, esas otras obligaciones pueden ser las siguientes: obligaciones de autodeclaración de tributos, obligaciones de informar en las fiscalizaciones, la responsabilidad solidaria de terceros vinculados con el contribuyente y también los deberes de colaboración con la Administración Tributaria en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal (f.j. 12).

15 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 033-2004-AI/TC, citando a Alberto Tarsitano, conceptualiza a la capacidad contributiva como la «aptitud del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud que viene establecida por la presencia de hechos reveladores de riqueza (capacidad económica) que luego de ser sometidos a la valorización del legislador y conciliados con los fines de la naturaleza política, social y económica, son elevados al rango de categoría imponible» (f.j. 11). Así, en esta sentencia, el Tribunal destaca «que cualquier tributo que se establezca debe basarse siempre en una manifestación de la capacidad contributiva» (f.j. 10).

y cuantía de pago, así como en la necesaria relación de proporcionalidad) y la incorporación de objetivos o bienes públicos que deben ser implementados por el Estado (pp. 176-177).

Ahora bien, la extrafiscalidad de un tributo puede expresarse de diversas formas. Entre ellas, se pueden producir medidas disuasivas sobre actividades que no se consideran convenientes y, en estos casos, el Estado incrementa las alícuotas en los tributos o crea sobretasas, adicionales o recargos. Asimismo, se pueden realizar acciones alentadoras para promover actividades económicas, científicas o culturales que se consideren útiles para el país. En este último caso, las medidas, entre otras, pueden consistir en la exención de tributos, diferimientos, deducciones o reintegros (Villegas, 2002, p. 15).

El tema que será materia de análisis de esta investigación —los incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos— presenta un caso en el que el Estado le ha otorgado un fin extrafiscal al impuesto a la renta. Así pues, cuando el Estado transforma una deducción a favor de determinadas entidades no lucrativas con fines que benefician a la sociedad en un gasto deducible o en un crédito contra el impuesto a la renta, entonces está buscando satisfacer necesidades públicas a través de medios que no son solamente recaudatorios. Ello pues, como se verá, cuando se da un tratamiento fiscal preferencial a estas deducciones el Estado renuncia a determinada cantidad de ingresos por concepto del impuesto a la renta, pero con el objetivo de que estos sean utilizados en entidades no lucrativas que tienen finalidades que benefician a toda la sociedad.

Ahora bien, tomando en cuenta lo señalado en este primer capítulo, se procederá a explicar la postura que se presenta en el presente trabajo. Esta se puede expresar en los siguientes términos: primero, que no solo el Estado puede garantizar la satisfacción de las necesidades públicas relativas, pues los privados también pueden colaborar con ello; segundo, que la actividad estatal de recaudación no es el único mecanismo para alcanzar los metas del Estado, ya que dichos objetivos también pueden ser alcanzados de manera directa cuando este —al hacer uso de los fines extrafiscales de los tributos— incentiva a los privados en la ejecución de actividades que conlleven a tales fines; y, tercero, que la solidaridad como principio posibilita que los particulares puedan colaborar de otra manera con el objeto de satisfacer los fines estatales. Es decir, los ciudadanos no solo pueden colaborar a través del sostenimiento de las cargas públicas, sino también cooperando directamente en el cumplimiento de los fines estatales.

De este modo, las donaciones realizadas con fines benéficos son el mecanismo que permite verificar la hipótesis. En otras palabras, a lo largo del presente trabajo se explicará cómo las donaciones con fines benéficos permiten justamente satisfacer los fines estatales y representan una forma de colaboración directa de los privados con el Estado y, a su vez, una forma de actuación directa del Estado, donde este utiliza el impuesto a la renta con un fin extrafiscal a efectos de satisfacer las necesidades públicas de forma directa.

3. Tratamiento normativo de las donaciones

En este capítulo se analizarán algunos conceptos del derecho civil involucrados en las donaciones y, posteriormente, se realizará un análisis con respecto del tratamiento tributario de la LIR, a propósito de la deducibilidad de las donaciones a favor de entidades sin fines de lucro. Para tener una perspectiva más completa del tratamiento tributario, se desarrollarán el concepto de rentas de tercera categoría, el origen del tratamiento tributario de las donaciones en la legislación peruana y las reglas para que las donaciones realizadas a entidades sin fines de lucro sean fiscalmente deducibles.

3.1. Las donaciones desde el punto de vista del derecho privado.

Con el objeto de poder construir una respuesta a los cuestionamientos planteados en el epígrafe 2.1., se considera pertinente desarrollar en términos civiles la naturaleza jurídica de las donaciones.

Las donaciones son una forma de expresión de la autonomía privada de las personas[16]. En efecto, como consecuencia del reconocimiento constitucional de la libertad de contratar[17], las personas tienen el poder de decidir cómo disponer de su esfera jurídica patrimonial en sus relaciones con otras personas. Dicha liberta de contratar, según lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02175-2011-PA/TC, está constituida por dos garantías: (i) «[a]utodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante»; y (ii) «[a]utodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual» (f.j. 8).

De lo anterior, se puede observar que, a nivel constitucional, existe un reconocimiento amplio y definido de cuáles son las facetas de la libertad de contratación. Así, mediante la celebración de donaciones, se ejerce esta libertad toda vez que los individuos acuerdan libremente su celebración, resuelven con quiénes celebrar tales contratos y, principalmente, convienen que el contenido del acuerdo será de naturaleza gratuita.

En este punto, resulta conveniente preguntarse sobre los alcances y límites de la gratuidad de un acuerdo: ¿qué se debe entender por un negocio jurídico a título gratuito?, ¿qué es una liberalidad?, ¿existe similitud entre gratuidad y liberalidad?

Para Roppo (2009), primero conviene distinguir entre negocios jurídicos onerosos y gratuitos. Se entienden por los primeros a los negocios jurídicos en los que cada parte realiza una prestación a favor de otra, y la prestación de una parte implica un sacrifico soportado por esta con el objeto de obtener la ventaja representada de recibir la prestación de la contraparte (p. 406).

A su vez, Roppo (2009) señala que se entienden por los segundos a los negocios jurídicos en los que la parte que realiza la prestación no recibe una contraprestación como ventaja, por lo que realiza un sacrificio sin ventaja y su contraparte obtiene una ventaja sin sacrificio (p. 407).

En términos sencillos, se puede decir que un negocio jurídico oneroso es aquel en el que las partes involucradas realizan un sacrificio a favor de su contraparte con el objeto de obtener una ventaja; en cambio, en un negocio jurídico gratuito una parte realiza un sacrificio a favor de su contraparte sin recibir una ventaja a cambio.

Entendido ello ahora, surgen las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por liberalidad? y ¿existe similitud entre gratuidad y liberalidad? Por un lado, tomando en cuenta el concepto

16 Morales (2011) refiere que la autonomía privada ha sido definida como un poder normativo para crear efectos jurídicos que se desarrolla en el momento en el que se declara la voluntad y que también se desenvuelve en la creación de un reglamento de programación de intereses (p. 54).

17 El derecho a la libre contratación se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y, de igual modo, en su artículo 62. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 7339-2006-PA/TC que «el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público» (f.j. 47).

reseñado previamente, Roppo (2009) señala que la gratuidad está determinada por la ausencia de una verdadera retribución (p. 407). Por tal razón, la donación es un contrato gratuito, pues el donante no recibe ninguna retribución a cambio de la prestación realizada al donatario. Por otro lado, Roppo (2009) indica que la liberalidad se entiende como la intención de enriquecer a otro desinteresadamente, y que lo opuesto a liberalidad son los contratos interesados (p. 409).

Para ejemplificar ello, imaginen el siguiente ejemplo: ALFA es una empresa dedicada a la comercialización de revistas jurídicas. No obstante, celebra contratos de donación con varias universidades para entregar varios ejemplares de revistas sin ninguna retribución a cambio, con el objeto de hacer conocida la marca de la revista. Dichos contratos son claramente gratuitos, ya que no existe retribución a favor de ALFA, pero no son liberales porque no hay un propósito de enriquecer a las universidades desinteresadamente. Ello en la medida en que la entrega gratuita de las revistas jurídicas tiene un interés encubierto: difundir el nombre de la empresa entre posibles lectores y anunciantes. Por esta razón, dichos contratos serían negocios jurídicos gratuitos e interesados.

De esta manera, se puede afirmar que gratuidad y liberalidad son dos conceptos que pueden coincidir en un contrato atendiendo a las circunstancias, o también pueden no coincidir como en el supuesto ejemplificado previamente.

En suma, las donaciones son negocios jurídicos celebrados en ejercicio pleno del derecho constitucional a la libertad de contratación. Dichos negocios jurídicos son por naturaleza gratuitos, debido a que el donante realiza un sacrificio sin recibir ventaja de parte del donatario. No obstante, estos negocios jurídicos gratuitos no siempre son liberalidades, pues en algunos casos el donante sí tiene un interés encubierto en su realización.

3.2. La regulación de las donaciones en la Ley del Impuesto a la Renta.

Una vez establecido un marco general sobre las donaciones en términos civiles, se procederá a analizar su tratamiento tributario en la LIR para las empresas. Para determinar el impuesto a la renta por pagar, las personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría deben deducir de la renta bruta generada en un ejercicio los gastos deducibles admitidos por la LIR, lo cual da como resultado la renta neta de tercera categoría.

Al respecto, conviene responder las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por rentas de tercera categoría de acuerdo con la LIR?, ¿cuál es el origen del tratamiento otorgado a las donaciones? y ¿cómo se tratan actualmente las donaciones realizadas por personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría?

3.2.1. ¿Qué se entiende por rentas de tercera categoría?

De un lado, el capítulo I de la LIR establece cuál es su ámbito de aplicación[18]. De este modo, dispone que los conceptos afectos a dicho impuesto son los siguientes: (i) las rentas que

18 Este capítulo contiene el aspecto material de la hipótesis de incidencia del impuesto a la renta peruano. De un lado, Ataliba (2001) indica que la hipótesis de incidencia es la descripción hipotética, contenida en la ley, del hecho apto para dar nacimiento a la obligación, la cual se contrapone al concepto de hecho imponible, entendido como el hecho concreto, efectivamente ocurrido de conformidad con la previsión legal (p. 70). Así pues, uno de los aspectos de la hipótesis de incidencia es el aspecto material el cual «contiene la designación de todos los datos de orden objetivo, configuradores del arquetipo en que ella (hipótesis de incidencia) consiste; es la propia consistencia material del hecho o estado de hecho descrito por la hipótesis de incidencia; es la descripción de los datos sustanciales que sirven de soporte a la hipótesis de incidencia» (Ataliba, 2001, pp. 136-137).

provienen del capital, del trabajo o de la aplicación de ambos, siempre que las rentas provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos; (ii) los flujos de riqueza, los cuales comprenden a las ganancias de capital y otros ingresos que provengan de terceros; y (iii) las rentas imputadas o rentas fictas establecidas por la ley[19].

De otro lado, en los capítulos II y III se establece cuál es la base jurisdiccional del impuesto y quiénes son los contribuyentes de este. Ambos conceptos son esenciales para completar el ámbito de aplicación del impuesto a la renta, pues permiten delimitar cuáles son los conceptos que, efectivamente, se encuentran gravados para los contribuyentes en función de su condición de domiciliados (los cuales tributan por sus rentas gravadas de fuente peruana y extranjera) o no domiciliados (los cuales tributan solo por sus rentas gravadas de fuente peruana) y en función de su calidad de personas naturales, sucesiones indivisas, sociedades conyugales, asociaciones de hecho y personas jurídicas.

Una vez determinados los conceptos afectos al impuesto a la renta —en función del tipo de operación, al individuo que la obtiene y su grado de conexión con el Perú—, la LIR establece, en sus capítulos V y VI, cómo se gravan estos conceptos.

De esta manera, en el capítulo V, específicamente en el artículo 22, se dispone que las rentas gravadas de fuente peruana se encuentran distribuidas en las siguientes categorías[20]: (i) las rentas de primera categoría son las producidas por el arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes[21]; (ii) las rentas de segunda categoría son las rentas del capital no comprendidas en la primera categoría, tales como las regalías, intereses, ganancias de capital y otras[22]; (iii) las rentas de tercera categoría son las que provienen del comercio, la industria y las otras señaladas en el artículo 28 de la LIR; (iv) las rentas de cuarta categoría son las obtenidas por la ejecución del trabajo en forma independiente[23]; y (v) las rentas de quinta categoría son las obtenidas por la ejecución del trabajo en forma dependiente y las reguladas en el artículo 34 de la LIR.

Particularmente, de acuerdo con el inciso a), artículo 28 de la LIR, las rentas de tercera categoría son las que provienen de actividades:

> [D]erivadas del comercio, la industria o minería; de la explotación agropecuaria, forestal, pesquera o de otros recursos naturales; de la prestación de servicios comerciales, industriales o de índole similar, como transportes, comunicaciones, sanatorios, hoteles, depósitos, garajes, reparaciones, construcciones, bancos, financieras, seguros, fianzas y capitalización; y, en general, de cualquier otra actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes.

Como se puede observar, esta categoría comprende a actividades de carácter comercial e industrial, por lo que nos referiremos a estas actividades como actividades empresariales[24].

19 Para un análisis más detallado de los conceptos gravados, véase García Mullín, R. (1980, pp. 13-32) y Fernández Cartagena, J. (2004, pp. 1-18).

20 Debe notarse que cada categoría de renta tiene su propia forma de determinación y cálculo.

21 Las rentas de primera categoría se encuentran señaladas en el artículo 23 de la LIR.

22 Las rentas de segunda categoría se encuentran señaladas en el artículo 24 de la LIR.

23 Las rentas de cuarta categoría se encuentran señaladas en el artículo 33 de la LIR.

24 El artículo 28 de la LIR hace referencia a otras actividades que se encuentran incluidas en el rubro de rentas de tercera categoría. No se va a realizar un análisis detallado de cada uno de los conceptos, pero debe de quedar claro que las rentas de tercera categoría abarcan, principalmente, a las rentas empresariales.

En este caso, se analizarán las deducciones por donaciones realizadas por personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría —esto es, generadoras de rentas empresariales— a favor de entidades sin fines de lucro.

3.2.2. ¿Cuál es el origen del tratamiento otorgado a las donaciones en la LIR?

La primera norma tributaria en el Perú que estableció reglas vinculadas a donaciones realizadas a favor de ciertas entidades es la Ley N° 7904, publicada el 26 de julio de 1934. Dicha norma contenía como impuestos a los siguientes: el impuesto sobre la renta del capital movible, el impuesto a las utilidades, el impuesto a los predios rústicos y urbanos, el impuesto a los sueldos y el impuesto progresivo sobre la renta.

En el caso del impuesto sobre utilidades industriales y comerciales, este gravaba con un 7 % la utilidad líquida obtenida por entidades de cualquier industria o comercio. Pues, para efectos de determinar la utilidad sujeta al impuesto, resultaba factible deducir el importe de aquellos gastos, castigos y desmedros necesarios para obtener la utilidad. Así, la Ley 7904 estableció que se consideraban gastos deducibles las asignaciones de carácter cívico en beneficio de obras o servicios públicos y las destinadas al sostenimiento de instituciones de investigación, beneficencia, asistencia social, desarrollo y defensa de la industria.

Años después, como consecuencia de las diversas modificaciones realizadas en la Ley 7904, se creó una nueva legislación del impuesto a la renta mediante el Decreto Supremo N° 287-68-HC, publicada el 9 de agosto de 1968.

En el artículo 20 del Decreto Supremo N° 287-68-HC, se estableció una clasificación de las categorías de renta, similar a la vigente en el artículo 22 de la LIR[25]. De esta manera, en el artículo 44 de dicha norma, se estableció que no eran deducibles para la determinación de la renta neta de cualquier categoría las donaciones y cualquier acto de liberalidad en dinero o en especie. No obstante, sí eran deducibles las asignaciones cívicas destinadas a establecimientos e instituciones de beneficencia, de asistencia social, de educación, de investigación científica o cultural, siempre que no se excedieran del 15 % de la renta neta en cada ejercicio.

Posteriormente, se promulgó el Decreto Legislativo 200, en junio de 1981. En el artículo 36, también se dispuso que podían deducirse, del conjunto de las rentas de los sujetos afectos al impuesto, los importes pagados en el ejercicio gravable por concepto de asignaciones cívicas destinadas a establecimientos e instituciones de beneficencia, de asistencia social, de educación, investigación científica o cultural, siempre que no se excedieran del 15 % de la renta neta en cada ejercicio.

En 1984, se modificó el Decreto Legislativo 200, a través de la Ley 24030, a efectos de rebajar el límite deducible por donaciones hasta el 10 % de la renta neta del contribuyente.

Un par de años después se eliminó la deducción por donaciones del Decreto Legislativo 200, mediante el Decreto Legislativo N° 399 publicado el 30 de diciembre de 1986. No obstante, se dispuso que los montos donados y las asignaciones cívicas destinadas a establecimientos e instituciones de beneficencia, de asistencia social, de educación y de investigación

25 En el Decreto Supremo N° 287-68-HC, se indica que las categorías existentes eran las siguientes: rentas de primera, que corresponden a rentas de predios; rentas de segunda categoría, que corresponden a la renta de otros capitales; rentas de tercera categoría, que corresponde a las rentas del comercio, la industria y similares; rentas de cuarta categoría, que corresponde a las rentas del trabajo independiente; rentas de quinta categoría, correspondiente al trabajo dependiente. Esta distribución en categorías se mantiene hasta la actualidad, pero con ciertos cambios.

científica y cultural podían ser aplicados como créditos contra el impuesto a pagar. Para dichos efectos, se debía de aplicar la tasa media del contribuyente sobre los importes donados con el fin de determinar el crédito.

Un elemento importante a considerar es que, a la par que se desarrollaba un tratamiento tributario referido a las donaciones, conforme se ha observado, también tuvo un desarrollo particular e independiente el tratamiento tributario, como gasto o como crédito, de las donaciones a favor de universidades y entidades educativas[26].

En 1992, se publicó la Ley 25381, que dispuso la creación de la Ley del Impuesto a la Renta. Con respecto de las donaciones, se dispuso, en el artículo 92, que se podía utilizar como crédito el importe de las donaciones realizadas a universidades, centros educativos y culturales, así como entidades afines registradas en el Ministerio de Economía y Finanzas. De este modo, de un lado, se podía deducir hasta un 75 % del monto donado hasta el límite del 20 % de la renta neta global y, de otro lado, se podía deducir, como crédito contra el impuesto a la renta, el importe equivalente a aplicar la tasa media contra el doble del monto donado.

Después, el 31 de diciembre de 1993 se publicó el Decreto Legislativo 774, el cual creó la vigente Ley del Impuesto a la Renta. En el artículo 88 de esta norma, se establecía que las personas perceptoras de rentas de cualquier categoría que otorgaran donaciones a universidades, centros educativos y culturales tendrían derecho a un crédito contra el impuesto, equivalente al importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente sobre los montos donados a las citadas entidades, que en conjunto no excediera del 10 % de su renta neta global o de tercera categoría.

Finalmente, los últimos cambios importantes sobre donaciones se encuentran recogidos en los dos últimos Textos Únicos Ordenados de la Ley del Impuesto a la Renta:

(i) Mediante el Decreto Supremo 54-99-EF, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta en 1999, se dispuso que:

- Para efectos de la deducción de rentas de tercera categoría y otras rentas, se autorizaba la deducción de gastos por concepto de donaciones otorgadas a favor de entidades no lucrativas con determinados objetos sociales, así como de entidades del sector público nacional, hasta un límite del 10% de la renta de tercera categoría.
- Las personas perceptoras de rentas de cualquier categoría que otorgaran donaciones a instituciones educativas particulares y públicas, al igual que las instituciones culturales, tendrían derecho a un crédito contra el impuesto, equivalente al importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente sobre los montos donados a las citadas entidades, que en conjunto no excedieran del 10% de su renta neta global o de tercera categoría.

(ii) Mediante el Decreto Supremo 179-2004-EF, que aprobó el vigente Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, básicamente se mantuvo la regulación vinculada a la deducción de donaciones en el caso de generadores de rentas de tercera categoría y otras rentas hasta el límite del 10% de la renta neta. Sin

26 Para un análisis más detallado sobre el desarrollo de dicha normativa, véase Bustamante y Marrou (1992, pp. 19-28).

embargo, en su vigésimo sexta disposición transitoria final se recogió la derogación del artículo que permitía utilizar las donaciones como crédito contra el impuesto a la renta, es decir, se derogó el inciso d) del artículo 88 de la LIR.

En resumidas cuentas, a lo largo de la existencia de las normas sobre el impuesto a la renta en la historia tributaria peruana, el tratamiento fiscal favorable a los montos otorgados por donaciones a favor de determinadas entidades no lucrativas siempre estuvo presente en la legislación peruana. Empero, su tratamiento nunca fue uniforme, puesto que en algunos periodos los montos otorgados calificaron como gastos deducibles y, en otros, como créditos contra el impuesto a la renta. Ello se debe a que, como se verá más adelante, existen motivos que justifican para otorgar incentivos fiscales para las donaciones realizadas a favor de entidades sin fines de lucro.

En la actualidad, cuando se analicen las reglas vigentes de la LIR, las donaciones destinadas a entidades no lucrativas o a favor de entidades del sector público, constituyen gastos deducibles para los generadores de rentas de tercera categoría o para los generadores de rentas de trabajo. Como se señaló al inicio de este trabajo, el análisis se limitará al estudio de los gastos realizados por las personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría o rentas empresariales.

3.2.3. ¿Cómo se tratan actualmente las donaciones realizadas por personas jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría?

Al respecto, la LIR ha diseñado un doble tratamiento para las donaciones: por un lado, se dispone que, en principio, no son deducibles como gasto y, por otro lado, se admite como excepción que solo serán deducibles aquellas que tengan una finalidad benéfica o estén destinadas a entidades del sector público nacional.

En primer lugar, el artículo 44 de la LIR establece en su inciso d) que no son deducibles para determinar la renta neta de tercera categoría las donaciones y cualquier otro acto de liberalidad en dinero o en especie, salvo los casos excepcionales previstos en el artículo 37 de la LIR.

Dicha disposición normativa contiene términos que pueden interpretarse tomando en cuenta los conceptos de gratuidad y liberalidad previamente comentados en el epígrafe 3.1. Así, cuando la regla dispone que «no son deducibles las donaciones y cualquier otro acto de liberalidad» está asumiendo que las donaciones tienen que ser contratos liberales; esto es, contratos que buscan enriquecer desinteresadamente al donatario. Por ello, se podría entender que sí son deducibles aquellas donaciones que, si bien califican como negocios jurídicos gratuitos, constituyen negocios jurídicos interesados en los que el donante busca enriquecer interesadamente al donatario, pues tiene una motivación empresarial[27].

Lo anterior se encuentra respaldado por jurisprudencia del Tribunal Fiscal. En efecto, en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 11284-8-2015, se estableció que se entienden por actos de liberalidad a los actos de beneficencia y a los actos desinteresados, donde el contribuyente se despoja de una parte su patrimonio para otorgarlo a terceros sin que en su realización exista una motivación empresarial (p. 14). De lo conceptuado por el Tribunal Fiscal se puede afirmar,

27 Recordemos el ejemplo planteado en el epígrafe 3.1. referido a le empresa ALFA, que realizó donaciones a favor de diversas universidades a efectos de ampliar su rango de lectores y auspiciadores.

en sentido contrario, que, si existe una motivación empresarial en la donación, entonces esta no podría calificar como una liberalidad y, por lo tanto, podría constituir un concepto deducible para la determinación de la renta neta de tercera categoría.

En segundo lugar, el artículo 37 de la LIR sistematiza reglas para determinar la renta neta de tercera categoría. Así, para tales efectos se delinea, por un lado, el principio de causalidad como columna vertebral y, por otro lado, se establece un listado abierto de deducciones permitidas como conceptos que se derivan del principio de causalidad.

De este modo, el inciso x permite la deducción de donaciones realizadas a entidades con determinados fines que califiquen como entidades perceptoras de donaciones y las donaciones a favor de entidades del Sector Público Nacional. Tales deducciones tienen como límite cuantitativo el 10 % de la renta neta de tercera categoría, luego de efectuada la compensación de pérdidas señalada en el artículo 50 de la LIR[28].

En el caso de las donaciones de este inciso, las entidades perceptoras de donaciones, que no sean entidades del Sector Público Nacional, además deben de tener un objeto social particular. Ello puesto que se exige que estas tengan como contenido a alguno o algunos de los siguientes fines: beneficencia, asistencia o bienestar social, educación, culturales, científicos, artísticos, literarios, deportivos, salud o patrimonio histórico cultural indígena u otros semejantes[29].

De igual forma, el inciso x.1 dispone que son «deducibles los gastos por concepto de donaciones de alimentos en buen estado que hubieran perdido valor comercial y se encuentren aptos para el consumo humano que se realicen a las entidades» del sector público nacional y a favor de entidades calificadas como perceptoras de donaciones que tengan como objetivo recuperar alimentos en buen estado para entregarlos gratuitamente a personas necesitadas, así

28 Para poder apreciar cómo se calcula el límite del 10 % para la deducción de donaciones, se examinará el siguiente ejemplo: la empresa BETA realizó una donación por S/100 000 a favor de una entidad perceptora de donaciones. Esta empresa BETA, considerando las pérdidas de ejercicios pasados, calculó una renta neta de S/ 500 000. Esta renta neta considera en su totalidad el importe de S/100 000 por donaciones realizadas en el ejercicio a entidades perceptoras de donaciones; es decir, los S/100 000 no son deducidos para el cálculo preliminar de esta renta neta. Para calcular el límite máximo deducible por donaciones, esta renta neta se divide entre 11, lo cual da como resultado la suma de S/ 45 455. Este es el monto máximo a deducir, pues S/ 45 455 es el 10 % de la que vendría a ser la verdadera renta neta ascendente a S/ 454 545. De este modo, la suma que exceda los S/ 45 455 no será deducible a pesar de haberse efectuado a una entidad perceptora de donaciones. Para ver ejemplos más detallados con el método de cálculo, véase Bernal (2011, pp. 7-11).

29 Estos términos no cuentan con definiciones positivizadas a nivel normativo, empero, en diversas resoluciones del Tribunal Fiscal se puede apreciar que dicha entidad administrativa acude a las definiciones propuestas por diccionarios y enciclopedias jurídicas.

Así, por ejemplo, en relación con la asistencia social, el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 03485-8-2017 ha señalado, tomando en cuenta la definición de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, que dicho término tiene el significado de «prestar ayuda o socorro, y en un sentido más restringido, atención profesional sea médica, jurídica o religiosa, etcétera, a toda persona o grupo de ellas, en trance de necesitarla, y que la asistencia privada, en su origen, es de carácter esencialmente benéfico, obedece a un sentido filantrópico y humano, y alcanza solo al verdadero indigente, por lo que a fin de calificar una determinada actividad como de asistencia social, esta debe encontrarse dirigida solo a quienes no cuentan con los medios económicos suficientes para solventarla».

De igual modo, para definir el concepto «artístico», la Resolución del Tribunal Fiscal N° 05039-5-2002 acudió al *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas* y señaló que el referido concepto se encuentra vinculado con el arte o aquello que según la generalidad ofrece belleza para los sentidos. Asimismo, dicho diccionario define «arte» como virtud, habilidad o industria para realizar algo. De este modo, la Resolución del Tribunal Fiscal N° 05039-5-2002 indica que cuando la LIR «establece la exoneración de dicho impuesto a favor de las asociaciones con fines artísticos se refiere a aquellas que reúnen a personas que cultivan, promueven o difunden el ejercicio de un arte».

como también son deducibles los gastos necesarios que se encuentren vinculados con dichas donaciones. La disposición señala que esta deducción «no podrá exceder del 1.5 % del total de las ventas netas de alimentos[30] del ejercicio que realice el contribuyente».

A partir de ahora, cuando se hable de «donaciones con fines benéficos» se estará refiriendo a aquellas donaciones realizadas a favor de entidades sin fines de lucro y organizaciones internacionales acreditadas ante el Estado peruano que cuenten con alguno de los siguientes fines: (i) los fines señalados en el inciso x del artículo 37 de la LIR; o (ii) que se dediquen a recuperar alimentos en buen estado para entregarlos gratuitamente a personas que necesiten los alimentos.

De otro lado, el Reglamento de la LIR[31] ha establecido las reglas necesarias que deben ser tomadas en cuenta a efectos de que una entidad generadora de rentas de tercera categoría pueda deducir gastos por concepto de donaciones. De esta manera, dichas reglas se encuentran reguladas en los incisos s y s.1 del Reglamento de la LIR.

De la interpretación de ambos incisos, se pueden desprender los siguientes requisitos indispensables que deben ser considerados para que de una donación pueda ser deducida de la renta bruta de tercera categoría:

(i) La entidad beneficiaria de la donación debe ser calificada previamente por SUNAT como una entidad perceptora de donaciones.
Para obtener dicha calificación, la entidad debe encontrarse inscrita en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) y en el Registro de Entidades Inafectas del Impuesto a la Renta o en el Registro de Entidades Exoneradas del Impuesto a la Renta[32].

30 El numeral 3 del inciso s.1 del Reglamento de la LIR indica que se entiende por alimentos a «cualquier sustancia comestible cruda, procesada, preparada o cocinada, hielo, bebidas e ingredientes que cumplan con todos los requisitos de calidad y que, si bien no pueden ser comercializados en el mercado por razones de apariencia, frescura, madurez, tamaño u otras condiciones equivalentes, se encuentran aptos para el consumo humano al momento de ser transferidos a las entidades perceptoras de donaciones».

31 Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 122-94-EF.

32 Con relación a este requisito, Villanueva Arias (2009) hizo notar que no existe identidad entre los fines señalados en los incisos x del artículo 37 de la LIR y los fines señalados en el inciso b del artículo 19 de la LIR para que una entidad no lucrativa pueda obtener la calificación como entidad exonerada del impuesto a la renta (pp. 19-20). Así, el inciso x del artículo 37 señala que son deducibles las donaciones realizadas a entidades sin fines de lucro que tengan como objetivo la salud o el patrimonio cultural indígena; no obstante, estos fines no están contemplados en el inciso b del artículo 19. De igual forma, el inciso b del artículo 19 de la LIR señala que se encuentran exoneradas del impuesto a la renta las entidades con fines políticos, gremiales o de vivienda, los cuales no se encuentran señalados en el inciso x del artículo 37 de la LIR. Esta discrepancia puede generar los siguientes resultados: (i) que una asociación sin fines de lucro que tenga fines de salud no puede calificar como entidad exonerada del impuesto a la renta y, por tanto, sería imposible que pueda calificar como entidad perceptora de donaciones; y (ii) que una asociación sin fines de lucro que tenga fines de vivienda califique como entidad exonerada del impuesto a la renta, pero no pueda calificar como entidad perceptora de donaciones.
Al respecto, la diferencia de fines también ha sido comentada en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 4179-4-2007, en la cual se señaló lo siguiente: «Que como se aprecia de las normas antes citadas los fines indicados en ella no son exactamente los mismos que los previstos en el inciso b) del artículo 19 de la Ley del Impuesto a la Renta, siendo que esta norma está vinculada al Registro de Entidades Exoneradas del Impuesto a la Renta, materia de autos, a diferencia del inciso x) del artículo 37° y el inciso b) del artículo 49° de la Ley del Impuesto a la Renta que como se indicó precedentemente, está

Asimismo, de acuerdo con lo señalado por la Resolución de Superintendencia N° 300-2017-SUNAT, se debe presentar una solicitud de calificación como entidad perceptora de donaciones firmada por el representante legal acreditado ante el RUC y, además, se debe haber presentado la declaración jurada anual del impuesto a la renta correspondiente al ejercicio anterior, a menos que la entidad recién hubiere iniciado sus actividades en el ejercicio.
Las entidades del sector público nacional, excepto las empresas estatales, y las organizaciones internacionales acreditadas ante el Estado peruano tienen la calificación de entidades perceptoras de donaciones con carácter permanente.

(ii) La donación debe acreditarse de las siguientes formas:
   1. En el caso de las entidades del sector público nacional, mediante el acta de entrega y recepción del bien donado, así como una copia autenticada de la resolución que señale que la donación ha sido aceptada.
   2. En el caso de donaciones a favor de organizaciones internacionales, mediante una declaración emitida por la organización.
   3. En el caso de las demás entidades —las cuales necesitan contar con la calificación de SUNAT como entidades perceptoras de donaciones—, mediante un comprobante de recepción de donaciones.

(iii) En el caso de las donaciones realizadas al amparo del inciso x, estas podrán ser deducidas como gasto en el ejercicio en que se produzcan los siguientes hechos, según el tipo de bien que sea objeto de donación:
   1. El dinero en efectivo se deduce cuando se entregue el monto al donatario y, de ser aplicable, deberán utilizarse medios de pago[33].
   2. Los bienes inmuebles se deducen cuando la donación conste en escritura pública, la cual debe permitir identificar el bien donado, su valor y las cargas del donatario.
   3. Los bienes muebles registrables se deducen cuando la donación conste en un documento de fecha cierta, el cual debe permitir identificar: el bien donado, su valor y las cargas del donatario.
   4. Los títulos valores se deducen cuando sean cobrados.
   5. En el caso de otros bienes muebles, se deducen cuando la donación conste en un documento de fecha cierta donde se puedan apreciar las características del bien, su valor y estado de conservación. En caso sean bienes perecibles, estos deben entregarse antes de la fecha de vencimiento y, en caso de que no exista dicha fecha, en un plazo que permita su utilización.

---

referida a la deducción de gastos por donaciones y los requisitos que deben cumplir los donatarios (entidades perceptoras de donaciones)».

33 El Decreto Supremo N° 150-2007-EF, Texto Único Ordenado de la Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, establece que, en el caso de transacciones que superen los S/ 5000 o USD 1500, se deben pagar utilizando medios de pago a través del sistema financiero. A tales efectos, se consideran medios de pago a depósitos en cuenta, giros, transferencia de fondos, órdenes de pago, tarjetas de débito expedidas en el país, tarjetas de crédito expedidas, cheques, remesas y cartas de crédito.

(iv) En el caso de las donaciones realizadas al amparo del inciso x.1, estas podrán ser deducidas como gasto en el ejercicio en que la donación conste en un documento de fecha cierta donde se puedan apreciar las características del bien, su valor y estado de conservación. En este documento, se debe dejar constancia, de ser el caso, de la fecha de vencimiento del alimento. Asimismo, estos deben entregarse antes de la fecha de vencimiento y, en caso de que no exista dicha fecha, en un plazo que permita su utilización.

En resumidas cuentas, la regulación de la LIR no admite la deducción de todas las donaciones realizadas por una empresa, sino que solamente son deducibles aquellas que sean donaciones interesadas (es decir, negocios jurídicos gratuitos con un interés empresarial), o con fines benéficos, o a favor del sector público nacional.

Así, si tomamos en cuenta ello desde el punto de vista de la política estatal, cuando un Estado permite la deducción de donaciones para fines benéficos o altruistas está incentivando que se realicen este tipo de actividades[34]. Porque, mediante este mecanismo, las empresas podrán disminuir la renta imponible sobre la cual aplicarán la tasa del impuesto a la renta. Dicha política se sustenta en el hecho de que las finalidades de las entidades no lucrativas que reciben las donaciones son de interés general (como, por ejemplo, la educación, la salud o la recuperación de alimentos saludables para personas necesitadas) y, a su vez, se reconocen los fines sociales que debe perseguir una empresa.

Por consiguiente, en un Estado social y democrático de derecho, el reconocimiento de la deducibilidad de las donaciones con fines benéficos resulta conveniente, ya que dichas liberalidades generan bienestar en la sociedad y, por lo tanto, complementan el cumplimiento de los fines del Estado y permiten la satisfacción, en cierta medida, de necesidades públicas. En consecuencia, se puede decir que, gracias a este mecanismo, el Estado puede reforzar el cumplimiento de sus propósitos, puesto que ya no solo cuenta con los recursos públicos obtenidos de sus ciudadanos a través de tributos, sino que también cuenta con la colaboración privada de estos.

4. Las liberalidades y la deducción de gastos para la determinación de la renta de tercera categoría

Una vez establecido que las donaciones con fines benéficos coadyuvan a la generación de bienestar en la sociedad, e indirectamente son un mecanismo que le permite al Estado cumplir sus fines, ahora surge la pregunta sobre en qué medida dichos conceptos pueden ser admitidos como gastos deducibles a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente[35]. A tales efectos,

34 Un ejemplo de ello puede observarse en el impacto de los incentivos fiscales de las donaciones en el siglo XX y el fortalecimiento económico e institucional de la Universidad del Pacífico. Al respecto, véase Bustamante y Marrou (1992, pp. 39-57). Con respecto a dicha investigación, resulta esclarecedor lo señalado en los considerandos finales: «Hay contribuyentes que están dispuestos a donar sumas para fines de intereses social (entre ellos, la educación universitaria) más que a pagar impuestos, pues para ellos no hay forma de asegurar que el Estado dirija esos recursos a los mismos fines. Los contribuyentes temen por sus aportes [y que] se deriven a otros usos menos urgentes e importantes, como los burocráticos. […] En resumen, el contribuyente cree tener —y tiene— derecho a que sus recursos sean asignados de modo efectivo y eficiente a aquellos fines y a aquellas instituciones donde el interés social se cumple-también desde su perspectiva- del mejor modo» (Bustamante y Marrou, 1992, pp. 56-57).

35 Guastini (2004) refiere que se entiende por ordenamiento jurídico al conjunto estructurado de normas obtenidas como consecuencia de un proceso de interpretación de las disposiciones normativas existentes y no simplemente como el conjunto de instituciones vigentes en un sistema (pp. 248-250, 259).

primero se analizará el concepto de causalidad de la LIR y, posteriormente, si las donaciones con fines benéficos en realidad contribuyen con la generación de riqueza para las empresas o si pueden encuadrarse bajo otro esquema de deducción de gastos.

4.1. ¿Cuál es el concepto de causalidad recogido en la LIR?

Con respecto al concepto de causalidad en la LIR, es pertinente señalar que dicho concepto cumple un rol central para la determinación de la renta neta de tercera categoría o la renta neta empresarial. Ello toda vez que la LIR no grava directamente la totalidad de las rentas brutas empresariales, sino que admite la deducción de ciertos conceptos para efectos de obtener un ingreso real (o más técnicamente denominado, una renta neta) sobre el cual aplicar la tasa del impuesto a la renta empresarial[36]. Pues bien, la LIR —en su artículo 37— establece que, para la deducción de dichos conceptos, estos deben constituir tanto erogaciones necesarias para producir renta como erogaciones necesarias para mantener la fuente productora de renta[37].

A propósito, de acuerdo con Villanueva (2013), se ha señalado que la causalidad estructurada en la LIR recoge dos concepciones de causalidad de la doctrina alemana: por un lado, la causalidad objetiva, por la cual los gastos deben estar vinculados con la actividad empresarial, y, por otro lado, la causalidad subjetiva, por lo que los gastos deben tener como finalidad la generación de rentas (pp. 110-111).

En adición a ello, debe notarse que, cuando en el artículo 37 de la LIR se establece que son deducibles los gastos necesarios para producir renta y mantener la fuente generadora de renta, la conjunción «y» significa «posibilidad separada» (Hernández, 2002, p.). Según Hernández (2002), en otras palabras, la LIR, al usar dicha conjunción, no condiciona la deducibilidad a que el gasto sea necesario para producir renta y a su vez sirva para mantener la fuente productora de esta, sino que la propia norma admite que un gasto sea deducible si cumple indistintamente alguno de dichos condicionamientos (p. 303).

El concepto de causalidad que se viene analizando en este trabajo ha tenido un desarrollo jurisprudencial sustantivo en el Tribunal Fiscal. Durán (2015) señala que el Tribunal Fiscal ha tenido dos líneas argumentativas: de un lado, se ha sostenido que un gasto es necesario cuando este es obligatorio e imprescindible y a su vez está destinado a la generación de renta y, por otro lado, se ha desarrollado desde una perspectiva amplia que debe permitirse la deducción de gastos incluso cuando estos no generen directa e inmediatamente una renta (pp. 18-19).

La primera postura se observar en las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 5732-5-2003, 4807-1-2006 y 9478-1-2013, en las que se señaló que para que un gasto de reparación o mantenimiento de carreteras sea deducible este debe tener el carácter de extraordinario e indispensable para la generación de renta de la empresa, pues, en caso contrario, si se trata de un beneficio o de una obra que en principio debería realizarla el Estado, entonces constituiría una liberalidad no deducible (Durán, 2015, pp. 18-19).

La segunda corriente argumentativa —que ha tenido un desarrollo jurisprudencial más sólido— puede observarse en las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 710-2-99, 1275-5-2004, 4807-1-2006 y 9013-3-2007. En las referidas resoluciones, cuando se conceptúa al principio

36 El artículo 55 de la LIR precisa que la tasa del impuesto a la renta por rentas de tercera categoría es de 29.5 %.

37 El Tribunal Fiscal ha afirmado en la Resolución N° 261-1-2007 que se entiende por fuente productora de renta «al capital, corporal o incorporal, que teniendo un precio en dinero, es capaz de suministrar una renta a su poseedor, y que en este concepto, entran básicamente las cosas, muebles o inmuebles, los capitales monetarios, los derechos y las actividades» (p. 7).

de causalidad, se precisa que la relación de necesidad entre los gastos y los ingresos tiene un carácter amplio, lo que permite deducir gastos que no guardan una relación directa con la generación de rentas o el mantenimiento de la fuente. Inclusive, de conformidad con lo expuesto en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 3625-10-2014, pueden admitirse los gastos que, indirectamente, permiten la generación de renta, siendo que su generación puede ser efectiva o potencial (Durán, 2015, p. 19).

La postura que se suscribe en el presente trabajo es aquella que analiza la necesidad de los gastos desde una perspectiva amplia. Ello se justifica en el hecho de que el artículo 37 de la LIR se encuentra estructurado bajo un sistema de *numerus apertus,* puesto que los gastos deducibles para la determinación de la renta neta empresarial no se encuentran limitados a los estrictamente señalados en dicho artículo, debido a que pueden deducirse otros conceptos, siempre y cuando se respeten los márgenes del principio de causalidad. Asimismo, ello se evidencia cuando el último párrafo del referido artículo 37 establece que, para determinar la necesidad de los gastos, deben evaluarse criterios como la normalidad, la razonabilidad[38], «entre otros»[39]. Dicha frase deja claro que pueden existir otros criterios para analizar la necesidad de un gasto, lo cual permite señalar, según Hernández (2000), que el principio de causalidad debe ser interpretado con flexibilidad (p. 298).

A propósito, se considera incorrecta la primera línea argumentativa expuesta por el Tribunal Fiscal, pues transgrede el principio de legalidad[40] al establecer requisitos de deducibilidad (que un gasto sea extraordinario e indispensable) que no se desprenden directamente de la disposición normativa del artículo 37.

Asimismo, en función de lo expuesto en el apartado número 2 del presente trabajo, lo señalado por el Tribunal Fiscal contraviene a los fundamentos mismos de la tributación. Ello si la existencia del Estado se justifica, porque este debe de satisfacer las necesidades públicas y, para dicho objetivo, obtiene tributos legítimamente, entonces toda actividad ejecutada por

38 Con respecto a los criterios de normalidad y razonabilidad, el Tribunal Fiscal, en la Resolución N° 03627-10-2014, ha establecido sus propias definiciones. Así, por un lado, sobre el criterio de normalidad, dicha instancia administrativa ha señalado que este criterio «está vinculado al hecho de que un gasto sea necesario y normal de acuerdo con el giro del negocio, considerándose como tales no sólo a los típicos incurridos en el desarrollo ordinario de las actividades empresariales, sino también aquellos que, directa o indirectamente, tengan por objeto la obtención de beneficios para la empresa». Por otro lado, sobre el criterio de razonabilidad, el Tribunal Fiscal indica que el gasto «tiene que ver con que el mismo esté vinculado con el volumen de las operaciones del negocio, con el nivel de ingresos o cualquier otro criterio que lógicamente justifique su realización».
Asimismo, con referencia a estos criterios, García Mullín (1980) señala que ambos surgen del principio de causalidad y constituyen caracteres que deben revestir los gastos para ser deducibles (p. 122). Adicionalmente, para Durán (2015), por un lado, la normalidad es un criterio cualitativo del gasto que exige que deben estar destinados a la obtención de beneficios; por otro lado, la razonabilidad es un criterio cuantitativo del gasto que alude a un máximo permisible para la deducción de estos según los ingresos del contribuyente (pp. 21-22).

39 El último párrafo del artículo 37 de la LIR señala que «[p]ara efecto de determinar que los gastos sean necesarios para producir y mantener la fuente, estos deberán ser normalmente para la actividad que genera la renta gravada, así como cumplir con criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente, generalidad para los gastos a que se refieren los incisos l), ll) y a.2) de este artículo, entre otros».

40 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0042-2004-AI, ha señalado que por el principio de legalidad se comprende a «la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes» (f.j. 9). Por otro lado, en la misma sentencia se precisa que no debe confundirse dicho concepto con el principio de reserva de ley, según el cual la creación y modificación de ciertas materias solo puede realizarse por ley (f.j. 10).

los privados que coadyuve a la satisfacción de tales necesidades debería ser reconocida por el Estado. En otras palabras, si una empresa realiza obras de reparación y mantenimiento de una carretera para realizar sus actividades productivas, dicho gasto debería ser reconocido por el Estado como deducible toda vez que existe una causalidad subjetiva (la finalidad de generar renta) y, a su vez, tal erogación exonera al Estado de la ejecución de dicha obra con los tributos recaudados por este[41].

Por consiguiente, el concepto de causalidad es un principio recogido en la LIR que contempla la deducción de erogaciones o gastos que sean necesarios para mantener la fuente productora de renta (causalidad objetiva) o que sean necesarios para generar renta (causalidad subjetiva). La relación de necesidad que debe existir entre los gastos y la fuente productora de renta o la renta producida es de carácter amplio (Durán, 2015, p. 19 y Villanueva, 2013, p. 102) y debe ser interpretada de forma flexible y, por lo tanto, la deducción no está condicionada a la generación directa de renta, pues esta puede generarse de manera indirecta. Por ello, lo que importa es su potencialidad o, en otras palabras, que tales gastos permitan potencialmente la generación de renta o el mantenimiento de la fuente. Adicionalmente, para el análisis de necesidad de los gastos deben utilizarse, entre otros criterios, los de normalidad y razonabilidad del gasto.

4.2. ¿Existe relación entre las donaciones con fines benéficos y el principio de causalidad?

Una vez precisado el concepto de causalidad en el impuesto a la renta, se procederá a examinar si las donaciones con fines benéficos pueden tener la calidad de gastos deducibles por cumplir con el principio de causalidad o pueden ser deducibles por encuadrarse en otra categoría de deducciones.

De esta manera, para determinar la calificación de las donaciones con fines benéficos resulta relevante interpretar[42] las disposiciones normativas de la LIR sobre dicho aspecto: los incisos x y x.1 del artículo 37.

En ese contexto, con respecto a la regulación establecida en tales incisos, en este trabajo se sostiene que se pueden establecer dos interpretaciones: por un lado, se puede considerar que dichas erogaciones constituyen desgravaciones de la LIR y, por otro lado, se puede considerar que dichos gastos constituyen auténticos gastos deducibles en cumplimiento del principio de causalidad.

Antes de continuar con este análisis, conviene establecer que, de todos modos, con la deducción de las donaciones benéficas de la base imponible de los contribuyentes, ya sea como una desgravación o como un gasto deducible, el Estado deja de recibir un monto en función de la tasa del impuesto a la renta aplicable al contribuyente. Así, por ejemplo, la empresa ALFA (la cual es una entidad perceptora de rentas de tercera categoría sujeta al régimen general) tiene una utilidad contable de S/1 200 000 y al momento de presentar su Declaración Jurada del

41 Si bien es cierto que, al reconocer a dicho gasto como deducible, se reduce la base imponible y, por lo tanto, se genera un menor impuesto a la renta por pagar, dicha actividad de cualquier forma le permite al Estado cumplir su razón de ser. Así, ya no tendrá que invertir recursos en, por ejemplo, la construcción de una carretera, sino que puede destinarlos en la realización de otras actividades de interés general y la comunidad beneficiada se exime de esperar el tiempo que debería tomar el proceso burocrático de toma de decisiones en el gobierno para que se concrete la obra pública.

42 Ello significa atribuir un significado a tales disposiciones normativas dentro del conjunto de significados admisibles según las reglas de la lengua, las técnicas interpretativas y las tesis dogmáticas aceptadas (Guastini, 2010, p.128).

ejercicio 2018 deduce la suma de S/ 90 000 por concepto de donaciones con fines benéficos. De esta manera, el monto del impuesto a la renta que estaría dejando de percibir el Estado peruano por dicha deducción sería la suma de S/ 26 550. Ello toda vez que la tasa aplicable del impuesto a la renta de tercera categoría (29.5 %) ya no gravaría los S/ 90 000 como renta, pues estos habrían sido suprimidos de la base imponible del contribuyente con la deducción realizada en dicha declaración jurada.

Una vez precisado esto, se analizarán los dos posibles conceptos que pueden englobar a las donaciones filantrópicas. Por una parte, con respecto a la primera postura, se ha indicado que las erogaciones por concepto de donaciones filantrópicas constituyen desgravaciones. Ello en vista de que, conforme con lo señalado por García Mullín (1980), tales conceptos no tienen relación de causalidad con la renta del contribuyente, sino que representan incentivos fiscales que buscan asignar el dinero de los contribuyentes hacia determinados propósitos considerados útiles (pp. 121-122).

En un sentido similar, Reig, Gebhart y Malvitano (2006) señalan que entre los tipos de deducciones existentes están aquellos vinculados con el ingreso bruto de una entidad y las que califican como exenciones objetivas o formas de inversión de renta, donde la deducción constituye un concepto que se busca fomentar, siendo las donaciones un ejemplo típico de este último tipo de gastos (p. 396).

Como se puede apreciar, bajo esta postura las erogaciones de los incisos x y x.1 del artículo 37 de la LIR no son conceptos vinculados con la generación de renta o mantenimiento de la fuente. Dichos conceptos, por una razón de política fiscal, constituyen detracciones admitidas por la LIR que tienen como objetivo asignar los recursos que debería recibir el Estado hacia ciertas entidades que cumplen propósitos útiles para nuestra sociedad (educación, beneficencia, salud, etc.).

Por otra parte, con respecto a la segunda postura, las donaciones filantrópicas constituyen gastos casuales, puesto que, en atención a la definición de causalidad previamente desarrollada, tales erogaciones tienen una vinculación indirecta con la generación de renta o el mantenimiento de la fuente productora de renta.

Para revisar dicha postura, se hará la pregunta sobre cuáles son las razones por las que una empresa decide realizar donaciones benéficas y cómo así ello tiene una vinculación amplia con la generación de renta y mantenimiento de la fuente.

A propósito, con el objetivo de evaluar los posibles costos de agencia que podría generar la realización de donaciones, se han planteado diversas motivaciones para tales actos. En ese sentido, de acuerdo con Ramsay, Stapledon y Vernon (2001), entre los motivos estudiados se han considerado los siguientes: el altruismo, la responsabilidad social corporativa y la maximización de las ganancias (pp. 187-193).

En cuanto al altruismo, si bien se puede considerar que una donación benéfica procura el bien de forma desinteresada, ello no siempre es así, pues a veces se busca inclusive beneficiar los propios intereses de la compañía. De este modo, Abzug y Webb señalan que el beneficio recibido de una donación se podría encontrar en el *goodwill*[43] que crea a

43 La Resolución del Tribunal Fiscal N° 07924-3-2004 afirma que el *goodwill* se identifica «con la empresa en su conjunto, entendiendo como tal a una entidad económica que no sólo está compuesta por elementos materiales sino por diversos atributos inmateriales, tales como una notable organización y sistema de ventas, equipo administrativo de primera clase, clasificación excelente en materia de crédito, publicidad efectiva, buenas relaciones laborales, ubicación estratégica, asociación favorable con otras empresas, cartera de clientes, imagen, posicionamiento en el

pesar de que esta no sea altamente publicitada (citados en Ramsay, Stapledon y Vernon, 2001, p. 188).

Al respecto de la responsabilidad social corporativa[44], no hay duda de que en ciertos casos las donaciones son una forma de retribución que otorga la compañía a la sociedad y una forma de reconocimiento de su pertenencia a ella. Sin embargo, también pueden encontrarse razones de beneficio empresarial tras una donación sustentada en la responsabilidad social de la empresa. De esta forma, Dwitgth señala que entre los beneficios que pueden observarse se encuentran las relaciones públicas de la empresa, el rendimiento financiero y la productividad de sus empleados (Citado por Ramsay, Stapledon y Vernon, 2001, p. 191). Incluso, de una forma directa, como indican Abzug y Webb, puede obtenerse un beneficio directo derivado del incremento de las ventas o servicios debido a que la empresa figura como una entidad con mentalidad social publicitada (Citados por Ramsay, Stapledon y Vernon 2001, p. 191).

En lo referido a la maximización de las ganancias, si bien una donación filantrópica no puede significar para el donante una ganancia directa, sí puede existir una conexión indirecta. Un caso donde puede apreciarse ello, de acuerdo con Haley, se evidencia en una donación benéfica que busca disminuir una publicidad adversa generada por críticas del gobierno al respecto de las decisiones de la compañía o también la publicidad ocasionada por ataques de activistas sociales (Citada por Ramsay, Stapledon y Vernon 2001, p. 192).

En suma, de las razones señaladas, todas ellas tienen como trasfondo la mejora de la imagen de la compañía en un determinado espacio territorial[45]. De ahí que se señale que las erogaciones por concepto de donaciones filantrópicas se encuentran vinculadas en forma amplia con la generación de renta y mantenimiento de la fuente productora de renta. En otras palabras, la mejora de la imagen de una empresa, aunque esta sea potencial y no sea, efectivamente, usada por aquella, determina que esta pueda incrementar de manera potencial e indirecta la generación de renta e incluso puede ayudarle a mantener la fuente productora de renta en circunstancias en las que su imagen se vea seriamente afectada por factores externos.

Entonces, en atención a lo previamente desarrollado, queda claro que existen dos posturas definidas en la doctrina. En ese sentido, queda por definir si las disposiciones normativas contenidas en los incisos x y x.1 del artículo 37 constituyen desgravaciones o representan gastos causales.

Para resolver esa encrucijada, se debe partir de las mismas disposiciones normativas y proceder a aplicar los métodos de interpretación de la teoría general del derecho. Así, tomando en cuenta el método sistemático por ubicación de la norma[46], se visualiza que el artículo 37 se encuentra dentro del conjunto de normas que regulan la determinación de la renta neta del impuesto a la renta a efectos de determinar el importe sobre el cual se aplicarán las tasas del

mercado, entre otras» (p. 3).

44 Al respecto del concepto de responsabilidad social de las empresas, el Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI-TC ha indicado «que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales» (f.j. 24).

45 Higgins (1968) se refiere a un estudio realizado sobre las decisiones de las cortes de Arizona, en el que se señaló que las cortes encontraban implícito un beneficio indirecto derivado de las contribuciones a la caridad y, asimismo, se indicó que la publicidad jugaba un rol importante en las compañías, siendo que la realización de grandes donaciones a la caridad forma parte de la inversión que realizan las empresas en la mejora de su imagen (p. 423).

46 Rubio (2011) indica que, según este método, se debe interpretar una disposición acorde con el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que se encuentran dentro de su conjunto normativo (p. 247).

referido impuesto. Pues bien, dicho conjunto normativo tiene diversos criterios para llegar a la renta neta en función de la categoría del impuesto que se esté determinado.

Así, analizando el artículo 37 de la LIR bajo una interpretación literal y utilizando el método de la *ratio legis*[47], se puede apreciar que, justamente, este artículo establece un método de determinación de la renta neta de tercera categoría. Dicho método admite la deducción de la renta bruta de ciertos conceptos, siempre que estos cumplan con el ya desarrollado principio de causalidad.

Ahora, dicho artículo, después de definir el principio de causalidad y antes de iniciar con la enumeración del conjunto de gastos que pueden deducirse para determinar la renta neta de tercera categoría, indica que «en consecuencia son deducibles». Literalmente, la norma establece que, atendiendo al principio de causalidad, resultan deducibles los gastos realizados por donaciones con fines benéficos, toda vez que tales conceptos se encuentran dentro de los incisos del artículo 37. Ello se encontraría justificado en la postura señalada previamente, según la cual las donaciones filantrópicas permiten incrementar la imagen de la empresa y así, de manera indirecta, se incrementa la generación de renta.

En conclusión, siendo ello así, queda descartada la posibilidad de que los gastos por donaciones con fines benéficos sean desgravaciones, puesto que dicha interpretación excedería los alcances de la LIR, por lo que dichas erogaciones constituyen gastos que cumplen con el principio de causalidad.

No obstante, debe considerarse que, cuando el Estado admite la deducibilidad de tales conceptos, está realizando una asignación de recursos[48] hacia fines que considera útiles. En efecto, de acuerdo con Yarmolisnky (2000), ello constituye una autolimitación del poder estatal donde se deja en la discreción individual de los individuos de renunciar a cierta porción de sus patrimonios para su asignación como recursos que atienden a fines públicos (p. 176).

Finalmente, si bien la respuesta a la encrucijada planteada previamente fue resuelta de forma sencilla utilizando algunos métodos de interpretación de la teoría general de derecho, se considera que incluso existe otra alternativa para deducir los gastos por donaciones con fines benéficos. Efectivamente, si no estuvieran enumerados los incisos x y x.1 en el artículo 37 de la LIR, los gastos por donaciones filantrópicas deberían ser deducibles bajo la premisa general establecida en el primer párrafo del artículo 37. En otras palabras, al ser una erogación causal, los gastos por tales donaciones podrían ser deducidos[49].

Valga como ilustración de lo dicho anteriormente el caso de los gastos de responsabilidad social. Dichos gastos no figuran en la enumeración de conceptos deducibles del artículo 37, empero existe jurisprudencia del Tribunal Fiscal que ha admitido su deducibilidad[50]. Ello se

47 Rubio (2011) señala que dicho método busca otorgar significados tomando en cuenta la razón de ser de la norma o considerando qué es lo que quiere decir, siendo ello diferente de utilizar la intención del legislador (pp. 240-241).

48 Dicha asignación de recursos significa que el Estado deja de percibir un monto por concepto de impuesto a la renta y permite que lo disfruten entidades con fines benéficos que hayan sido calificadas como perceptoras de donaciones por Sunat. A tales efectos, debe de tomarse en consideración el ejemplo realizado en este epígrafe 4.2. para entender qué monto exactamente deja de percibir el Estado.

49 Sin embargo, se entiende que se ha regulado su deducibilidad en los incisos x y x.1, con el objeto de establecer límites cuantitativos a su deducibilidad a pesar de constituir gastos causales y también con el propósito de establecer el cumplimiento de requisitos formales para su deducibilidad.

50 Ello puede apreciarse en las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 1424-5-2005, 16591-3-2010 y 18397-10-2013. No obstante, también existen resoluciones que resuelven los gastos por conceptos de responsabilidad social en un sentido contrario como las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 4807-1-2006 y 13558-3-2009. A pesar de ello,

sustenta en el cumplimiento del principio de causalidad toda vez que dichas erogaciones no son meros actos de generosidad de las empresas a favor de las comunidades donde tienen sus operaciones, pues existe una retribución no directa. Ello en la medida en que dichos gastos ayudan a tener un mejor ambiente donde desenvolverse, evitan los posibles conflictos sociales y mejoran la zona de trabajo, siendo que tales consecuencias permiten una óptima realización de sus actividades a las empresas e incluso les posibilitan disminuir costos (Benites, 2014, p. 247).

5. Incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos

En el presente capítulo, se culminará con el análisis previamente realizado hasta el momento a efectos de realizar propuestas que puedan incentivar las donaciones en el ámbito de la LIR. De esta manera, se iniciará reforzando lo dicho en la sección 2. y se agregarán razones adicionales sobre por qué un Estado debería incentivar las donaciones con fines benéficos.

Posteriormente, se elaborará una serie de propuestas en el marco del impuesto a la renta que se traduzcan en incentivos empresariales para que las compañías opten por realizar donaciones con fines benéficos.

5.1. ¿Por qué deberían fomentarse las donaciones con fines benéficos?

En el primer capítulo, se concluyó que, en atención al régimen constitucional peruano, todos los ciudadanos tienen el deber de contribuir con el financiamiento estatal con la finalidad de que el Estado pueda cumplir su cometido. No obstante, también el Estado, por política económica, puede renunciar a cierta porción de ingresos admitiendo la deducibilidad de donaciones benéficas, puesto que estas, en cierta medida, generan bienestar social y complementan el cumplimiento de las finalidades públicas del mismo Estado.

Ante todo, se considera relevante hacer hincapié en dos temas importantes: el hecho de que el tema bajo análisis, la deducibilidad de las donaciones con fines benéficos, es un tema de gobierno y la evolución de los orígenes de esta erogación.

Por un lado, Wildavsky (2017) señala que se trata de un tema gubernamental, ya que es el dinero del gobierno el que es usado a través de este sistema de deducciones e incentivos fiscales para generar mayores contribuciones privadas a la caridad (p. 358). Así, al ser un tema de gobierno, se puede entender por qué existe un control *ex post* por parte de la Administración Tributaria a las donaciones realizadas al amparo del inciso x y x.1 de la LIR[51]. Dichas herramientas y mecanismos de control se evidencian en lo establecido en los incisos s y s.1 del artículo 21 del Reglamento de la LIR. Así, por ejemplo, se regula la forma de acreditación de las donaciones, las declaraciones formales que deben realizar los donantes y la calificación de los donatarios como entidades perceptoras de donaciones.

Por otro lado, las donaciones benéficas en su desarrollo no siempre han reflejado una misma idea. De esta manera, se considera necesario señalar que se han planteado dos momentos en el desarrollo de estas deducciones: (i) en un primer momento, estas donaciones solamente significaron un incentivo para que las élites continuaran con su actividad filantrópica

el Poder Judicial ha resuelto casos vinculados con dichas resoluciones del Tribunal Fiscal en el sentido de que tales gastos deben ser deducibles, como en el caso de la Sentencia de Casación recaída en el Expediente N° 2743-2009-Lima que revocó el criterio establecido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 4807-1-2006

51 El control no se encuentra a cargo solamente de la Administración Tributaria, pues como señala DiRusso (2014) en la medida que los donantes colocan dinero y bienes en diversas entidades no lucrativas, estos tienen mayores incentivos para monitorear el uso de los bienes donados.

a la vez que recibían menor carga fiscal; y (ii), en un segundo momento, se dejó de lado esta perspectiva y se empezó a considerar que las deducciones con fines benéficos permitían que las entidades caritativas asumieran cierta responsabilidad para ayudar a ciertos sectores de la sociedad y, de esta forma, se liberaba al gobierno de asumir esta carga por su cuenta[52] (Russell, 2018, p. 70).

A mayor abundamiento, este segundo momento determinó que ahora se entienda que las donaciones hacia entidades sin fines de lucro puedan considerarse como subsidios en un doble sentido. Según Kireenko (2016), por un lado, constituye un subsidio en la medida en que respalda y financia las actividades de organizaciones privadas que ofrecen alternativas viables sobre programas de gobierno que, directamente, pretenden satisfacer las mismas necesidades (p. 112).

Por otro lado, de acuerdo con Yarmolinsky (2000), significa un subsidio para el gobierno en la medida en que libera al gobierno de la realización de la misma actividad o el mismo servicio, debido a que este será prestado por la entidad sin fin de lucro que recibe la donación (p. 175).

Pues bien, en función de lo previamente señalado se puede indicar que, en la legislación actual, el tema de la deducción por donaciones con fines benéficos es absolutamente un tema de gobierno.

Adicionalmente, se puede señalar que la admisión de tales conceptos como gastos causales se traduce en un apoyo estatal indirecto toda vez que libera al gobierno de le ejecución de ciertas actividades para el cumplimiento de los fines del Estado —por lo que este podría dedicarse a otros fines igualmente valiosos— y permite el desarrollo de las organizaciones privadas no lucrativas, siendo que estas terminan convirtiéndose en auténticas prestadoras de servicios de interés general (propiamente, acá se hace referencia a la satisfacción de las necesidades públicas relativas representadas en derechos sociales como la educación, la salud o la cultura).

Finalmente, se puede señalar que los incentivos fiscales para las donaciones con fines benéficos encuentran justificación desde una perspectiva de eficiencia económica y también desde el punto de vista de la equidad.

En cuanto a la eficiencia económica, las donaciones con fines benéficos son un mecanismo que permite la acción colectiva en beneficio del público (DiRusso, 2014, p. 296). Ello se puede observar en el hecho de que las donaciones realizadas por privados redundan en el beneficio de toda la sociedad, pues esta recibe servicios (como la educación, la salud, la beneficencia o la cultura) que generan bienestar a sus integrantes. De esta manera, estas donaciones son eficientes económicamente porque permiten que se produzcan mayores bienes y servicios que benefician a la colectividad, cubriendo la falla del mercado[53] y del gobierno para proveer

52 Si bien tal desarrollo corresponde a la evolución de su tratamiento en los Estados Unidos, se considera que el último punto resulta aplicable a Perú, pues, tal y como está regulada la deducción de donaciones con fines benéficos, se evidencia que el Estado permite que las entidades perceptoras de donaciones administren parte del dinero que le correspondería al Estado en calidad de tributos con la finalidad de cumplir sus fines benéficos, lo cual en cierta medida libera al Estado de atender a los sectores beneficiados por las entidades perceptoras de donaciones. Inclusive —como 3.2.2.—, en el Perú las donaciones antes tenían mayores incentivos fiscales, pues podían ser utilizadas como un crédito contra el impuesto a la renta a pagar. De ello se puede desprender que el Estado respaldaba con mayor fuerza estas donaciones a efectos de que las entidades beneficiarias administren el dinero estatal para apoyar a ciertos sectores de la sociedad.

53 A mayor abundamiento, Joseph Cordes plantea que una de las razones principales por las cuales se otorgan subsidios a las entidades no lucrativas es que estas son instituciones potencialmente útiles para corregir fallas de mercado. Véase Cordes (2011, pp. 1014-1016).

dichos bienes y servicios en cantidades adecuadas (DiRusso, 2014, p. 297). Por último, también son eficientes las donaciones con fines benéficos, pues cierta carga financiera de las entidades no lucrativas recae en quienes valoran de forma suficiente su contribución como para realizarla (DiRusso, 2014, p. 297). Es decir, las entidades no lucrativas se financian gracias a aquellos contribuyentes que creen que su dinero estará mejor invertido en estas entidades[54].

En cuanto a la equidad, no puede obviarse que las donaciones que realiza un contribuyente a favor de entidades sin fines de lucro disminuyen su capacidad de pago del impuesto a la renta, ya que el dinero o los bienes donados ya no se encuentran en su esfera patrimonial. Ello no sucede, en cambio, con aquellos contribuyentes que disminuyen su capacidad de pago del impuesto a la renta, pero por otras razones más individualistas, como podría ser el consumo privado o la diversión (DiRusso, 2014, p. 297).

Sin embargo, el fomento de las donaciones con fines benéficos no es unánime. Así, en un sentido contrario a lo desarrollado hasta el momento, se ha planteado que la transferencia de fondos públicos a entidades sin fines de lucro a través de estos incentivos no es propiamente un mecanismo democrático de asignación de recursos públicos. Ello en la medida de que la distribución de recursos estatales mediante las donaciones benéficas no se haría a través de un proceso democrático de control del presupuesto, sino que la distribución de recursos estatales sería realizada solo por los donantes. De igual forma, la misma autora refiere que dicha distribución que hacen los donantes no contiene una evaluación del gobierno sobre la jerarquía de las necesidades a satisfacer (Montero, 2013, pp. 196-197).

Al respecto, se considera que, si bien se afecta el mecanismo democrático para la distribución de los recursos públicos, este queda vigente, pero de otra manera. Ello en vista de que el mecanismo democrático de distribución de los recursos públicos no ha sido eliminado completamente toda vez que es una misma norma con rango legal (la LIR que es un decreto legislativo que necesitó de aprobación del Congreso después de la delegación de facultades realizada al Poder Ejecutivo para su emisión) que ha establecido específicamente hacia qué tipo de organizaciones pueden dirigirse las donaciones. En ese sentido, sí existe cierta participación democrática en la elección de quiénes serán las entidades beneficiarias, puesto que las contribuciones que estas reciban deberán ser utilizadas para sus propios fines y están sujetas a fiscalización por parte de la Administración Tributaria.

De otro lado, en opinión de Wildavsky (2017), se podría considerar que la caridad no puede estar condicionada y debe regirse bajo sus propios principios sin importar las reglas y objetivos de gobierno que es establezcan a través de las normas (p. 356).

Al respecto, el hecho de que un Estado fomente este tipo de actividades no significa que las donaciones realizadas para estos fines pierdan su connotación altruista. El altruismo sigue vigente, pues, finalmente, con la donación se busca apoyar a cierto sector de la sociedad. No obstante, el Estado busca fomentar tales actividades dado que, a la vez que son valiosas para la sociedad, le liberan de carga y le permite alcanzar sus fines.

Finalmente, Ramsay, Stapledon y Vernon (2001) señalan, en relación con la deducibilidad y el cumplimiento del principio de causalidad, que existen razones para considerar que falta evidencia que explique las razones por las que una empresa decide donar (p. 193). Así, ello significaría que la cuestión de fortalecimiento de la imagen de una compañía puede no ser

54 Ello a pesar de que, como se vio en el ejemplo del epígrafe 4.2, el monto efectivamente donado es mayor al monto que se deja de tributar al Estado.

un aspecto importante a considerar para las empresas en el momento que deciden realizar una donación filantrópica.

Sin embargo, se considera que este cuestionamiento no afecta en nada la postura del presente artículo a la luz de lo desarrollado en el sistema tributario. Ello toda vez que la LIR permite la deducción de gastos causales en forma amplia, por lo que basta que exista la potencialidad en la generación de renta para que un gasto pueda ser deducible. De esta forma, como se explicó, los gastos por donaciones benéficas son gastos causales toda vez que, potencialmente, permiten fortalecer la imagen de la empresa que los realiza, lo cual significa que podría incrementar sus operaciones y servicios. Sin embargo, esto no significa que la empresa tenga obligatoriamente que hacer uso efectivo de la mejora de su imagen, sino que la mejora de su imagen es un elemento que, potencialmente, le permitiría aumentar sus ingresos.

De esta manera, una vez rebatidos los cuestionamientos al respecto del fomento de las donaciones con fines benéficos, podemos concluir que dicha actividad debe ser fomentada por el Estado por varias razones: (i) las donaciones filantrópicas generan bienestar en la sociedad pues están dirigidas a satisfacer finalidades que se consideran útiles y valiosas para la sociedad; (ii) complementan la actividad del Estado en el cumplimiento de sus fines; (iii) subsidian el desarrollo de organizaciones sin fines de lucro que buscan mejorar la sociedad en diversos ámbitos (salud, cultura, educación, beneficencia y asistencia social, etc.); (iv) subsidian la actividad del Estado, ya que le liberan de carga sobre la realización de las mismas actividades, de manera que puede fortalecer otros ámbitos de su actividad; (v) al constituir un tema de gobierno, la fiscalización del uso de tales donaciones queda asegurada mediante los mecanismos establecidos en el Reglamento de la LIR; (vi) por razones de eficiencia económica, las donaciones con fines benéficos permiten que cierta carga financiera de las entidades no lucrativas sea asumida por los privados y, además, posibilitan que se produzcan bienes y provean servicios (como la educación o cultura) que el gobierno y el mercado no producen en cantidades óptimas; y (vii), por una cuestión de equidad, aquel contribuyente que realiza una donación a favor de una entidad no lucrativa debería tener un trato fiscal más beneficioso que aquel contribuyente que emplea su patrimonio en su propio beneficio.

5.2. ¿Cómo se podrían incentivar de mejor manera las donaciones con fines benéficos en la Ley del Impuesto a la Renta?

Una vez justificada la razón por la cual deducibilidad de las donaciones con fines benéficos debería ser incentivada por el Estado, en la medida que nos benefician a todos y además porque tales erogaciones constituyen conceptos causales de modo indirecto, procederemos a señalar algunas ideas o propuestas que incentivarían la realización de estas actividades[55]:

5.2.1. El establecimiento de gastos deducibles para ejercicios futuros.

Los incisos x y x.1 de la LIR contienen límites cuantitativos para la deducción de donaciones con fines benéficos. Así, disponen que tales deducciones no pueden exceder el 10 % de la renta neta de tercera categoría luego de efectuada la compensación de pérdidas. Ahora bien, el exceso que no pueda ser deducido en un ejercicio debería poder deducirse en los ejercicios futuros hasta su agotamiento, siempre y cuando se respete en los ejercicios futuros el límite

55 Todas las propuestas que se mencionan en el presente epígrafe, si bien buscan establecer incentivos fiscales para donaciones con fines benéficos, no deberían dejar de lado el correspondiente análisis de política fiscal para determinar cuál sería el efecto en el nivel de recaudación del impuesto a la renta.

cuantitativo vigente en dicho ejercicio. De esta manera, se podría deducir todo el monto donado a una entidad no lucrativa, empero dicha deducción tendría una deducción temporal por tramos hasta su agotamiento[56].

5.2.2. Incluir la deducción de donaciones en la negociación de los Convenios de Doble Imposición.

Dicho mecanismo permitiría deducir donaciones realizadas a entidades de alguno de los países miembros firmantes de dicho convenio internacional. De acuerdo con Montero (2013), ello se encontraría condicionado a que «el donante haya obtenido ingresos como no residentes en el país de residencia de la entidad sin fin lucrativo» (p. 201).

Para ilustrar ello, imagínese que en el actual Convenio de Doble Imposición celebrado entre el Perú y Chile (el «CDI») se incorpora la regla que se propone y se da la siguiente situación: la empresa chilena OMEGA realiza su actividad empresarial en Perú y obtiene rentas por ello, pero OMEGA tiene un establecimiento permanente en Perú de acuerdo con el CDI. En esta situación se generaría una doble imposición sobre dicha renta de OMEGA, porque la misma estaría gravada en ambos territorios: en Chile, como residente que grava por sus rentas de fuente mundial, y en Perú, como no residente que genera una renta de fuente peruana. No obstante, de acuerdo con el artículo 7 de beneficios empresariales del CDI, dicha renta solo puede someterse a imposición en Chile, a menos que OMEGA tenga un establecimiento permanente en Perú, de acuerdo con las reglas del CDI. De esta forma, la renta generada por OMEGA se encontrará gravada en Perú toda vez que dicha entidad cuenta con un establecimiento permanente en Perú.

En este contexto —asumiendo que existe una regla que permite deducir donaciones con fines benéficos en el CDI—, OMEGA podría reducir el monto del impuesto a pagar, si realiza una donación con un fin benéfico a favor de una entidad no lucrativa residente en Perú que haya sido calificada previamente como una entidad perceptora de donaciones. La reducción en el impuesto a la renta por pagar dependería de si a dicha donación, en los términos de la supuesta nueva regla del CDI, se le da el tratamiento de un gasto deducible o de un crédito directo contra el impuesto a la renta.

5.2.3. Incrementar el límite cuantitativo establecido en los incisos x y x.1 del artículo 37 de la LIR.

Esta propuesta significaría un incentivo más fuerte a efectos de que una mayor cantidad de empresas se encuentre interesada en realizar donaciones a entidades sin fines de lucro. Así, a la vez que realizan una actividad altruista, dicha actividad les permitiría obtener mayores beneficios fiscales.

De un lado, en el caso del inciso x del artículo 37, el límite podría elevarse, por ejemplo, al 20 % de la renta neta de tercera categoría, luego de efectuada la compensación de pérdidas

56 Para ejemplificar ello, tómese como referencia el caso del pie de página 29, mediante el cual se calcula el monto máximo deducible por concepto de una donación realizada hacia una entidad perceptora de donaciones. En este ejemplo, la empresa BETA donó S/ 100 000 a una entidad perceptora de donaciones, pero el monto máximo deducible era de S/ 45 455. Para efectos de establecer un gasto deducible para ejercicios futuros, el exceso no deducido en el ejercicio en el que se realizó la donación —esto es, los S/ 54 545 que exceden el monto máximo deducible— podría ser deducido en los siguientes ejercicios. Ello a condición de que en estos también se respete el monto máximo deducible correspondiente.

de ejercicios previos. De otro lado, en el caso del inciso x.1, el límite podría ampliarse al 3 % del total de las ventas netas de alimentos del ejercicio que realice el contribuyente.

5.2.4. Establecer diferentes tipos de entidades perceptoras de donaciones.

Este mecanismo fue tomado de la experiencia norteamericana, en la que el tratamiento de la deducción de estas donaciones no es uniforme. De esta manera, en función de los intereses sociales que aprecie el Estado peruano, se podrían modificar los montos de las donaciones realizadas a ciertas entidades cuyos propósitos se consideran más valiosos que otros.

Por ejemplo, en el caso del inciso x del artículo 37 de la LIR, podría señalarse que si se realizan donaciones a favor de entidades sin fines de lucro cuyo objeto social es la salud, educación o el deporte, entonces el monto entregado a dichas entidades podría duplicarse o multiplicarse por un factor. Entonces, si la empresa OMEGA realiza una donación de S/ 10 000 a una entidad no lucrativa perceptora de donaciones cuyo objeto social sea el deporte, para efectos del cálculo del límite se podría considerar que OMEGA hizo una donación ascendente a S/ 20 000. En cambio, si la misma empresa hace una donación de S/ 10 000 a una entidad no lucrativa perceptora de donaciones cuyo objeto social sea la beneficencia, dicha empresa solo podría considerar los S/ 10 000 como monto efectivamente donado. Ello toda vez que, en el ejemplo, el beneficio de duplicar o multiplicar el valor de la donación efectuada solo aplicaría para donaciones a entidades cuyo objeto social sea la salud, la educación o el deporte.

5.2.5. Incorporar un crédito aplicable contra el impuesto a la renta por concepto de donaciones con fines benéficos.

En el punto 3.2.2. la presente investigación, se observa la evolución legislativa del tratamiento de las donaciones con fines benéficos en el Perú. De este modo, se puede apreciar que existieron momentos en los que las donaciones con fines benéficos eran gastos deducibles, créditos aplicables contra el impuesto a la renta o, incluso, gozaron de ambos beneficios fiscales simultáneamente. Asimismo, en el epígrafe 4.2. se concluye que las donaciones benéficas se encuentran relacionadas con el principio de causalidad, puesto que de forma indirecta y potencial se encuentran vinculadas con la generación de renta de una empresa o el mantenimiento de su fuente.

En atención a ello, no sería posible eliminar el tratamiento de las donaciones benéficas como gastos deducibles. Sin embargo, podría otorgarse, adicionalmente, el beneficio fiscal de considerar a una parte del monto donado como un crédito directo contra el impuesto a la renta por pagar del donante. En otras palabras, si bien son gastos casuales de forma indirecta, nada impediría que se considere a un monto del valor donado como crédito aplicable contra el impuesto a la renta.

Supóngase por caso que la empresa BETA realiza una donación de S/ 100 000 a una entidad no lucrativa calificada como perceptora de donaciones. De un lado, asúmase que, en función de su renta neta de tercera categoría luego de efectuadas las pérdidas, podría deducir como gasto la suma de S/ 50 000. De otro lado, podría utilizar —en función de la regla de cálculo establecida para determinar el monto del crédito aplicable— la suma de S/ 10 000 como crédito directo contra el impuesto a la renta. En este caso, el incentivo para realizar donaciones es mayor, ya que no solamente el monto donado hace posible acceder a una deducción que permite calcular la renta neta sobre la cual se aplicaría la tasa del impuesto, sino también que la misma donación otorgaría un crédito directo contra el impuesto a la renta ya determinado.

6. Conclusiones

- El Estado Peruano es un Estado social y democrático de derecho que no solo busca atender necesidades públicas absolutas, sino también necesidades públicas relativas, esto es, necesidades cuya satisfacción no dependen exclusivamente del Estado. Para el cumplimiento de tales fines, todos los ciudadanos tienen la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado para que este pueda acometer sus objetivos.
- El Estado social y democrático de derecho admite que los tributos puedan contemplar finalidades ajenas a la recaudación de tributos. De este modo, el Estado garantiza la satisfacción de las necesidades públicas ya no con el sostenimiento de los gastos mediante los recursos recaudados a través de los tributos, sino a través de diversas medidas financieras canalizadas a través de los tributos. En el caso de la LIR, la posibilidad de poder realizar deducciones por concepto de donaciones con fines benéficos es una muestra de cómo el Estado ha incorporado un elemento extrafiscal en el impuesto a la renta. Ello pues, el Estado busca satisfacer necesidades públicas de forma directa toda vez que financia y subsidia las actividades de entidades no lucrativas que prestan servicios que benefician a la colectividad y se encuentran relacionados con los fines constitucionales del Estado.
- Las donaciones son negocios jurídicos a título gratuito que pueden constituirse en contratos liberales o en contratos interesados. En la LIR, se admite la deducibilidad de las donaciones interesadas con motivaciones empresariales y la deducibilidad de donaciones liberales que se dirijan a entidades sin fines de lucro —que hayan sido calificadas como entidades perceptoras de donaciones por la Sunat— que cumplen determinados fines (como la beneficencia, la asistencia o bienestar social, educación, etc.). De esta manera, al ser deducibles tales donaciones, estas permiten disminuir la base imponible para la aplicación del impuesto a la renta de las empresas.
- En el caso de las donaciones con fines benéficos, el reconocimiento de su deducibilidad, incentiva a los privados a realizar este tipo de actos. En un Estado social y democrático de derecho, ello resulta conveniente porque la realización de tales donaciones genera bienestar en la sociedad y, principalmente, colaboran en la consecución de las finalidades estatales y la satisfacción de necesidades públicas.
- Las donaciones con fines benéficos no constituyen desgravaciones de la LIR, sino más bien constituyen gastos deducibles al amparo del principio de causalidad. Esto se debe a que las donaciones con fines benéficos buscan mejorar potencialmente la imagen de la empresa en un determinado espacio territorial. Así, esta mejora implica la posibilidad de incrementar potencialmente la generación de renta o el mantenimiento de la fuente productora de renta. Ello se encuentra reconocido por la LIR en los incisos x y x.1 del artículo 37, donde se señala que constituyen gastos deducibles al amparo del principio de causalidad las donaciones realizadas con fines benéficos.
- Incluso, si las donaciones con fines benéficos no se encontrasen reguladas en los incisos x y x.1 del artículo 37, estas constituirían auténticos gastos deducibles ya que contribuyen de manera indirecta a la generación de renta y al mantenimiento de la fuente. Ello toda vez que los gastos deducibles no son solamente aquellos que se encuentran establecidos en el artículo 37, pues la enumeración de dicho artículo es abierta a condición del cumplimiento del principio de causalidad (como en el caso de la deducción de gastos de responsabilidad social).

- Las donaciones con fines benéficos deben ser fomentadas por el Estado peruano debido a las siguientes razones:
  - Este tipo de donaciones genera bienestar en la sociedad ya que permite que las entidades sin fines de lucro que las reciben puedan cumplir sus finalidades, las cuales se consideran útiles y valiosas para la sociedad.
  - Complementan la actividad del Estado en la satisfacción de necesidades públicas. Con especial énfasis en las necesidades públicas relativas como la educación o la salud.
  - Financian el desarrollo de organizaciones sin fines de lucro que buscan mejorar la sociedad en diversos ámbitos (salud, cultura, educación, beneficencia social, etc.)
  - Liberan al Estado de la carga de realizar la misma actividad ejecutada por la entidad sin fines de lucro que recibe la donación.
  - La admisión de la deducibilidad de las donaciones con fines benéficos constituye un tema de gobierno porque se realiza una asignación de recursos con fines considerados útiles. En tal medida, al ser un tema de gobierno, la fiscalización del uso de tales donaciones queda asegurada mediante los mecanismos establecidos en el Reglamento de la LIR.
  - Resultan eficientes desde una perspectiva económica puesto que proporcionan financiamiento privado a entidades no lucrativas y propician la provisión de bienes y servicios (como la educación o cultura) que el mercado y el Estado no producen en cantidades óptimas.
  - Por un tema de equidad, aquellos contribuyentes que realizan donaciones a favor de entidades no lucrativas deberían tener un tratamiento fiscal más favorable que aquellos que consumen su patrimonio para su propio beneficio.
- Existen diversos mecanismos para fomentar la deducibilidad de las donaciones. En particular, en el presente artículo se proponen los siguientes mecanismos: (i) la posibilidad de poder utilizar como gastos deducibles para ejercicios posteriores el exceso no deducible en un ejercicio por concepto de donaciones benéficas; (ii) colocar en la negociación de convenios de doble imposición la posibilidad de deducir donaciones con fines benéficos; (iii) incrementar el límite cuantitativo establecido en los incisos x y x.1 del artículo 37 de la LIR; (iv) establecer distintos tipos de entidades perceptoras de donaciones que permitan incrementar el monto efectivamente donado; e (v) incorporar un crédito contra el impuesto a la renta por concepto de donaciones con fines benéficos.

REFERENCIAS

Ataliba, G. (2001). *Hipótesis de incidencia tributaria* (Trad. de J. Bravo, J. Panez y C. Guzmán). Lima, Perú: ARA Editores.

Benites, M. (2014). Responsabilidad social: ¿un regalo o un gasto necesario? Entre el buen gobierno corporativo y la determinación del impuesto a la renta. *Revista Derecho PUCP,* (72), 241-252.

Bernal, J. (2011). Aspectos tributarios de las donaciones efectuadas por perceptores de Rentas de Tercera Categoría. *Actualidad Empresarial,* (242), 7-11. Recuperado de http://asociacionaire.org/wp-content/uploads/2016/08/1_13052_23813-1.pdf

Bravo, J. (2014). Los fines extrafiscales de los tributos. *Revista Foro Jurídico,* (13), 236-241.

Bustamante, L. y Marrou E. (1992). *La Universidad del Pacífico y las donaciones deducibles: estudio de un caso.* Lima: Universidad del Pacífico. Recuperado de http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/131

Congreso del Perú. (1984). Ley 24030, Establecen Normas relativas al financiamiento del Sector Público. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 14 de diciembre de 1984.

Congreso del Perú. (1991). Ley 25831, Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público para 1992. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 28 de diciembre de 1991.

Cordes, J. (2011). Re-Thinking the Deduction for Charitable Contributions: Evaluating the Effects of Deficit-Reduction Proposals. *National Tax Journal, 64*(4), 1001-1024. Recuperado de https://www.ntanet.org/NTJ/64/4/ntj-v64n04p1001-24-thinking-deduction-for-charitable.pdf

DiRusso, A. (2014). Charity at Work: Proposing a Charitable Flexible Spending Account. *Utah Law Review, 218*(2), 281-325. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/3092/122e8ff5012a2a8cdbe077d95d6f6ffc2199.pdf?_ga=2.64227887.1025616148.1564193558-930579156.1564193558

Durán, L. (2004). *La noción del Deber Constitucional de Contribuir. Un Estudio Introductorio.* Recuperado de http://www.aele.com/system/files/archivos/infoespe/Deber_de_Contribuir_Luis_Duran.pdf

Durán, L. (2015). El principio de causalidad y la deducción de gastos. *Revista Análisis Tributario,* (326), 16-23.

Fernández, J. (2004). *El concepto de renta en el Perú.* Recuperado de http://www.ipdt.org/editor/docs/07_VIIIJorIPDT_JFC.pdf

Ferreiro, J. (2006). *Curso de Derecho financiero español.* Madrid, España: Marcial Pons.

García Mullín, R. (1980). *Impuesto sobre la Renta: teoría y técnica del impuesto.* Santo Domingo, República Dominicana: Instituto de Capacitación Tributaria.

García Novoa, C. (2009). La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Tributario,* (11). Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La_Doctrina_del_Principio_de_Solidaridad_CGarc.pdf

Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz 'Ordenamiento Jurídico' de un diccionario. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (27), 247-282.

Guastini, R. (2010). *Lecciones de Teoría del Estado y del Estado* (Trad. de J. Monroy y M. Monroy). Lima, Perú: Communitas.

Hernández, L. (2002). Algunas consideraciones sobre el principio de causalidad en el Impuesto a la Renta. *Ius et Veritas*, (25), 297-303.

Higgins, S. (1968). Corporate Conscience: Charitable Donations. *Arizona Law Review*, (9), 421-427.

Kireenko, A. y Golovan, S. (2016). Feasibility of the Charitable Tax Deduction Introduction in the Russian Federation. *Journal of Tax Reform*, *2*(2), 111-125.

Landa, C. (2013). Control constitucional de los tributos con fines extrafiscales en el Perú, *Themis,* (64), 175-180.

Montero, M. (2013). Aspectos fiscales de las donaciones a entidades sin fines de lucro en Estados Unidos. *Revista de economía pública, social y cooperativa*, (79), 193-218.

Morales, R. (2011). *Patologías y Remedios del Contrato.* Lima, Perú: Jurista Editores.

Payton, R. y Moody, M. (2008). *Understanding philanthropy: its meaning and mission*. Indiana, Estados Unidos de América: Indiana University Press.

Poder Ejecutivo. (1934). Ley N° 7904, Ley de Impuestos sobre la Renta. Lima: 26 de julio de 1934.

Poder Ejecutivo. (1968). Decreto Supremo N° 284-68-HC, Texto Único del Impuesto a la Renta, al Valor de la Propiedad Predial y al Patrimonio Accionario. Lima: 9 de agosto de 1968.

Poder Ejecutivo. (1981). Decreto Legislativo N° 200, Ley de Impuestos a la Renta. Lima: 15 de junio de 1981.

Poder Ejecutivo. (1986). Decreto Legislativo N° 399, Modifican y simplifican la legislación del Impuesto a la Renta a fin de continuar con el reordenamiento legal iniciado con el Decreto Legislativo 362. Lima: 30 de diciembre de 1986.

Poder Ejecutivo. (1993). Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta. Lima: 31 de diciembre de 1993.

Poder Ejecutivo. (1995). Decreto Legislativo N° 799, Sustituyen artículos de Ley del Impuesto a la Renta. Lima: 31 de diciembre de 1995.

Poder Ejecutivo. (2004). Decreto Supremo N° 054-1999, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima: 14 de abril de 1999.

Poder Ejecutivo. (2004). Decreto Supremo N° 179-2004, Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima: 8 de diciembre de 2004.

Reig, J., Gebhart, J. y Malvitano, R. (2006). *Impuesto a las Ganancias* (11.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Macchi.

Ramsay, I.; Stapledon, G. y Vernon, J. (2001). Political Donations by Australian Companies. *Federal Law Review, 29*(2), 179-209.

Roppo, V. (2009). *El Contrato* (Trad. de E. Ariano). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Rubio, M. (2011). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Russell, K. (2018). The Politics of Hidden Policy: Feedback Effects and the Charitable Contributions Deduction. *Politics & Society,* (46), 53-80.

Sevillano, S. (2014). *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC. Más de 5000 ciudadanos contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001. 11 de noviembre. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia recaída en el expediente 0042-2004-AI/TC. Más de 5000 ciudadanos contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N° 776. 30 de noviembre. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00042-2004-AI%20Resolucion.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-AI/TC. Colegio de Abogados del Cusco, Colegio de Abogados de Huaura, Colegio de Contadores Públicos de Loreto, Colegio de Abogados de Ica, Colegio de Economistas de Piura, Colegio de Abogados de Ayacucho, Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, Colegio de Abogados de Puno, Colegio de Abogados de Ucayali y Colegio de Abogados de Junín contra la Ley No. 28194, ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía. 21 de setiembre. Recuperado de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia recaída en el expediente 033-2004-AI/TC. Roberto Nesta Brero y Augusto Javier Aida Susuki, en representación de más de 5,087 ciudadanos con firmas certificadas, contra el artículo 125 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-99-EF. 28 de setiembre. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00033-2004-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia recaída en el expediente 6089-2006-PA/TC. Express Cars S.C.R.L. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna. 17 de abril. Recuperado de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia recaída en el expediente 7339-2006-PA/TC. Empresa de Transportes Megabus S.A.C. contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín. 13 de abril. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/07339-2006-AA.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Sentencia recaída en el expediente 02175-2011-PA/TC. Colegio Particular San Francisco de Asís contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. 20 de marzo. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html

Tribunal Fiscal. (1999). Resolución Nº 710-2-99. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/1999/2/1999_2_0710.pdf

Tribunal Fiscal. (2002). Resolución Nº 5039-5-2002. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2002/5/2002_5_05039.pdf

Tribunal Fiscal. (2003). Resolución Nº 5732-5-2003. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2003/5/2003_5_05732.pdf

Tribunal Fiscal. (2004). Resolución Nº 1275-5-2004. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2004/2/2004_2_01275.pdf

Tribunal Fiscal. (2004). Resolución Nº 7924-3-2004. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2004/3/2004_3_07924.pdf

Tribunal Fiscal. (2005). Resolución Nº 1424-5-2005. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2005/5/2005_5_01424.pdf

Tribunal Fiscal. (2006). Resolución Nº 4807-1-2006. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2006/1/2006_1_04807.pdf

Tribunal Fiscal. (2007). Resolución Nº 9013-3-2007. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2007/3/2007_3_09013.pdf

Tribunal Fiscal. (2007). Resolución Nº 00261-1-2007. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2007/1/2007_1_00261.pdf

Tribunal Fiscal. (2007). Resolución N° 4179-4-2007. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2007/4/2007_4_04179.pdf

Tribunal Fiscal. (2009). Resolución N° 13558-3-2009. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2009/3/2009_3_13558.pdf

Tribunal Fiscal. (2010). Resolución N° 16591-3-2010. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2010/3/2010_3_16591.pdf

Tribunal Fiscal. (2010). Resolución N° 18397-10-2013. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2013/10/2013_10_18397.pdf

Tribunal Fiscal. (2013). Resolución N° 9478-1-2013. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2013/1/2013_1_09478.pdf

Tribunal Fiscal. (2014). Resolución N° 3625-10-2014. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2014/10/2014_10_03625.pdf

Tribunal Fiscal. (2014). Resolución N° 3627-10-2014. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2014/10/2014_10_03627.pdf

Tribunal Fiscal. (2015). Resolución N° 11284-8-2015. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2015/8/2015_8_11284.pdf

Tribunal Fiscal. (2017). Resolución N° 3485-8-2017. Recuperado de http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2017/8/2017_8_03485.pdf

Villegas, H. (2002). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Villanueva, U. (2009). Implicancias tributarias de las donaciones. *Asociación Civil Vectigalia,* (5), 15-30.

Villanueva, W. (2013). El principio de causalidad y el concepto de gasto necesario. *Themis,* (64), 101-111.

Wildavsky, A. (2017). A Tax by Any Other Name: The Donor-Directed Automatic Percentage-Contribution Bonus, a Budget Alternative for Financing Governmental Support of Charity. *The Art and Craft of Policy Analysis,* 352-379.

Yarmolinsky, A. (2000). The Charitable Deduction: Subsidy or Limitation? *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly,* (29), 173-178.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléfs. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411
Diciembre 2019 Lima - Perú

ISSN 2414-0872

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria n.° 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/