

ISSN 2415-0274

PATRICIA URTEAGA | AARÓN VERONA
EDITORES

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2013 - 2014

Las instituciones jurídicas en debate

AUTORES

José Arrieta Caro
Miguel Canessa Montejo
Daniel Chancafe Rosas
Renato Constantino Caycho
Jesús Córdova Schaefer
Hugo Forno Odría
Saulo Galicia Vidal
Alfredo Maraví Contreras
Gilberto Mendoza del Maestro
Víctorhugo Montoya Chávez
Pamela Morales Nakandakari
Javier Murillo Chávez
Paul Nina Nina
José Manuel Pacheco Castillo
Julio Rodríguez Vásquez
Renée Villagra Cayamana

PATRICIA URTEAGA | AARÓN VERONA
EDITORES

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ
2013 - 2014



PUCP



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/>

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

**ANUARIO DE INVESTIGACIÓN
DEL CICAJ
2013 - 2014**

Las instituciones jurídicas en debate

Patricia Urteaga | Aarón Verona

Editores

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2013 - 2014

Las instituciones jurídicas en debate

AUTORES

José Arrieta Caro

Miguel Canessa Montejo

Daniel Chancafe Rosas

Renato Constantino Caycho

Jesús Córdova Schaefer

Hugo Forno Odría

Saulo Galicia Vidal

Alfredo Maraví Contreras

Gilberto Mendoza del Maestro

Víctorhugo Montoya Chávez

Pamela Morales Nakandakari

Javier Murillo Chávez

Paul Nina Nina

José Manuel Pacheco Castillo

Julio Rodríguez Vásquez

Renée Villagra Cayamana

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

Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comite Asesor del CICAJ

César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervias
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda

Equipo de Trabajo

Aarón Verona Badajoz
Carlos Carbonell Rodriguez
Jackeline Fegale Polo
Alonso Cassalli Valdez
Edison Vásquez Fernández
Teresa López Espejo

Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014

Las instituciones jurídicas en debate

Patricia Urteaga Crovetto y Aarón Verona | Editores

Primera edición: agosto 2015

Tiraje: 500 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, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Rocío Reátegui, Mercedes Dioses y Marta Miyashiro

Impresión: Heral Mol S.R.L.

Jr. Castrovirreyna 174 Breña - Lima - Perú

Central Telefónica: (511) 626-1200

heralmol@heralmol.com.pe / presuspuestos@heralmol.com.pe

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-18218

ISSN: 2415-0274

Impreso en el Perú – Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
SECCIÓN I: DERECHO CIVIL	
La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: adquisición <i>a non domino</i> y oponibilidad de la inscripción <i>Gilberto Mendoza del Maestro</i>	15
La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios. ¿Sustancia o procedimiento? <i>Jesús Córdova Schaefer</i>	43
Comentarios	81
<i>Giovanni Priori Posada</i>	
<i>Rómulo Morales Hervias</i>	
Respuesta del autor	89
La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la Teoría del Juego y el Análisis Económico del Derecho <i>Daniel Chancafe Rosas</i> <i>Hugo Fomo Odría</i> <i>Paul Nina Nina</i>	95
Comentarios	119
<i>Carlos Glave Mavila</i>	
Respuesta de los autores	121
SECCIÓN II: DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	
Breves apuntes sobre la exploración del <i>ambush marketing</i> desde la cláusula general de competencia desleal <i>Alfredo Maraví Contreras</i>	129
Comentarios	157
<i>Raúl Solórzano Solórzano</i>	
Respuesta del autor	159

Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de
Publicidad Comercial en el Perú 161
Javier André Murillo Chávez

Comentarios 197

Moisés Rejanovinski Talledo
Alfredo Maraví Contreras

Respuesta del autor 201

SECCIÓN III: DERECHO LABORAL

La protección interamericana de los derechos humanos laborales: los casos peruanos 211
Miguel F. Canessa Montejo

Comentarios 253
Edgardo Balbín Torres

Respuesta del autor 257

La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones,
omisiones y propuestas 261
Renato Antonio Constantino Caycho
Saulo Galicia Vidal

Comentarios 289
Elmer Arce Ortiz

Respuesta de los autores 291

SECCIÓN IV: DERECHO CONSTITUCIONAL

Medición inferencial de la independencia judicial de un tribunal constitucional a través
de indicadores 299
Victorhugo Montoya Chávez

Comentarios 341

Eduardo Dargent Bocanegra
César Landa Arroyo

Respuesta del autor 345

SECCIÓN V: DERECHO TRIBUTARIO

Análisis crítico del «Convenio para evitar la doble imposición» suscrito entre Perú y México: características y peculiaridades 349
Renée Villagra Cayamana

Comentarios 381
Eduardo Sotelo Castañeda

Respuesta de la autora 383

SECCIÓN VI: DERECHO PENAL

Delito permanente, manutención del riesgo típico e injerencia 387
José Arrieta Caro

Comentarios 419
Yvan Montoya Vivanco

Respuesta del autor 421

Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad 425
Julio Alberto Rodríguez Vásquez
Pamela Midori Morales Nakandakari

Comentarios 453
Erick Guimaray Mori

Respuesta de los autores 457

SECCIÓN VII: DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Efectos jurídicos de las objeciones a las reservas de los tratados: las objeciones con efectos intermedios o extensivos 465
José Manuel Pacheco Castillo

Comentarios 489

Elvira Méndez Chang
Victor Saco Chung

Respuesta del autor 499

SOBRE LOS AUTORES 501

PRESENTACIÓN

Las instituciones jurídicas en debate reúne diversos artículos que demuestran una reflexión académica rigurosa y de alta calidad sobre instituciones jurídicas relevantes para nuestro país.

Los artículos que forman parte de este segundo Anuario de Investigación del CICAJ son el resultado de un exigente proceso de evaluación que incluye la revisión institucional del CICAJ, la evaluación de pares nacionales e internacionales, los comentarios de docentes-lectores del trabajo y una réplica de los autores. Este proceso garantiza la excelencia académica que debe caracterizar a la producción de nuestros docentes, egresados y alumnos.

El documento que el lector tiene entre manos consta de 12 investigaciones inéditas (5 de profesores, 2 de egresados y 5 de alumnos), y ordenadas en siete secciones. **Derecho Civil**, la primera sección, comprende los trabajos del profesor Gilberto Mendoza, *La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: adquisición a non domino y oponibilidad de la inscripción*; del egresado Jesús Córdova, *La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios. ¿Sustancia o procedimiento?*; y de los entonces alumnos Daniel Chancafe, Paul Nina y Hugo Forno, *La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría de juegos y el Análisis Económico del Derecho*.

La siguiente sección, **Derecho de la Competencia y Protección del Consumidor**, se encuentra compuesta por los trabajos del entonces profesor Alfredo Maraví, *Breves apuntes sobre la exploración del ambush marketing desde la cláusula general de competencia desleal*; y del entonces alumno Javier Murillo, *Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de Publicidad Comercial en el Perú*. La tercera sección, **Derecho Laboral**, recoge los estudios del profesor Miguel Canessa, *La protección interamericana de los derechos humanos laborales: los casos peruanos*; y de los entonces alumnos Renato Constantino y Saulo Galicia, *La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas*.

La cuarta y quinta sección, **Derecho Constitucional y Derecho Tributario**, recogen los aportes de los profesores Víctorhugo Montoya, *Medición inferencial de la independencia judicial de un tribunal constitucional a través de indicadores*; y Renée Villagra, *Análisis crítico del «Convenio para evitar la doble imposición» suscrito entre Perú y México: características y peculiaridades*; respectivamente. De otro lado, la sexta sección, **Derecho Penal**, contiene los textos del egresado José Arrieta, *Delito permanente, manutención del riesgo típico e injerencia*; y de los entonces alumnos Julio Rodríguez y Pamela Morales, *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad*. Finalmente, la séptima sección, **Derecho Internacional Público**, nos presenta el trabajo del entonces alumno José Manuel Pacheco, *Efectos jurídicos de las objeciones a las reservas de los tratados: las objeciones con efectos intermedios o extensivos*.

Una vez más, resulta una gran satisfacción para el CICAJ presentar a la comunidad jurídica académica investigaciones de primera calidad que de seguro serán parte del debate contemporáneo en sus respectivas materias.

SECCIÓN I
DERECHO CIVIL

LA FE PÚBLICA REGISTRAL COMO SUPUESTO DE HECHO COMPLEJO: ADQUISICIÓN A NON DOMINO Y OponIBILIDAD DE LA INSCRIPCIÓN

Gilberto Mendoza del Maestro

Magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría profesores

Este trabajo pretende analizar el principio de fe pública registral como supuesto de hecho complejo que contiene dos extremos distintos: uno de adquisición y otro de protección. En el primer extremo analizaremos el supuesto de adquisición *a non domino* que está formulado en el artículo 2014 de nuestro Código Civil, así como sus requisitos y efectos. Posteriormente, revisaremos el segundo extremo, al que interpretamos como un supuesto de oponibilidad de lo inscrito para una mayor protección en la adquisición. Esto nos servirá para poder verificar cómo esta figura regula supuestos conflictivos como los contenidos en la falsificación de documentos.

I. Introducción

Existen instituciones que nacieron en su momento para resolver conflictos de interés frente a una necesidad en concreto. Con el tiempo, estas necesidades se diversificaron o mutaron, y dichas instituciones tuvieron que adaptarse a los cambios para seguir vigentes.

Adaptarse no significa abrogar o derogar las normas bajo las cuales se regula la institución, sino tratar de verificar su vigente utilidad en la realidad a partir de sus fundamentos y hacer un esfuerzo a partir de ello para concordarla con el sistema en general.

Esto resulta difícil si no conocemos los antecedentes, el contexto y los fundamentos de la institución; e incluso peligroso si no conocemos el sistema en el cual vamos a adoptarlo, dado que podemos importar problemas foráneos o soluciones que son impracticables en nuestro medio.

Una muestra de ello es el denominado «principio de fe pública registral», que actualmente se manifiesta en los supuestos de falsificación de documentos para adquirir inmuebles. Estos casos son cada vez más recurrentes y se difunden más en nuestro medio (El Comercio 2013).

Los comentarios generales erróneamente pretenden la derogación de la norma, la modificación de sus alcances —en algunos casos esto puede llevar a su desnaturalización— o la reinterpretación de sus fines.

Este trabajo tiene como finalidad conocer un poco más este principio a partir de su regulación en nuestro país; no encerrándolo en las paredes del derecho registral, sino abordándolo a partir de la teoría del negocio jurídico y los efectos reales, buscando a partir de ello tener las herramientas suficientes para entender los alcances de esta cuestionada figura y verificar su utilidad actual en nuestro ordenamiento.

2. Definición

La expresión «fe pública» proviene del latín *fides publica*. «Fe» (*fides*) significa 'Creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública' (Real Academia Española 2001). Y «pública» (*publicus*) significa 'Notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos' (Real Academia Española 2001).

La Real Academia Española (2001) define «fe pública» como la

Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario.

Una aproximación al ámbito notarial la define como «calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función» (Couture 1954: 36), o como documentación de los acuerdos negociales (Montorzi 2004: 5)¹ que realizan los notarios y que generan la confianza de autenticidad frente a todos.

También se la ha definido en sede penal, administrativa; incluso en el ámbito judicial, en el que se la define como

[...] la confianza que el Estado otorga y deposita en los Secretarios de los Juzgados y Tribunales para que los documentos, testimonios y actuaciones que pasen ante ellos, tengan la garantía de ser ciertos por la autenticidad que dichos funcionarios les prestan (González 1967: 1).

Ahora bien, desde el ámbito que nos toca abordar dicho concepto quizá lo que representa excede lo que terminológicamente significa. Y es que la acepción de «fe pública» estaría más vinculada al principio de legitimación que a la denominada «fe pública registral».

El concepto de fe pública registral tiene un contenido propio, que para su configuración puede tener como parte de sus elementos lo mencionado, aunque adopta un sendero distinto.

3. Derecho comparado

El artículo (§) 892 del BGB alemán contiene el principio *Öffentlicher Glaube des Grundbuchs*, el cual en nuestro ordenamiento es traducido como «fe pública registral» y contiene aquella

¹ Como antecedentes debe tenerse en cuenta que, a diferencia de Grecia, en Roma tarda su aparición dada su vocación más por lo oral que por la escritura. Incluso se señala que la aparición del término «notario» se encuentra recién en Séneca (*Apocolocyntosis* 9, 2).

creencia (fe) pública que se tiene sobre lo publicado en los registros y, a partir de la cual — en ciertos casos,— se tutela a aquellos que confían en su contenido.

§ 892. Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o que el adquirente conozca la incorrección (buena fe). Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca. (Traducción propia)

El artículo 973 del Código Civil suizo señala que «El que de buena fe, fundándose en una inscripción en el Registro, haya adquirido una propiedad u otros derechos reales, debe ser protegido en su adquisición [...]».²

Es decir, a quien confía en lo que se encuentra inscrito en los Grundbuch (Registros) se le protegerá en su adquisición.

De igual forma se regula en Inglaterra:

[...] si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habersele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción (*Land Registration Act*, artículo 74). (Traducción propia)

Asimismo, se regula en Suecia:

[...] si el derecho real ha sido adquirido por compra (a título oneroso) y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución (*Land Code*, artículo 1, capítulo 18). (Traducción propia)

En el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española se regula la norma que ha inspirado al legislador peruano (antecedente del artículo 2014 del Código Civil) para la recepción de dicho principio en nuestro ordenamiento:³

Artículo 34.- El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

2 2. Gegenüber gutgläubigen Dritten

1. Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen. 2 Diese Bestimmung gilt nicht für Grenzen von Grundstücken in den vom Kanton bezeichneten Gebieten mit Bodenverschiebungen.

3 Artículo 34 de la Ley Hipotecaria española de 1946 que concluye: «Este artículo o sus similares constituyen en todo sistema registral donde aparecen la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial». Exposición de motivos oficial del Código Civil.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

Sobre dicho dispositivo normativo, García ha señalado que el principio de fe pública registral

Es aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a non domino que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley (1993: 227).

Por otro lado, Gordillo indica que «[...] significa fiabilidad objetiva del Registro de la Propiedad: todos pueden confiar [fides publica] en lo que el Registro publica» (1978:).

A diferencia del primero, debemos indicar que esta acepción está más cerca del enfoque de la acepción de «fe» que de la acepción de «fe pública» antes descrita.

Consideramos que esto se genera al distinguir la autoridad o el ente (participantes - plano estático) que brinda la publicidad respecto del efecto (confianza) que genera en los sujetos que tienen un acercamiento con la información publicitada (terceros - plano dinámico).

Así pues, dicha confianza (*Vertrauen*) será un elemento del cual se desprenda la buena fe. En este sentido, no son iguales la fe pública y la buena fe, ya que esta se puede abordar como un estado psicológico de creencia o diligencia;⁴ en cambio, en el plano estático, la fe pública se puede abordar como «atestación⁵ calificada» (Couture 1954: 24), toda vez que los funcionarios o a quienes se les ha delegado funciones públicas «hacen fe» de que lo que han presenciado consta en el documento. O, en el plano dinámico, como confianza generada por la publicidad.

4. Configuración: adquisición y protección

En nuestro ordenamiento se denomina «principio de fe pública registral» a lo dispuesto en el Código Civil en el siguiente dispositivo normativo:

Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

En este sentido, nos alejamos de restringirlo a las acepciones de «fe» o de «fe pública» o de «fiabilidad objetiva del registro», toda vez que estos son requisitos para la adquisición del derecho; mas el principio de fe pública se desenvuelve, si bien vinculada, en otro ámbito: el de protección de ciertas adquisiciones *a non domino*. Todo esto lo explicaremos en las siguientes líneas.

En nuestro ordenamiento se ha indicado de forma general que en el dispositivo normativo contenido en el artículo 2014 se verifica la existencia de dos negocios jurídicos:

4 Véase *supra*.

5 Atestación. f. Deposición de testigo o de persona que testifica o afirma algo. (Real Academia Española 2001).

A-----B B-----C

- a) El presupuesto es que las titularidades se encuentren inscritas
- b) El primer negocio jurídico es uno patológico, toda vez que puede ser inválido — nulo o anulable — o ser pasible de resolución o rescisión (supuesto de inexactitud registral)
- c) El segundo negocio tiene que ser válido
- d) No obstante los defectos del primer negocio, si C — que sería «Tercero» respecto al negocio entre A y B — cumple ciertos requisitos «Tercero cualificado», podría adquirir a *non domino* de quien aparece en el registro

Posteriormente a dicha adquisición, se configura su protección mediante la inscripción a través del mecanismo de tutela de la fe pública registral.

En razón de ello, se ha indicado que para configurar la fe pública se requiere:

- a) Adquisición de derechos a título oneroso (*Entgeltlicher Erwerb*)
- b) Legitimación de las inscripciones
- c) Confianza
- d) Buena fe (*gutgläubiger Erwerb*)
- e) Inexactitud registral

No obstante ello, consideramos que el dispositivo normativo recogido en el artículo 2014 contiene dos normas distintas:

- a) Adquisición *a non domino* (*Erwerb vom Nichtberechtigten*)
- b) Protección de la adquisición

Debemos indicar que para ambas normas, aunque vinculadas, existen requisitos distintos, y que la norma de la llamada «fe pública registral» es una *fattispecie* compleja:

Requisitos para la adquisición *a non domino*:

- a) El transferente debe gozar de legitimación aparente brindada por el registro
- b) El adquirente debe ser tercero respecto a la primera transferencia (tracto)
- c) Confianza en el registro
- d) El adquirente debe tener buena fe

Requisitos para la protección por la fe pública registral:

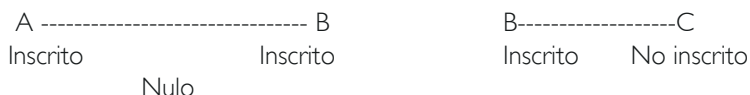
- a) Adquisición *a non domino*
- b) Buena fe
- c) Inscripción de adquisición

Probablemente en los registros de tipo constitutivo dicha distinción no es tan relevante, dado que la inscripción que genera la mutación jurídica confluye temporalmente con la protección de esta.

En cambio, en nuestro ordenamiento no es así; la mutación jurídica acaece generalmente extrarregistros: «El tercero que de buena fe **adquire** [...]». Y, luego, cuando ya es titular, dicho tercero le da mayor intensidad a la oponibilidad del derecho originado: «[...] **mantiene** su adquisición una vez inscrito su derecho [...]» frente a posibles acciones reivindicatorias u otras acciones que se pretendan realizar (las cursivas son nuestras).

Esto evita confusiones respecto a interpretaciones del principio al pretender enfocársele como un supuesto de adquisición constitutiva en el registro.

Podemos visualizarlo recreando algunos supuestos recurrentes en nuestro ordenamiento: Imaginemos el siguiente supuesto de transferencias derivativas:



Si el primer negocio es nulo, *C* sería titular si cumple con los requisitos en el nivel de adquisición *a non domino*.

No obstante ello, la protección de su adquisición mediante la fe pública registral cederá frente a la inscripción de otro tercero; por ejemplo, que *B* transfiera a *D* en las mismas condiciones y este se inscriba.

En ese caso, la adquisición de *C* cederá frente a la de *D*, dada la oponibilidad con mayor intensidad que otorga la inscripción frente a los actos que no han logrado la inscripción.

Ahora bien, en los terrenos de la fe pública se puede visualizar claramente el conflicto de interés generado. ¿A quién tutelamos? ¿Al primer titular inscrito *A*, al cual se le denomina *verus dominus*? o ¿al que confió en lo que estaba publicitado en el registro, en este caso *D*, e inscribió su adquisición?

Al cumplir con ciertos requisitos, el mecanismo de fe pública registral hace prevalecer la adquisición del denominado «Tercero registral»; así, en el caso anteriormente propuesto (*D*), el fundamento se encuentra en la *seguridad del tráfico (Rechtverkehr)*.

En virtud de todo lo mencionado, vamos a desarrollar los requisitos en dos partes: la adquisición y la protección.

5. Adquisición *a non domino*

5.1. Configuración de las transferencias de titularidades

Para la transferencia de bienes, consideramos que deben tomarse en cuenta los siguientes requisitos: la titularidad, la legitimación y el poder de disposición.

La titularidad es la pertenencia subjetiva del derecho de propiedad a los titulares del dominio,⁶ la cual otorga exclusividad y es oponible *erga omnes*. Así pues, Cariota señala ampliamente que la titularidad es «appartenza esclusiva erga omnes del diritto» (1936: 112).

Dicho vínculo de pertenencia de un sujeto frente a un objeto, en sus diferentes modalidades —titularidad del derecho de propiedad, del derecho de usufructo, de las garantías, entre otros,

⁶ En ese sentido, se indica que la titularidad es un vínculo de pertenencia (establecido por la norma) entre sujetos de derecho (y su posición) con el objeto de una relación jurídica (Castro 1985: 94-95).

—evita la confusión de, por ejemplo, «propietarizar» los derechos: «de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos» (Madison 1906: 1790). Por tanto, no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.

La titularidad es distinta a la figura de la legitimación, entendiéndose esta como

[...] la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular (Cuenca 1996: 492).

Es decir, existe la facultad que se otorga a determinados sujetos para que puedan afectar su esfera jurídica o la esfera jurídica ajena si realmente han sido facultados (Couto e Silva 1976: 65).⁷

La legitimación puede ser voluntaria (vía el ejercicio de la autonomía privada), legal (mandato de la ley) y judicial (mandato judicial). Asimismo, puede clasificarse en legitimación causal, formal aparente.

- a) Legitimación causal. Existe un título contenido en un negocio jurídico en el cual existe la *causa eficiente* que genera una situación jurídica legitimante. Dicho título es el fundamento de la legitimación.

El título es mucho más que pertenencia de derecho, porque tiene como fin una posición jurídica, y los derechos que pertenecen a los sujetos son apenas contenido parcial de la posición subjetiva; en términos de Torquato Castro: «a posição é objeto⁸ [...] do título, e não título em si» (1985: 95). Así, dentro de las funciones prácticas que podemos asignar al objeto tenemos el singularizar a la persona y el singularizar el objeto (*Bestimmtheitsgrundsatz*) (Paes 1992: 73).

- b) Legitimación formal. No subordina la eficacia legitimadora a una causa jurídica, sino a lo que se expresa formalmente; por ejemplo, en el registro. Este tipo de legitimación lo encontraríamos en el sistema alemán (Von Tuhr 1947: 59-63).⁹
- c) Legitimación aparente (Messineo 1928: 25 y ss.). En ciertos casos existe un supuesto de hecho de un titular que no es el real, sino que por signos exteriores razonables es «aparente de derecho», por lo que la norma — en ciertas circunstancias — le otorga, en sustitución de la legitimación normal, la eficacia legitimadora (Castro 1985: 179).¹⁰

Finalmente, para la eficacia del negocio jurídico dispositivo es necesaria la existencia del poder de disposición (Couto e Silva 1976: 61).

En una adquisición derivada, tanto la titularidad, la legitimación y el poder de disposición existen sobre la base de una relación jurídica antecedente (relación jurídica legitimante) (Junqueira 1974: 69).

7 A la legitimación se le vincula con la autonomía privada (Ferri s/f: 101).

8 Entendemos objeto como causa.

9 En el mismo sentido, Enneccerus, Kipp y Wolf (1971: 52 y 53, tomo I-I). Parágrafo 932 BGB. Protección no es por el poder de disposición, sino por la publicidad material.

10 También puede revisarse Ladaria (1952: 140-142).

Así pues, tenemos que en las relaciones económicas los propios titulares realizan las transferencias de sus bienes sin ningún obstáculo. Es decir, dichos sujetos tienen titularidad, legitimación, y gozan del poder de disposición.

No obstante ello, hay casos en los cuales probablemente los titulares no pueden o no desean —por diferentes motivos— realizar ellos mismos los actos dispositivos, por lo cual legitiman a sus representantes para celebrar los contratos.

En estos casos, la parte sustancial (representados) tendrá la titularidad, la legitimación y el poder de disposición para transferir; los representantes gozarán de la legitimación causal y del poder de disposición.

Ahora bien, puede ocurrir que exista titularidad, legitimación, pero que se carezca de poder de disposición. Por ejemplo, el deudor que ha ingresado a una situación de concurso sigue siendo titular de sus bienes y como tal legitimado para poder negociar sobre ellos; pero no tiene poder de disposición para realizar efectivamente las transferencias, dado que dicho poder se le ha otorgado a un administrador o a un liquidador.

De igual forma, en los supuestos de medidas cautelares no innovativas sobre bienes, el titular y legitimado es privado de su poder de disposición; mas no de su titularidad ni de su legitimación.¹¹

En el caso del tutor y del curador existe una pequeña variante. El sujeto que tiene un tutor va a ser un incapaz, y este sujeto puede ser titular y estar legitimado; pero su incapacidad afecta su poder de disposición, y es el tutor el legitimado legalmente para poder ejercer el poder de disposición.

5.2. La adquisición *a non domino*

Es por todos conocida la regla *nemo dat quod non habet*,¹² la cual puede traducirse como «nadie puede dar más derechos de los que tiene». Esto fue formulado con diferentes variantes en el derecho romano: «Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit»¹³ o «Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet»¹⁴ o «nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit»,¹⁵ entre otras.

Dichas variantes tenían la idea de que el único autorizado para transferir su titularidad era el titular o el que haya sido debidamente legitimado.

No obstante ello, existieron supuestos en los cuales el titular no disponía; sin embargo, el «adquirente» «adquiría» de un no titular. En doctrina, dicha situación se denomina «adquisición *a non domino*».

11 Véase un caso reciente de un expresidente de nuestro país en El Comercio (2013).

12 La cual ha sido recogida no solo en los sistemas romano-germánicos, sino también en el *Common Law General Rule* - section 21(1) Sale of Goods Act 1979 Subject to this Act, «where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell».

13 «La tradición de una cosa no debe ni puede transferir al que la recibe más de lo que tiene el que la entrega» Dig. 41, 1, 20 pr (Ulp, Sab 29).

14 «Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene». Dig. 50, 17, 54 (Ulp, Ed 46).

15 «Nadie puede dejar a su heredero más de lo que él mismo tenía». Dig. 50, 17, 120 (Paul, Ed 12)

En términos generales, la adquisición *a non domino* puede entenderse como aquel acto de atribución patrimonial de un objeto por parte de un sujeto que no es titular del derecho, cuyo derecho de transferir en realidad no existe (Mengoni 1969: 1).

En nuestro ordenamiento se han regulado diferentes supuestos heterogéneos de la adquisición *a non domino*. Encontramos el supuesto en bienes muebles,¹⁶ del heredero aparente, el de fe pública registral,¹⁷ las garantías mobiliarias *a non domino* (Avendaño 2009: 48 y ss.), los contratos celebrados por representantes aparentes, los casos en los que existe la relación antecedente pasible de nulidad por un supuesto de simulación,¹⁸ entre otros.

5.3. Configuración de la adquisición *a non domino*

Es necesario indicar que las adquisiciones *a non domino* responden a un mecanismo diferente a las adquisiciones comunes, dado que el impulso proviene no de las facultades del disponente sino de la necesidad de proteger la buena fe del adquirente (Regelsberger 1904: 362).

Para Cariota, el *non dominus* que transmite tiene el poder de disposición otorgado ex lege en virtud de la buena fe del adquirente, pero no tiene facultad de disposición (1936: 73). Se trata de un poder de disposición ilícito que da lugar a resarcimiento de daños y perjuicios (1936: 76).

Frente a esto, Mengoni cuestiona que la ley otorgue excepcionalmente a un no titular un poder de disposición y, no obstante, que califique su ejercicio como ilícito (1969: 32).

Por ello, consideramos que en este caso se está tutelando la adquisición más que la transferencia;¹⁹ es decir, el hecho de que el adquirente cumpla con los requisitos de adquisición no exime de responsabilidad al vendedor que sabía que no gozaba del poder de disposición a transferir el bien, dado que existe un perjudicado que es el verdadero *domino*.

Este es el primer supuesto que regula el artículo 2014 y que es base para el artículo VIII del Título Preliminar bajo comentario, en el cual el tercero que adquiere confiando en «la legitimación» del titular registral es mantenido en la adquisición —*a non domino*— que realiza a pesar de que luego se verifique alguna patología en la adquisición del otorgante.

Para que se configure dicha adquisición se requiere:

- a) Que el transferente goce de legitimación aparente brindada por el registro
- b) Que el adquirente sea tercero respecto a la primera transferencia (tracto)

16 Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

17 Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

18 Artículo 194.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

19 Según Von Tuhr, la validez del acto no se funda en la permisón de la ley, sino en la protección del adquirente de la buena fe (1947: 53, volumen II-2). No obstante ello, hay que tener cuidado con esta argumentación; dado que la validez no se funda en estricto en la tutela de la buena fe, sino que se mide en la conformación del negocio. El contrato celebrado por un *domino* válido, pero ineficaz inicialmente, requiere una serie de factores para desplegar sus efectos plenos.

Se identifican en este supuesto tres partes diferenciadas: el primer transferente A, el segundo transferente B (el cual adquirió de A) y el último adquirente que sería C.

Respecto al negocio cuestionado, es decir el contrato entre A y B, C es tercero. Si existiera alguna patología (distinta a la falta de legitimación causal) en el contrato entre B y C, no podría aplicarse el artículo 2014 del Código Civil.

Otro supuesto que no se aplica por no existir el tercero requerido es el supuesto de los cónyuges, en el que existe una inexactitud dado que solo uno de los cónyuges está inscrito. Y este, sin consentimiento del otro, transfiere la propiedad del bien a un sujeto X. En este caso es aplicable el principio de legitimación registral, mas no así el de fe pública registral.

Esto en razón de que X no es tercero, sino parte del contrato cuestionado. Asimismo, no existe una cadena de transferencias, sino una sola supuesta transferencia en la que existe falta de legitimación por parte del vendedor. En caso de que X transfiriera su propiedad a otro sujeto —a quien llamaremos Y—, Y sí gozaría —de cumplir con todos los demás requisitos— de la protección de la fe pública registral.

5.3.3. Confianza en el registro

La falta de correspondencia entre la realidad extrarregistral y lo contenido en el registro da origen a la llamada «inexactitud registral». ¿Hasta dónde debe diligentemente realizar la investigación el tercero adquirente de buena fe de las posibles «inexactitudes registrales»?

Se discute acerca de qué es lo que se debe privilegiar: el asiento registral o el título archivado, lo que derivará en hasta dónde debe realizarse la investigación.

Nuestra posición es que debe privilegiarse el asiento registral, y es lo que debe servir como regla general para este trabajo. Esbozaremos alguno de los argumentos en las siguientes líneas.

5.3.3.1. El asiento registral

Debemos indicar, en principio, que nuestro sistema se acoge, en general, al sistema de inscripción mediante el cual el registrador, luego de calificar, extrae lo que considera relevante para los terceros a fin de publicitarlo.

Artículo 50 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.- Contenido general del asiento de inscripción. Todo asiento de inscripción contendrá un resumen del acto o derecho materia de inscripción, en el que se consignará los datos relevantes para el conocimiento de terceros, siempre que aparezcan del título; así como, la indicación precisa del documento en el que conste el referido acto o derecho; la fecha, hora, minuto y segundo, el número de presentación del título que da lugar al asiento, el monto pagado por derechos registrales la fecha de su inscripción, y, la autorización del registrador responsable de la inscripción, utilizando cualquier mecanismo, aprobado por el órgano competente, que permita su identificación. (sic)

obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

El tema fundamental es determinar cuál es el rol actual del asiento registral dentro del sistema registral y en el ordenamiento jurídico en general.

El asiento es redactado por un profesional del derecho luego de un estudio pormenorizado de este en el cual ha revisado —entre otros temas— la validez del acto y que haya estado sujeto al principio de legalidad.

Estando apto el título para ser inscrito, se publicará solo aquella información que sea trascendente para el conocimiento de terceros,²¹ la cual recibirá cierta protección por parte del ordenamiento según lo establecido por Ley de Creación del Sistema Registral en su literal b) del artículo 3 «La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme».

Esta norma se complementa con lo desarrollado respecto a los efectos de la calificación en los principios de legitimación y fe pública registral. Así pues, el artículo 2013 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala que

Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez.

Así pues, luego de inscribirse el asiento, existe una presunción relativa de exactitud y validez respecto a aquel, lo cual tiene efectos tanto interna como externamente. Internamente, en el mismo procedimiento, el registrador deberá pronunciarse sobre todos los aspectos concernientes al título; y, en principio, no podrá dejar su pronunciamiento para un momento posterior. Por tanto, la calificación es íntegra y no sucesiva. No podrá pronunciarse sobre la calificación realizada sobre un asiento inscripción anterior; incluso tampoco podrá pronunciarse a propósito de una rectificación.

Ahora bien, una de las preocupaciones más importantes es el supuesto de las inexactitudes registrales.

El Texto Único Ordenado ha desarrollado en su título VI todo lo concerniente a la inexactitud registral y su rectificación. Así pues, ha clasificado a los errores (artículo 80) en materiales y de concepto. El primero (artículo 81) se presenta cuando se han escrito una o más palabras, nombres propios o cifras distintas a los que constan en el título archivado respectivo; se ha omitido la expresión de algún dato o circunstancia que debe constar en el asiento; o se ha extendido el asiento en partida o rubro diferente al que le corresponde o se han numerado defectuosamente los asientos o las partidas. En los demás supuestos se reputarán como de concepto.

En caso de que no pueda rectificarse de esta manera, toda vez que la presunción es relativa, se podrá rectificar judicialmente, y se tendrá la carga de anotar esto en el registro a fin de evitar posibles injerencias de terceros que perjudiquen su interés. Los efectos de dichas rectificaciones surten a partir de la fecha de la presentación del título que contiene la solicitud respectiva; y en los casos de rectificación de oficio, desde la fecha en que se realiza.

21 «Asiento de inscripción.- Los asientos de inscripción solo deben publicar aquella información contenida en el título que sea trascendente para el conocimiento de terceros, caso contrario, las partidas registrales se atiborrarán de datos irrelevantes que las tornarían confusas, perjudicándose de esta manera la fluidez del tráfico jurídico». Resolución 078-2006 (Cuarta Sala del Tribunal Registral).

En ese sentido es precisa la siguiente afirmación:

Por lo tanto, tratándose de la omisión errónea en la extensión de un acto o derecho en el Registro, el referido acto no surtirá efecto alguno sino desde la fecha en que se extiende en el Registro mediante el respectivo asiento, ello no obstante constare en un título que forma parte del archivo registral. Es decir, solo los actos «inscritos» surten efectos publicitarios, legitimadores y oponibles erga omnes (Silva 2005: 41).

Por otro lado, como efectos externos se encuentra que los terceros tomarán conocimiento de dicha situación publicitada en los registros y podrán contratar con los legitimados en dichos asientos.

En caso de error en la calificación, los titulares registrales podrán pedir la rectificación de estos sin perjudicar, para ser coherente con todo lo dicho, los derechos adquiridos por terceros.²²

Asimismo, toda vez que el sistema fue creado para tutelar la seguridad del tráfico, el ordenamiento a partir del artículo 2014 del Código Civil, así como por el artículo VIII del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, «La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, *no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos*, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales» (Las cursivas son nuestras).

Todo esto es coherente con lo señalado en el artículo I del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual indica que

El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. *El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo.*²³ (Las cursivas son nuestras)

5.3.3.2. El rol del título archivado

El registrador, toda vez que nuestro sistema es causal, se basa en una serie de documentos para emitir el respectivo asiento de inscripción y dar lugar a la publicidad *erga omnes*.

Ahora bien, luego de ser inscrito el título, ¿qué sucede con los documentos?, ¿qué rol tienen estos en el sistema registral?

En principio debe indicarse que el artículo 108 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala los documentos que conforman parte del archivo registral,²⁴ y por

22 TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. «Artículo 87.- Derechos adquiridos por terceros. En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

23 Así pues, nuestra judicatura ha indicado: «Noveno [...] siendo adecuado resaltar que en realidad este principio de la publicidad registral se halla justificado por la necesidad de proteger la seguridad jurídica de la contratación en base a los asientos de inscripción que otorgan los Registros [...]» (Las cursivas son nuestras). Cas. 306-2007 Lima.

24 Artículo 108.- Documentos que integran el archivo registral
El archivo registral está constituido por:

a) Las partidas registrales que constan en tomos, fichas móviles, discos ópticos y otros soportes magnéticos;

el principio de publicidad formal recogido en el artículo II del Título Preliminar del mismo reglamento se garantiza que toda persona tenga acceso tanto al contenido de las partidas registrales como al archivo registral.²⁵

Consideramos que toda vez que el registrador, luego de practicado el asiento, ordena el archivamiento de los documentos, dichos títulos archivados solo tendrán una función de complementariedad cuando falten datos en los asientos registrales.

Así pues, de esto podemos deducir que existen grados de publicidad a cargo de la institución. La de tipo jurídico —publicidad efecto— recogida en el artículo 2012 del Código Civil enfocada al contenido de las inscripciones (asientos registrales) y, por otro lado, la mera publicidad —publicidad noticia— que otorgan los registros administrativos y que comprende a los títulos archivados y demás documentos que forman parte del archivo registral (Silva 2005: 44).

Esto es así porque existe un filtro técnico, registrador público, que luego de un estudio minucioso determina qué situaciones merecen ser publicitadas. Nuestro sistema, a diferencia de lo que parecen desear algunos, no es igual al español, al italiano ni al francés; ni mucho menos al alemán. El nuestro es un sistema que puede tener algunos rasgos de ellos, pero que tiene una configuración propia.

¿O es que el mismo tipo de publicidad tiene un asiento de inscripción que los documentos administrativos presentados y archivados, circulares, documentos con firmas legalizadas, entre otros? ¿Acaso dichos documentos gozan de publicidad *erga omnes*? Cuando se solicita la inscripción con reserva de la rogatoria de algunos actos contenidos en el título y tiene una calificación positiva, ¿los actos inscritos que fueron materia de calificación tendrán los mismos efectos que aquellos que no lo fueron pero que permanecen en el título archivado?

Lamentablemente, nuestra respuesta debe ser negativa. Por tanto, debemos ubicar el rol de los títulos archivados como complementarios a los asientos registrales.²⁶

b) Los títulos que han dado mérito a las inscripciones conforme a lo establecido en el artículo 7, acompañados de los documentos en los que consten las decisiones del Registrador o del Tribunal Registral emitidos en el procedimiento registral, los informes técnicos y demás documentos expedidos en este;

c) Las solicitudes de inscripción de los títulos cuya inscripción fue denegada, con las respectivas esquelas de observación y tacha;

d) Los índices y los asientos de presentación organizados en medios informáticos así como los que, de acuerdo con la técnica anterior, constaran en soporte papel.

En el supuesto del literal b) corresponderá al Registrador, bajo responsabilidad, remitir al Archivo Registral, debidamente foliados, únicamente los documentos establecidos en él.

[...]

25 Artículo II del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. Publicidad formal.- El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral [...].

26 Así también se ha señalado a nivel jurisdiccional:

Segundo.- [...] el fundamento del principio de la fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúan los terceros adquirentes y que se haya hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, el Código Civil en su artículo dos mil doce reputa *exacto y completo* el contenido de los asientos registrales; Tercero.- Que, el legislador, concuerda con esta interpretación, según la cual, la fe pública registral protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes [...]. Cuarto.- Que, si bien es verdad el artículo ciento ochenticuatro [sic] del Reglamento General de los Registros Públicos, vigente a la fecha de los hechos, establece que a fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos

5.3.3.3. Algunos alcances adicionales frente a las críticas realizadas a la preferencia del asiento registral

El legislador ha manifestado que de una interpretación legalista se concluiría la preferencia por el asiento de inscripción.²⁷ En todo caso el texto del 2014 permite diversas interpretaciones, y que *será una norma interpretativa la que deslinde el problema.*²⁸

Consideramos que tanto el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos como la Ley de Creación del Sistema Registral —vigentes posteriormente a la promulgación del Código Civil de 1984— son estas normas que inclinan la preferencia sobre el asiento registral en desmedro del título archivado, lo cual es coherente con la descripción del sistema registral actualmente vigente.

5.3.4. El adquirente debe tener buena fe

Dicho tercero en diversas ocasiones asumirá un riesgo en identificar quién es el legitimado (Penteado 1972: 28), por eso hay casos en los que la norma protege a quien yerra de buena fe.

En este sentido, señala Mejorada:

Debemos distinguir entre la razón para proteger a los terceros y el requisito que estos deben cumplir para ser acogidos. Están vinculados porque el primero sirve para interpretar al segundo. Lógicamente, la exigencia para el beneficio de un privilegio debe interpretarse conforme a las razones que explican el por qué del beneficio. El requisito es la buena fe del tercero. La razón es la necesidad de proteger el libre mercado de bienes, generando confianza y certeza en los operadores económicos. Así se cumplen los presupuestos del régimen económico (2012: 140).

Añade Gordillo que la buena fe no es un límite externo de la eficacia de la apariencia, sino el dato fundamental y desencadenante de la medida legal de tutela (1978: 290).

archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales, ello (debe ser interpretado) [...] en el sentido de que dicha extensión alcanzará a los títulos archivados si existiera insuficiente información en el asiento de inscripción; dado que estimar que los interesados deben recurrir a los títulos archivados o a procedimientos extraordinarios para la determinación de con quién están contratando generaría un obstáculo para la realización de los actos jurídicos y una elevación del costo de los mismos, lo cual atentaría contra la fe pública registral y la seguridad jurídica [...]. Sentencia casatoria 2458-2005 Lima (Diario oficial *El Peruano*, 31.I.2007, p. 18751). (Las cursivas son nuestras)

- 27 «Pero si intentamos una respuesta puramente legalista tenemos que concluir que el Código del 84 al igual que el Código del 36 permite la vigencia del artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y por lo tanto aceptando lo ordenado por este artículo, bien puede concluirse que el principio se aplica respecto del contenido sólo del asiento» (Exposición de motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y exposición de motivos de las modificaciones del Código Civil).
- 28 «Creemos en todo caso que el problema está planteado, y que cualquiera que sea la decisión legislativa que se adopte deberá tener en cuenta el nivel de eficacia de los Registros Públicos y la necesidad y posibilidad de otorgar las garantías más amplias a quienes busquen su amparo.

Esta decisión legislativa queda en manos de quienes mantengan o modifiquen los términos del artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos. El texto del artículo 2014 permite ambas interpretaciones; en consecuencia, será una norma interpretativa la que deslinde el problema, el mismo que hasta hoy está resuelto en los términos del artículo VIII antes citado». (Exposición de motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y exposición de motivos de las modificaciones del Código Civil)

Entre los tipos de buena fe se distinguen los siguientes: «Buena fe objetiva», entendida como el deber de cuidado como regla de conducta emanada por el ordenamiento; «Buena fe subjetiva psicológica» (o espiritual de naturaleza gnoseológica), definida en términos de ignorancia o error, jurídicamente relevante; y «Buena fe subjetiva ética», definida como el desconocimiento no culpable del acto.

En el caso del registro público existe confianza del público por lo inscrito (Carvahlo 1977: 500), dado que los negocios dispositivos requieren de notoriedad — *offenkundigkeit*— (Schwab y Prütting 2006: 14) y (Westermann 2006: 18-19); es decir, en términos de Carnelutti, no basta para el contrato ser, sino que se requiere también parecer (1933: 62).

Es por eso que algunos autores abordan la publicidad como factor de eficacia, simple o relativa (Junqueira 2002: 52-58), lo cual no consideramos que sea preciso. Sin publicidad, los negocios surten plenos efectos. La publicidad es un mecanismo que permite que más individuos tomen conocimiento de las titularidades.²⁹

Ahora, si bien consideramos que la buena fe que se requiere es la buena fe diligencia, habrá que analizar hasta dónde llega dicha diligencia.

Por un lado, ciertos autores señalan que debe verificarse la posesión como requisito para la buena fe (Azevedo 1942: 107) y (Gomes 1980: 165). Dicha afirmación tiene como uno de sus fundamentos que la posesión debe privilegiarse sobre la propiedad. Discrepamos de dicha opinión por las siguientes razones.

La propiedad es más que un título, y los mecanismos de tutela que tiene el propietario subordinan los derechos que tienen los poseedores; salvo cuando se genera la usucapión, en la cual prevalece el interés del «propietario» usucapiante en su calidad de nuevo propietario.

Todo poseedor aspira a ser propietario; no es posible que aquello a lo que aspiro ser (propietario) sea menos de lo que soy en esos momentos (poseedor).

Casos de la realidad nos pueden ayudar a entender esto: se difunden en las noticias ofertas de ventas de casas o departamentos con problemas legales: supuestos de poseedores precarios o ilegítimos.

Los adquirentes —salvo en los casos que exista usucapión— adquirirán dichos bienes a un precio menor —por dichas externalidades,— y luego invertirán en hacer efectiva su titularidad mediante, por ejemplo, el desalojo.

Si la posesión prevaleciera sobre la propiedad, nunca se llevarían estas transferencias inmobiliarias secundarias.

Consideramos que el deber del usuario que confía en el registro no es verificar quién es el poseedor de este, dado que el hecho de ser poseedor no implica que se sea el propietario; salvo en el supuesto de la usucapión.

Asimismo, la carga de acreditación de la posesión conllevaría a que el tercero deba verificar en más de un momento que el poseedor es el verdadero propietario, lo cual dejaría sustancialmente afectado nuestro sistema registral. ¿Para qué las garantías del sistema? ¿Para qué la labor de un técnico? Debemos considerar que el mero contacto no supone posesión.

5.3.5. Onerosidad

Dado que nos encontramos frente a un conflicto de interés, de tutelar al titular del derecho de propiedad que tenía inscrito su derecho y que en el registro consta su transferencia a

²⁹ Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

otro sujeto que deriva su titularidad a un tercero de buena fe que confía en el contenido del registro, esta inclinación de tutela hacia el tercero, además de en la confianza, se basa en que este tercero también haya realizado algún sacrificio al haber invertido en dicha adquisición, por lo cual no debería verse perjudicado sin afectar el tráfico jurídico (Menezes 1990: 392) y (Cristóbal 1967: 97).

Es por esta razón que si el tercero adquirió a título gratuito, dicha adquisición no es un supuesto de adquisición *a non domino*, y debe ceder frente al verdadero titular. Y en el caso de haber causado algún daño al adquirente de buena fe, podría demandar resarcimiento contra el otorgante si este lo indujo a error.

Debemos precisar que en nuestro medio algunos autores han identificado los negocios del tráfico con la onerosidad, lo cual no compartimos dado que un negocio puede ser de tráfico jurídico sin ser oneroso; por ejemplo, las donaciones. No obstante ello, solo las donaciones de carácter oneroso son pasibles de protección.

Tampoco existe adquisición en el supuesto de transmisión vía hereditaria. El artículo 660 de nuestro Código Civil señala: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores».

La transferencia legal se produce una vez que el causante ha fallecido y que se puede dar lugar al siguiente supuesto:

A-----B B-----Herederos

A, siendo incapaz, transfiere a B su inmueble.

Un tiempo después B fallece, y se transmite a sus herederos.

Los herederos no son adquirentes *a non domino*, y no estarían protegidos bajo la fe pública registral.

6. Requisitos para la protección

Una vez realizada la adquisición *a non domino*, el tercero ya es propietario y tiene todos los atributos de dicho derecho; goza incluso de la oponibilidad *erga omnes* al ser un derecho real.

No obstante ello, dicha adquisición puede ceder, por ejemplo, en el caso de que el otorgante inscrito haya transferido a otro tercero, y este último podría oponer su derecho frente al no inscrito.

A ----- B B-----C
Inscrito Inscrito Inscrito No inscrito (5/7)

B-----D
Inscrito Inscrito (5/12)

Diversas posturas han señalado que antes de la inscripción del derecho del tercero existe la acción reivindicatoria de A, dado que seguiría siendo titular del bien.

Discrepamos con dichas posturas por lo siguiente: tal como indicamos en las líneas anteriores, nuestra configuración del artículo 2014 dentro de nuestro sistema denota dos

momentos distintos. El primero —ya desarrollado— es el de la adquisición *a non domino*, la cual no requiere inscripción. Es decir, una vez configurado el primer supuesto, *A* dejó de ser propietario. El segundo extremo de dicho supuesto normativo señala que «mantiene» su adquisición. Y este extremo lo interpretamos como un nivel de oponibilidad mayor.

En el caso propuesto, si el 5 de julio *C* adquirió como adquirente *a non domino* y no inscribió el inmueble, y posteriormente *B* (legitimado aparente) vende a *D* el mismo bien y este inscribe el 5 de diciembre, el titular del inmueble será *D*, dado que habrá consumado el supuesto de hecho complejo que está regulado en el artículo 2014.

Por otro lado, ¿*D* debe tener buena fe? ¿Hasta qué momento?

Consideramos que para que se logre dicha protección se requiere la buena fe hasta que se presente el título en el registro, dado que una vez presentado este no depende de las partes sino de la institución registral. A esto debemos añadir que, en función de la retroprioridad, la vigencia de la inscripción se retrotraerá al momento de la presentación.

7. Un supuesto especial: la falsificación de documentos

Situaciones lamentables como la falsificación de documentos han puesto en problemas al principio de fe pública registral, toda vez que frente a «casos reales» parecería que este principio ha quedado rezagado.

Desde diversos ámbitos se ha señalado que el principio de fe pública registral «legítima» delitos, por lo que debe abrogarse, derogarse o reconfigurarse.

Somos de la posición que en el caso de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral y que esta interpretación no requiere de una modificación parcial o total de la norma, sino solo conocer bien sus fundamentos.

Empecemos con criterios que han sido difundidos. En octubre de 2012 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil cuyo segundo tema fue «La fe pública registral en los casos de falsificaciones de títulos».

Así pues, la primera ponencia de dicho pleno señaló que el principio de fe pública registral debía aplicarse en los supuestos de falsificación de documentos:

La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el Artículo 2014 del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuenta con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal.

La segunda ponencia, por el contrario, señaló que ante la presencia de «vicios radicales de nulidad» no se aplica la fe pública registral:

La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el Artículo 70 de la Comisión del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El Artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos.

Como fundamentos de la defensa del principio de fe pública se brindó la protección del «tráfico patrimonial». Fundamentos de la primera ponencia:

El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nro. 1845-2000- Junín que señala que el artículo 2014 del Código Sustantivo desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto las inscripciones del registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirentes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad, una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la actitud del registro deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación Nro. 1168-98-Lambayeque).

Como fundamento de la tutela del verdadero propietario se encuentra el artículo 70 de la Constitución que regula la inviolabilidad de la propiedad. La interpretación contraria sería irracional, dado que se estaría «legalizando un despojo». Fundamentos de la segunda ponencia:

El Artículo 70 de la Constitución del Estado preceptúa que: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio». En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional, trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además en concordancia con lo previsto en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad de la propiedad, por ser este un derecho fundamental. Por consiguiente, el principio de fe pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó.

Debemos apartarnos de la primera ponencia, ya que consideramos que no cuenta con todas las herramientas de análisis; pues solo se fija en los requisitos de adquisición del tercero y no toma en cuenta, por ejemplo, el vínculo previo del transferente para que pueda configurarse la adquisición *a non domino*.

Asimismo, si bien compartimos la segunda postura, los argumentos —con el debido respeto— pudieron tomar en cuenta las variables de adquisición *a non domino*.

En este sentido, debemos recordar que el segundo extremo del primer párrafo del artículo 2014 dice: «[...] mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos».

Entendemos que este artículo, a pesar de que no exista transferencia válida en el primer negocio jurídico, ya sea por nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión, otorga efectos a la transferencia realizada a favor del tercero.

Dicho artículo no distingue, como lo hace la primera ponencia, entre «vicios radicales de nulidad» y «vicios atenuados de nulidad».

Entendemos que nuestros magistrados han querido mostrar que la intensidad en los supuestos de falsificación de documentos es gravosa por la no participación del verdadero titular; sin embargo, consideramos que se puede llegar al mismo resultado con una aplicación adecuada de los conceptos previamente explicados.

Téngase en cuenta que en cualquier supuesto de adquisiciones *a non domino* existe un «despojo» de titularidad al verdadero propietario; no obstante lo cual, no consideramos que los magistrados hayan deseado extender dicha interpretación a cualquier supuesto de adquisición *a non domino* como los mencionados en los artículos 948 y 194, entre otros.

En principio, deberíamos señalar que en los supuestos de falsificación de documentos nos encontramos en el supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, lo cual es pasible de nulidad. Dicha nulidad no puede sanearse y tampoco se puede aplicar el instituto de la conversión; por tanto, en este extremo sería aplicable el principio de la buena fe registral.

Ahora bien, ya que el registro no convalida nulidades,³⁰ el transferente no podría derivar de buena fe su titularidad al tercero, pues no goza de la legitimidad causal. No obstante ello, dada su inscripción en el registro, sí tiene legitimación aparente, y esta se presume exacta y válida.³¹

Entonces, aparentemente, dicho legitimado, a pesar de no ser titular, goza del poder de disposición (*Verfügungsmacht*), por ello y en virtud de la fuente de validez normativa que lo autoriza (*Ermächtigungsnorm*) (es decir, el artículo 2014), lo cual permite que se despliegue la eficacia en la adquisición del tercero de buena fe; es decir, que sea el nuevo titular.

En ese sentido, sigue estando vigente la afirmación de Oertman cuando señala que la apariencia (que en este caso se configura en la legitimación aparente del otorgante) se configura como presupuesto de eficacia del acto o negocio, y no como elemento constitutivo (1930: 461).

No obstante ello, dado que aparentemente se ha configurado la adquisición *a non domino*, falta un requisito que se verifica también en el supuesto del artículo 948: «El titular aparente debe haber obtenido mediante un título la posición externa de propietario» (Lehmann 1956: 204).

7.1. Supuesto especial: adquisición *a non domino* de bienes muebles

Entender este supuesto regulado en nuestro ordenamiento nos puede ayudar a entender claramente uno de los requisitos esenciales de las denominadas «adquisiciones *a non domino*».

30 En este extremo discrepamos con Mota Pinto cuando señala que las nulidades o anulabilidades funcionan en «face de terceiros» (1985: 369-370).

31 Artículo 2013.- El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos³² y los adquiridos con infracción de la ley penal.³³

Si bien la regla es que «[...] La tradición traslativa de dominio debe ser efectuada por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y ser recibida por quien sea capaz de adquirir» (Maisch 1988: 185-186), no siempre se lleva a cabo de esa manera.

Así pues, imaginemos que Juan cede temporalmente a Pedro su Ipad para que realice su trabajo de la universidad. Pedro lo usa en clase, y recibe una oferta de María— a quien le gusta dicho bien,— por lo que procede a transferírselo mediante entrega como si fuera el titular.

Nuestro artículo 912 del Código sustantivo señala que «El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. [...]», lo cual puede tener su fundamento en términos de Arias-Schreiber en que

La seguridad de las transacciones comerciales mobiliarias y la multiplicación del crédito exigen un sistema simple y exento de trabas. Y este sistema no era ni podía ser otro que el de la presunción absoluta del dominio de los bienes muebles [...] (1987: 300).

En razón de ello, el primer párrafo indica que quien recibe la posesión de un no titular que posee un bien mueble adquiere la titularidad de este a pesar de que el poseedor haya carecido de la legitimación causal.

Por tanto, aplicamos la misma lógica que en el caso anterior: si bien no existe una titularidad en Pedro, el título que generó la cesión de uso por parte de Juan a favor de Pedro legitima

32 Apropiación irregular.

Artículo 192.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro, o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil [...].

33 En el derecho alemán se señala: «§ 932 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

(1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

(2) Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört». («§ 932: 1. En virtud de transmisión realizada de acuerdo con el § 929, el adquirente también se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a menos que no actúe de buena fe en el momento en el que, en virtud de estas disposiciones, adquirió la propiedad. En el caso del § 929.2, se aplica esto cuando el comprador ha obtenido la posesión del enajenante. 2. El adquirente no actúa de buena fe si conoce, o debido a negligencia grave desconoce, que la cosa no pertenece al enajenante»). (La traducción es nuestra)

En el derecho italiano: «1153. Effetti dell'acquisto del possesso.- Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. La proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente. Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno». («1153. Efectos de la adquisición de la posesión.- Aquel al que son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de estos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que tenga buena fe al momento de la entrega, y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad. La propiedad se adquiere libre de derechos ajenos sobre la cosa, si estos no resultan del título y si existe buena fe en el adquirente. De la misma manera se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda»). (La traducción es nuestra)

aparentemente a este último para poder transferir (no causal dado que no se le autorizó a circular la titularidad) y gozar del poder de disposición (*Verfügungsmacht*). Por ello, y en virtud de su fuente de validez normativa que lo autoriza (*Ermächtigungsnorm*), el primer párrafo del artículo 948.

No obstante ello, existe una variable adicional que se encuentra en el segundo párrafo de dicho artículo, dado que excluye los bienes perdidos y los que son pasibles de sanción por la ley penal.

En virtud de dicho segundo párrafo no podría aplicarse la adquisición *a non domino*, dado que nos encontraríamos en el tipo penal de apropiación ilícita.³⁴ Incluso si Pedro hubiera recibido por error dicho bien y luego lo hubiera transferido a María cumpliendo con los requisitos previamente desarrollados, el segundo párrafo del artículo impediría que se configure la adquisición *a non domino*, dado que nos encontraríamos en el tipo penal de apropiación irregular.³⁵ De igual forma, estaría sancionada cualquier venta de bien ajeno bajo el tipo penal de estelionato.³⁶

Si estos supuestos están fuera del supuesto de hecho del artículo 948, entonces se vacía de contenido dado que siempre en el supuesto de adquisición *a non domino* el transferente señala que el bien ajeno es propio (pasible de sanción penal), y si indica que el bien es ajeno le quita la buena fe al tercero y no se produce la adquisición.³⁷

El antecedente del artículo 948 del Código Civil fue el artículo 890 del Código Civil de 1936:

Artículo 890.- Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los muebles objeto de las ventas a plazos que autoriza la ley de la materia, y los regidos por el Código Penal y otras leyes especiales.

34 Apropiación ilícita común

Artículo 190.- El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

35 Artículo 192.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro, o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil.
2. Se apropia de un bien ajeno en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad

36 Casos de defraudación

Artículo 197.- La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

[...] 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

37 Véase sobre la interpretación amplia Chang (2006: 396, volumen II).

Castañeda señaló sobre el particular que

[...] entre la tutela de un interés general, que es la circulación de los bienes muebles, y la tutela de un interés particular, que es el derecho del propietario, el ordenamiento jurídico ha preferido la segunda y sacrificado la primera (1973: 272).

Es interesante considerar el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984 cuando señala que:

Artículo 927.- Sin embargo, si se hace tradición de la cosa al acreedor y este la recibe de buena fe y como propietario adquiere su propiedad aunque el enajenante carezca de derecho para transmitir el dominio.

Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos. (Las cursivas son nuestras)

De igual forma, el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 fue el siguiente:

Artículo 980.- Cuando se hiciera tradición de un bien no registrado y el adquirente lo recibiere de buena fe y como propietario, adquirirá el derecho de propiedad. Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos. (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980 (atribuido a Jorge Avendaño Valdez) indicó:

Artículo 42.- Cuando se hiciera tradición de un bien mueble no registrado y el adquirente lo recibiere de buena fe y como propietario, adquirirá el derecho de propiedad. Se exceptúan de esta regla los bienes robados o perdidos. (Las cursivas son nuestras)

Son interesantes dichas propuestas, dado que somos de la posición de que debe realizarse una interpretación restrictiva de dicha norma para hacer posible su aplicación.

Para que se configure la adquisición *a non domino*, el propietario aparente tiene como base un título traslativo de propiedad o de cualquier otro derecho formado por la declaración de voluntad del verdadero titular del bien, aunque esta última sea inválida o ineficaz.

En el caso del artículo 948, los supuestos de infracción penal deben interpretarse restrictivamente para aquellos supuestos en los cuales no existe título alguno del verdadero titular en el que ceda derecho alguno al legitimado aparente, como en las figuras de hurto³⁸ o robo.³⁹

Es decir, en las figuras en las cuales el legitimado aparente haya recibido mediante título algún derecho del titular, y este haya dispuesto de alguna forma a un tercero de buena fe bajo los requisitos de la adquisición *a non domino*, existirá una transferencia válida y eficaz.

38 Artículo 185. Hurto Simple. El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

39 Artículo 188. Robo. El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En nuestro supuesto de fe pública registral, el titular aparente tiene como base un título traslativo de propiedad formado por la declaración de voluntad del verdadero titular del inmueble, aunque dicho título sea inválido o ineficaz. Quedan fuera de este concepto las falsificaciones de documentos, dado que no existe voluntad de declaración.

Es por esta razón que en los casos de falsificación de documentos⁴⁰ no se aplica el principio de fe pública registral, toda vez que no cumple con todo el supuesto de hecho complejo en el que se desenvuelven las adquisiciones *a non domino*.

8. Conclusiones

- a) El principio de fe pública registral en nuestro ordenamiento ha sido regulado considerando dos supuestos de hecho: la adquisición *a non domino* y la oponibilidad de la inscripción.
- b) La circulación jurídica de los bienes inmuebles puede entenderse a partir de la distinción de los conceptos de titularidad, *legitimación* y *poder de disposición*.
- c) Los supuestos de adquisición *a non domino* son aquellos en los cuales, a pesar de que el transferente no es el titular, el comprador adquiere válida y eficazmente.
- d) Nosotros asumimos que el poder de disposición es un acto de manifestación de la autonomía privada y que se ubica en la norma autorizante; para el caso materia de estudio, en el artículo 2014.
- e) En los supuestos de adquisición *a non domino* de bienes inmuebles consideramos que debe realizarse una interpretación restrictiva del segundo párrafo del artículo 948 a los bienes hurtados y robados.
- f) En los casos de la fe pública registral consideramos que la buena fe del tercero es de diligencia, la cual no se extiende a la verificación de la posesión y solo en supuestos excepcionales al título archivado.
- g) En los casos de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral, dado que a pesar de configurarse un supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad, no existe título en la adquisición del otorgante emitido por el verdadero propietario.
- h) La inscripción del derecho por parte del tercero registral debe realizarse para lograr mayor oponibilidad.

9. Bibliografía

ARIAS-SCHREIBER
1987 *Exégesis*. Tomo I. Lima: Studiu.

⁴⁰ Véase cómo se regula este supuesto en el artículo 1, capítulo 18 del *Land Code* de Suecia: La fe pública no se aplica en los siguientes supuestos: «1°. Si el documento en que se funda el derecho del adquirente es falso, fue otorgado por persona que carecía de facultades para ello o es inválido al haber sido otorgado bajo coacción con arreglo al artículo 28 de la *Contracts Act* [...]».

- AVENDAÑO, Francisco
2009 «Garantía mobiliaria preconstituida y garantía a non domino». En VV. AA. Libro *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tres tomos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 39-52
- AZEVEDO, Philadelpho
1942 *Registro de imóveis*. Río de Janeiro: Livraria Jacintho.
- BRAHM, Enrique
1985 *Eigentum und Enteignung im Dritten Reich*. Steinbach: Taunus.
- CALDENTEY, Juan
1952 *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch.
- CARIOTA, Luigi
1936 *I negozi sul patrimonio altrui*. Padova: Cedam.
- CARNELUTTI, Francesco
1933 *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: Cedam.
- CARVALHO, Afranio de
1977 *Registro imóveis: comentários ao sistema de registro em face da lei No. 6015 de 1973, com as alterações da lei No. 6216 de 1975*. Segunda edición. Río de Janeiro: Forense.
- CASTAÑEDA, Jorge
1973 *Los derechos reales*. Cuarta edición. Tomo I. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- CASTRO, Torquato
1985 *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. San Pablo: Saraiva.
- CHANG, Romy
2006 *Derivaciones civiles y penales a partir del tratamiento del objeto de protección propiedad privada, de cara a la legislación penal*. Dos volúmenes. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
2007 *Expediente N.º 2458-2005*. Sentencia casatoria: 31 de enero de 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis do
1976 *A obrigaçao como proceso*. San Pablo: José Bushatsky.
- COUTURE, Eduardo
1954 *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo

CRISTÓBAL, Ángel

1967 *El tercero registral en el derecho venezolano*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

CUENA, Matilde

1996 *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona: José María Bosch Editor.

EL COMERCIO

2013 «Robo de terrenos en Surco: esta es la banda de estafadores». Consulta: 13 de mayo de 2013
<http://elcomercio.pe/actualidad/1575871/noticia-solicitan-bloquear-inmuebles-que-compro-suegra-alejandro-toledo?ref=home&ft=flujo-video#news>

ENNECCERUS, Ludwig; Theodor KIPP, y Martin WOLF

1971 *Tratado de derecho civil*. Tomo III. Barcelona: Bosch.

FERRI, Luigi

1969 *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español de Luis Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado.

GARCÍA, José Manuel

1993 *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Madrid: Civitas.

GOMES, Orlando

1980 *Direitos Reais*. Sétima edición. Rio de Janeiro: Forense

GONZÁLEZ, Antonio

1967 «Fides pública judicial». Consulta: 10 de julio de 2013.
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344048316?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DVer_Estudio_Doctrinal.pdf&blobheadervalue2=1288775166921

GORDILLO, Antonio

1978 *La representación aparente*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones.

JUNQUEIRA, Antonio

2002 *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. Cuarta edición. San Pablo: Saraiva.

1974 *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. Segunda edición. San Pablo: Saraiva.

LADARIA, Juan

1952 *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch.

LANGE, Heinrich

1933 *Liberalismus, Nazionalsocialismus und Bürgerliches Recht*. Mohr: Tübingen.

LEHMANN, Heinrich

1954 *Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho*. Tratado de derecho civil, volumen I. Traducción de José María Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado.

MADISON, James

1906 «Property» [1792]. En HUNT, G. (editor). *The Writings of James Madison*. Volumen 6. Nueva York: G. P. Putnam's Sons y Nickerbocker.

MAISCH, Lucrecia

1988 «Exposición de motivos y comentarios del libro de derechos reales del Código Civil». En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil*. Tomo 5. Tercera edición. Lima: Grafotécnica Editores e Impresores.

MEJORADA, Martín

2012 «Fundamentos de la tutela de los terceros adquirentes de buena fe». En PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-146

MENEZES, Antonio

1990 *Teoria geral do direito civil*. Segunda edición. Volmen I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito.

MENGONI, Luigi

1969 *L'acquisto «a non domino»*. Milano.

MESSINEO, Francesco

1928 *I titoli di credito*. Tomo I. Padua: CEDAM.

MONTORZI, Mario

2004 «Nascita della fides publica». *Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Institüts Für Euroäische Rechtsgeschichte Rg 05*, pp. 232-235.

MOTA, Carlos Alberto

2012 *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora.

OERTMAN, Paul

1930 «Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein». *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*. Volumen 95.

PAES, Francisco

1992 *A propriedade aparente (A aquisição a non domino da propriedade imóvel com eficácia translativa no código civil)*. Tesis de doctorado. Volumen I, San Pablo.

PENTEADO, Mário

1972 «A legitimação nos atos jurídicos». *Revista dos Tribunais*. Volumen 564.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2001 *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición. Consulta: 30 de octubre de 2013.

<http://www.rae.es>

REGELBERGER

1904 «Der Sogennante Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten». *Iherings Jahrbücher*.

SCHWAB, K. y H. PRÜTTING.

2006 *Sachenrecht*. Trigésima segunda edición. Múnich: C. H. Beck.

SILVA, Martha

2005 «¿Por qué la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones no comprende a los títulos archivados?». *Gaceta Jurídica. Actualidad Jurídica*. Tomo 145.

VON TUHR, Andreas

1947 *Teoría general del derecho alemán*. Volumen II. Traducción de Tito Ravá. Buenos Aires: Editorial Depalma.

WESTERMANN, H. y otros

2006 *Sachenrecht: Ein Lehrbuch*. Séptima edición. Heidelberg: C. F. Müller.

LA VINCULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS ¿SUSTANCIA O PROCEDIMIENTO?

Jesús Córdova Schaefer
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Egresados

El presente estudio aborda los arbitrajes con extensión del convenio arbitral a un no signatario en nuestro país, esto es, la cuestión relativa a la aplicación de las reglas del proceso civil para la participación de terceros en el arbitraje.

Para ello, se identifica que la regulación establecida en el Código Procesal Civil no se condice con la naturaleza del arbitraje y por ello no responde a su flexibilidad inherente. De igual forma, a diferencia de lo que ocurría con la Ley de Arbitraje anterior, la nueva norma que regula el arbitraje, es decir, el Decreto Legislativo 1071, es autonormativa, por lo cual no tienen sustento las posiciones de aquellos que persisten en que la intervención del no signatario sea a través de la figura del litisconsorcio regulada en el Código Procesal Civil.

La consecuencia o hipótesis que se demuestra en esta investigación es que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje no requiere un sustrato procesal, debido a que existen requisitos que la propia norma establece para su aplicación. Esos requisitos difieren absolutamente de la lógica que regula la participación de terceros en el proceso civil.

I. El Lecho de Procusto y la Aplicación Supletoria del Código Procesal Civil

En la mitología griega, se cuenta de un personaje llamado Procusto, quien vivía en Ática (Kundmüller 2011) y se dedicaba a hacer fechorías, pero también daba alojamiento y hospedaje en su vivienda a los extranjeros. Se dice que Procusto a cada huésped o viajero solitario que recibía lo invitaba a descansar en un lecho de hierro y en la noche el invitado era acoplado al tamaño o dimensión de dicho lecho. Para ello, Procusto amputaba, cortaba o cercenaba los pies o la cabeza del viajero, si este resultaba ser más grande que el lecho y, en otras situaciones, procedía a alargar las extremidades del invitado a tal punto que lo descoyuntaba si el lecho era más grande. Se cuenta, además, que siempre modificaba el tamaño de la cama para que nunca fuera del mismo tamaño que el viajero.

Muchas veces, a efectos de explicar una situación o conceptual un objeto nuevo se realiza una comparación con otro objeto conocido, para que el interlocutor o lector pueda comprender de qué se está hablando.

El lenguaje puede resultar insuficiente para describir detalladamente un objeto, más aún si este es desconocido completamente por quien describe tal objeto, por eso, quien define tratará de recurrir a sus conceptos previamente aprehendidos para explicar un objeto desconocido.

Al respecto, resulta ilustrativo lo indicado por De Trazegnies Granda al comentar que el cronista Juan de Matienzo, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerarlas ovejas: «Llaman los naturales a las ovexas, llamas [...]. Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las Cabezas son largas (...), pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de “características especiales”» (2003: 32).

En el derecho, sucede con frecuencia que para definir una institución jurídica o su naturaleza jurídica, los juristas recurren a otras instituciones jurídicas similares. Pero en ese intento de definir un objeto a partir de otro, se pierden aspectos que pueden ser trascendentes en el concepto. Tal es el caso de la naturaleza jurídica del arbitraje; tanto contractualistas como procesalistas explican al arbitraje desde su propio campo de estudio y dan al arbitraje una naturaleza contractual o procesal, respectivamente (Córdova Schaefer 2013: 33).

En esta investigación, no se considera que el arbitraje tenga una naturaleza procesal. El arbitraje es diferente de ella y tiene sus propias reglas de juego. Así, si se piensa que es posible aplicar al arbitraje ciertas reglas del proceso civil, como es el caso de la intervención del no signatario, se estaría dejando de lado la aplicación propia de las instituciones arbitrales desarrolladas en la jurisprudencia arbitral, las cuales en el fondo utilizan los principios del derecho contractual.

Sin embargo, una visión contractualista del arbitraje a veces también resulta insuficiente, cuando se trata temas como el class action en el arbitraje (Strong 2012), llamada también class arbitration o arbitrajes de inversión, en los que no existe un convenio arbitral suscrito entre las partes.¹

Ahora bien, el uso de determinadas instituciones recogidas en el Código Procesal Civil no es más que un efecto del lecho de Procusto aplicado al arbitraje, porque trata de cortar o cercenar la aplicación de las instituciones, principios, usos y costumbres en materia arbitral para acomodarlo en ese lecho procesal, en donde los procesalistas se sentirán cómodos con las reglas procesales del Código Procesal Civil y descoyuntarán las reglas arbitrales.

Veamos en el siguiente punto cómo se ha desarrollado esta relación de amor y odio entre las reglas del proceso civil y las del arbitraje (Santistevan de Noriega 2002; Pérez-Rosas Pons 2007).

¹ Cabe comentar que existen supuestos en los que se puede recurrir a un arbitraje sin contar necesariamente con un convenio arbitral (denominado también *arbitration without privity*), es el caso, por ejemplo, de los contratos que se encuentran en el ámbito de un tratado de inversión bilateral (BIT) (Paulsson 1995; Bullard González 2006). Este último señala que «ni siquiera la “contractualización” marca el último límite. Han aparecido una serie de tratados internacionales que han ido incluso más allá de lo imaginable para un fanático del arbitraje. Estos tratados nos traen el “arbitraje sin convenio” (*arbitration without privity*), en el que el Estado queda sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le abre esa puerta. El caso más conocido es el del sistema CIADI que permite, a través de los llamados tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, que un inversionista que se sienta afectado por un acto del Estado reclame arbitralmente la responsabilidad que corresponde. Así, habrá contratos administrativos, incluso contratos de concesión, cuyas controversias serán arbitrales, a pesar de que dichos contratos carezcan de cláusula arbitral. O más aún, se arbitrará con el Estado a pesar de que no exista ni siquiera un contrato».

1.1. Las reglas del arbitraje versus Las reglas del proceso civil

Si se revisa la historia de la regulación del arbitraje en el Perú, podríamos darnos cuenta de que su estructura jurídica legal ha variado constantemente. Y no nos referimos únicamente al contenido de su regulación legal, sino a los cuerpos normativos a los que ha pertenecido.

En un primer momento, fue regulado en el Código de Enjuiciamientos en materia civil del Perú de 1852 (Art. 57 al 80), con el título Jueces árbitros; luego en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Arts. 548 al 582) como Juicio arbitral.

En el año 1979, a raíz del impulso del Dr. Andrés Aramburú Menchaca, se constitucionalizó el arbitraje² en la Constitución de 1979³ y se siguió esta línea también en la Constitución de 1993.

Posteriormente, el arbitraje pasó a ser regulado en el Código Civil de 1984, lo que influyó en la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, respecto a su carácter procesal y su carácter contractual. En 1988, el Congreso ratificó tanto la Convención de Nueva York de 1958 como la de Panamá de 1975, lo cual originó que la regulación del arbitraje tuviera su propio lugar y fuera derogado del Código Civil, lo que dio nacimiento a la Ley General de Arbitraje – Decreto Ley N° 25935.

Sin embargo, en esta Ley General de Arbitraje, quedaron algunos vestigios procesalistas⁴ y el Código Procesal Civil de 1993, al establecer la aplicación supletoria a los demás ordenamientos procesales en caso de no indicarse lo contrario, más el hecho de entenderse –de acuerdo con la *communis opinio*– que el arbitraje era un ordenamiento procesal, hizo que los aplicadores del derecho entendieran que al arbitraje se le debía aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil⁵, y esta es la idea que se ha desarrollado también con la vigencia de la posterior Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.⁶

2 Al respecto, puede revisarse Cantuarias Salaverry y Aramburú (1994: 50-52); Caivano (2006: 123-146); De Jesús Ossio (2006: 64-87) y Landa Arroyo (2007: 39-42).

3 El artículo 233 de la Constitución de 1979 señalaba que no existe ni se puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.

4 Por ejemplo, en el artículo 28, numeral 6, indica que «los árbitros dictan reglas complementarias que fueran necesarias. Si no lo hacen, en los arbitrajes de derecho se aplican supletoriamente las reglas correspondientes al proceso abreviado, con exclusión de las referidas a los medios impugnatorios».

5 Código Procesal Civil. Disposiciones complementarias. Disposiciones finales
Primera.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

6 Cfr. Rubio Guerrero (2007: 10-13). Para este autor:

[U]na de las peligrosas distorsiones del arbitraje de hoy en nuestro medio es desconocer todo este legado y todo este desarrollo internacional del arbitraje y cambiarlo por una perspectiva eminentemente «procesal» del arbitraje que no se limita a buscar, sino a trasladar abiertamente las normas e instituciones del Derecho Procesal Civil a los procesos arbitrales, sin tener en cuenta los principios, las reglas y la lógica propia de un arbitraje. Esta suerte de «judicialización» del arbitraje en nuestro medio se activa por obra y gracia de la interpretación laxa de un dispositivo legal y una premisa teórica equivocada, ambas estrechamente vinculadas. La norma en cuestión es la primera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil, que literalmente expresa que «las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». Los abogados en ejercicio en litigios civiles, y algunos árbitros también, formados en ejercicio en litigios civiles, han encontrado esta palanca perniciosa para trasladar toda la lógica procesal a los procesos arbitrales ante los vacíos y lagunas de la ley arbitral y de las reglas de arbitraje, sin reparar en los alcances y el sentido de esta supletoriedad.

La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, dada en el año 1996, siguiendo los parámetros de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*⁷ del 21 de junio de 1985, planteó una estructura regulatoria que hacía más amigable el uso del arbitraje, a diferencia de las regulaciones anteriores (Cantuarias Salaverry 1996).

No fue únicamente la Ley General de Arbitraje la que permitió abrir las puertas a un sistema nuevo y atrayente como era el arbitraje, sino que también coexistieron diversos factores que impulsaron el arbitraje. Justamente, uno de ellos fue el número creciente de agentes (nacionales y extranjeros) en el mercado que se encontraban deseosos de realizar inversiones en el país y, para ello, un nuevo marco constitucional económico les debía permitir dicho ingreso.

Así, en la década de 1990 y con la idea de cambiar el sistema económico e impulsar la libre competencia y la inversión privada (dada la ineficiencia y fracaso del Estado empresarial) es que se abrió el camino a los agentes económicos para que intervengan en el mercado (Bullard González 2003).

En esos años, se impulsó un nuevo régimen económico a través de la Constitución de 1993 y de diferentes normas. Con esto se perfiló un cambio en el comercio, el cual fue creciendo notablemente, tanto nacional como internacionalmente, conjuntamente con el advenimiento de inversiones privadas extranjeras. Fue preciso, entonces, garantizar una vía alterna en caso de conflicto, diferente del Poder Judicial local, para evitar parcialidades.

Fue en este escenario, que el arbitraje internacional tomó un papel importante y los centros arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros, se volvieron protagonistas para asegurar el buen desarrollo del sistema arbitral ante el crecimiento de los arbitrajes comerciales⁸ y de inversión (Kundmüller Caminiti 2006; Cantuarias Salaverry 2004). Esto hizo que los inversionistas extranjeros y los estados puedan recurrir a una vía neutral y no a la jurisdicción nacional, para obtener las garantías y la eficacia necesarias (Kundmüller Caminiti 2006; Cantuarias Salaverry 2004).

En el Perú, ha habido un aumento considerable de casos arbitrales, no solamente de arbitrajes institucionales llevados a cabo en las diferentes cámaras de comercio, sino también arbitrajes ad hoc y los arbitrajes administrativos llevados en el OSCE. Sin duda, hay un marco auspicioso que pretende ingresar en otras actividades económicas, como el arbitraje sobre protección al consumidor, el arbitraje popular y otras; basta con mencionar, por ejemplo, que la Cámara de Comercio de Lima en 1993 solo tenía dos casos arbitrales y en el año 2011 el número de arbitrajes ascendía a 2042.

Evidentemente, al aumentar el número de participantes en el arbitraje —árbitros, partes,

7 Tal como refiere Conejero Roos (2006: 29-30):

[E]n 1985, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó y publicó esta normativa, la cual nació con el propósito de crear un texto que pudiera reflejar los principios universalmente aceptados del arbitraje comercial internacional. Con él se podrían evitar las evidentes y a veces profundas divergencias existentes entre tales principios y las leyes locales sobre arbitraje de los distintos países. En particular, se consagraron como principios básicos el de otorgar a las partes envueltas en un proceso arbitral un alto grado de libertad y autonomía para diseñar dicho proceso y el de confiar a los tribunales locales un limitado rol de asistencia y control en ciertas cuestiones, tales como: el nombramiento y recusación de árbitros, la adopción de medidas precautorias, la producción de pruebas y, en fin, la revisión de los laudos arbitrales.

8 Resulta ilustrativo la referencia que hace Park et al, sobre el particular al referir que «[B]y 1976, 3000 requests for arbitration had been filed with the ICC. In 1998, the Secretariat of the International Court of Arbitration received the 10,000th case. Thus, more than two-thirds of all cases brought to ICC arbitration arose in the last 20 years of its 75-year existence» (Craig, Park y Paulsson 2000: 2).

sedes arbitrales, peritos, el mismo Poder Judicial y el Tribunal Constitucional— las reglas dadas por la Ley General del Arbitraje se tomaron insuficientes, por vacíos que no se habían previsto. Esto es lógico, pues la realidad y la sociedad siempre son cambiantes, y la ley no se mueve a la misma velocidad que aquélla.

Es por eso que fue preciso incorporar o regular supuestos de hecho, que la misma práctica arbitral ha ido demandando. Esto justificó la nueva Ley de Arbitraje, el Decreto Legislativo 1071, para poder arbitrar más y mejor (Soto Coaguila y Bullard González 2010). Asimismo, a raíz de la experiencia generada por la anterior norma, se modificaron diversos dispositivos, de tal manera que el objetivo principal de esta nueva regulación es la de agilizar los procesos arbitrales sin tener interferencias judiciales (Arrarte Arisnabarreta 2007).

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la incorporación de los no signatarios no estaba regulada, como ocurre en la mayoría de legislaciones. Entonces, la solución que plantearon los árbitros y jueces fue la de aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil, a través de la figura del litisconsorte.

En efecto, algunas voces han sostenido que el Código Procesal Civil y sus instituciones procesales deben aplicarse en el arbitraje. Sobre el tema, Osterling Parodi (2008) ha señalado que:

Al respecto, cabe señalar que la ausencia de regulación de la Ley General de arbitraje sobre la intervención de terceros no determina que esta norma haya optado por excluir dicha posibilidad de un arbitraje. De hecho, son principios fundamentales de cualquier mecanismo de administración de justicia la economía procesal, el derecho de defensa y, asimismo, la aversión a las resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, principios que constituyen los pilares fundamentales de la institución de intervención de terceros en un proceso. De ahí que las normas procesales generales, recogidas por la Constitución Política y el Código Procesal Civil, resulten *mutatis mutandis* aplicables al arbitraje.

Otros autores estiman una aplicación cautelosa, pero para efectos de la intervención de los no signatarios ven necesario la aplicación de las reglas del Código Procesal Civil.⁹ Así, han afirmado lo siguiente:

No es conveniente trasladar instituciones del derecho procesal sin tener en cuenta los principios y lógica propia de un arbitraje, pero tampoco es conveniente huir del mismo. Se propugna un traslado de instituciones procesales que provean beneficios al arbitraje, como el litisconsorcio, la acumulación de pedidos, la intervención de terceros, las medidas cautelares, la prueba, la legitimidad para obrar, la litispendencia y otras figuras similares, que tienen plena aplicación al ser instituciones surgidas de las vicisitudes que se presentan al interior de un proceso y de un arbitraje, y que han sido estudiadas y perfeccionadas a lo largo de la historia del derecho procesal. (Panduro Meza 2001 I; 154)

Incluso se habla de la obligatoriedad que tienen los árbitros de aplicar las normas de carácter procesal:

No sólo bajo las condiciones señaladas el árbitro **puede** aplicar las instituciones procesales en un arbitraje. En muchos casos, *la aplicación de la regla procesal es la opción más adecuada para la realización de la finalidad perseguida por el arbitraje y, por ende, el árbitro debe aplicarla*. La creación de una regla

9 Específicamente, las reglas del litisconsorcio reguladas en los artículos 92, 93 y 94.

específica en vez de la adopción de una institución procesal fruto de siglos de estudio científico, conlleva el riesgo de no aplicar la más idónea por la imposibilidad de que el árbitro realice un estudio profundo y extenso sobre la consecuencia de su actuación, que considere todas las posibles ventajas, desventajas y efectos de adoptarla, y, además, debido a una muy probable inexperiencia sobre el evento específico que le permita visualizar los efectos de su decisión (Panduro Meza 2011; 153-154) (Las cursivas son nuestras).

Esta aplicación supletoria de las reglas del proceso civil al arbitraje ha tenido también cierta receptividad en la legislación de algunos países de la región, como es el caso de Colombia, que a través del Decreto 1818, publicado el 7 de setiembre de 1998, aprobó el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Al respecto, el artículo 149 bis, referente a la intervención de terceros en el arbitraje indica:

Quando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998).

Así también, el artículo 150 del mismo cuerpo legislativo es más claro y enfático al regular la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en casos de intervención de terceros en el arbitraje al señalar que:

La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención. (Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30A del Decreto 2279 de 1989)». (Las cursivas son nuestras).

Esto se ha visto reflejado en la jurisprudencia colombiana, en donde la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sala de Casación Civil,¹⁰ con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, decidió en segunda instancia la vinculación de una parte con la aplicación de normas procesales internas que regulan la intervención de terceros en los procesos judiciales, y señaló que:

[...] debe relievase que quien participa de un procedimiento arbitral por haber manifestado su consentimiento a través de un pacto de la respectiva naturaleza, conserva todos los derechos que

10 Rad. 11001-22-03-000-2008-00521-01.

el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos procesales en el escenario del proceso judicial incluidos aquellos atinentes a hacer concurrir a terceros a través de los mecanismos que la propia ley contempla, de manera que no tenga la carga adicional de impulsar un nuevo proceso para ventilar con esos terceros las relaciones jurídicas que bien puede dirimir en el procedimiento arbitral. [...] concluye la Sala que la única voluntad determinante para hacer actuar la figura del llamamiento en garantía es la del llamante, independientemente de si ello ocurre en el escenario de la administración de justicia a través del aparato jurisdiccional ordinario, o si se ventila en un tribunal de arbitramento.

Sobre esto, la Ley de Arbitraje peruana ha buscado enterrar este criterio procesal, por lo que ha tenido cuidado en precisar que en lo concerniente a materias no reguladas en la propia ley se debe aplicar de manera supletoria, las instituciones arbitrales, y deja en claro que las reglas del Código Procesal Civil no son aplicables, salvo que la propia norma de arbitraje indique lo contrario.

Así, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje ha establecido lo siguiente:

Artículo 34º.- Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. *Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.* [...] (Las cursivas son nuestras).

Con esto debe quedar en claro que la aplicación supletoria en caso de no existir una norma de la Ley de Arbitraje que regule ese supuesto de hecho, deben aplicarse los principios arbitrales y no el Código Procesal Civil. Esto responde a dos razones fundamentalmente. La primera de ellas se basa en que el proceso civil tiene sus reglas de juego particulares, en donde el juez tiene, en principio, un mayor poder de jurisdicción que el árbitro. El juez puede, a fin de resolver el conflicto, llamar a otras partes que no son ni demandados ni demandantes, sin ningún inconveniente y por el solo poder que ejerce,¹¹ sin necesitar el consentimiento de aquellos. Segundo, porque en el arbitraje, al originarse por un contrato, las partes disponen que su conflicto sea resuelto bajo las reglas distintas del proceso civil, que solo por las atribuciones del arbitraje pueda cumplirse.

Por otro lado, también se ha tratado de legitimar el uso de instituciones procesales al arbitraje, en vista de que las reglas del proceso son fruto de años de investigación y al mismo tiempo son reglas que ya están dadas, y el hecho de que un árbitro o las partes creen sus propias reglas es una pérdida de tiempo. En dichos términos se ha pronunciado Panduro Meza (2011; 144), quien afirma:

Las instituciones procesales que son desarrolladas por la doctrina procesal y que forman parte,

¹¹ De acuerdo con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil «El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia».

en su mayoría, de la teoría general del proceso, **son fruto de cientos de años de experiencia procesal**; cientos de estudios desarrollados en torno a cuáles son las consecuencias jurídicas que mejor responden a dichos fenómenos; y cientos de hipótesis comprobadas sobre cuál es la mejor vía, la mejor consecuencia, el mejor método que debe concederse a determinado evento procesal. *Si las instituciones procesales no fuesen consideradas por el juzgador –sea éste un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral–, éste se vería obligado a elaborar, para el caso concreto, sus propias reglas. Esta situación no sólo ocasionaría un desperdicio de tiempo reprochable, sino que, además, haría inutilizable el tesoro de la experiencia tomada de la historia del derecho procesal* (Las cursivas son nuestras)

Lo indicado en el párrafo citado constituye una falacia *argumentum ad antiquitatem*, porque trata de fundamentar sus razones al recurrir a la tradición, a los años de experiencia procesal, la misma que trata de proclamarse correcta, dado que tradicionalmente se ha desarrollado de esa forma por mucho tiempo. Aquí, entonces, se presenta la necesidad de no romper el status quo, lo cual es incorrecto.

Es incorrecto, por un lado, porque en los orígenes del arbitraje se muestra la necesidad de los comerciantes de tener reglas claras, lejos de los formalismos y burocracias que representaba un proceso ante las cortes (Benson 1990); más aún, los comerciantes recurrían al arbitraje, porque los árbitros, al ser comerciantes también conocían más a fondo la clase de problemas que se daban; se evidenciaba una mayor especialidad de aquellos, frente al juez civil u ordinario, cuya especialidad era totalmente diferente.

Por otro lado, las reglas del proceso pueden también en algunos casos, dentro de los arbitrajes ser demasiado dilatorios, lo cual originaría problemas serios para las partes. Es más, estos problemas se presentan con suma frecuencia en los procesos civiles, sin contar los numerosos problemas estructurales que tiene el Poder Judicial (Córdova Schaefer 2013: 19).

Más aún, dentro de las virtudes o bondades del arbitraje están su informalismo y rapidez (Wang 2000: 205). Al dotarse de reglas del proceso civil al arbitraje, simplemente se convertiría al proceso arbitral a imagen y semejanza de un proceso civil, viéndose en ese caso reducidas aquellas ventajas que destacan del arbitraje. Obviamente, las partes son libres y pueden pactar como parte de las reglas de su arbitraje, las reglas del proceso civil. Nada lo impide. Sin embargo, sería un proceso lento, lleno de recovecos procesales que potencialmente alargarían los tiempos en el arbitraje.

1.2. ¿Quién decide la incorporación del no signatario?

¿Quién debe determinar o decidir si se incorpora o no a un no signatario en un arbitraje? ¿Es el árbitro? ¿Una cámara o institución arbitral? o ¿el juez? La respuesta puede parecer sencilla y en realidad debería ser una sola, y sobre dicha respuesta debería existir consenso. Pero la práctica y la jurisprudencia arbitral han demostrado que esta pregunta es más compleja de lo que parece.

En principio, debería ser el árbitro quien determina si se incorpora o no a un no signatario dentro del proceso del arbitraje por aplicación del principio *Kompetenz Kompetenz*. De igual forma, el árbitro es el director del arbitraje y a efectos de poder resolver la materia en litis es indispensable que evalúe si previamente la intervención de este no signatario es transcendental para no variar la afectación de un derecho propio o de las otras partes envueltas en el arbitraje.

En un caso llevado ante la Swiss Federal Supreme Court, First Civil Law Chamber (5 de

diciembre de 2008),¹² la corte extendió el alcance del convenio arbitral a un no signatario, a pesar de que tanto el árbitro como la institución arbitral (en este caso la ICC) se habían negado a incorporar al no signatario en el proceso arbitral (Koch 2010, P. 380; Landolt 2009). El caso en sí involucra la venta de las acciones de la empresa B. Esta compraventa fue estructurada sobre la base de dos contratos, el primero de ellos era un contrato de compraventa de acciones, en el que el comprador, que denominaremos A, era una persona natural de origen italiano, que adquiriría el 100% de las acciones de la empresa B.

El segundo contrato suscrito fue un contrato de trabajo, en el cual el comprador A se convertiría en gerente general de la compañía. En ambos contratos los firmantes eran diferentes.

El primer contrato fue firmado entre el comprador A y C, en este caso C actuaba en representación del fideicomiso que tiene como beneficiarios a los accionistas de la empresa B. Mientras que en el contrato de trabajo fue B el empleador y A el trabajador. Así, el producto de la venta tenía como finalidad reembolsar una acreencia que la empresa mantenía frente a B y D. Ambos contratos tenían la misma cláusula arbitral, la única variación es que el contrato de trabajo no contenía la palabra «venta» (sales):

In case of any disputes deriving from the [Sales] Contract, the parties agree that it should be competence of the Arbitration Court of the International Chamber of Commerce of Zurich in Lugano. The language of arbitration will be Italian. The law applied will be Swiss law.

Al surgir una controversia, la compañía presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI en París contra A. En su solicitud de arbitraje, que se basó únicamente en el contrato de trabajo, la empresa alegó que había utilizado un activo de la empresa sin tener las facultades necesarias para hacerlo y había competido con la empresa, lo que violaba una cláusula de no competencia contenida en el contrato de trabajo. A, la parte demandada, impugnó la competencia de la CCI, alegando que las partes tenían la intención de arbitrar bajo los auspicios de la Cámara de Comercio de Zúrich y pidió también que los firmantes del contrato de venta, C, B y D, se unieran a las actuaciones arbitrales. Argumentó que su acumulación era necesaria porque tanto el contrato de venta como el contrato de trabajo formaban parte de la misma transacción de naturaleza económica. Las cuestiones surgidas del contrato de trabajo no podían ser decididas sin al mismo tiempo afectar los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de venta. De

12 Ley de Arbitraje. D. Leg. 1071

Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...)

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensajes de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

acuerdo con el entrevistado, el contrato de trabajo no era más que un dispositivo para permitir que B y D, como directores de B, mantuviera el control suficiente sobre la compañía para asegurar que el comprador no operara la empresa para su exclusiva ventaja antes de haber pagado totalmente el precio de la compra.

Son más frecuentes los casos en los que los árbitros realizan la extensión del convenio arbitral a no signatarios y más bien es el juez o una corte quien confirma o niega tal extensión. Por ejemplo, la United States Court of Appeals, Second Circuit (2005), en el caso *Contec Corp. v. Remote Solutions Co.* indicó que son los árbitros quienes deberían decidir si el no signatario debe ser parte del arbitraje.

Sin embargo, existen casos en los que la institución arbitral se ha visto involucrada en este tipo de situaciones. Este hecho nos parece una intervención desmedida y peligrosa al dotar a la institución arbitral a que esta misma se atribuya tales facultades, ya que es una abierta vulneración al principio *Kompetenz Kompetenz*.

Por ejemplo, en un caso arbitral llevado ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (2012), una de las partes recusó al tribunal arbitral por haber extendido la cláusula arbitral a un no signatario. En este caso, el OSCE reconoció que no es posible solicitar a través de una recusación la separación de los árbitros por haber incorporado a un no signatario; sin embargo, procedió a separar al tribunal arbitral por efectuar de manera irregular un tratamiento desigual entre las partes.

Considero que, como institución arbitral, el OSCE puede resolver la recusación de un árbitro por temas de imparcialidad, independencia u otro similar, pero no puede resolver si incorpora o no a una parte dentro del proceso arbitral, pues esto únicamente le compete al árbitro, quien deberá analizar el comportamiento contractual del no signatario conforme a las reglas de la buena fe para ver si es factible su incorporación dentro del arbitraje.

2. La Extensión del Convenio Arbitral. ¿Sustancia o Procedimiento?

Probablemente, la mayor confusión sobre los no signatarios es su equiparación con la figura procesal del litisconsorcio. Es de ahí que surge el problema para los árbitros en cuanto a determinar si la incorporación de un no signatario es un tema procesal o es un tema sustantivo.

Para incorporar a un no signatario, en primer lugar, el árbitro debe analizar la intención de las partes a partir de la existencia del consentimiento implícito o tácito del no signatario sobre el convenio arbitral, con base en las reglas de la buena fe. En segundo lugar, el árbitro debe evaluar o analizar si el no signatario se encuentra dentro de alguna de las causales o supuestos que prevé el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana (Córdova Schaefer 2013: 168).

Sobre lo anterior, es preciso explicarlo con mayor detalle, a efectos de no confundir con lo expuesto hasta ahora. El árbitro, en principio, si no hay ningún acuerdo arbitral entre las partes y el no signatario, esto es, si no hay un acuerdo escrito, debe evaluar si existe algún intercambio de cartas o correos electrónicos en los que se muestre la intención de arbitrar, tal como debe entenderse conforme a los numerales 3, 4 y 5 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

Si bien es cierto que un caso particular puede subsumirse dentro de una las teorías que se mencionan en el caso *Thomson-CFA S.A* (US Court of Appeals for the Second Circuit 1995), tales como: 1) la incorporación por referencia, 2) la asunción, 3) agencia, 4) *veil-piercing*/álder

ego, y 5) *Estoppel*; también puede darse la combinación de estos y cabe destacar que es posible que se presenten casos que no necesariamente se encuentren dentro de esos supuestos. Es más, el artículo 14º de la Ley de Arbitraje no recoge todas las teorías que hemos expuesto, como la figura del álter ego o del levantamiento del velo societario (*veil-piercing*), por ejemplo.

En consecuencia, si el árbitro se topara con un caso en el cual no hay ningún tipo de acuerdo escrito y tampoco encaja en una de las teorías expuestas, lo que debe encontrar es la existencia de un consentimiento implícito, aquella conducta que pueda inferir la intención del no signatario a arbitrar.

En ese sentido, no siempre será necesario considerar que un caso encuadre dentro de una de estas teorías, a veces, el mismo acuerdo arbitral puede brindar la solución (Meyerson 2009).

Así, por ejemplo, en el caso *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*, la United States Court of Appeals (2008) expresó en qué momento podía un no signatario ser obligado a participar en un arbitraje. Para ello, una de las partes tiene que estar de acuerdo con arbitrar cualquier demanda, dado que había acordado someter a arbitraje cualquier reclamo que surgiera de las relaciones que resultaran de su acuerdo (United States Court of Appeals 2008: 382). En este caso, la corte sostuvo que esa relación existía entre Green Tree, que era una compañía dedicada a servicios de préstamos, y la empresa Sherer, que era quien ejecutaba aquellos préstamos dados por Green Tree. Por ello, la corte concluyó que no era necesario considerar la teoría como la *equitable Estoppel*, debido a que el acuerdo de arbitraje ejecutado por Green Tree obliga a arbitrar con los no signatarios, como Sherer.

No obstante, a pesar de que el árbitro pueda incorporar al no signatario en el arbitraje, existen algunos problemas de orden práctico que afectan al arbitraje. El profesor Scott (2008) lo advierte al enfatizar las siguientes preguntas, ¿se puede arbitrar todo? Y, si es así, ¿con quiénes?, ¿qué clase de conflictos y cuáles son sus alcances?, ¿bajo qué condiciones, con qué procedimientos y quién asume los costos tanto de responsabilidad, daños y costas del proceso? Además, los problemas se hacen más complejos en arbitrajes internacionales, en los que se debe determinar la ley de fondo que se va a aplicar (Brinsmead 2008: 17).

En una oportunidad anterior, he resaltado la importancia del consentimiento en el convenio arbitral (Córdova Schaefer 2013: 188),¹³ el cual aparece en diversas jurisdicciones como base para la extensión del mismo a las partes no-signatarias. Por ejemplo, en el derecho alemán, el tema de la extensión es tratado como un aspecto procesal (Poudret 2007: 247); asimismo, en Estados Unidos, en el caso *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*, la United States Court of Appeals, Second Circuit (1997) señaló que a pesar de que la elección de la ley de fondo fue la ley italiana, la ley común federal rige la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje entre los no signatarios empleados y agentes del signatario. Es decir, en ese caso, la corte estimó que la extensión del convenio arbitral tenía que ser analizada sobre la base de la ley federal (*Lex arbitri*).

En otros sistemas, como el inglés, consideran, por otra parte, que se trata de un asunto sustantivo, tal como se dijo en el caso *Peterson Farms*, (Commercial Court 2004) al establecer que la identificación de las partes de un acuerdo arbitral es una cuestión sustantiva y no de

13 Asimismo, conviene acotar lo expresado por Rubins (2009; Soto Coaguila 2009: 539-540; Pavic 2009, pp. 213-229) cuando afirma que en el contexto arbitral, el consentimiento tiene un significado especial, ya que la elección de la solución de controversias privadas implica la exclusión de la resolución del conflicto por los tribunales nacionales. Este derecho del juez natural es reconocido ampliamente como un derecho fundamental.

procedimiento.¹⁴ Aunque, en el caso *Dallah* la propia Court of Appeals (2009), aplicando los principios del derecho francés, como *lex arbitri*, y atendiendo a la intención de las partes, evaluaron la extensión del convenio arbitral con la ley francesa y no con la ley que rige —esto es, la ley inglesa—; por lo que este punto fue tratado como un tema procedimental.

Este punto trae algunas complicaciones, en tanto que no existe uniformidad en las distintas resoluciones judiciales como laudos arbitrales. Sin embargo, se puede sostener un argumento distinto, antes de adherir a una posición u otra.

En principio, cuando se discute si es una cuestión procesal o sustantiva, el término «procesal» evoca nuevamente que aún hay una fuerte resistencia por los usos y términos del proceso civil clásico, esto, al menos en la legislación peruana se ha tratado de sacar de raíz y se ha cambiado el término procesal por el de «actuación», para enfatizar que el arbitraje tiene una lógica y reglas distintas del proceso civil.

Sin embargo, en tanto que lo que se quiere es determinar quiénes son partes dentro del arbitraje, el árbitro deberá desarrollar un análisis previo (o cuestión previa). Dado que una cosa es que se pueda determinar claramente quiénes son las partes de un contrato y de un convenio arbitral, y otra muy distinta es determinar quiénes son las partes de un arbitraje. El escenario óptimo es que las partes del contrato —y del convenio arbitral— sean las mismas del arbitraje. Empero, tal como se ha podido ver en los distintos casos y teorías expuestas por la jurisprudencia arbitral, como en la agencia o el *Estoppel*, en realidad, esta coincidencia no se da necesariamente.

Entonces, la determinación de quién es parte en el arbitraje requiere una cuestión previa o «procesal» —lo cual no quiere decir que se apliquen las normas procesales del Código Procesal Civil—, sino que el árbitro tendrá que aplicar el test del no signatario como parte, es decir, analizar si existe o no un consentimiento implícito, si ha tenido participación determinante según las reglas de la buena fe, etc., lo cual en el fondo es un análisis sustantivo en tanto que el árbitro analiza el nivel de participación del no signatario dentro del marco de la buena fe.

Así, sobre este punto, reforzando lo que se ha sostenido, el profesor Abdel Wahab (2011: 174) ha indicado que:

[D]esde un punto de vista puramente legal, la «extensión» merece la calificación de «procedimiento» y no tanto de un tema «sustantivo», especialmente en lo que se refiere a «quién» podrá participar en el proceso en lugar de los derechos y obligaciones sustantivos de dicha entidad. Aunque bien puede argumentarse que esto podría afectar indirectamente a los derechos y obligaciones de las partes, en esencia la «extensión» se mantiene en primer lugar por ser una cuestión de «quién» en lugar de «qué derechos y obligaciones». Tal visión es reforzada por el hecho de que la extensión pura no concede automáticamente al tercero un derecho sustantivo o carga con la obligación de los méritos, que están regulados por la *lex causae*.¹⁵

14 The predicate (paragraph 86) of the tribunal's approach was that the Agreement contained no choice of law with regard to the arbitration agreement in clause 17. Yet, as the tribunal also and rightly recognised, the issue raised a question of interpretation of the Agreement and such questions were expressly subject to Arkansas law by Clause 19. *The identification of the parties to an agreement is a question of substantive not procedural law.* (Las cursivas son nuestras).

15 Abdel Wahab (2011: 174) Traducción libre del siguiente texto: That said, it is submitted that from a purely legal perspective, «extension» merits characterization as a «procedural» rather than a «substantive» issue, especially as it relates to «who» may join the proceedings rather than the substantive rights and obligations of such entity.

Esto, evidentemente, en el arbitraje internacional tiene mayor relevancia, en tanto que al determinar cuál es la ley que va a aplicar, se puede tener resultados diversos al momento de evaluar si el no signatario puede ser incorporado dentro del arbitraje.

Sin embargo, hay que notar que en ciertas circunstancias, la evaluación del no signatario no solo es un tema sustancial, sino que además se analiza la responsabilidad del mismo, tales como la aplicación del álter ego y del levantamiento del velo societario, que son utilizadas esencialmente tanto para la incorporación, como para determinar la responsabilidad del no signatario.

A nivel legislativo ya se han ido esbozando algunas soluciones, como por ejemplo, las reglas de arbitraje propuestas por la CNUDMI¹⁶ en el 2010, cuyo artículo 17.5 ha dispuesto lo siguiente:

El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje.

Algunos centros arbitrales, ante este tipo de problemas, también han tratado de plantear alguna posible respuesta cuando se presenta un no signatario. Tal es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, que regula este supuesto en el artículo 22.1 h) de su reglamento:

Additional Powers of the Arbitral Tribunal
22.1

Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views:

[...]h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration.

Así, las reglas de arbitraje de Suiza también plantean una solución similar al establecer en su artículo 4.2 lo siguiente:

Where a third party request to participate in Arbitral proceedings already pending under these rules or where a party to Arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the Arbitral Tribunal shall decide on such request after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable.

Whilst it may well be argued that this would indirectly impact the rights and obligations of the parties, «extension» remains primarily and in essence a question of «who» rather than «what rights and obligations». Such view is fortified by the fact that sheer extension does not automatically grant the third party a substantive right or burden it with an obligation on the merits, which remain governed by the *lex causae*.

16 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Versión revisada en 2010).
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf>

Las soluciones planteadas han pasado siempre por consulta previa a todas las partes o, en todo caso, ha habido la posibilidad de escuchar al no signatario a fin de evaluar la pertinencia de su incorporación dentro del arbitraje. Sin embargo, los problemas se agudizan cuando no hay la aceptación de todas las partes o cuando una acepta y la otra se opone.

El problema de los no signatarios se ha generalizado más en la práctica arbitral internacional que en los arbitrajes nacionales; la falta de su regulación no se debe a la desidia, sino a la complejidad que reviste el asunto y a los múltiples supuestos que existen en la realidad, debido a las enmarañadas relaciones comerciales presentes en el comercio.

Probablemente, el argumento más fuerte de quienes abogan por la no vinculación del convenio arbitral a los no signatarios se basa en que al incorporar al no signatario (esto es, a quien no ha dado su consentimiento) al arbitraje se estaría vulnerando el derecho del no signatario al juez natural. Como se sabe, el derecho al juez natural se encuentra establecido en el artículo 139 inciso 3, de la Constitución,¹⁷ como también en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸ y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,¹⁹ estos dos últimos son convenciones internacionales de los que el Perú es parte.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (2006) ha dado contenido a este derecho, al señalar que:

(...) exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación [...]. En segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución [...].

17 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

18 Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Este mismo criterio es seguido en Estados Unidos a través de la séptima enmienda de su Constitución, que establece que: «En los juicios de derecho consuetudinario, en los que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, el derecho a juicio ante un jurado será garantizado, y ningún hecho que haya conocido un jurado será reexaminado en corte alguna de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho consuetudinario».²⁰

Sobre el particular, la United States Supreme Court (1970) ha señalado que «la Séptima Enmienda preserva a los litigantes el derecho a un juicio con jurado bajo el derecho consuetudinario».²¹ Sin embargo, muchos tribunales han asumido que uno pierde el derecho a un juicio con jurado solo si se demuestra que existe un mínimo de consentimiento mutuo para llegar a un acuerdo subyacente que contenga una cláusula arbitral (Kepper 2006: 1341). Con este fin, los tribunales encuentran el consentimiento al arbitraje, no a través de las verdaderas intenciones o acuerdos de las partes, sino al observar si una persona razonablemente cree que había sido alcanzado en un acuerdo de arbitraje (Kepper 2006: 1341). Sin embargo, cierto sector de la doctrina mantiene una posición reticente sobre la vinculación del convenio arbitral por falta de consentimiento (Sternlight 1997).²²

Sobre el particular, Aguilar Grieder (2001: 83) ha comentado que «la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral a los terceros, en general, y a las sociedades no suscriptoras de un grupo, en particular, no implica necesariamente un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 [de la Constitución española] reconoce. En todo caso, dicho derecho no va a entenderse vulnerado cuando la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante del contrato, en el cual la misma aparece inserta, tenga su origen en la voluntad real de las partes».

Por ello, con base en la participación del no signatario y en las reglas de la buena fe es que pueden extenderse los efectos del convenio arbitral, y la circunstancia de que no se encuentre su firma, no es una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que «la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje puede manifestarse tanto de un modo expreso como tácito» (Aguilar Grieder 2001: 59), con lo que la firma del contrato no es la única forma de obligarse, por lo que no se está vulnerando «el derecho de las personas a acudir a los tribunales estatales, sino que simplemente se otorga una importancia secundaria a los rigurosos requisitos formales exigidos por determinados instrumentos internacionales y por ciertas legislaciones nacionales» (Aguilar Grieder 2001: 59).

Al mismo tiempo, tanto la doctrina,²³ como los centros arbitrales, en especial la CCI (Correa Del Casso 2011), han tenido una preocupación constante sobre esta problemática.

20 El texto original en inglés es:

U.S. Constitution

Amendment 7 - Trial by Jury in Civil Cases

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

21 Traducción libre del siguiente texto: «The Seventh Amendment preserves to litigants the right to jury trial in suits at common law».

22 Sternlight argumenta que la actual política pro arbitraje deja de lado el principio de consentimiento contractual y, a menudo conduce a la violación de los derechos constitucionales. También puede verse Uloth (2002)

23 Loban (2009) hace una distinción interesante entre teorías basadas en contratos (*contract-based theories*) y las teorías basadas en doctrinas (*doctrine-based theories*). Esta distinción se basa principalmente en que en la primera

En algunos casos, se ha buscado una interpretación creativa para poder extender la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios, con base, además, en el principio a favor del arbitraje (*principle in favor of arbitration*).²⁴ Este principio se puede encontrar en la mayoría de los países que han adoptado una política pro arbitraje (Karrer 1996:31-38; Lew 2003: 150-151). Sin embargo, no creemos que este principio baste para incorporar un no signatario, en vista de que los fundamentos que sostiene el principio a favor del arbitraje se sustentan en problemas de *ratione materiae*, mas no sobre los alcances subjetivos del convenio arbitral (Talero Rueda 2010: 78-79).

3. Las partes del convenio arbitral vs. Las partes del proceso arbitral

Sin duda alguna, el caso Dow Chemical varias veces citado, establece no solo el inicio del estudio a profundidad acerca de la extensión del convenio arbitral, sino que además profundiza el consentimiento implícito, como ya hemos tenido ocasión de revisar en los puntos anteriores (Córdova Schaefer 2013: 181) y hace una distinción muy importante entre el concepto de parte contractual, por un lado, y el de parte procesal, por otro lado.

Así, en dicho laudo arbitral se sostuvo lo siguiente:

Considerando que un Grupo de sociedades posee, sin perjuicio de la personalidad jurídica distinta que poseen cada una de ellas, una realidad económica única que el tribunal debe tener en cuenta al resolver en torno a su propia competencia, en mérito de lo dispuesto en el art. 13 (versión de 1955) u 8 (versión de 1975) del Reglamento de la CCI; Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas sociedades del Grupo, debe vincular a las otras sociedades que por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o resolución de los contratos que contienen las citadas cláusulas, demuestran la voluntad común de todas las partes en este proceso de erigirse como verdaderas partes contratantes, o como partes afectadas, en primer lugar, por estos últimos así como por los litigios que puedan derivar de los mismos.

hay un contrato por el cual se origina la extensión del convenio arbitral, existe una parte que no ha firmado el contrato, pero de alguna forma u otra se encuentra relacionado con él. Este es el típico caso del subcontratista, o de los contratos de agencia. Mientras que la segunda se basa en desarrollos doctrinarios recogidos a raíz de la práctica en la jurisprudencia del arbitraje comercial internacional. Cabe advertir que esta clasificación es puramente para efectos académicos, para interpretar o distinguir entre las teorías que existen actualmente en el arbitraje internacional (y creemos que también es aplicable al arbitraje nacional), que no existe en consecuencia ninguna implicancia o fin diferente en la aplicación del mismo en casos concretos.

- 24 Ese es el caso, por ejemplo de las cortes de Estados Unidos, donde consistentemente han señalado que el acuerdo arbitral debe ser interpretado a favor del arbitraje, lo cual fue expresado en el caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* 473 US 614, 105 S CT 3346, 1985, al expresar lo siguiente: «questions of arbitrability [jurisdiction] must be addressed with a healthy regard for the federal policy favouring arbitration (...) The Arbitration Act establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or defense to arbitrability» (Las cursivas son nuestras). Así, también en el caso *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* 460 U.S. 24-25 se dijo que «[The] Arbitration Act establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability» (Las cursivas son nuestras). De igual forma, en el Reino Unido se siguió este criterio en el caso *Stellar Shipping Co LLC v. Hudson Shipping Lines*, Case No: 2010-946, High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, 18 de noviembre de 2010, [2010].

Si pudiéramos en un laboratorio configurar un modelo perfecto para establecer quién es parte de un arbitraje, tendríamos que establecer que deben ser las partes que participaron del contrato que contiene una cláusula arbitral. Se tiene así que las partes que intervienen en este contrato se denominan en la doctrina procesal como la relación jurídica sustancial; mientras que las partes dentro de un proceso y extensivo —para estos efectos— al arbitraje, se denominan como la relación jurídica procesal.

El arbitraje exige que ambos tipos de relación sean idénticas; es decir, que las partes que conforman la relación jurídica sustancial sean las mismas que conforman la relación jurídica procesal. Este sería un modelo perfecto, el cual, en teoría nunca presentaría un problema de no signatarios.

Sin embargo, la realidad supera la ficción y en nuestro caso supera al modelo perfecto planteado. La realidad puede mostrar que las partes de la relación jurídica sustancial no sean las mismas que conforman la relación jurídica procesal. Existen partes que han intervenido en la relación jurídica sustancial; sin embargo, por el hecho de no encontrarse su firma dentro del contrato que habilite su participación en el arbitraje, se ven excluidas del mismo. El problema se ve cuando una de las partes necesita demandar a esta contraparte no-signataria, la cual —como se reitera— es parte de la relación jurídica sustancial. Entonces, árbitros y jueces han resuelto estos problemas viendo más allá de la firma ausente del no signatario y se han enfocado en el consentimiento (en su mayoría, un consentimiento implícito) para incorporar a este no signatario como parte de la relación jurídica procesal.

Existen también otros casos, en los que también se vislumbra la participación de no signatarios e incluso verdaderos terceros, que luego devienen en partes, por contratos que permiten su incorporación en la relación jurídica sustancial, como son los contratos de cesión de créditos, la subrogación u otros no necesariamente contractuales, como es el caso de la sucesión universal, donde se configura lo que los procesalistas llaman sucesión procesal. Estos casos, en consecuencia, denotan la posibilidad de que en el arbitraje nuestro modelo perfecto permita excepciones y que las partes no-signatarias ingresen a la relación jurídica procesal.

4. La funcionalidad del artículo 14 de la ley de arbitraje peruana

En la jurisprudencia, tanto la emitida por cortes judiciales como por tribunales arbitrales, no ha habido consenso en aceptar la extensión del convenio arbitral en los arbitrajes tanto internacionales como nacionales.

En primer lugar, el término «signatario» se usa como traducción del término signatory, que es muy utilizado en el arbitraje comercial internacional. Este término viene del latín signum que significa marca, insignia, seña. Se entiende que el signatario es aquella persona que firma o deja una marca personal en un documento. Esta palabra puede considerarse como una reminiscencia del artículo II de la Convención de Nueva York, el cual señala que: «The term "agreement in writing" shall include an arbitral agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams» (Las cursivas son nuestras).

Así, diversas legislaciones como la de España han seguido ese mismo criterio, por ejemplo, en el artículo 9.3 de la Ley Española de Arbitraje se señala que el convenio arbitral «deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes» (Las cursivas son nuestras). En

México, en el Código de Comercio, su artículo 1423 establece que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes [...]» (Las cursivas son nuestras).

No obstante, la formalidad del acuerdo arbitral ha tomado un giro a raíz de la modificación que recomienda la Ley Modelo, tal como lo ha hecho la legislación peruana, por ello, la referencia la «extensión del convenio arbitral a los no signatarios», podría causar ciertas confusiones (Blaise 2006: 1). Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York siguen planteando la interrogante de lo que puede entenderse «por escrito» y también sobre los intercambios de documentos, los cuales resultan anacrónicos en el comercio electrónico.

En principio, la tendencia actual es que no es exigible la «firma» como tal, sino que el convenio arbitral se encuentre por escrito. (International Council for Commercial Arbitration 1979: 309) El problema se presenta, como se ha dicho, en el comercio internacional, respecto a lo que significa o lo que debe entenderse «por escrito».

En general, las legislaciones de diversos países, requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito. Dado que las partes excluyen a la Administración de Justicia Estatal de la resolución de sus conflictos, el Estado tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento para ello, a fin de no permitir abusos entre ellas.

Otra de las justificaciones que sustenta que el convenio arbitral deba estar por escrito es que produce certeza sobre el arbitraje, dado que no existen dudas acerca de su eficacia, además que permite que el laudo pueda ser ejecutado y reconocido sin contratiempos en el extranjero.²⁵

Ciertamente, a raíz del avance de la tecnología, desde mediados de los años ochenta, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se eleve a niveles exponenciales y que la negociación de los mismos pueda llevarse a cabo entre partes que se ubican a grandes distancias una de la otra y que puedan celebrar un contrato en minutos.

La Ley Modelo incorpora en su sesión del 2006 la opción I del artículo 7, que permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático. Sin embargo, la Convención de Nueva York, creada en 1958, no podía prever la realización de contratos de esta forma, simplemente porque no existía el internet, por lo que el término «por escrito» solo podía darse a través del intercambio de cartas o telegramas.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, entonces, utiliza un criterio de interpretación llamado «equivalente funcional» para entender que los requisitos de escritura²⁶ y firma²⁷ se

25 Por ejemplo, el artículo 35.2 de la Ley Modelo establecía que para reconocer o ejecutar un laudo no solamente se debía presentar el laudo original, sino además el documento donde se encontraba el convenio arbitral. Este artículo fue modificado en las enmiendas del 2006, en las que se ha eliminado el requisito de la presentación por escrito del convenio arbitral.

26 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

Artículo 6. — Escrito

1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

(...)

27 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y es seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente.²⁸ Por otra parte, se usa el término de «extensión» del convenio arbitral toda vez que se presentan los efectos del mismo, esto es, incluir a una persona o parte que no firmó el acuerdo arbitral, pero se pretende que dicha persona esté obligada por dicho convenio a ir a un arbitraje en caso de conflicto. No obstante, se reconoce que, en cierta medida, el término «extensión» puede causar cierta confusión o engaño. Tal como refiere Hanotiau (2001: 254):

El concepto ampliamente utilizado de la «extensión» de la cláusula arbitral a los no firmantes es un concepto engañoso y, más aún, es probablemente incorrecto en gran medida, ya que, en la mayoría de los casos, las cortes y los tribunales arbitrales todavía basan su determinación de la cuestión de la existencia de una intención común de las partes y, por lo tanto, en el consentimiento. La cuestión básica, en tanto, sigue siendo: ¿quién es parte de la cláusula, o quién se ha adherido a la misma, o, eventualmente, quién no tiene derecho a sostener que no se ha adherido a la misma? En otras palabras, es un problema clásico del Derecho contractual. La verdadera cuestión es si tanto en el arbitraje internacional, dado su carácter específico y teniendo en cuenta los usos del comercio internacional; por un lado, uno deberá seguir las mismas reglas que se aplican a los casos ordinarios civiles y mercantiles o adoptar un enfoque más liberal; y en el segundo caso, qué enfoque debe adoptarse.²⁹

Y es que, en efecto, el problema no se trata de «extender» el convenio arbitral, sino más bien de definir quién es parte de la cláusula arbitral (Hanotiau 2012: 124) y en consecuencia ser obligado por ello. Más aún, tal como se ha referido en los párrafos anteriores, esta distinción entre signatario y no signatario se presta también a confusión, en vista de que las leyes actuales de arbitraje no requieren de la firma para ser parte de un contrato; por otro lado, la firma no

Artículo 7. — Firma

- 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:
 - a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
 - b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.
 - 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma. [...]
- 28 Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999, en la que no se tomaron en cuenta los correos electrónicos que contenía un convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, por lo que se desestimó la ejecución del laudo dictado en Londres.
- 29 Traducción libre del siguiente texto:

On the other hand, the widely used concept of «extension» of the arbitration clause to non-signatories is a misleading concept, and moreover, is probably wrong to a large extent since, in most cases, courts and arbitral tribunals still base their determination of the issue on the existence of a common intent of the parties and, therefore, on consent. The basic issue therefore remains: who is a party to the clause, or has adhered to it, or eventually is estopped from contending that it has not adhered to it. This is in other words a classic problem of contract law. The real issue therefore becomes whether in international arbitration, given its specific character and taking into consideration the usages of international trade, one should follow the same rules as are applicable to ordinary civil and commercial cases or adopt a more liberal approach; and in the latter case what approach should be adopted. We will therefore start this article by an analysis of the various theories on which courts have relied in complex multiparty, multicontract cases to determine whether or not an individual or company was to be considered a party to an arbitration agreement. (Hanotiau 2001: 254).

significa necesariamente que el firmante se convierte en una parte del contrato y de la cláusula de arbitraje que lo contiene (Poudret 2007: 211). Por ejemplo, en el caso de las Plataformas de las Pirámides (conocido también como Plateau des Pyramides). Esta controversia dio lugar a un laudo arbitral por la CCI el 16 de febrero de 1983, el cual fue anulado por la Cour d'appel de Paris (1984), y a su vez fue rechazado por la Corte de Casación Francesa (Revue de l'Arbitrage 1987: 469-471), finalmente fue resuelto, después de nueve años, en la resolución del CIADI de 1992 (International Council for Commercial Arbitration 1994: 51), en donde la firma o rúbrica de un ministro de Egipto en el contrato de un subcontratista, en la aprobación de los detalles técnicos del acuerdo principal, no implicaba que cualquier conflicto que ocurriese se someterían a un arbitraje.

Nótese que no se señala a este no signatario como un tercero ajeno a la relación contractual primigenia, en otras palabras, el no signatario no es un tercero, por lo que resulta inapropiado denominar a esta figura como «intervención de terceros en el arbitraje».³⁰

En general, los problemas que se presentan por la «extensión» del convenio arbitral a los no signatarios se dan cuando dos personas que acuerdan un convenio arbitral tienen, en el devenir del tiempo, un conflicto por el cual recurren a un arbitraje. Pero necesitan, para poder resolver dicho conflicto, la participación de este no signatario como parte del mismo, ya sea por distintas razones, como son su participación en la negociación, ejecución o culminación en la operación contractual, o porque pretende reconocer derechos de esa relación contractual, son, pues, varios los factores que hacen que un no firmante del contrato asimile la calidad de parte.

En esta situación, es menester al árbitro para poder dirimir la controversia e incluir dentro del proceso a este no signatario, pero el problema se suscita debido a la falta de legitimación por parte de este último, toda vez que no suscribió el contrato que contenía la cláusula arbitral, o algún otro acuerdo arbitral celebrado entre ellas.

Incluso, podríamos hacer la figura más compleja a través del denominado arbitraje multiparte; al respecto, Caivano (2007: 66) indica la diferencia entre arbitraje multiparte (*multiparty arbitration*) que puede implicar un solo contrato y diferentes partes, en contraposición con varios contratos y solo dos partes (arbitrajes múltiples o paralelos).³¹

30 Tal como comenta Silva Romero (2005: XXIV-XXV):

El arbitraje, (...) es un mecanismo jurisdiccional de resolución de litigios que proviene de un contrato – llámese éste pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso–. Por lo tanto, sólo pueden participar en un procedimiento arbitral, y siempre y exclusivamente como partes, las partes del pacto arbitral. Dichas partes pueden haber suscrito el pacto arbitral o, mediante su comportamiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato principal que las ligan, pueden haber manifestado su voluntad de ser partes del pacto arbitral. En todo caso, quienes participan en un procedimiento arbitral siempre son partes puesto que las mismas son partes explícitas o implícitas del pacto arbitral que le da origen al arbitraje. En consecuencia, la palabra «tercero» es ajena al vocabulario del arbitraje comercial internacional. En el arbitraje comercial internacional, y en el arbitraje nacional de muchos países (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suiza, p. ej.), la palabra «tercero» ni recibe ningún significado ni cumple ningún papel. En otras palabras, la palabra «tercero» en el derecho comparado del arbitraje y en el arbitraje comercial internacional es un sin sentido.

31 «La multiplicidad de partes puede originarse tanto a consecuencia de una multiplicidad de contratos entre partes diferentes, como de un único contrato que vincule a más de dos partes. La multiplicidad de arbitrajes puede originarse aun entre dos únicas partes, si éstas están unidas a través de una multiplicidad de relaciones jurídicas que, aunque puedan estar relacionadas y ser concernientes a una única operación económica, surgen de contratos "independientes"» (Caivano 2007: 66) Véase también: Gravel 1996: 45-52; Voser 2008.

Sin embargo, es posible identificar supuestos en los que no existen múltiples partes, como tampoco existen múltiples contratos entre las partes, no obstante, se involucra en el mismo, la participación de un no signatario.

Actualmente, la nueva Ley de Arbitraje, influida por los cambios legislativos de España, la Ley Modelo, la práctica arbitral que se ha desarrollado en los últimos años en el Perú y, principalmente, por la jurisprudencia comercial internacional ha incluido la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, como se expresa en el artículo 14º:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo no hace referencia a terceros, sino a la parte que no ha firmado o no ha tenido intervención en la firma del contrato de arbitraje, en ese sentido, es muy importante no solo la relación que mantiene con la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, también será importante su consentimiento.

En un laudo arbitral, al comentar este artículo, se ha sostenido que:

Nótese que la norma, al referirse a derivar el consentimiento de la participación en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, en propiedad no se refiere a terceros. Se refiere a una forma de derivar o identificar en buena fe un consentimiento. No es la simple participación de la parte, sino que de dicha participación se puede derivar que, en buena fe, debe entenderse que consintió al arbitraje. Sustraerlo del arbitraje sería un acto de mala fe, porque en justicia, sabía que debía quedar vinculado, dado que sus actos han estado justamente dirigidos a privar de eficacia al convenio arbitral y al arbitraje que de él se derive. Su intervención lo convierte entonces en parte, si uno mira sus actos bajo la esfera de la buena fe.³²

Sin duda, es un aspecto de mucha trascendencia que nuestra ley de arbitraje haya recogido tratar el tema de la extensión del convenio arbitral, en buena cuenta, dado que a nivel legislativo en el derecho arbitral comparado no hay un antecedente parecido. Ahora bien, lo que sí existe es una vasta jurisprudencia arbitral, sobre todo a nivel internacional, acerca de la inclusión al arbitraje de los no signatarios, e incluso a través de estos laudos se ha ido configurando una serie de teorías a efectos de evaluar la pertinencia de la participación de partes que no firmaron la cláusula arbitral.³³ El artículo 14º de la Ley de Arbitraje guarda singular importancia en tanto

32 TSG v. Pesquera Industrial Chicama y otros. Laudo Arbitral de Derecho del 18/03/2009, Fundamentos 253 y 254. Para una mayor comprensión de este laudo y la sentencia que resuelve el recurso de anulación contra la misma, véase: *Infra* 4.1.

33 De acuerdo con Santistevan de Noriega (2009a: 21), al comentar este artículo, indica que el contenido esencial del artículo 14º de la Ley de Arbitraje –que permite la extensión del convenio a partes no signatarias– no constituye una creación heroica del legislador peruano sino que, como veremos, resulta ser una consecuencia natural de los avances jurisprudenciales, no exentos de debate por cierto, que se han dado en materia arbitral comercial internacional. Estos avances, hay que advertirlo, pueden ser perfectamente aplicables en nuestro medio tanto al arbitraje internacional cuanto al arbitraje doméstico. Por otra parte, a nivel jurisprudencial se han ido perfilando teorías como el *agency*, *third beneficiary*, *alter ego*, *piercing veil*, *Estoppel*. En el mismo sentido se pronuncia el Alfredo Bullard (s/f) al referir que

que utiliza una serie de conceptos amplios a efectos de globalizar en el supuesto de hecho de la norma, todos aquellos casos en los que aparezca la figura del no signatario; uno de estos conceptos es, por ejemplo, la incorporación de la figura de la buena fe en el artículo citado.

Sobre este punto, Galluccio y Mori Bregante (2011: 19) han comentado que el principio de buena fe «permite determinar que las partes signatarias del convenio se comprometieron a no realizar conductas que fueran en contra de su acuerdo para arbitrar, esto es, a actuar precisamente bajo los parámetros de la buena fe, como por ejemplo, no formar o utilizar distintas empresas de fachada que le permitan contrariar dicho acuerdo».

Por su parte, Suárez Anzorena (2005: 57-58) ha afirmado que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».

Mientras que el tercero no ha tenido ningún tipo de participación dentro de la relación jurídica que contiene un convenio arbitral. En general, el arbitraje internacional no se ha detenido a analizar profundamente el problema de los terceros.

En principio, siempre ha habido rechazo a aceptar la intervención de terceros en el arbitraje, por contravenir la naturaleza contractual del arbitraje y, por ende, al principio de la relatividad de los contratos, por el cual tiene fuerza de ley entre las partes y no produce efectos respecto de terceros (Bianca 1987: 535). Sobre el particular, De Boissésón (1990: 246) ha expresado que «ni la intervención voluntaria, ni la intervención forzosa son compatibles con la naturaleza contractual del arbitraje. La intervención voluntaria no puede realizarse, a pesar de que todas las partes en el acuerdo de arbitraje estén de acuerdo».³⁴

Es posible identificar, según la intervención del tercero, características particulares, las que dependerán del momento en que se presenta dicho tercero, si es antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien, en una fase posterior cuando ya se ejecute el laudo.

También es posible avizorar a aquel tercero que es ajeno al contrato y al arbitraje mismo, Mourre (2008: 18) llama a este tercero como «tercero absoluto»; mientras que en el caso de la intervención de un tercero en el arbitraje que fuese parte en el contrato que contiene un convenio arbitral, o en sujeción a la misma, lo denomina «tercero imperfecto».

Asimismo, procesalmente, también se reconoce al tercero de acuerdo con el tipo de pretensión que busca; Mourre (2008: 17) reconoce diferencia entre la intervención voluntaria principal (título activo) y la intervención forzosa (título pasivo).

No obstante, como se ha mencionado, estos terceros no han tenido cabida en el arbitraje internacional; sin embargo, Mourre propone en ciertas circunstancias la intervención de terceros en el arbitraje, basado en dos razones principalmente; la primera, referente a una cuestión de

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

34 Traducción libre del francés del siguiente texto: «Ni l'intervention volontaire, ni l'intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties à la convention d'arbitrage accepte le principe de cette intervention» (De Boissésón 1990: 246).

economía procesal, en palabras de Mourre (2008: 18) es deseable prevenir una fragmentación del contencioso, y así evitar pronunciamientos contradictorios. Segundo, hay presencia de la posible afectación del derecho de un tercero; en el caso de los terceros imperfectos, sería posible su intervención voluntaria, más aún, si el laudo puede afectar un derecho legítimo del tercero, debería entonces tener el derecho de defenderse en el arbitraje.

Sin embargo, hay ciertos reparos en esta propuesta, dado que cualquier tercero no podría incorporarse al arbitraje, más aún, este siempre tiene que tener un carácter voluntario, lo cual parte del consentimiento de todas las partes; la cuestión es si el árbitro tiene la facultad de obligar a este tercero al arbitraje. La jurisprudencia ha sido unánime en rechazar dicho supuesto.

Ahora bien, se analizará la sentencia recaída en el Exp. 00451-2009, la cual se constituye como la primera referencia a nivel judicial de la aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, se analizará la Casación N.º 2994-2010-Lima, la cual también aborda el tema de la extensión, pero no exactamente del convenio arbitral, sino del laudo arbitral, lo cual servirá para identificar los efectos de un laudo sobre alguien que no tuvo participación en el proceso arbitral.

4.1. TSG Perú SAC versus pesquera Industrial Chicama y otros

Sin duda, este es el primer laudo arbitral que una corte judicial revisa sobre el tema de la extensión del convenio arbitral a un no signatario; sin embargo, cabe precisar que ya ha habido anteriores arbitrajes que trataron el tema de la extensión *ratione personae* del convenio arbitral. No obstante, la mayoría de esos arbitrajes recurrieron a la figura del litisconsorcio regulado en el Código Procesal Civil y muchos de esos casos no llegaron a la Corte Suprema por recurso de nulidad.

En este caso, específicamente, surgió una controversia entre la empresa TSG Perú SAC, por una parte, y Pesquera Industrial Chicama SAC, Langostinera Caleta Dorada SAC, Pesquera Libertad SAC, Procesadora del Campo SAC y Pesquera Industrial Katamarán SAC, por la otra parte.

La empresa TSG había firmado un contrato de suministro con la empresa Harinas Especiales SAC, y ante el incumplimiento de esta última, TSG solicitó un arbitraje (cabe mencionar que este arbitraje se llevó a cabo de acuerdo con la Ley General de Arbitraje, Ley 26572), los árbitros, por su parte, incorporaron como partes a Pesquera Industrial Chicama SAC, Langostinera Caleta Dorada SAC, Pesquera Libertad SAC, Procesadora del Campo SAC y Pesquera Industrial Katamarán SAC, por entender que ellas se encuentran vinculadas económicamente y actuaron de forma fraudulenta.

Ante este escenario, estas empresas incorporadas, interpusieron un recurso de nulidad fundamentando, entre otras razones, la vulneración al debido proceso, en cuanto que los árbitros al someter la litis al arbitraje vulneraron su derecho al juez natural. Asimismo, los árbitros no señalaron cuál es el artículo jurídico que posibilita el levantamiento del velo societario, como tampoco explicaron de qué forma determinaron la vinculación entre las empresas.

Ahora bien, dentro de los fundamentos desarrollados por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior, divide las participaciones de algunas, en especial de Caleta Dorada, Procesadora del Campo y Libertad, dado que ellas se opusieron durante todo el arbitraje al ser incorporadas al mismo justifica el reclamo previo establecido en

el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje³⁵ para habilitar el recurso de anulación de laudo arbitral. (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo) El Tribunal Arbitral,³⁶ por su parte, señaló que el fondo del presente arbitraje justamente discute una supuesta vinculación o concertación entre las empresas demandadas con el aparente objetivo de perjudicar a TSG. Es a su vez, dicha supuesta vinculación, uno de los argumentos principales de la demandante para sustentar sus pretensiones. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que es posible extender el convenio arbitral a no signatarios al referir que una de las posibilidades [de obligar a participar en el arbitraje a sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral] hace referencia a la eventual relación entre las empresas o sociedades demandadas, en el sentido de que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa demandada, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Al respecto [citando a Roque Caivano] hace expresa referencia a la teoría del levantamiento del velo societario de las personas jurídicas, justamente para determinar si efectivamente existe o no tal vinculación. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Sin embargo, el propio Tribunal Arbitral reconoce algunas deficiencias probatorias a efecto de saber si existe una vinculación económica entre las empresas, al reconocer que a la fecha aún no se ha actuado prueba suficiente que pruebe efectivamente dicha vinculación de las empresas demandadas no firmantes del Convenio Arbitral, es necesario por un lado mayor actuación de pruebas por parte de la demandante TSG a fin de probar su afirmación de tal vinculación, y por otro la realización de mayores investigaciones de las empresas demandadas, a fin de obtener mayores elementos de juicio para determinar, o por el contrario desestimar, dicha pretendida vinculación. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Como puede observarse, el Tribunal Arbitral pretendía otorgar a las partes los elementos necesarios para iniciar un etapa probatoria a efectos de saber si existía una vinculación empresarial, en base a proteger el derecho al debido proceso de todas las partes; sin embargo, para la Corte Superior, en realidad es el origen de los vicios del arbitraje, dado que para la Corte solo puede instaurarse sobre el consentimiento de las partes, cualquier manifestación de poder jurisdiccional que un particular pretenda imponer a otro, por mínima que sea, implica necesariamente un acto vulneratorio e inconstitucional en contra del afectado. (Tribunal Constitucional 2009: F. Quinto)

35 Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

[...]

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

36 El Tribunal Arbitral estuvo integrado por los Drs. Alfredo Bullard, Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos

La Corte, asimismo, sostuvo lo siguiente:

Cuando un árbitro decide incorporar a un sujeto determinado a un proceso arbitral, lo somete necesariamente al régimen procesal que él implica. Dentro de ese proceso, el sujeto deberá respetar las atribuciones del árbitro o árbitros que lo dirigen, colaborar con su tramitación, cumplir los mandatos que se le impongan durante la tramitación, afrontar los honorarios arbitrales y, en general, entrar a un estado de colaboración y sujeción frente a las disposiciones que dentro del litigio lo involucren. Sin embargo, la imposición de este régimen procesal sólo puede verse justificada cuando es la propia persona la que se ha sometido a él. Aun cuando luego de [sic] esa decisión pretenda eludir la jurisdicción arbitral, quien haya suscrito el convenio arbitral estará indefectiblemente obligado a ser parte del arbitraje. *Pero si eso no se da, entonces no existe posibilidad alguna de imponer válidamente este régimen a quien nunca quiso ser parte de él. Para el tercero, el árbitro no es más que otro particular, incapaz de someterlo a su decisión ni a un proceso que él haya por alguna causa iniciado. Nadie puede hacerse por sí mismo juez de nadie.* (Tribunal Constitucional 2009: F. Quinto : segundo párrafo) . (Las cursivas son nuestras)

En este punto, la Corte confunde tercero con no signatario, evidentemente, cuando se trata de un tercero, este no tiene por qué intervenir ni ser compulsado al arbitraje, pero un no signatario es una parte del contrato, que por alguna razón no ha firmado el contrato, o bien ha prestado un consentimiento implícito en la relación sustantiva, lo que debe desprenderse del análisis de las circunstancias del caso. Esto implica que para la Corte, en términos prácticos, un no signatario nunca llegará a ser parte de un arbitraje.

No es de extrañar entonces que la Corte proceda a señalar que: «desde el mismo momento en que los árbitros que dirigieron el proceso arbitral objeto de revisión, deciden someter a él a terceras personas que nunca suscribieron un convenio arbitral que los obligara a ello, inician una serie de actos que sin mayor complemento son ya por sí mismos nulos (...)». (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo Sexto)

Resulta curiosa esta sentencia emitida por la Corte Superior, ya que argumenta, por un lado, que «los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico» (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo Noveno); ciertamente, no existía una norma en el arbitraje peruano que permitiera la incorporación de no signatarios antes del Decreto Legislativo 1071. Más aún, no hay norma que permita el levantamiento del velo societario. Sin embargo, ello no es óbice a realizar una interpretación sistemática de nuestra normativa, más aún la Ley General de Arbitraje permita la incorporación de no signatarios en casos puntuales, como son el caso de un convenio arbitral estatutario o el convenio arbitral en un testamento. Es posible, entonces, darse cuenta de que la práctica o la realidad superan al ámbito jurídico ampliamente, y este debe tratar de estar a la par y, tal como hemos visto en los puntos anteriores, el levantamiento del velo societario ha sido aplicado no solo por tribunales y árbitros en el extranjero, sino también por jueces peruanos.

Llama la atención, entonces, que la Corte justifique que no intenta desconocer la doctrina y jurisprudencia internacional, dado que el arbitraje al que se ha referido es uno de derecho y no de conciencia. Es acaso, entonces, que ¿la aplicación de la extensión del no signatario solo puede ser en un arbitraje de conciencia?

Y con ello sentencian que «no existe extremo alguno en la Ley N.º 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo» (Tribunal Constitucional 2009: F. Vigésimo). Más aún, recalcan que el artículo 14

del Decreto Legislativo 1071 «es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros», ya que este artículo «sin que en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario» (Tribunal Constitucional 2009: F. Vigésimo Primero).

El tema de la aplicación del levantamiento del velo societario, sin duda, es una materia controvertida y muy compleja que merecería un tratamiento especial en otra investigación (Córdova Schaefer (2013: 239 y ss.).

La crítica que se formula a la sentencia emitida tiene dos aspectos, el primero, se refiere a la limitación que formula la Corte al reducir el poder de los árbitros para aplicar en el arbitraje la teoría del levantamiento del velo societario; y el segundo es que esta facultad debe ser otorgada por las partes.

Así, la Corte reconoce que es posible la aplicación del levantamiento del velo societario, pero duda de que esto pueda llevarse a cabo por un árbitro. Esto se distingue en su fundamento vigésimo quinto, el cual dice lo siguiente:

No estamos negando con esto la justicia de construcciones doctrinarias como la del levantamiento del velo societario. Nadie que pretenda conocer el derecho en la actualidad se atrevería a negar la utilidad de construcciones doctrinarias como aquella, que buscan desenmascarar a quienes instrumentalizan de forma fraudulenta el molde empresarial para perjudicar y extraviar detrás de formas y conceptos jurídicos el derecho de los demás. No es esta la intención del Colegiado.

Lo que está ahora en discusión es si la función de desenmascarar la existencia de esos tratos fraudulentos entre empresas puede ser ejercida o no por particulares a los que las partes nunca facultaron para llevar a cabo esta tarea. (Las cursivas son nuestras)

En el párrafo citado, adviértase que para la Corte, los árbitros han descendido al nivel de un particular, dado que las partes no facultaron al árbitro para que aplique la teoría del levantamiento del velo societario; pero, en realidad, no necesita dicha facultad, la Corte olvida que tanto el juez como el árbitro tienen el poder de la *jurisdictio*,³⁷ lo que no puede ejercer el árbitro es la *coertio* y *executio*.³⁸ Más aún, las partes no podrían facultar al árbitro para que lleve a cabo esa tarea, porque parte del análisis que se da dentro del arbitraje tiene que ser probado y no puede juzgarse *ex ante*.

Sobre este tema, De Trazegnies Granda (2007: 18) ha referido que:

[...] dentro de la ley peruana [refiriéndose a la Ley General de Arbitraje], el árbitro podría conocer una causa contra una parte no directamente firmante del compromiso arbitral haciendo uso de la

37 «El arbitraje es una justicia; privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: Ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar; el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud» (Oppetit 2006: 57).

38 Cabe señalar que incluso los caracteres de *executio* y *coertio*, excluidas a los árbitros, se encuentran relativizados en la Ley de Arbitraje peruana, es decir, se permite al árbitro poder ejecutar sus laudos, siempre que medie acuerdo entre las partes o se encuentre previsto en el Reglamento arbitral aplicable, en virtud del artículo 67 de la Ley de Arbitraje, se le otorga la facultad al árbitro de decidir discrecionalmente en caso de necesitar la fuerza pública, entregar los actuados a la parte, para que esta recurra al Poder Judicial. *Cfr.* Bullard González (2011: 744 y ss.). Este autor sostiene que incluso la facultad de ejecución responde por un tema histórico a los árbitros, antes que la autoridad judicial; e incluso, la ejecución de laudos por parte del Poder Judicial es una actividad reciente, el cual data desde el año 1920 con las leyes americanas que exigían que la ejecución de laudos sea llevado a cabo por las cortes ordinarias.

facultad que le otorga el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje para decidir acerca de su propia competencia incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, ya se trate de oposición total o parcial al arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida; norma que autoriza al tribunal arbitral a considerar estos temas ex officio en cualquier estado de la causa y no solamente al ser presentadas por las partes sus pretensiones iniciales.

En efecto, se considera que si en un caso particular el árbitro detecta la comprobación de fraude por un conjunto de empresas, las que han obtenido ventajas económicas y han causado perjuicios a su contraparte, debe entonces observarse la presencia de mala fe por parte de estas empresas a fin de desproteger a la parte contraria del convenio arbitral y evitar que se oculte a través de este aparato corporativo, lo cual no va en sintonía con el acuerdo de las partes y las reglas de la buena fe.

En consecuencia, un no signatario puede ser compelido a arbitraje en tanto que se está refugiendo mediante un álter ego para evadir su responsabilidad y evadir un arbitraje limitado por la falta de la suscripción del mismo.

4.2. La extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros: Casación n° 2994-2010-Lima

La Casación N.º 2994-2010-Lima no trata el tema de la extensión del convenio arbitral a no signatarios, sino el tema de la extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros. Se ha procedido al análisis de esta casación con la finalidad de entender mejor la figura del no signatario regulada en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, justamente a partir de la identificación de un «tercero»; en este supuesto no se considera a una parte o partes no-signatarias, sino a un auténtico tercero que no ha tenido participación alguna en el contrato entre las partes —ni en la negociación, ejecución o culminación— o que quiera obtener un beneficio del mismo.

La casación comentada fue emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, el 27 de junio de 2011, la cual resolvió sobre la ejecución de un laudo arbitral aplicable tanto a las partes que participaron en el arbitraje como a los terceros que no tuvieron participación en ella.

En este caso, el recurso fue interpuesto por Jorge Enrique Cortés Martínez contra la resolución dada por la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmaba la resolución del *A quo* para que se ejecute el laudo contra el señor Rodolfo Orellana Rengifo a efectos de que entregue el inmueble, objeto del arbitraje, mediante el lanzamiento del mismo. No obstante, la Sala Comercial hizo la salvedad de que dicho lanzamiento no procedía contra los terceros que ocupaban el inmueble. Es sobre este último punto sobre el cual se interpone el recurso de casación.

La Corte Suprema, si bien admitió la demanda contra el señor Rodolfo Orellana Rengifo, notificó a los terceros con el escrito de demanda de ejecución de laudo arbitral en sede judicial, con lo que la señora Martha Juana Tesén Quispe solicitó intervenir como litisconsorte en calidad de tercero con interés.

De acuerdo con los artículos 593³⁹ y 690⁴⁰ del Código Procesal Civil, el lanzamiento debe ejecutarse contra todo aquel que se encuentre ocupando el bien inmueble, a pesar de que no haya tenido participación en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

Esto conlleva algunos problemas cuando se está frente a un arbitraje, como lo menciona García Calderón Moreyra (2012: 25) respecto a los artículos citados: «Se trata de normas aplicables al procedimiento procesal ordinario más no al procedimiento arbitral no siendo compatibles dichas normas teniendo en consideración que el tercero no ha sido incorporado en sede arbitral y por tanto no pudo hacer valer sus derechos en esa instancia».

En efecto, a criterio de la Corte Suprema, para subsanar esta indefensión del derecho de defensa del tercero ha señalado: «En aplicación del artículo 690 del Código Procesal Civil, a fin de garantizar el derecho de terceros que se puedan ver perjudicados con la ejecución del laudo, se ha procedido a notificar a los ocupantes del inmueble con el mandato ejecutivo [...]. Además [...] se ha incorporado al proceso a Martha Juana Tesén Quispe en calidad de tercera con interés, al estar en posesión del bien materia de ejecución, (...) no habiendo acreditado en modo alguno tener título que legitime tal posesión sobre el bien».(2010)

En este escenario, el tercero ve vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que no pudo participar en el arbitraje para hacer valer su derecho. El hecho de ser notificada en el proceso de ejecución no subsana esta indefensión. No es lo mismo defenderse dentro de un arbitraje, donde se puede actuar pruebas, objetarlas, etc., que en un proceso de ejecución donde el tercero no puede probar qué clase de título posesorio ostenta.

Al no ser parte del convenio arbitral, el tercero no tiene intervención alguna en el arbitraje y tampoco tendría por qué estarlo; en este caso, el tercero debería ser demandado en la vía ordinaria, e incluso queda claro que este tercero no podría interponer un recurso de anulación de laudo (Sabroso Minaya 2012: 30), dado que no podría cumplir con los requisitos que exige el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. La Corte, en este caso, trató de armar un rompecabezas, pero con piezas pertenecientes a otros rompecabezas.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en el caso de la Sociedad Minera María Julia,(2011) respecto a la posibilidad de que un tercero pueda interponer un amparo contra un laudo arbitral que afecte sus derechos.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional estableció como precedente de observancia obligatoria que:

39 Código Procesal Civil

Artículo 593. Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso no aparezcan en el acta de notificación.

Se entiende efectuado el lanzamiento, solo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.

40 Código Procesal Civil

Artículo 690.- Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a este con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435.

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

[...]

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.º 1071. (Tribunal Constitucional 2011: F. Vigésimo Primero)

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Comercial de Lima acordó que cuando la ejecución de laudo arbitral afecte a terceros, procede su notificación cuando lo soliciten las partes, lo solicite el propio tercero o el juez –como director del proceso– considere atendible la notificación, de lo contrario se afectaría su derecho de defensa.

Más aún, el Pleno sostuvo que:

En los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del [...] laudo arbitral, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien submateria, incluso con anterioridad a la fecha de celebración [...] del proceso arbitral, el cual resolvió la desocupación del mismo; la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente deberá ser amparada, pues de no ser así se estaría no solo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente: derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.

Dicho esto, se puede extraer las siguientes conclusiones:

- a) Primero, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite la extensión de la eficacia del convenio arbitral a no signatarios, que en el fondo son partes que no tuvieron la oportunidad de firmar un contrato; sin embargo, se comportan como tales al participar en la operación económica del contrato en cualquiera de sus etapas. Esta norma no se aplica a terceros que no tienen contacto alguno con la relación jurídica que da origen al convenio arbitral.
- b) Segundo, el tercero ajeno al convenio arbitral tiene la opción de interponer el recurso constitucional de amparo contra la ejecución del laudo arbitral, en virtud del precedente de observancia obligatoria emitida por el Tribunal Constitucional en el caso de la Minera María Julia.
- c) Tercero, la notificación del mandato de ejecución del laudo no subsana la indefensión producida por la no participación del tercero en el arbitraje, dado que el tercero no puede contradecir sobre el fondo del asunto en el arbitraje —y tampoco podría hacerlo en virtud de que no es parte del convenio arbitral— con lo que la imposición de la ejecución del mandato contra el tercero vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, por ello, este extremo debe ser ventilado en un proceso ordinario.

5. Conclusiones

- a) La figura de la intervención de terceros regulada en el Código Procesal Civil no puede aplicarse al arbitraje. El arbitraje tiene sus propias reglas sobre la intervención de no signatarios, fruto de la experiencia de la práctica arbitral.

- b) De igual forma, es el árbitro, quien en virtud del principio *Kompetenz Kompetenz*, decide si incorpora o no incorpora al no signatario. Para ello, debe analizar la participación contractual del no signatario en el marco de las reglas de la buena fe y los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.
- c) *El recurso de recusación no es una figura válida por la cual pueda cuestionarse el proceder de un árbitro que ha extendido el convenio arbitral a un no signatario, dado que esto implicaría que una institución arbitral se pronuncie sobre ello.*
- d) El recurso de anulación resulta ser un mecanismo de control ex post para que la jurisdicción estatal pueda revisar la decisión del árbitro al incorporar a un no signatario en el arbitraje.

6. Bibliografía

a) Libros y artículos:

ABDEL, Mohamed

2011 «Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum». En FERRARI, Franco y Stefan KRÖLL (editores). *Conflict of Laws in International Arbitration*. Munich: European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato.

AGUILAR, Hilda

2001 *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.

ARRARTE, Ana María

2007 «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites a su actuación». *Themis, Revista de Derecho*. Lima, número 53, pp. 91-104.

BENSON, Bruce L.

1990 «Customary Law with Private means of resolving disputes and dispensing Justice: A description of a modern system of Law and Order without State coercion». *The Journal of Libertarian Studies*, volumen IX, número 2, pp. 25-42.

BIANCA, C. Massimo

1987 *Diritto Civile*. Tomo III. Il Contratto. Giuffrè Editore.

BLAISE, Stucki y Wittmer SCHELLENBERG

2006 *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006.

BRINSMEAD, Simon

2008 «Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories:

which law should apply?». *The ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution*, Volumen 7, pp. 17-28.

BULLARD, Alfredo

2011 «Art. 67.- Ejecución arbitral». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 744-762.

2006 «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 155-225.

2003 «La década de los noventas: La experiencia peruana en libre competencia». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Thémis, USAID.

s/f «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana». En *Latin Arbitration Law* <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

CAIVANO, Roque

2006 «Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitrajes». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 107-153.

CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ

1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de La Fuente.

CANTUARIAS, Fernando

2004 «Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje». *Revista de Economía y Derecho*. Lima, pp. 29-50.

1996 «Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde 1996». En *Arbitraje on Line, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima*.
www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm

CONEJERO, Cristian

2006 «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, número 4, pp. 12-103.

CÓRDOVA, Jesús

2013 *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

CORREA, Juan Pablo

2011 «La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI». En MONTAÑA, Miguel (editor). *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, pp. 45-74.

CORRIE, Clint A.

2007 «Challenges in International Arbitration for Non-Signatories». *Comparative Law Yearbook of International Business*. Volumen 29, pp. 45-74.

COUR DE CASSATION

1987 «1o) Southern Pacific Properties Ltd 2o) Southern Pacific Ltd v. République arabe d'Egypte». *Revue de l'Arbitrage*. Paris, 1987, volumen 1987, número 4, pp. 469-471.

CRAIG, Laurence W., William PARK y Jan PAULSSON

2000 *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera edición. Oceana Publications Inc., ICC Publishing.

DE JESÚS, Alfredo

2006 «La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 3, pp. 63-136.

DE BOISSÉSON, Matthieu

1990 *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN-éditions.

DE TRAZEGNIES, Fernando

2004 «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Ius et Veritas. Revista de Derecho*. Lima, año XIV, número 29, pp. 12-22.

2003 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca «Para leer el Código Civil», volumen IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

GALLUCCIO, Giuseppe y Pablo C. MORI

2011 *El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo

2012 «La extensión de laudo arbitral según la Corte Suprema». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, tomo 161, pp. 23-28.

GRAVEL, Serge

1996 «Multiparty arbitration and multiple arbitrations». *ICC bulletin*. Volumen 7, número 2, pp. 45-52.

HANOTIAU, Bernard

2012 «Groups of companies and groups of contracts: A general introduction». En ROVINE, Arthur W. (editor). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Volumen 5, pp. 121-128.

2001 «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues – An Analysis». *Journal of International Arbitration*. Volumen 18, número 3, pp. 251-360.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

1994 «Southern Pacific Properties (Middle East) v. República Arabe de Egipto». *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XIX.

1979 «Obergericht of Basle, 3/06/1971». *Yearbook Commercial Arbitration*. Tomo IV.

KARRER, Pierre y Claudia KÄLIN-NAUER

1996 «Is There a Favor Jurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland». *Journal of International Arbitration*. Volumen 13, número 3, pp. 31-38.

KEPPER, Andrew M.

2006 «Contractual Waiver of Seventh Amendment Rights: Using the Public Rights Doctrine to Justify a Higher Standard of Waiver for Jury-Waiver Clauses than for Arbitration Clauses». *Iowa Law Review*. Volumen 91, número 4.

KOCH, Christopher

2010 «Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes». *ASA Bulletin*. Volumen 28, número 2, pp. 380-391.

KUNDMÜLLER, Franz y Roger RUBIO

2006 «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 69-112.

KUNDMÜLLER, Franz

2011 «El futuro del arbitraje en el Perú». En ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE (editor). *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Volumen 6. Lima: Palestra Editores, pp.405-438.

LANDA, César

2007 «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Themis. Revista de Derecho*. Lima, número 53, pp. 39-42.

- LANDOLT, Phillip
2009 «Extension of subjective scope of arbitration clauses under Swiss law upon request of respondent».
http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/International%20Arbitration/Briefing_note_International_arbitration_Extension_of_subjective_scope_of_arbitration_clauses.pdf
- LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS, y Stefan KRÖLL
2003 *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.
- LOBAN, Karyna
2009 *Extension of the arbitration agreement to the third parties*. Budapest: Central European University.
- MEYERSON, Bruce E.
2006 «But I didn't sign an arbitration agreement!»
www.brucemeyerson.com
- MOURRE, Alexis
2008 «La intervención de terceros en el arbitraje». *Iuris Consulto. Revista de la Carrera de Derecho de la USIL*. Lima, año 1, número 1.
- OPPETIT, Bruno
2006 *Teoría del arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis.
- OSTERLING, Felipe
2008 «¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 75-85.
- PANDURO, Lizbeth Nathaly
2011 *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- PAULSSON, Jan
1995 «Arbitration without privity». *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Washington D.C., volumen 10, número 2, pp. 232-257.
- PAVIC, Vladimir
2009 «Non-Signatories and the long arm of Arbitral Jurisdiction». En HAY, P., L. VEKAS, Y Elkana y N. DIMITRIJEVIC (editores). *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Varady*. Budapest: CEU Press, pp. 213-229.

PÉREZ-ROSAS, Juan José

2007 «Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso». En ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE (editor). *Ponencias del Congreso Internacional de arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores.

POUDRET, Jean-François y Sébastien BESSON

2007 *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell Ltd.

RAMBAUD, Patrick

1993 «L'affaire des 'Pyramides': suite et fin». *Annuaire français de droit international*. Volume 39.

RUBINS, Noah

2009 «Arbitration agreements and non-signatories». En: SOTO COAGUILA, Carlos (Ed.). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 539-566.

RUBIO, Róger

2007 «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». *Themis*. Lima, número 53, pp. 7-28.

SABROSO, Rita

2012 «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 161, pp.29-34.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2009a «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». *Ius et Veritas*. Lima, volumen 18, número 37, pp. 38-58.

2009b «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 8, pp. 17-49.

SCOTT, Alan

2008 «Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of "Consent"». *Arbitration International*. Oxford, volumen 24, número 2, pp. 199-264.

SILVA, Eduardo

2005 «El arbitraje examinado a la Luz del derecho de las obligaciones». En SILVA, Eduardo y Fabricio MANTILLA. *El contrato de arbitraje*. Santa Fé de Bogotá: Temis, pp. xv-xxxiv.

SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD

2010 «Why fix what is not broken?». En SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD.

Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. XIII-XXII.

STERNLIGHT, Jean R.

1997 «Rethinking the constitutionality of the Supreme Court's preference for binding arbitration: A fresh assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process concerns». *Tulane Law Review*. New Orleans, volumen 72, número 1.

STRONG, S. I.

2012 «Does Class Arbitration "change the nature" of arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a return to first principles». *Harvard Negotiation Law Review*. Cambridge, volumen 17, pp. 201-271.

SUÁREZ, Ignacio

2005 «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, número 2, pp. 54-75.

TALERO, Santiago

2010 «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje». *Lima Arbitration*. Lima, número 4, pp. 71-100.

ULOTH, J. Douglas y Hamilton RIAL III

2002 «Equitable estoppel as a basis for compelling non-signatories to arbitrate – A bridge too far?». *Review of Litigation*. Austin, volumen 21, número 3.

VOSER, Nathalie

2008 *Multi-party disputes and joinder of third parties*. ICCA, Congress 2008, Dublin.

WANG, Margaret

2000 «Are Alternative Dispute Resolution methods superior to litigation in resolving disputes in International Commerce?». *Arbitration International*. Londres, volumen 16, número 2, pp.189-211.

b) Jurisprudencia:

COMMERCIAL COURT

2004 *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd [2004] APP.L.R. 02/04*. February 4.

CORTE SUPREMA

2010 *Casación N.º 2994-2010-Lima*.

COURT OF APPEAL

2009 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*. EWCA, 2009, Civ. 755. July 20.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO
2012 *Resolución N.º 695-2011-OSCE/PRE*. 12 de diciembre del 2011.

SWISS FEDERAL SUPREME COURT, FIRST CIVIL LAW CHAMBER
2008 *Federal Court Decision 4A_376/2008*. 5 de diciembre. Consulta: 13 de marzo de 2012.
http://www.praetor.ch/index.php/download_file/view/218/248/

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2011 *Expediente N.º 00142-2011-PA/TC*. 21 de Setiembre.

2009 *Expediente N.º 00451-2009*. 6 de mayo.

2007 *STC. N.º 1937-2006-HC/TC*. 30 de marzo.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT
2005 *Contec Corp. v. Remote Solutions Co.*, 398 F. 3d 205 (2d Cir. 2005).

1997 *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*. 2nd Circuit 1997, 117 F. 3d 655, June 26.

1995 *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIFTH CIRCUIT
2008 *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*, 548 F. 3d 379 (5th Cir. 2008), November 2008.

UNITADES STATES SUPREME COURT
1970 *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 533. February 2.

COMENTARIOS

Giovanni Priori Posada

Magister en Derecho por la Universidad de Roma, profesor del Departamento Académico de Derecho y director de la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Este interesante trabajo nos plantea nuevamente la discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, en la medida que reabre el viejo tema acerca de si son aplicables o no las normas o instituciones procesales al mismo. Valga señalar, antes de iniciar los comentarios al presente trabajo, que la vieja confrontación o competencia entre arbitraje y proceso no ha llevado a nada en el desarrollo de ninguna de esas dos instituciones ni a lo que debe ser el objetivo final de ambas: brindar la efectiva protección a los derechos de los ciudadanos.

Como tema previo, el texto plantea el problema de si resultan ser o no aplicables las normas procesales al arbitraje. Creo que el problema debería ser planteado más bien en el sentido de si son o no aplicables las instituciones procesales al arbitraje.

Incluso, en el inicio del trabajo se hace una referencia a la tesis para obtener el título de abogado de Lizbeth Panduro (que tuvo el honor de dirigir hace algunos años) y se señala que se incurre en una falacia cuando se sostiene que las instituciones procesales deben aplicarse al arbitraje en la medida que tienen años decantándose. Lo que no se señala es que lo que esa tesis termina de sostener es que hasta que el arbitraje no tenga sus propias instituciones y las cree y se consoliden, es mucho más predecible que se apliquen instituciones ya conocidas, siempre que no altere la naturaleza del propio arbitraje.

Creo que la aplicación de instituciones procesales al arbitraje, compatibles con su naturaleza, terminan dándole aquello que el arbitraje dice querer dar: seguridad. El no hacerlo so pretexto de que el arbitraje es algo radicalmente distinto del proceso ha comenzado a generar una gran inestabilidad al primero. La discusión en torno a las bondades del arbitraje no pasa por señalar las deficiencias del proceso, así como las bondades del proceso no pasa por señalar las deficiencias del arbitraje.

Lo cierto es que en nuestra realidad coexisten estos dos mecanismos para resolver pacíficamente las controversias, con claras diferencias y similitudes, por lo que se deben abordar ambas instituciones jurídicas comprendiendo la verdadera esencia de su naturaleza, y no solo como una simple referencia que se hace a una al hablar de la otra. En el Perú, es casi una moda metodológica que al estudiar el arbitraje, siempre se comience criticando el proceso. Esto sucede con el documento objetivo de este comentario, que utiliza esta aproximación, pues su planteamiento comparativo parte de la crítica del proceso y de la aplicación de las instituciones procesales al arbitraje: como lo procesal es inadecuado para el arbitraje, no hay que aplicarlo.

Con mucho respeto, no comparto esa crítica y considero que se basa más bien en una inadecuada comprensión de las instituciones procesales que sirven de punto de comparación en la investigación.

Por ejemplo, en el inicio se señala que en el proceso civil, el juez tiene «un mayor poder de “jurisdicción” que el árbitro». Nadie tiene más poder de jurisdicción que otro. La jurisdicción es una, lo que puede ser distinto es la competencia. De esta forma, el árbitro es competente para algunas cosas para las que el juez no lo es, y el juez es competente para algunas otras para las que el árbitro no lo es. Si se dice que alguien tiene jurisdicción (y en el Perú la ejercen varias entidades y personas por la interpretación sistemática de varias de sus normas constitucionales, entre las que están los artículos 138, 139, 149, 202) no es que la tenga en mayor o menor medida que otros que también la tienen, pues es la misma, sino que se ejerce válidamente en ciertos ámbitos y en otros no.

Así, es obvio que lo que se ha querido señalar en el trabajo es que los árbitros no tienen competencia para resolver aspectos vinculados a personas que no han suscrito el convenio arbitral. En cambio, en un proceso civil, la competencia de los jueces se extiende a ellos. Pero, ¿por qué la confusión? Pues, porque en materia de arbitraje internacional se tiene la influencia de los esquemas procesales anglosajones, los que suelen plantear estos problemas precisamente como un asunto de jurisdicción, y en los que (en materia procesal) los asuntos de competencia son cuestionados como ausencia de jurisdicción. Por lo tanto, referirse a la jurisdicción y no a la competencia es aplicar una institución procesal como es tratada en el *common law*, y no como es tratada en el *civil law*. En ese sentido, esto no es, como se piensa, tratar un aspecto del arbitraje sin aplicar una institución procesal.

Desde hace muchos años se discute si el arbitraje y el proceso son lo mismo o no. Trabajemos en el desarrollo de las instituciones aplicables a cada una de ellas sin el temor de elaborar discursos sobre la base de aquellas que el proceso ya tiene incorporadas hace años: la competencia, la legitimidad, el litisconsorcio y la intervención de terceros, por citar algunos ejemplos. Lo que debemos hacer es usar las instituciones procesales con sus alcances adecuados.

En el presente trabajo, hay algunos ejemplos de lo que considero un uso inadecuado de las categorías procesales. Uno de ellos se encuentra al inicio del numeral 2), en el que se sostiene: «Probablemente, la mayor confusión sobre los no signatarios es su equiparación con la figura procesal del litisconsorcio». No es así. Cuando se trata la incorporación de los no signatarios al arbitraje, esto no se suele equiparar a la institución del litisconsorcio, sino a la de la intervención de terceros. Litisconsorcio e intervención de terceros son categorías procesales sustancialmente distintas que, es verdad, un sector de la doctrina procesal nacional ha confundido a veces, pero que guardan diferencias esenciales entre sí, pues el litisconsorcio define una situación en la que dos o más sujetos son ya parte del proceso, mientras que la intervención de terceros explica los problemas y los medios a través de los cuales quien no es parte de un proceso puede intervenir (o no) en este. Solo en algunos casos se forma litisconsorcio cuando el tercero interviene.

Mal se haría entonces en confundir el problema de la intervención de los no signatarios con el litisconsorcio, pues aquella es una institución dinámica y esta es estática. Por lo demás, no

creo que haya inconveniente en que se aplique la institución del litisconsorcio al arbitraje, para aquellos casos en los que existan varios sujetos en la posición de demandante o demandado.

Sobre el mismo tema, se señala luego: «Es de ahí que surge el problema para los árbitros en cuanto a determinar si la incorporación de un no signatario es un tema procesal o es un tema sustantivo». Es curioso que la misma pregunta se hace en el derecho procesal cuando hay que determinar si se incorpora o no a un tercero al proceso, ya que la solución está dada por una de las instituciones más ricas y más complejas del derecho: la legitimidad o legitimación para obrar, que, a decir de muchos, es la institución que sirve de enlace entre el derecho procesal y el derecho material. En el proceso judicial, las claves para resolver adecuadamente los problemas de intervención del tercero al proceso implican establecer fundamentalmente: a) la eficacia de la sentencia, y b) el respeto por el derecho de defensa. Durante años, en el derecho procesal ha habido disquisiciones dogmáticas acerca de la legitimidad y el modo en el que debe ser afrontada la legitimación de un tercero. Pero dado que el derecho procesal vive hoy su etapa de constitucionalización, los problemas se plantean en atención a los derechos fundamentales del proceso que pudieran verse comprometidos. De este modo, en el derecho procesal se ha superado esa antigua diferencia entre lo sustantivo y lo procedimental, a partir de lo que se denomina la «sustancialización del derecho procesal a través de las garantías constitucionales de las partes», cuyo principal exponente es Antonio Lorca Navarrete.

De otro lado, cuando el autor insiste en señalar que: «En principio, cuando se discute si es una cuestión procesal o sustantiva, el término “procesal” nos evoca nuevamente que aún hay una fuerte resistencia por los usos y términos del proceso civil clásico, esto, al menos en la legislación peruana se ha tratado de sacar de raíz, cambiando el término procesal por el de “actuación”, para enfatizar que el arbitraje tiene una lógica y reglas distintas del proceso civil», se vuelve a incurrir en un problema metodológico y de cierto prejuicio, pues se descarta ab initio la aplicación de instituciones procesales solo por ser tales.

Por lo demás, el análisis que se hace en la presente investigación respecto de la posibilidad de intervención de un no signatario creo que omite un plano de análisis para resolver adecuadamente este aspecto. El primer plano de análisis que hay que realizar es uno que de modo adecuado se analiza en este texto y tiene que ver, ciertamente, con la posibilidad de extenderle los efectos del convenio arbitral a quien no lo ha suscrito. Eso es fundamental, atendiendo al origen convencional del arbitraje.

Una vez resuelto lo anterior, se debe pasar a un segundo plano, que tiene que ver con la legitimación de ese tercero, no ya en atención a si la eficacia del convenio arbitral le alcanza o no, sino en atención a aquello que se está discutiendo en el arbitraje, si ese tercero debe intervenir o no. Aquí surge un aspecto en el que también tengo discrepancias respetuosas con el autor. No se puede sostener que lo ideal es que aquellos que hayan suscrito el convenio arbitral deban participar del arbitraje, en la medida que aquello que es objeto de este (pretensión) podría no incumbir a todos los que suscribieron el convenio, razón por la cual no están legitimados para intervenir.

La legitimidad para obrar en el arbitraje es fundamental, pues determina quién debe discutir sobre qué. No es esta una institución solo del derecho procesal, sino de la teoría

general del derecho y tiene que ver con el carácter dispositivo de los derechos privados que, precisamente, están en la base misma del reconocimiento del arbitraje. De este modo, no solo basta haber suscrito el convenio, sino tener algún tipo de relación con la pretensión que ha sido planteada. Es claro que la suscripción del convenio habilita al arbitraje (pues le confiere a los árbitros competencia para determinadas personas), pero la determinación de quiénes de los suscriptores deben intervenir, responde a un asunto absolutamente diverso, al de legitimidad.

Hecha las salvedades anteriores, coincido con el autor en que la determinación de quién es parte del convenio arbitral, no es, efectivamente, un problema procesal, pues tiene que ver con quienes lo suscribieron o con quienes sin suscribirlo se les pueden extender los efectos de este. Y coincido también en que las reglas de la buena fe son esenciales para determinarlo. Sin embargo, reitero que determinar quién debe ser parte en el arbitraje, sí es un asunto que corresponde al derecho procesal.

Más allá de las discrepancias formuladas, el rabajo se enfrenta a un tema nada sencillo con un destacable e ilustrativo análisis de jurisprudencia. En definitiva, es una contribución al estudio de la extensión de los efectos del convenio arbitral, temas sobre el que aún tenemos mucho que discutir.

Rómulo Morales Hervias

Director de la Maestría en Derecho Civil y profesor de la Escuela de Posgrado
y del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

El tema que se desarrolla es de una actualidad innegable luego del descubrimiento de la mafia del grupo Orellana y de los laudos falsos.

El autor arguye que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite la extensión de la eficacia del convenio arbitral a no signatarios, pero no se aplica a terceros que no tienen contacto alguno con la relación jurídica que da origen al convenio arbitral. Dicha aseveración no es suficiente. La falta de participación de los terceros en el convenio arbitral o en la relación jurídica relacionada con el convenio no es un criterio suficiente. Aquí, lo que importa es si los terceros pueden ser perjudicados si no participan en el proceso arbitral a pesar de que no son partes del convenio arbitral.

Es común que los convenios arbitrales estén relacionados económica y jurídicamente con uno o varios contratos. Aquí cobra relevancia el concepto de conexión contractual, el cual se configura «cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante» (López Frías 1994: 273). Hay contratos coligados cuando hay una pluralidad de contratos y un nexo funcional. Así: «Habrà conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse» (López Frías 1994: p. 282).

Asimismo, esta conexidad contractual o coligación contractual permite la intervención de terceras partes no signatarias en procesos arbitrales, aunque no hayan suscrito el convenio arbitral. La intervención de terceras partes no signatarias fue admitida en la doctrina española, a pesar de que no estuvo regulada expresamente en la legislación arbitral española anterior a la vigente. En efecto:

La falta de regulación no implica que esa intervención de «terceros» en el arbitraje no pueda existir. Existe como también existe en la justicia estática, aunque no se regule o se prevea, por lo que no es posible descartar a pesar de la LA [Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje] la posibilidad de que entre los árbitros y las partes contratantes del convenio arbitral, puedan situarse «terceros» al procedimiento arbitral, al cual han de acudir mediante el oportuno llamamiento, siempre y cuando el laudo por efectos del ámbito subjetivo y objetivo de la cosa juzgada (art. 37 LA) afecte a «terceros». (Lorca Navarrete y Silguero Estagnan 1994: 241)

En la misma dirección, la doctrina arbitral italiana sostiene que el tercero debe participar en el proceso arbitral como tutela preventiva contra el perjuicio de un eventual laudo (Fazzalari 1997: 58). Este elegirá la forma de participar en el proceso (Fazzalari 1997: 59). En nuestro caso, una doctrina nacional también admite la intervención de terceros:

En conclusión, consideramos que sostener la posibilidad de la intervención de terceros en el proceso arbitral, no afecta la autonomía privada de las partes, ya que como todo derecho constitucional no es absoluto y como tal debe guardar armonía en su interpretación con los demás derechos constitucionales, entre ellos el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Ello tampoco afecta la esencia del arbitraje, pues si bien es verdad que el convenio de las partes es la puerta de ingreso del arbitraje, no se puede negar la naturaleza jurisdiccional que la propia Constitución Política le otorga, ello en concordancia con la eficacia y oponibilidad que se le otorga a un laudo. (Gallo Cabrera 2013: 158)

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje admite la intervención de terceras partes no signatarias si forman parte de contratos coligados al convenio arbitral, tal como ha puesto en evidencia una doctrina nacional:

Como podrá apreciarse, la mencionada norma disciplina la extensión de la eficacia del convenio arbitral hacia terceros que se encuentren en estrecha relación, según la buena fe, con la negociación, formación, ejecución o terminación del contrato al que se refiere el mencionado convenio. A nuestro juicio, las hipótesis de coligación contractual encajan perfectamente en esta previsión normativa. Ello en la medida que, como se verá más adelante, en escenarios como el planteado las partes de contratos diversos actúan de forma coordinada, de cara al despliegue de la operación económica global, vale decir, de una funcionalidad de conjunto resultante de la agrupación contractual.

En efecto, si uno solo de dos o más contratos coligados contiene el convenio arbitral, esta norma determinará que la eficacia de dicho convenio pueda extenderse a los otros centros de interés involucrados en la operación económica (o sea, a las partes de los otros contratos coligados). Semejante consecuencia reviste relevancia si se tiene en cuenta que, en un escenario como el planteado, se presenta el riesgo de la existencia de pronunciamientos contradictorios respecto de las suertes de cada componente de la coligación de negocios. (Vásquez Rebaza 2012: 90)

Como lo ha expresado la doctrina italiana —la cual ha desarrollado con amplitud el tema de los contratos coligados o conexos— la existencia de un coligamento o una conexión entre contratos se determina cuando concurren tres elementos estructurales, que:

Las partes hayan acordado una pluralidad de relaciones jurídicas, tales relaciones jurídicas sean funcionales a un único conjunto de intereses y sea el resultado (incluso implícitamente) de la voluntad contraria a la estipulación de un único contrato (Maisto 2005: 521).

Elementos esenciales del coligamento son la programación de una multiplicidad de atribuciones patrimoniales, la finalización de las particulares atribuciones a un único conjunto de intereses y la voluntad de las partes de no celebrar un único contrato. (Maisto 2005: 523)

Dichos elementos esenciales del coligamento o de la conexidad de los contratos no incluye como requisito que las partes deben ser las mismas en todos los contratos mencionados, como lo ha afirmado con claridad y con sustento una doctrina nacional:

Resumiendo el desarrollo expuesto en el capítulo anterior, podemos afirmar que el nexo funcional se encuentra delineado por dos elementos: a) *el elemento externo*, vale decir, una *operación económica global programada*, que no es sino aquella funcionalidad compleja a ser desenvuelta por medio de la actuación conjunta y coordinada de todos contratos coligados; y, b) *el elemento interno*, constituido por la asunción causal, en por lo menos uno de los acuerdos coligados, de un *interés en la coordinación* con los otros contratos (o con los resultados instrumentales derivados de los diversos acuerdos) de cara al desenvolvimiento del *elemento externo*.

Pasando a otro punto, debemos señalar que, a nuestro parecer, no es necesario que todos los contratos coligados en concreto hayan sido creados por las mismas partes. En otras palabras, el carácter homogéneo o heterogéneo de los centros de intereses que disciplinan los esquemas contractuales que componen la agrupación no será determinante para que esta última sea calificada como una coligación concreta. Tampoco resultará determinante para la configuración de semejante hipótesis la subsumibilidad típica de los diversos actos de autonomía privada. En efecto, el que los contratos pertenezcan a tipos homogéneos o heterogéneos no influirá para nada en verificación de una coligación concreta.

Del mismo modo, la oportunidad en la que se celebran los distintos esquemas contractuales tampoco desempeña un rol trascendental de cara a configuración de la vinculación contractual. En ese sentido, los contratos coligados pueden ser: (i) contextuales, es decir, haber sido celebrados en un mismo momento; y, (ii) no contextuales, o sea, haber sido celebrados en momentos distintos. Al margen de ello, el factor decisivo para poder hablar de *coligación concreta* es la conclusión de la pluralidad de contratos en cumplimiento de un programa unitario y el impacto en la *causa concreta* de al menos uno de los mencionados esquemas. Vale decir, los requisitos *externo e interno*, respectivamente, del nexo funcional. (Vásquez Rebaza 2012: 300-301) (Las cursivas son nuestras).

Justamente, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula la extensión de la eficacia del convenio arbitral hacia terceros-partes no signatarias. Los casos de coligación contractual o de contratos conexos se aplican perfectamente según esta norma. En el trabajo, debió analizarse los requisitos de los contratos conexos o coligados: pluralidad de contratos y operación económica global sin exigir que todas las partes sean las mismas en todos los contratos.

Bibliografía

FAZZALARI, Elio
1997 *L'arbitrato. Utet, Turín pp. 58-59.*

GALLO, Javier

2013 «*La intervención de terceros en el proceso arbitral*» En AA.VV. Derecho arbitral. Lima: Editorial Adrus.

LÓPEZ, Ana

1994 *Los contratos conexos, estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosch Editor pp. 273, 282.

LORCA, Antonio María y Joaquín SILGUERO

1994 *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid: Editorial Dykinson.

MAISTO, Filippo

2005 «*Sulla struttura del collegamento funzionale tra contratti*». *Rassegna di diritto civile*. Nápoles, número 2, pp. 521-523.

VÁSQUEZ, Walter Humberto

2012 *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, deseo agradecer a los profesores Rómulo Morales y Giovanni Priori, quienes han tenido la gentileza de comentar mi trabajo de investigación *La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios ¿Sustancia o procedimiento?* Sin duda, sus comentarios enriquecen el estudio de la materia tratada, dado que no es un tema en el que la doctrina y la jurisprudencia tengan posiciones pacíficas.

En el arbitraje, tanto en el Perú como en muchos otros sistemas jurídicos, es la práctica arbitral la que muestra las grietas o deficiencias que pueda tener la ley o legislación sobre la materia. La ley o la regulación del arbitraje no es una meta, sino el inicio de la carrera, es la práctica arbitral la que demuestra el camino y su efectividad quedará demostrada en la rapidez y calidad de sus laudos. Así, la jurisprudencia arbitral perfila los lineamientos o suplencias sobre los vacíos que pueda tener la ley. En la práctica del arbitraje comercial internacional, desde ya hace muchos años se han dado diversos problemas respecto a la posibilidad de incluir dentro de un arbitraje a una parte que no ha firmado la cláusula arbitral (Corrie 2007: 45 y ss.).

Probablemente, uno de los casos paradigmáticos que suelen estudiarse cuando se trata el tema de la extensión del convenio arbitral sea el de la Société Isover-Saint Gobain v. société Dow Chemical France,¹ en el cual se discutió la teoría del grupo de empresas; este, junto con otros laudos arbitrales y resoluciones judiciales, ha aumentado la tendencia a incorporar a no signatarios del convenio arbitral, de acuerdo con determinados requisitos que se fueron construyendo en la jurisprudencia internacional.

A partir de ahí, ha llamado mucho la atención en el arbitraje internacional la posibilidad de incluir dentro del arbitraje a partes no signatarias. Lo cual permitió abrir las puertas al trabajo y se volvieron a replantear otras teorías de antigua data, como el levantamiento del velo societario, y a construirse otras del common law, como el álter ego, *Estoppel* (con sus distintas variables) y otras comunes que involucran a otras partes, como la estipulación a favor de tercero, la incorporación por referencia, asunción, agencia, etc. Cabe destacar que no ha sido un esfuerzo solo de los árbitros y de las cámaras arbitrales, sino también de las cortes judiciales, a través de una serie de resoluciones judiciales² que han permitido la utilización en sede arbitral de estas teorías. En el Perú, como en Latinoamérica en general,³ la práctica arbitral ha ido

1 ICC Award 4131, 1982.

2 Una de las más importantes resoluciones judiciales que reconoce la utilización de estas teorías de incorporación de no signatarios, incluso a pesar de no haber extendido los efectos al no signatario fue desarrollada en el caso Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1995).

3 Por ejemplo, en Argentina, destaca el caso Basf Argentina S.A. v. Capdevielle y Cía SA. CSJN, 11/05/2004, Competencia N.º 1651, XXXIX. En Brasil, se tiene el caso Trelleborg v. Anel, emitido por la Corte de Apelaciones de Sao Paulo, N.º 267.450.4/6-00, decidido el 24/05/2006, en donde se extendió los efectos del acuerdo arbitral a un no-signatario; y en el caso Chaval v. Liebherr RESP no. 653.733, Third Chamber, Reporting Justice Nancy Andrighi, decidido el 03/08/2006. Citado por SEREC, Fernando Eduardo y Eduardo R. KENT COES. «Arbitration and non signatories». En *Vindobona Journal*. N.º 14, Marzo 2010, pp. 67 y ss. En Colombia, puede verse la Sentencia C-242 de 1997 emitida por la Corte Constitucional, la cual tiene una interpretación muy restrictiva por que la extensión del convenio arbitral conlleva a romper con el principio de habilitación, que no es otra cosa que el

también mostrando los mismos problemas que se han enfrentado en Francia, Suiza, Estados Unidos, Inglaterra, etc., sobre este tema en particular.⁴

Ciertamente, se han dado diversas posibilidades de solución, algunas a través de forma casuística, otras —como en el caso peruano— se ha regulado en la nueva Ley de Arbitraje y en otras se ha planteado una solución más de tipo procesal con una regulación supletoria de las reglas del proceso judicial.

En los comentarios vertidos al trabajo de investigación se puntualiza acerca de la participación del tercero y la participación del no signatario. Conviene en esta respuesta exponer las diferencias entre uno y otro.

El término «signatario» es una traducción del término *signatory*, que es muy utilizado en el arbitraje comercial internacional. Este término proviene del latín *signum*, que significa marca, insignia, seña. Se entiende que el signatario es aquella persona que firma o deja una marca personal en un documento. Esta palabra puede considerarse como una reminiscencia del artículo II de la Convención de Nueva York, la cual señala que: «The ter “agreement in writing” shall include an arbitral agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams».

Así, diversas legislaciones como la de España han seguido ese mismo criterio, por ejemplo, el artículo 9.3 de la Ley Española de Arbitraje señala que el convenio arbitral «deberá constar por escrito, en un documento *firmado* por las partes» (Las cursivas son nuestras). En México, en el Código de Comercio, su artículo 1423 establece que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento *firmado* por las partes» (Las cursivas son nuestras).

No obstante, la formalidad del acuerdo arbitral ha tomado un giro a raíz de la modificación que recomienda la Ley Modelo, tal como lo ha hecho la legislación peruana, por ello, la referencia «extensión del convenio arbitral a los no signatarios» podría causar ciertas confusiones (Blaise y Schellenberg 2006: 1). Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York siguen planteando la interrogante acerca de lo que puede entenderse «por escrito» y también sobre los intercambios de documentos, los cuales resultan anacrónicos en los tiempos del comercio internacional, de los contratos de compraventa internacional, el comercio electrónico y de los contratos de infraestructura e inversión en general.

En principio, la tendencia actual es que no es exigible la «firma» como tal, sino que el convenio arbitral se encuentre por escrito.⁵ El problema se presenta, como se ha mencionado, en el comercio internacional, a saber, qué significa o debe entenderse «por escrito».

En general, las legislaciones de los países requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito. Dado que las partes excluyen a la administración de justicia estatal de la resolución de sus conflictos, el Estado tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas y que no se vulnere su derecho al juez natural.

Otra de las justificaciones era que producía certeza sobre el arbitraje que se origina en

acuerdo entre las partes para llevar un conflicto al arbitraje.

- 4 Estos problemas no solo se han presentado en regiones donde se aplica el civil law o el common law, sino también en países con un sistema jurídico distinto, como China, Japón, Hong Kong e incluso en la India. Cfr. Greenberg, Simon; KEE, Christopher y J. Romesh Weeramantry. *International commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*. Cambridge University Press, 2011. Abdel Wahab, Mohamed. «Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum». En *Conflict of Laws in International Arbitration*. Ferrari, Franco y Stefan Kröll (Eds.). European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato, Munich 2011. Saraf M. *Who is a party to an Arbitration Agreement – Case of the Non-Signatory, Institutional Arbitration in Asia*. Collection of Papers from ICC-SIAC. Symposium, Singapore, 18-19 de febrero 2005, pp. 1-71.
- 5 Vid. Obergericht of Basle, 3/06/1971. *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo IV, 1979, p. 309.

función del convenio arbitral, dado que no existirían dudas acerca de su eficacia, además que permite que el laudo pueda ser ejecutado y reconocido sin contratiempos en el extranjero.⁶

Ciertamente, a raíz del avance de la tecnología a mediados de los años ochenta, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se eleve a niveles exponenciales, que la negociación de los mismos pueda llevarse a cabo entre partes que se ubican a grandes distancias una de la otra y que se pueda celebrar un contrato en minutos.

Asimismo, en el comercio internacional, como en la celebración de contratos de infraestructura, inversiones internacionales, en contratos complejos donde intervienen múltiples partes, hay exigencias que desafían la regulación arbitral.

La Ley Modelo incorpora en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, que permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático. Sin embargo, la Convención de Nueva York, creada en el año 1958 no podía prever la realización de este tipo de contratos, simplemente, porque no existía el internet, por lo que el término «por escrito» solo podía darse a través del intercambio de cartas o telegramas.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, entonces, utiliza un criterio de interpretación llamado «equivalente funcional» para entender que los requisitos de escritura y firma se encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y ha sido seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente.⁷

Sin embargo, como se ha visto, no solo los contratos que versan sobre comercio electrónico han sido recogidos en la Ley Modelo de Arbitraje, sino que además esta permite su aplicación a los contratos en general, en cuanto a la relativización de la forma del convenio arbitral.

Por otra parte, se usa el término «extensión» del convenio arbitral toda vez que lo que se busca es incluir a una persona o parte que no firmó el acuerdo arbitral, pero se pretende que dicha persona esté obligada por dicho convenio a ir a un arbitraje en caso de conflicto. No obstante, se reconoce que en cierta medida el término «extensión» puede causar cierta confusión o engaño. Tal como refiere Hanotiau (2001: 254):

El concepto ampliamente utilizado de la «extensión» e la cláusula arbitral a los no firmantes es un concepto engañoso y, más aún, es probablemente incorrecto en gran medida, ya que, en la mayoría de los casos, las cortes y los tribunales arbitrales todavía basan su determinación de la cuestión de la existencia de una intención común de las partes y, por lo tanto, en el consentimiento. La cuestión básica, en tanto, sigue siendo: ¿quién es parte de la cláusula, o quién se ha adherido a la misma, o, eventualmente, quién no tiene derecho a sostener que no se ha adherido a la misma? En otras palabras, es un problema clásico del Derecho contractual. La verdadera cuestión es si tanto en el arbitraje internacional, dado su carácter específico y teniendo en cuenta los usos del comercio internacional; por un lado, uno deberá seguir las mismas reglas que se aplican a los casos ordinarios

6 Por ejemplo, el artículo 35.2 de la Ley Modelo establecía que para reconocer o ejecutar un laudo no solamente se debía presentar el laudo original, sino además el documento donde se encontraba el convenio arbitral. Este artículo fue modificado en las enmiendas del 2006, en las cuales se ha eliminado el requisito de la presentación por escrito del convenio arbitral.

7 Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega, en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999 en la que no tomó en cuenta los correos electrónicos que contenía un convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, por lo que desestimó la ejecución del laudo dictado en Londres.

civiles y mercantiles o adoptar un enfoque más liberal; y en el segundo caso, qué enfoque que debe adoptarse.

Y es que, en efecto, el problema no se trata de «extender» el convenio arbitral, sino más bien de definir quién es parte de la cláusula arbitral (Hanotiau 2012: 124) y en consecuencia ser obligado por ello. Más aún, tal como se ha referido en los párrafos anteriores, esta distinción entre signatario y no signatario conlleva también a cierta confusión, en vista de que las leyes actuales de arbitraje no requieren de la firma para ser parte de un contrato; por otro lado, la firma no significa necesariamente que el firmante se convierte en una parte del contrato y de la cláusula de arbitraje que lo contiene (Poudret y Besson 2007).

Nótese que no se señala a este no signatario como un tercero ajeno a la relación contractual primigenia, en otras palabras, el no signatario no es un tercero, resulta inapropiado denominar a esta figura como «intervención de terceros en el arbitraje».⁸

En general, los problemas que se presentan por la «extensión» del convenio arbitral a los no signatarios se dan cuando dos personas que acuerdan un convenio arbitral tienen, en el devenir del tiempo, un conflicto por el cual recurren a un arbitraje. Pero necesitan, para poder resolver dicho conflicto, la participación de este no signatario como parte del mismo, ya sea por distintas razones, como son su participación en la negociación, ejecución o culminación en la operación contractual, o porque pretende reconocer derechos de esa relación contractual, son, pues, varios los factores que hacen que un no-firmante del contrato asimile la calidad de parte.

En esta situación, es menester al árbitro para poder dirimir la controversia e incluir dentro del proceso a este no signatario, pero el problema se suscita con una falta de legitimación por parte de este último toda vez que no suscribió el contrato que contenía la cláusula arbitral, o algún otro acuerdo arbitral celebrado entre ellas.

Actualmente, la nueva Ley de Arbitraje, influida por los cambios legislativos de España, la Ley Modelo, la práctica arbitral que se ha desarrollado en los últimos años en el Perú y, principalmente, por la jurisprudencia comercial internacional ha incluido la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, como se expresa en el artículo 14º, el cual señala lo siguiente:

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación,

8 Tal como comenta Silva Romero (2005: XXIV-XXV):

[E]l arbitraje, (...) es un mecanismo jurisdiccional de resolución de litigios que proviene de un contrato –llámese éste pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso-. Por lo tanto, sólo pueden participar en un procedimiento arbitral, y siempre y exclusivamente como partes, las partes del pacto arbitral. Dichas partes pueden haber suscrito el pacto arbitral o, mediante su comportamiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato principal que las ligan, pueden haber manifestado su voluntad de ser partes del pacto arbitral. En todo caso, quienes participan en un procedimiento arbitral siempre son partes puesto que las mismas son partes explícitas o implícitas del pacto arbitral que le da origen al arbitraje. En consecuencia, la palabra «tercero» es ajena al vocabulario del arbitraje comercial internacional. En el arbitraje comercial internacional, y en el arbitraje nacional de muchos países (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suiza, p. ej.), la palabra «tercero» ni recibe ningún significado ni cumple ningún papel. En otras palabras, la palabra «tercero» en el derecho comparado del arbitraje y en el arbitraje comercial internacional es un sin sentido.

celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo no hace referencia a terceros, sino a la parte que no ha firmado o no ha tenido intervención en la firma del contrato de arbitraje; en ese sentido es muy importante no solo la relación que mantiene con la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, también será importante su consentimiento.

En un laudo arbitral, al comentar este artículo se ha sostenido que:

Nótese que la norma, al referirse a derivar el consentimiento de la participación en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, en propiedad no se refiere a terceros. Se refiere a una forma de derivar o identificar en buena fe un consentimiento. No es la simple participación de la parte, sino que de dicha participación se puede derivar que, en buena fe, debe entenderse que consintió al arbitraje. Sustraerlo del arbitraje sería un acto de mala fe, porque en justicia, sabía que debía quedar vinculado, dado que sus actos han estado justamente dirigidos a privar de eficacia al convenio arbitral y al arbitraje que de él se derive. Su intervención lo convierte entonces en parte, si uno mira sus actos bajo la esfera de la buena fe.⁹

Sin duda, es un aspecto de mucha trascendencia que nuestra ley de arbitraje haya recogido el tema de la extensión del convenio arbitral, en buena cuenta, dado que a nivel legislativo en el derecho arbitral comparado no hay un antecedente parecido. Ahora bien, lo que sí existe, es una vasta jurisprudencia arbitral, sobre todo a nivel internacional, acerca de la inclusión al arbitraje de los no signatarios e incluso a través de estos laudos se han ido configurando una serie de teorías a efectos de evaluar la pertinencia de la participación de partes que no firmaron la cláusula arbitral.¹⁰

El artículo 14° de la Ley de Arbitraje guarda singular importancia en tanto que utiliza una serie de conceptos amplios a efectos de globalizar en el supuesto de hecho de la norma, todos aquellos casos en los que aparezca la figura del no signatario. Uno de estos conceptos es, por ejemplo, la incorporación de la figura de la buena fe en el artículo citado.

Sobre este punto, Galluccio y Mori Bregante (2011: 19) han comentado que el principio de buena fe «permite determinar que las partes signatarias del convenio se comprometieron a no realizar conductas que fueran en contra de su acuerdo para arbitrar, esto es, a actuar precisamente bajo los parámetros de la buena fe como por ejemplo no formar o utilizar distintas empresas de fachada que le permitan contrariar dicho acuerdo».

Por su parte, Suárez Anzorena (2005: 57-58) ha afirmado que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares

9 TSG v. Pesquera Industrial Chicama y otros. Laudo Arbitral de Derecho del 18/03/2009, Fundamentos 253 y 254.

10 De acuerdo con Santistevan de Noriega, comentando este artículo, indica que el contenido esencial del artículo 14° de la Ley de Arbitraje —que permite la extensión del convenio a partes no signatarias— no constituye una creación heroica del legislador peruano sino que, como veremos, resulta ser una consecuencia natural de los avances jurisprudenciales, no exentos de debate por cierto, que se han dado en materia arbitral comercial internacional. Estos avances, hay que advertirlo, pueden ser perfectamente aplicables en nuestro medio tanto al arbitraje internacional cuanto al arbitraje doméstico. Vid. Santistevan de Noriega, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, N.º 8, 2009, p. 21.

permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».

Mientras que el tercero no ha tenido ningún tipo de participación dentro de la relación jurídica que contiene un convenio arbitral. En general, el arbitraje internacional no se ha detenido a analizar profundamente el problema de los terceros.

En principio, siempre ha habido rechazo por aceptar la intervención de terceros en el arbitraje, por contravenir la naturaleza contractual del arbitraje y, por ende, al principio de la relatividad de los contratos, por el cual tiene fuerza de ley entre las partes y no produce efectos respecto de terceros (Bianca 1987: 535). Sobre el particular, Boissésson (1990: 246) ha expresado que «ni la intervención voluntaria, ni la intervención forzosa son compatibles con la naturaleza contractual del arbitraje. La intervención voluntaria no puede realizarse, a pesar que todas las partes en el acuerdo de arbitraje estén de acuerdo».

Es posible identificar, según la intervención del tercero, características particulares, las que dependerán del momento en que se presenta dicho tercero, si es antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien, en una fase posterior cuando ya se ejecute el laudo.

También es posible avizorar a aquel tercero que es ajeno al contrato y al arbitraje mismo, Mourre llama a este tercero como «tercero absoluto»; mientras que en el caso de la intervención de un tercero en arbitraje que fuese parte en el contrato que contiene un convenio arbitral, o en sujeción a la misma, lo denomina «tercero imperfecto».

Asimismo, procesalmente, también se reconoce al tercero de acuerdo con el tipo de pretensión que busca: Mourre reconoce diferencia entre la intervención voluntaria principal (título activo) y la intervención forzosa (título pasivo).

No obstante, como se ha mencionado, estos terceros no han tenido cabida en el arbitraje internacional; sin embargo, Mourre propone en ciertas circunstancias la intervención de terceros en el arbitraje, basado en dos razones principalmente; la primera, referente a una cuestión de economía procesal, en palabras de Mourre (2008: 18) es deseable prevenir una fragmentación del contencioso y así evitar pronunciamientos contradictorios. Segundo, hay presencia de la posible afectación del derecho de un tercero; en el caso de los terceros imperfectos, sería posible su intervención voluntaria, más aún, si el laudo puede afectar un derecho legítimo del tercero, debería entonces tener el derecho de defenderse en el arbitraje.

Sin embargo, hay ciertos reparos en esta propuesta, dado que cualquier tercero no podría incorporarse al arbitraje, más aún, este siempre tiene que tener un carácter voluntario, lo cual parte del consentimiento de todas las partes; la cuestión es si el árbitro tiene la facultad de obligar a este tercero al arbitraje. La jurisprudencia ha sido unánime en rechazar dicho supuesto.

LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ: UNA BREVE REFLEXIÓN BASADA EN LA TEORÍA DEL JUEGO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Daniel Chancafé Rosas

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Hugo Forno Odría

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Paul Nina Nina

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Alumnos

El presente artículo analiza el rol de la conciliación como un mecanismo alternativo eficiente para la resolución de conflictos, así como el papel de la regulación peruana actual respecto de dicha finalidad. El trabajo se ha realizado desde la teoría de juegos, cuyo enfoque analítico se ha aplicado a nuestro objeto de estudio, y a partir de la cual se ha concluido que la regulación vigente en el Perú es deficiente y, de hecho, evita que la institución de la conciliación pueda ser eficaz.

Las causas de esto último responden, principalmente, a que se impone su obligatoriedad para conflictos en los cuales la conciliación es ineficaz a priori, elevando los costos del litigio en general y disminuyendo la calidad de los servicios de conciliación; entre otras razones. Frente a esto se hace evidente la necesidad de que, en el Perú, la conciliación sea facultativa.

I. Introducción

Una de las principales funciones de un Estado es solucionar los conflictos que se originen entre sus ciudadanos. Sin embargo, en nuestra sociedad dicha función no se cumple apropiadamente, debido a que es un hecho conocido por todos que los despachos judiciales se encuentran excesivamente congestionados, que existe escasa capacidad técnica en gran parte de los operadores jurídicos y que muchos de estos participan en actos de corrupción. Todo ello ha ocasionado un debilitamiento de la confianza por parte del público usuario hacia el sistema judicial peruano, lo cual imposibilita conseguir que los usuarios encuentren la buscada paz social con justicia.

Dicha situación se ha presentado también en otros países de América Latina. Por ello, en la década de 1990, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Unidad Ejecutora del

Poder Judicial para el proyecto del Banco Mundial sobre administración de justicia, el Fondo Multilateral de Inversiones, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, siguiendo el modelo de los países de habla inglesa, promovieron la creación de centros de solución de conflictos a través de medios autocompositivos en Latinoamérica. A dicha iniciativa se sumaron posteriormente universidades e instituciones empresariales y profesionales.

El Perú no fue ajeno a este fenómeno. Con la finalidad de promover los mecanismos autocompositivos de conflictos en el Perú, en 1997 se promulgó la Ley No. 26872, Ley de Conciliación (en adelante, la Ley), la cual sentó las bases de la conciliación extrajudicial en nuestro país.

No obstante, lejos de preservar la naturaleza flexible del mecanismo de la conciliación, nuestro legislador constituyó este mecanismo como un medio obligatorio de solución de conflictos al establecerlo como un requisito de procedencia del proceso judicial. Dicha política tuvo como consecuencia que un sinnúmero de litigantes se vean obligados a agotar el procedimiento de la conciliación para acceder a un proceso judicial, sin importar que haya o no interés en la partes para conciliar o que existan las condiciones óptimas para alcanzar un acuerdo conciliatorio.

El presente artículo demostrará que la conciliación es un mecanismo eficiente para solucionar controversias. Sin embargo, demostraremos también que la manera en la que dicho mecanismo fue instaurado en el Perú impide que dicho mecanismo funcione eficientemente. Así, finalmente identificaremos algunas medidas que deberían adoptarse a fin de que la conciliación en el Perú no agrave los costos de transacción del proceso judicial y que solucione eficientemente los conflictos.

2. El ciclo de surgimiento y solución de conflictos

Los seres humanos no somos entes autosuficientes. Necesitamos distintos bienes para satisfacer nuestras necesidades y aunque nuestras necesidades son ilimitadas, los bienes idóneos para satisfacerlas son escasos. Por ello, no todos podemos satisfacer nuestras necesidades con el mismo bien o en el mismo tiempo, por lo que buscamos excluir al otro del aprovechamiento de aquel bien, lo cual sin duda generará una resistencia por parte de este último. Es así como se germina un conflicto de intereses. De hecho, el conflicto, al que Carnelutti (1944: 44) llamó litigio, es definido por él como «conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro».

Históricamente, los conflictos han sido dirimidos a través de los siguientes mecanismos (Ovalle 1996: 5):

- a) La autotutela: mecanismo excepcional en el que se impone la pretensión propia sobre el interés ajeno y se ejerce legalmente la coacción. Por ejemplo, la legítima defensa o la defensa posesoria, entre otros.
- b) La autocomposición: mecanismo parcial en el que la solución proviene de las partes, sin la intervención de un tercero. Por ejemplo, el allanamiento, el desistimiento o la transacción, entre otros.

- c) La heterocomposición: mecanismo en el que la solución proviene de un tercero imparcial. Por ejemplo, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el proceso.

Si bien en todos los mecanismos heterocompositivos interviene un tercero, estos difieren en cuanto a las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para propiciar la comunicación entre las partes a fin de que lleguen a un acuerdo, el conciliador puede proponer también fórmulas concretas de solución, cuya adopción estará en manos de las partes.

Por su parte, en el arbitraje se requiere un convenio previo entre las partes para que el árbitro emita un pronunciamiento definitivo y obligatorio para las partes, a diferencia del juez, quien puede resolver sin un convenio así. Asimismo, el árbitro requiere la asistencia del juez para poder ejecutar su decisión, quien a su vez no depende del árbitro para ejecutar el suyo (González de Cossío 2007: 204-205).

Pese a que, como hemos visto, existen distintos modos de solucionar nuestros conflictos, durante el período comprendido entre octubre del 2012 y marzo del 2014, en nuestro país, se iniciaron 1 886 320 procesos; aproximadamente, uno cada treinta segundos.¹ Ante ello, y después de haber advertido la existencia de otros mecanismos de solución de conflictos, conviene preguntarnos si iniciar un proceso judicial es la decisión más eficiente. Por ello, a continuación, identificaremos y valoraremos los principales costos en los que incurren los litigantes al iniciar un proceso judicial.

3. Los costos del proceso judicial

El proceso judicial como mecanismo de solución de conflictos requiere una inversión de recursos para que sus soluciones sean lo más cercanas a la solución justa del conflicto. En un Estado de derecho, las soluciones justas de los conflictos privados están predeterminadas por el derecho; sin embargo, la aplicación correcta del derecho está condicionada a que los operadores jurídicos subsuman adecuadamente las situaciones de la realidad en los presupuestos de hecho de las normas jurídicas, que vinculen satisfactoriamente dichos presupuestos con las consecuencias jurídicas de las normas y que las consecuencias jurídicas sean aplicadas eficazmente en la realidad.

Para que la aplicación del derecho en la resolución del conflicto sea adecuada es necesario que se invierta gran cantidad de recursos (mientras más recursos se inviertan, más justas serán las soluciones a los conflictos). Así, para que las situaciones de la realidad sean probadas convenientemente, será necesario invertir en instrumentos cada vez más sofisticados y costosos, mientras que una apropiada subsunción y una vinculación adecuada de las consecuencias jurídicas de una norma con sus presupuestos de hecho significarán costos de especialización de los operadores jurídicos y de los controles jerárquicos del Poder Judicial, que uniformizan la aplicación del derecho. Asimismo, para que las consecuencias jurídicas encuentren una efectiva realización en la realidad será necesario un soporte logístico que permita un proceso rápido. Por el contrario, si los recursos invertidos no son suficientes, las soluciones serán erróneas y perjudicarán injustamente los intereses que debían ser tutelados.

¹ La información puede ser consultada en el portal web del Poder Judicial:
http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/10051/PLAN_10051_2014_Expedientes_ingresados_y_resueltos_en_tr%C3%A1mite_por_distrito_judicial_2014_-_I_Trimestre_.pdf

A continuación, detallamos cómo los costos de la solución de conflictos en el Poder Judicial superan en gran medida los costos en los que incurren quienes optan por conciliar, verificando así que el último de estos mecanismos de solución de conflictos es más económico.

3.1. Costos del proceso

El artículo 411 del Código Procesal Civil² define los costos del proceso como aquellos correspondientes a los honorarios del abogado de la parte vencedora más un cinco por ciento de tales honorarios, destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo, así como para cubrir los honorarios de los abogados de casos de auxilio judicial. Si bien es cierto que los costos por el abogado son en sí un costo considerable para solucionar un conflicto, nos parece más interesante analizar si la regla de asignación de costos procesales adoptada en el Perú incrementa los gastos en patrocinio legal de las partes.

La razón principal por la que las partes gastan en abogados es porque estos incrementan sus probabilidades de ganar el litigio. Así, invertir más en peritos, instrumentos paralegales, especialistas legales, procuradores, entre otros (Posner 2007: 881), será atractivo mientras el incremento en la probabilidad de victoria reporte un beneficio mayor que el costo en el que se incurre. No obstante, la regla inglesa dispone que el vencedor no paga sus costos procesales; motivo por el cual, los litigantes tendrían muchos incentivos para incurrir en gastos mayores en abogados con la expectativa de que quien los pague sea la futura parte vencida. Nos vemos así en un clima propicio para especular con los gastos. Imagínese un litigio por \$1000, en el que los costos iniciales de cada parte son \$100, mientras que cada uno tiene una probabilidad de ganar de 50%. A cualquiera de las partes le convendría invertir una unidad adicional en costos, pues haría más probable que esa unidad adicional (e incluso 100 unidades adicionales) haga más posible que los costos iniciales y adicionales sean pagados por la parte vencida. Sin embargo, una vez que el costo de una parte se incrementa, la contraparte tiene el mismo incentivo que el otro para invertir en abogados, lo que nos lleva a la situación inicial con el mismo nivel de probabilidades, pero con mayores costos en ambas partes.

A pesar de que la figura de honorarios contingentes —que consiste en que el honorario se fija en función de la cuantía conseguida con el litigio— solucionaría la especulación con los gastos en abogados, esta modalidad de honorarios no es usual debido a que los procesos judiciales tardan años en resolverse, por lo que la liquidez del monto queda en suspenso durante mucho tiempo.

No olvidemos, además, que el artículo 411 del Código Procesal Civil indica que la parte vencida tiene que pagar los costos de abogados que no intervinieron en su proceso (por ejemplo, los de los abogados de auxilio judicial); y que además se le impone un impuesto parafiscal para subvencionar el fondo mutual de los Colegios de Abogados.

En cambio, estos costos no están necesariamente presentes en el procedimiento conciliatorio. Si bien las partes pueden tener la asesoría de un abogado,³ la intervención de este no es indispensable, puesto que en la conciliación la discusión principal no gira en torno a

2 Artículo 411.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.

3 Artículo 21, inciso 1 del Reglamento.

la aplicación del derecho, sino en la evaluación de la información que tienen ambas partes sobre el conflicto y en las concesiones recíprocas de ambas partes. Además, incluso si el patrocinio del abogado estuviera presente, los costos de este serían menores, debido a que la conciliación tarda en promedio treinta y dos días hábiles,⁴ mientras que un proceso judicial tarda varios años, como podemos constatar en la práctica.

3.2. Costas del proceso

Las costas del proceso son, como lo define el artículo 410 del Código Procesal Civil, las constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Las tasas judiciales se exponen en el cuadro de aranceles judiciales del Perú, en el cual el Poder Judicial determina una tasa para cada acto procesal. Por ejemplo, en el supuesto de que la cuantía del conflicto sea de S/.100 000 (278 URP) las tasas serían las siguientes: a) por ofrecimiento de pruebas S/. 72; b) por apelación de autos S/. 72; c) por recurso de apelación de sentencia S/. 288; d) por recurso de queja S/.180; e) por recurso de casación S/. 720; f) por actuaciones a realizarse fuera del local judicial S/. 360; g) por solicitud de medidas cautelares S/. 720; etc.

De la anterior aproximación podemos concluir que aproximadamente las costas de un proceso respecto de una cuantía de S/. 100 000 es de aproximadamente S/. 2412, lo que representa aproximadamente el 2.4% y estas deberán ser asumidas por quien determine el juez; generalmente, las asume la parte vencida en la disputa legal.

En el procedimiento conciliatorio, estas costas también existen; sin embargo, son muy inferiores a los del proceso judicial. En primer lugar, los honorarios del conciliador, en principio, son menores pues el tiempo en el cual brindan sus servicios, como dijimos anteriormente, toma en promedio 32 días hábiles, mientras que un proceso judicial puede tomar varios años.

Por otro lado, las costas administrativas en la conciliación, aunque involucren una infraestructura y logística sofisticada, también serán inferiores a los del proceso judicial por una razón principal: en el proceso judicial (específicamente en el proceso civil), la información sobre los hechos relevantes para configurar la pretensión de una parte deberá ser investigada por ella misma, tal como lo dispone el artículo 196 del Código Procesal Civil. Dicha actividad de investigación no será sencilla, debido a que las partes no contarán con la colaboración de la contraparte para el descubrimiento de los hechos favorables que configuren su pretensión, ya que dicha contraparte no revelará la información que le sea desfavorable. Sin embargo, en la conciliación dichos costos desaparecen debido a que las partes cuentan con los incentivos necesarios para revelar dicha información voluntariamente, tal como se detalla más adelante en la sección 5.

3.3. Costos de agencia en la representación legal

Otro costo en el que se incurre cuando se busca solucionar un conflicto es el de poner en manos del representante legal la gestión del valor de la reclamación, puesto que el representante podría maximizar el beneficio para el cliente o podría anteponer sus intereses personales en

4 Véanse los artículos 550° y siguientes del Código Procesal Civil y el último párrafo del acápite D de la sección 3.

perjuicio de aquel. Así, ya se ha dicho que «en una disputa legal [cuando] el demandante pone una reclamación legal bajo el control de un abogado, el abogado puede servir al cliente o explotarlo» (Cooter 2008. 490).

Una maximización completa del valor de la reclamación puesta en manos del abogado implica que este desarrolle todos los esfuerzos posibles; lo cual incidirá finalmente en aumentar la probabilidad de éxito del encargo. Sin embargo, podrían no existir incentivos para que el abogado cumpla este fin. Si un cliente paga un monto fijo por los honorarios de un abogado, cualquier esfuerzo adicional que el abogado esté en posibilidades de realizar se vería truncado, pues no le reportaría ningún beneficio adicional al honorario fijo. Mientras que el interés del abogado es el de realizar el menor esfuerzo posible, el del cliente es que el abogado realice el mayor esfuerzo.

La dirección de ambos intereses podrían reorientarse si se pactan honorarios contingentes, pues cualquier esfuerzo adicional del abogado redundaría en su propio beneficio adicional. No obstante, en nuestra legislación se limitan los honorarios contingentes hasta un 50%,⁵ motivo por el cual, en el mejor de los casos, cada unidad de beneficio adicional (por encima de un punto de referencia) requiere de dos unidades de esfuerzo adicional del abogado. He aquí la inevitabilidad de los costos de agencia de los patrocinios legales.

También surgen otros costos derivados del patrocinio legal. Entre abogado y cliente existe asimetría informativa, pues el cliente conoce los hechos mejor que el abogado, mientras que el abogado conoce mejor el derecho. Tal problema es trascendente, pues para que el cliente pueda tomar una decisión requiere conocer detalladamente todas las alternativas legales, mientras que el abogado, para efectuar el reclamo, necesita conocer los hechos del encargo. Sin embargo, eliminar la asimetría no es sencillo, por lo que es inevitablemente necesario invertir tiempo y esfuerzo.

Entonces, los costos de agencia son inevitables en el proceso judicial debido a que se impone a las partes que cuenten con un abogado que los patrocine, ya que la solución que se discute será una en donde se aplique el derecho. Sin embargo, en la conciliación, estos costos desaparecen, pues las partes no requieren de abogado alguno, ya que la solución a la que arribarán –en principio– no estará basada en el derecho, sino en cualquier regla que las partes apliquen libremente.

4. Costos de la demora en el proceso judicial

Para un individuo, no es lo mismo recibir S/. 100 000 hoy que esos mismos S/. 100 000 mañana y mucho menos varios años después, que es lo que tarda un proceso judicial. En nuestra sociedad, creemos que el dinero es productivo si es invertido razonablemente, por lo que no hacerlo significaría no ganar los frutos de la inversión (costo de oportunidad). En el caso del proceso judicial, las partes pretenden obtener dinero o equivalentes; sin embargo, no obtener tal pretensión instantáneamente les ocasiona perder los frutos de la inversión que habrían

5 Inciso I del artículo 35 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

realizado. Mientras más tiempo pase para que se haga efectiva la pretensión, más dinero pierde el titular de la reclamación.

Para compensar esos costos es posible que el demandante pida los intereses por el tiempo que tarde el proceso judicial. Sin embargo, la tasa de interés con la cual se compensarán será una legal, la cual no individualiza el costo real de oportunidad del sujeto que tome en cuenta sus destrezas superiores o inferiores para invertir, sino una tasa generalizada a todos los sujetos.⁶ En ese sentido, la parte vencedora, en la mayoría de las veces, nunca ve compensado satisfactoriamente el costo del tiempo del proceso y lo termina asumiendo.

En cambio, en la conciliación estos costos disminuyen porque las partes ponderan individualmente el costo de su tiempo al momento de solucionar el problema. Así, no reciben una compensación deducida con una tasa de interés legal, sino negocian un acuerdo que internaliza los costos de demora deduciéndolos con una tasa de interés valorada individualmente.

También, debemos atender a que la duración de un procedimiento conciliatorio es menor que la de un proceso judicial. Según el Código Procesal Civil, la duración estimada de un proceso de conocimiento es de 230 días,⁷ 106 días para un proceso abreviado⁸ y 15 días para un proceso sumarísimo.⁹ En la práctica, los diferentes procesos tienen una duración prolongada y no es extraño conocer de procesos que tienen una duración mayor de 3 años.

Por el contrario, el procedimiento conciliatorio tiene una duración estimada de 32 días hábiles. Divididos en dos partes: 10 días hábiles desde la petición de un procedimiento conciliatorio hasta la realización de la audiencia única.¹⁰ Así, desde la realización de la audiencia única (que puede realizarse en una o más sesiones)¹¹ hasta la expedición de un acta, el procedimiento conciliatorio no puede superar los 30 días calendarios a menos que sea pactado por las partes.¹²

5. Costos administrativos o de operación del sistema procesal

Hasta ahora, hemos visto los costos internos en los que incurre cada parte que litiga, pero no los costos en los que incurre el Estado para administrar justicia. El 2 de noviembre de 2011,

6 La existencia de una tasa de interés para cada sujeto particular ya ha sido advertida por Andrew Abel y Ben Bernanke (2004: 136) cuando indican que «*aunque en nuestros análisis teóricos hablamos "del" tipo de interés como si hubiera uno, en realidad hay muchos y cada uno de ellos depende de la identidad del prestatario y de las condiciones del préstamo*».

7 Artículos 478° y siguientes del Código Procesal Civil.

8 Artículo 491° del Código Procesal Civil.

9 Artículos 550° y siguientes del Código Procesal Civil.

10 Según los artículos 12° de la Ley y 15° del Reglamento, el procedimiento conciliatorio tiene los siguientes plazos: Un día hábil después de recibida la petición, el centro de conciliación designa al conciliador. Dicho conciliador tiene como máximo dos días hábiles para cursar las invitaciones a las partes para realizar la audiencia de conciliación. Asimismo, la audiencia de conciliación se realizará al menos 7 días hábiles después de cursadas las invitaciones. Vale la pena señalar que deben transcurrir al menos 3 días hábiles entre la recepción de la notificación y la fecha de la audiencia.

11 Artículo 21° del Reglamento.

12 Artículo 11° de la Ley.

a través de la Dirección de Prensa e Imagen Institucional del Poder Judicial, el doctor César San Martín¹³ anunció que en el año 2012 se tenía programado resolver aproximadamente un total de 1 481 000 expedientes y que el presupuesto requerido para atender esas labores ascendía a S/. 1 444 000 000 (1,51% del presupuesto general de la república correspondiente al año 2012).¹⁴ Este presupuesto comprendía todos los gastos del Poder Judicial, como los costos administrativos, sueldos de los trabajadores y magistrados, costos de capacitación y de implementación de la legislación, entre otros.

Si dividimos el presupuesto entre la cantidad de expedientes obtenemos que en promedio podría decirse que el Estado gasta alrededor de S/. 975 anuales para resolver un conflicto (este valor es meramente referencial para fines ilustrativos, pues omite otras variables que podrían alterar el resultado). Por lo tanto, se podría decir que un conflicto judicializado promedio tiene un costo administrativo o de operación del sistema procesal de S/. 975 anuales.

6. Costos de errores en los fallos

Por otro lado, como se había adelantado, existen costos derivados de los errores de los fallos judiciales. Estos errores se calculan multiplicando la cuantía de la reclamación por la probabilidad de error en el fallo, lo cual añadido a los costos administrativos son los denominados costos sociales por Robert Cooter (2008: 531):

$$C_s = C_A + P_E (C_U)$$

Donde:

- C_s : Costo social
- C_A : Costos administrativos
- P_E : Probabilidad de error en el fallo
- C_U : Cuantía del objeto del litigio

Suponiendo que la cuantía sea S/. 100 000, la probabilidad de error 20% y los costos administrativos S/. 1000, el costo social sería S/. 21 000.

Para disminuir los costos de errores en los fallos, la mayoría de países ha incorporado un sistema de apelaciones, el cual permite que los jueces superiores vigilen el desempeño de los inferiores. Sin embargo, aun cuando se disminuye el costo del error del fallo, no lo desaparece, debido principalmente a que la apelación tiene costos administrativos propios y que existe una probabilidad de error en la misma resolución de apelación. La determinación de los costos sociales con un sistema de apelación se hace de la siguiente manera:

$$C_{s'} = C_A + P_A [C_{A'} + P_{E'} (C_U)]$$

13 La información puede ser consultada en el portal virtual del Poder Judicial del Perú: <<http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=19210&opcion=detalle>>

14 En ocasión de la ceremonia de inicio del año judicial 2014, el doctor Enrique Mendoza comunicó que, durante el año 2013, el Poder Judicial ejecutó el 98.3% del presupuesto asignado para tal año (S/. 1.678.000.000) y que para el presente año, el mismo se reduciría a S/. 1.549.000.000).

Donde:

$C_{S'}$:	Costo social con sistema de apelaciones
C_A :	Costo administrativo de la primera instancia
$C_{A'}$:	Costo administrativo de la segunda instancia
P_A :	La probabilidad de apelar
$P_{E'}$:	La probabilidad de error en la apelación
C_U :	Cuantía

Así, tomando los mismos datos del ejemplo anterior, en el que la cuantía era S/. 100 000 y los costos administrativos de primera instancia S/. 1000, y suponiendo además que los costos de segunda instancia sean S/. 500, la probabilidad de error en la apelación 5% y la probabilidad de apelar 30%, entonces, el costo social con el sistema de apelaciones sería S/. 2 650. Lo principal que debemos notar a partir de este ejemplo numérico es que los costos de errores no desaparecen ni siquiera con un sistema de apelaciones, incluso si las apelaciones tuvieran menos probabilidad de error que las resoluciones de primera instancia.

Como habíamos visto, las sentencias en un proceso judicial pueden ocasionar costos para la parte perjudicada. En la conciliación, la solución propuesta y que finalmente, se plasma en el acta de conciliación tiene costos de error casi nulos pues siendo el acuerdo voluntario, las partes convalidan o rechazan ex ante cualquier error de fondo. La única posibilidad de error sería aquella derivada de los errores en las formalidades del acta.

7. La Barrera que impide conciliar: la asimetría informativa

Después de ver cuán costoso es solucionar conflictos aplicando el derecho, cabe preguntarnos por qué optamos por este mecanismo y no por otros mecanismos como la conciliación. La respuesta a esta interrogante se explica con la asimetría informativa.

Las partes de un conflicto no comparten la misma información sobre los hechos, sus intereses ni sobre sus probabilidades de éxito en un hipotético y ulterior proceso judicial. Esta disparidad de información se denomina asimetría de información e impide la transacción de la siguiente manera.

Para negociar una transacción los sujetos valorizan su reclamación a un valor actual y lo fijan como el monto mínimo o máximo que estarán dispuestos a recibir o a pagar según su lugar respecto del conflicto –demandante o demandado. Esta valoración de la reclamación se hace de acuerdo con la información que disponen las partes; por lo que, si compartieran la misma información, la valoración de ambas partes coincidiría y la transacción se realizaría. Sin embargo, la asimetría de la información hace que la valoración diverja. Si la información diverge, pueden ocurrir dos situaciones. La primera es que el demandante infravalore su reclamación y que el demandado la sobrevalore (situación pesimista). Mientras que en la segunda, el demandante podría sobrevalorar la reclamación y el demandado infravalorarla (situación optimista). En la primera situación, la transacción se realiza mientras que en la segunda, no.

No obstante, la situación más probable es la optimista, debido al fenómeno denominado *adverse selection* (Ayres 1994: 328) consistente en que el demandante no comunicará la

información que le sea desfavorable¹⁵ y cuando transmita la información que le sea favorable sin sustento probatorio contundente, la contraparte no le creerá. Esta es la razón principal que impide que las personas realicen transacciones. Sin embargo, ¿existe alguna manera de eliminar la barrera de la asimetría informativa?

8. Ventajas de la conciliación según la teoría de juegos

Hasta ahora hemos visto que el costo de la conciliación es mucho menor que el proceso judicial; sin embargo, tenemos que demostrar que la conciliación es tan efectiva o más efectiva que el proceso judicial en la solución de conflictos.

En esta sección, verificaremos de acuerdo con la teoría de juegos que la conciliación puede componer conflictos de forma más efectiva que el proceso judicial, debido a que consigue generar y repartir excedentes cooperativos y supera la barrera de la asimetría informativa.

8.1. Breve introducción a la teoría de juegos

En la vida en sociedad existen situaciones en las que los sujetos (individuos o empresas) toman decisiones previendo las decisiones que tomarán otros sujetos distintos de él con la finalidad de obtener un resultado de la situación más favorable. A estas situaciones se les denominan juegos,¹⁶ mientras que al estudio de estas, teoría de juegos.¹⁷

Para que una situación sea un juego es indispensable que cumpla con tener jugadores, estrategias, pagos e información; estos elementos harán posible arribar al equilibrio del juego. Los jugadores son sujetos racionales que toman las decisiones con la finalidad de maximizar sus pagos, no son buenos ni malos, solo buscan el resultado más favorable. Las estrategias son los cursos de acción en uno o varios turnos más favorables que pueden seguir los jugadores a lo largo del juego, dado su nivel de información. Los pagos son la utilidad que recibe el jugador después de que todos los jugadores ejecutaron sus estrategias dando por finalizado el juego. Se supone que los pagos son clasificados ordinalmente por los jugadores, quienes prefieren aquellos que brinden mayor utilidad. La información es el conocimiento que tiene el jugador sobre la situación en un momento en particular, principalmente de los pagos de los demás jugadores. Y, finalmente, el equilibrio será la combinación de las estrategias elegidas por los jugadores. Estas son las reglas de los juegos (Rasmusen: 2008: 12).

Si trasladamos este esquema del juego a la conciliación, descubrimos que los jugadores son las partes del conflicto, las estrategias son las prestaciones que cada parte puede conceder para lograr la transacción y los pagos son los beneficios para cada parte que resulta de la transacción. Veamos cómo la conciliación hace que los jugadores elijan la estrategia más beneficiosa para ambas partes.

15 Como información desfavorable entendemos a toda aquello que eleve las expectativas en la contraparte y que pueda perjudicarle en un eventual proceso legal.

16 Walter Nicholson (2007: 440) define a un juego como «una situación cualquiera en la cual los individuos o las empresas deben elegir estrategias, y el resultado final dependerá de la estrategia que elija cada persona».

17 La teoría de juegos es el estudio de la toma de decisiones de forma interactiva; aquellos que están involucrados en las decisiones están condicionados por sus propias elecciones y por las elecciones de otros (Samuelson 1998: 1).

8.2. Valoración del monto de la reclamación

En el juego de la conciliación, cada jugador valoriza la reclamación objeto de la conciliación como precio límite de su oferta. En el caso del demandante, el precio de reserva será el precio mínimo que estará dispuesto a recibir para transar, mientras que para el demandado su precio de reserva será el precio máximo que estará dispuesto a pagar para efectuar la transacción.

Las partes calculan el valor de la reclamación a partir de tres factores: a) la valoración del daño, en los casos de reclamaciones de daños y perjuicios; b) los costos del proceso judicial y del procedimiento de conciliación; y c) la probabilidad de éxito de la reclamación en sede judicial.

Estos criterios son abstraídos en el siguiente método de cálculo de valorización de la reclamación, propuesto por Robert Cooter (2008: 478-482). Esta fórmula calcula el valor esperado de la reclamación en el momento en que la reclamación está a punto de ser presentada ante un órgano jurisdiccional. Veamos el valor esperado de la reclamación calculado por el demandante si es que considera ir a un juicio:

$$VE1 = [MPI \times PI] + [MD \times (1-PI)] - CL$$

Donde:

- VE1: Valor esperado de la reclamación del demandante
- PI: Probabilidad de éxito estimada por el demandante
- MPI: Monto de los daños estimados por el demandante
- MD: Monto otorgado en caso de desestimación de la demanda
- CL: Costos del litigio

Por ejemplo, si el demandante estima los daños en \$ 250 y el demandado en \$ 200, y la probabilidad de éxito de la reclamación en sede judicial es 80% y 60%, respectivamente, el valor de reclamación del demandante y del demandado sería:

$$VE1 = (\$250 \times 80\%) + (\$0 \times 20\%) - \$40 = 160$$

$$VE2 = (\$200 \times 60\%) + (\$0 \times 40\%) - \$40 = 80$$

Este valor esperado de la reclamación, también llamado precio de reserva (Posner 2007: 856) para cada jugador es el punto límite de su oferta para transigir. Así, en este caso, el demandante, quien maximiza el monto de la reclamación, transigirá por no menos de 160 mientras que el demandado, que minimiza el monto de la reclamación, no aceptará dar más de 80. En consecuencia, en este caso el arreglo es imposible y las partes optarán por ir a un juicio. Entonces, ¿cuándo es posible un arreglo?

8.3. ¿Cuándo será posible que se consiga un arreglo?

Al existir precios de reserva a partir de los cuales se determina el rango de posibilidades de transigir para cada jugador, podemos decir que un arreglo es más satisfactorio que ir a un juicio

si se satisface la siguiente condición (Posner 2007: 858):

$$(P1 \times MP1) - CL + CT < (P2 \times MP2) + CL - CT$$

Donde:

- P1: Probabilidad de éxito estimada por el demandante
- P2: Probabilidad de éxito estimada por el demandado
- MP1: Monto de los daños estimados por el demandante
- MP2: Monto de los daños estimados por el demandado
- CL: Costos del proceso para ambas partes
- CT: Costos de transigir para ambas partes

Esta desigualdad muestra en el primer término el precio de reserva del demandante para transigir, mientras que el segundo término muestra el precio de reserva del demandado, quien no estará dispuesto a incrementar en una transacción antes de ir a un juicio. En conclusión, habrá posibilidad de transigir únicamente si el precio de reserva del demandado es mayor que el del demandante. A esta condición la denominaremos condición de cooperación.

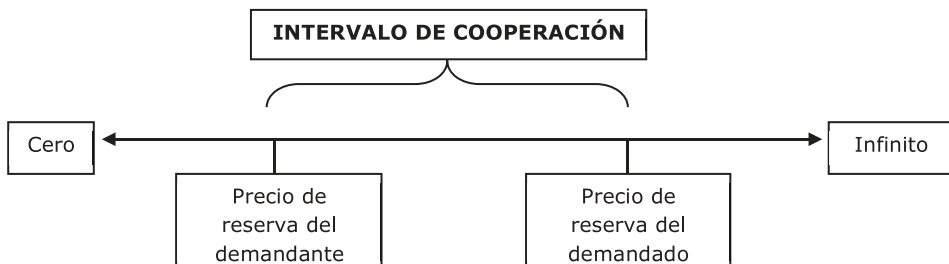
8.4. Excedente cooperativo

Dejando de lado los casos en los que la condición de cooperación no se cumple, la distancia entre los precios de reserva de los jugadores forma un intervalo de cooperación. Dentro de este intervalo hay un conjunto denso de posibles soluciones para transigir, en donde el beneficio de ambos jugadores será mayor que si fueran a juicio.

Este excedente cooperativo se explica, debido a que ir a juicio significa incurrir en gastos mucho más grandes que los referidos a la transacción. Como se vio en la tercera sección de este artículo, el proceso judicial tiene costos y costas del proceso, costos de agencia, de demora, de operatividad del sistema y de errores de sentencias, de lejos superiores que los del procedimiento de conciliación.

Así, podemos concluir que el intervalo cooperativo brinda mayores pagos a los jugadores debido a que los costos de la solución del conflicto son mucho menores. Veamos un gráfico de este intervalo:

Gráfico N°. I



Cualquier solución dentro del intervalo delimitado por los precios de reserva de ambos jugadores brinda mejores pagos; sin embargo, existe una razón muy fuerte para que los jugadores no cooperen para lograr una transacción. A esta la denominamos la barrera de la asimetría informativa.

8.5. La asimetría de información y la cooperación

La asimetría de información consiste en que las partes no tienen un conocimiento común de la información relevante para valorizar su reclamación y, en consecuencia, no conocen la valorización de la reclamación que hace el otro jugador. Así, con asimetría de información, las partes poseen información que no comparten, poseen información privada.

En ese sentido, la asimetría de información hace que las valorizaciones de la reclamación diverjan. Así, una infravaloración de los daños por parte del demandado desplaza el precio de reserva a la izquierda, mientras que una exacerbación del éxito de la reclamación en una instancia judicial por parte del demandante desplaza su precio de reserva a la derecha.

Frente a esta asimetría de información, los jugadores pueden optar por cooperar para eliminar tal asimetría y revelar información privada de forma voluntaria para conseguir mayores pagos; sin embargo, su comportamiento racional les impide hacerlo por el fenómeno de *adverse selection*, consistente en guardar información privada desfavorable y revelar la favorable para aumentar o disminuir, según sea el caso, la valorización de la reclamación de la otra parte.

Este comportamiento tiene dos explicaciones prácticas: *a)* las partes guardan la información desfavorable con la finalidad de alterar la valorización de la reclamación de la contraparte; y *b)* para evitar que la información desfavorable revelada sea usada posteriormente por la contraparte en un futuro proceso judicial.

Por ejemplo, un titular de la reclamación de daños y perjuicios tiene incentivos para no revelar un radiografía que demuestre que los daños son ínfimos, pues así podría lograr que la valorización de la reclamación del demandado sea alta y además se aseguraría de que tal radiografía no sea usada contra él mismo en un proceso judicial posterior.

8.6. La solución del conciliador

Como se ha visto, la principal razón por la que no se solucionan los conflictos de forma cooperativa con transacción es que las partes tienen información privada que impide generar excedentes cooperativos. Asimismo, vimos que la revelación de la información privada tiene un impedimento denominado *adverse selection*. Frente a ello, surge la figura del conciliador como un canal de comunicación de la información privada que no origine *adverse selection*. Veamos cómo.

El conciliador elimina *adverse selection* de la siguiente manera (Ayres 1994: 328):

- a)* Primero, hace las veces de depositario de información privada, por lo que las partes tendrán menos temor de que la información revelada al conciliador sea usada por la contraparte en un proceso judicial posterior. Para que ello sea efectivo es necesario que el conciliador se obligue a no difundir la información revelada a la contraparte.

- b) Una vez que tiene la información suficiente, podrá evaluar si los precios de reserva permiten que exista o no un intervalo de cooperación. Si este no existe, debe dar por terminada la conciliación.
- c) Si determina que el intervalo de cooperación existe, dividirá el excedente cooperativo de forma equitativa o como lo hayan preestablecido las partes.

La idea central que está detrás es que el conciliador puede estar más cercano a la simetría de información sin riesgos para las partes. Asimismo, el conciliador puede hacer que las partes incluyan en la valoración de la reclamación datos más exactos sobre los costos de un proceso judicial.

En ese sentido, las partes arribarían a una solución del conflicto menos costosa para ambas que acudiendo a un proceso judicial.

9. La conciliación en el Perú

Como hemos visto, en Perú, el proceso judicial no es necesariamente el mecanismo más eficiente para resolver nuestros conflictos debido a que las barreras identificadas lo convierten costoso para los litigantes. Por el contrario, la teoría de juegos nos permite sostener que es posible alcanzar un resultado óptimo cuando las partes realicen concesiones recíprocas más no sacrificios, en mutuo beneficio, lo cual nos permite obtener un resultado ganador-ganador.

En tenor del anterior párrafo, la vigésima octava política de Estado contenida en el Acuerdo Nacional señala que es obligación del Estado difundir la conciliación y en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como una forma de mejorar el sistema de administración de justicia.

Ahora bien, es válido preguntarnos si la regulación vigente de la conciliación en el Perú nos permite arribar a esos resultados.

9.1. Elementos de la conciliación

Para responder eso, resulta necesario definir lo que entendemos por conciliación. Al respecto, el artículo 5 de la Ley define a la conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un centro de conciliación extrajudicial para que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Por otro lado, la conciliación extrajudicial ha sido definida por algunos como un mecanismo democrático de resolución de conflictos, debido a que asegura una adecuada interacción entre las partes, en la que estas «[...] se conocen, comprenden sus alternativas e intercambian información sobre sus intereses; luego pasan a una etapa creativa en la que no pueden crearse barreras, sino por el contrario debe permitirse que las ideas fluyan libremente; finalmente, se pasa a una etapa de discusión, de confrontación de ideas, no de posiciones, para determinar cuál de todas las opciones será la que ponga fin al conflicto» (García Montúfar 1995).

Así, de acuerdo con lo señalado por nuestra legislación y la doctrina nacional, la conciliación consiste en un mecanismo que tiene la finalidad de solucionar conflictos en un centro de conciliación, para lo cual se ejecutan los siguientes pasos: a) las partes evalúan sus alternativas,

b) intercambian información, c) discuten soluciones y, finalmente, d) deciden la solución que pondrá fin al conflicto.

9.2. Fines de la conciliación

El mecanismo de solución de conflictos estudiado tiene como finalidad la satisfacción de intereses particulares a través de la obtención de un acuerdo consensuado. Sin embargo, dicho fin principal está interrelacionado con otros fines complementarios: a) descongestionar el aparato jurisdiccional del Estado; b) acelerar la solución de conflictos; c) promover la fluidez de las transacciones comerciales; d) reducir la onerosidad de los litigios judiciales; e) fomentar un mayor acceso de la población a la justicia; y (e) empoderar a los ciudadanos.

Con esto, podemos observar que el objetivo de la conciliación no radica en desplazar al proceso judicial como medio de solución de conflictos por excelencia, debido a que muchos de sus fines accesorios buscan complementar y facilitar la tarea de los jueces en los tribunales judiciales. Lo interesante de la conciliación, en este caso, es que soluciona los conflictos sin deteriorar la relación que mantienen las partes afectadas. Una consecuencia de ello es que en la conciliación el conciliador «no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente, pacífica» (Gozaíni 2007: 46).

Vale la pena resaltar que nuestro ordenamiento jurídico dispone que determinadas materias¹⁸ no se puedan conciliar, dejándose estas en manos de las autoridades jurisdiccionales competentes.

9.3. Problemas de la regulación de la conciliación en el Perú

Aunque la regulación de la conciliación en nuestro país recoge la noción e identificación de fines de la conciliación que acabamos de mencionar, ésta no ha tenido la acogida ni el éxito esperado al ser instaurada.¹⁹ Sobre este punto, se ha pronunciado De Belaunde (2006: 153):

[...] deberíamos estar en capacidad de evaluar si la conciliación prejudicial obligatoria, implementada con muchos costos para los litigantes, ha sido o no eficaz, ha satisfecho o no las expectativas de procurar una alternativa para acceder a la justicia, fomentar una cultura de paz en los litigantes y descongestionar a los tribunales ordinarios. Sin perjuicio de corregir impresiones con cargo a un informe de evaluación, podemos adelantar, coincidiendo con la mayoría, que *la obligatoriedad de la conciliación, junto con la falta de un adecuado sistema de control de los centros de formación de conciliadores y de los mismos centros de conciliación, así como la baja calidad del promedio de los conciliadores, son las causas más directas del actual desprestigio de esta institución*. Lo que ha hecho de la conciliación una barrera de acceso a la justicia, en lugar de una alternativa. (Las cursivas son nuestras)

En ese sentido, podemos recoger dos aspectos centrales que explicarían por qué la conciliación ha fracasado en nuestro país. Estos son los siguientes: a) la obligatoriedad del procedimiento conciliatorio como barrera de acceso a la justicia y contradictoria al principio de

¹⁸ Artículo 7-A de la Ley y el artículo 8 su Reglamento, Decreto Supremo 014-2008-JUS.

¹⁹ Según datos del Ministerio de Justicia, el alarmante nivel de inasistencias es del 70% de las conciliaciones solicitadas durante el año 2010. Véase: Miranda 2011: 49).

autonomía de la voluntad; b) la prohibición de que personas jurídicas con fines de lucro actúen como conciliadores; y c) la baja capacitación y especialización de los conciliadores.

a) La obligatoriedad del procedimiento conciliatorio

Existen varios motivos por los cuales un procedimiento conciliatorio obligatorio es de por sí más ineficiente que un procedimiento conciliatorio voluntario. En efecto, como reconocen Buscaglia y Ratliff (2000: 81), cuando se impone la conciliación no se provee un incentivo adecuado para que las partes sean sinceras sobre el caso. Así, las ventajas de los mecanismos de solución de conflictos alternativos como la flexibilidad procedimental, bajo costo, mayor acceso para sectores marginados y un foro predecible para la solución de conflictos, suelen desaparecer. Si bien en esta ocasión los autores se refieren a la conciliación impuesta por orden judicial, consideramos que esta situación es análoga a que la conciliación sea impuesta por mandato legal.

En efecto, la obligatoriedad del procedimiento conciliatorio dificulta la flexibilidad del mismo, aumenta los costos en que incurrirá un ciudadano si quiere solucionar sus problemas, disminuye la posibilidad de que los sectores marginales accedan a un procedimiento conciliatorio de calidad debido al excesivo costo y no garantiza que los obligados al acudir a la conciliación cambien de opinión con respecto a la manera de solucionar su conflicto. Asimismo, permite que aquellas partes que tienen la intención de extender el proceso cuenten con una etapa adicional que les ayude a conseguirlo.

A pesar de lo dicho, el legislador consideró que imponer el agotamiento de la conciliación como requisito para acceder a la jurisdicción podría desincentivar el que se acuda al proceso. Ello se sustenta en el costo adicional²⁰ al proceso. En efecto, incluso cuando el demandante no tiene intención en conciliar, este debe incurrir en el costo adicional de asistir a un centro de conciliación y simular un intento de conciliación. Sin embargo, el costo adicional de acudir a un centro de conciliación es marginal respecto al costo total del proceso judicial, como para que sirva para desincentivar de manera efectiva que el demandante inicie un proceso judicial.

Además, consideramos que no es razonable que se intente desincentivar acudir al proceso judicial con una norma que impone la obligatoriedad de un mecanismo de solución de conflictos. En efecto, si el 70% de los casos de conciliación durante el año 2010 concluyen por inasistencia de las partes —lo que demuestra que un gran porcentaje de demandantes inician el procedimiento conciliatorio solo porque es un requisito para que proceda su demanda—, ¿es razonable que se imponga a las partes el costo de pasar por un procedimiento conciliatorio inútil? Recordemos que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental y una garantía constitucional, lo que impone un deber en el Estado de garantizar y facilitar su ejercicio, lejos de poner trabas a su acceso.

Finalmente, la obligatoriedad de la conciliación asegura un grado de demanda que desnaturaliza las características de la oferta de los centros de conciliación, lo que explicamos a continuación.

20 El procedimiento conciliatorio con una audiencia tiene una duración (en promedio) de 51 días calendario. Siendo que 15 días útiles (a veces, 20 días) antes de la audiencia de conciliación y 30 días correspondientes a la audiencia. Además, los montos son variables, siendo S/. 500 el promedio.

Al igual que los servicios de carpintería, los de mecánica o los de abogacía, la conciliación también es un servicio que se oferta al público. Así, existe un mercado de los servicios de conciliación en el que distintos sujetos que brindan el servicio compiten entre sí para captar la mayor demanda posible. Al establecerse que el procedimiento conciliatorio es un requisito de procedibilidad para el proceso judicial,²¹ se obligó a que las partes tengan que acudir necesariamente a él, aun cuando estas no tengan la intención de conciliar o que no cumplan con la condición de conciliación explicada anteriormente. Esto originó un incremento artificial de la demanda lo que, a su vez, generó la proliferación de centros de conciliación.

Así, hay una cantidad de usuarios que no desean conciliar, pero acuden a un centro de conciliación con la única finalidad de cumplir con el requisito de procedibilidad del proceso judicial. Frente a este tipo de demanda, los centros de conciliación se han concentrado en ofrecer la expedición de un acta de conciliación lo más rápido posible y al menor precio.

Descubrir información privada, evaluar el intervalo de cooperación y dividir excedentes cooperativos ha pasado a segundo plano. Este fenómeno no ocurre solo en nuestro país, puesto que ya ha ocurrido en Francia y España, lo cual ha motivado que estos países retornen a la conciliación facultativa (Gozáni 2007: 62).

b) La prohibición de que personas jurídicas con fines de lucro presten servicios de conciliación

En segundo lugar, la regulación actual ha excluido a las personas jurídicas con fines de lucro de la posibilidad de brindar el servicio de conciliación.²² Esta exclusión ha dejado fuera del mercado cualquier posibilidad de inversión privada.

No sabemos cuál fue la motivación de esta norma; sin embargo, creemos que no existe ninguna incompatibilidad a priori entre el servicio de la conciliación y la actividad privada, puesto que el acuerdo conciliatorio es un acuerdo voluntario de los interesados.

Por el contrario, creemos que impedir que personas jurídicas con fines de lucro brinden el servicio de conciliación, lejos de ser beneficioso para la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es perjudicial, puesto que para que este servicio sea prestado de manera más eficiente se requerirá de una gran inversión en recursos, infraestructura, capacitación del personal, capacidad económica para afrontar cualquier responsabilidad, entre otros.

c) Baja calidad y especialización de los conciliadores

En el Perú, muchos abogados desempleados vieron a la conciliación como una fuente de trabajo. Así, el número de conciliadores y centros de conciliación aumentaron exorbitantemente en los últimos años.²³ Sin embargo, el Ministerio de Justicia no recibió una cantidad de fondos

21 Artículo 6° de la Ley.

22 Artículo 24° de la Ley.

23 Inicialmente, se dudó de que el número de conciliadores y centros de conciliación no fuesen suficientes para satisfacer la alta demanda de futuros litigantes. Entre 1998 y 1999 existían en Lima solo 23 centros de conciliación privados autorizados por el Ministerio de Justicia en Lima y 41 a nivel nacional se (Vigo 1998: 181). En esa

públicos adecuado para regularlos.²⁴ En consecuencia, era muy recurrente observar el cobro de tasas diferentes entre los diferentes conciliadores a pesar de que el artículo 50 del Reglamento estableciera que dichos centros solo podían cobrar las tarifas que el MINJUS aprobara previamente. Por otra parte, también se pudieron observar tasas sumamente bajas cobradas por conciliadores desesperados por conseguir trabajo (Opie 2003: 617).

El artículo 22 de la Ley establece como requisito para ser acreditado conciliador, entre otros, el haber aprobado el curso de formación y capacitación de conciliadores, dictado por una entidad autorizada por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, consideramos que el cumplimiento de este requisito es insuficiente para garantizar que dicho conciliador pueda proponer alternativas creativas a sus clientes.

Entonces, es imprescindible que el conciliador tenga cualidades personales que ayuden a que las partes decidan conciliar y esto no se conseguirá automáticamente con la aprobación de un curso. En ese sentido, los potenciales litigantes perderían una gran oportunidad de encontrar una solución menos costosa y más satisfactoria que el proceso judicial, debido a la falta de vocación de los conciliadores que recurren a esta institución con la sola finalidad de aliviar sus necesidades, producto del desempleo.

Por otra parte, con el transcurso de los años y la globalización, las materias conciliables se van volviendo cada vez más complejas. Por lo que es necesario que los conciliadores tengan los conocimientos técnicos y las aptitudes personales necesarias para atender estas nuevas demandas del mercado. Sin embargo, la Ley no atiende estas necesidades actuales y, en consecuencia, desincentiva a que más gente capacitada sirva de conciliadora.

Una de las funciones del conciliador, como hemos referido, es la de proveer alternativas a las partes con el fin de que estas puedan transar con mayor facilidad. Esto, sin embargo, solo podrá hacerlo un especialista en la materia. Así, si el conflicto a conciliar involucra temas de ingeniería en un contrato de obra, un conciliador no especializado difícilmente podrá ofrecer alternativas atractivas para las partes.

Pues bien, si las partes tienen que elegir entre los conciliadores acreditados, difícilmente podrán encontrar algún técnico especializado que sea idóneo para ayudarlos a conciliar. En realidad, siendo que el conflicto es eminentemente de interés privado, las partes deberían tener el derecho de solicitar el servicio de conciliación a quien ellos prefieran. De esta forma, los conciliadores procurarán mejorar sus servicios, formarse una reputación y aumentar su demanda.

9.4. Desregulación de la conciliación

En resumen, para que una conciliación pueda funcionar eficientemente como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, consideramos que es esencial que sea facultativa y que el servicio pueda ser prestado por personas jurídicas con fines de lucro.

misma línea, en el año 2003, existían once mil conciliadores acreditados y 471 centros de conciliación (Opie 2003: 617). No obstante, en el año 2011, el número de centros de conciliación privados ascendió a 635 y el número de centros de conciliación gratuitos del Ministerio de Justicia a 74. Es decir, el número de centros de conciliación aumento 17 veces entre 1998 y 2011. La información puede ser consultada en <http://www.minjus.gov.pe/noticias/01-09-2011/se-inicia-obligatoriedad-de-la-conciliacion-extrajudicial>.

24 El artículo 19-B de la Ley autoriza al MINJUS a imponer sanciones a los centros de conciliación. En el artículo 26 de la misma Ley se le reconoce como el encargado de autorizar, registrar y supervisar dichos centros de conciliación.

La actual regulación en el mercado del servicio de conciliación impone costos a las partes y desincentiva su uso. Ha creado demanda artificial, una oferta mediocre y ha excluido de esta última a las personas jurídicas con fines de lucro. El resultado de ello ha sido que la conciliación se ha desnaturalizado a un requisito de procedibilidad poco útil y formalista, que impone una barrera al acceso a la justicia.

Es necesario recordar que la regulación de un mercado es un camino que se debe tomar únicamente cuando «existen razones para creer que no es posible que se desarrolle competencia en un determinado mercado» o «cuando el costo de imponer un cierto tipo de regulación —cualquiera que este sea— fuera menor que el costo de no imponerlo» (Haro 2005: 157).

Por el contrario, considerando que la disminución de la carga procesal es de interés nacional,²⁵ la función deseable del ordenamiento es propiciar un marco legal que permita a la población acceder libremente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación. En efecto, mientras más atractivos sean estos mecanismos en comparación con el proceso judicial, más van a ser utilizados como alternativas.

10. A Modo de Conclusión

Sin duda alguna, es evidente que incentivamos el uso de la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos. De encontrarse el excedente contributivo, lo recomendable es conciliar debido a que dicho remedio brinda una respuesta satisfactoria a nivel individual y social, como hemos visto.

La incorporación de la conciliación en nuestro ordenamiento jurídico nos exige difundir sus ventajas, facultades y demás características a la población. En ese sentido, la experiencia reciente nos ha demostrado que a medida que las personas tengan mayor información sobre la eficacia y ventajas que le podría proporcionar la conciliación, aquellas recurrirán a esta para solucionar sus conflictos. No obstante, podemos constatar que la mayoría de las personas en nuestro país no conocen dichos aspectos de la conciliación, es decir, no son conscientes de que pueden solucionar sus controversias de una forma diferente.

Lamentablemente, muchas veces, desconfiando de la eficacia de la conciliación, las partes prefieren —en algunas ocasiones, inconscientemente— judicializar sus conflictos y son apoyados por sus abogados, quienes incentivan el optimismo de sus patrocinados y anulan el animus negotiandi. Ello trae como consecuencia que en las audiencias no se llegue a ningún acuerdo, que se obstaculice la tarea y el desempeño del conciliador o que simplemente dicha audiencia se dé por concluida debido a inasistencia de alguna de las partes.

Es preciso que tanto el Ministerio de Justicia como los centros de conciliación corrijan y fortalezcan las falencias que hemos presentado e inicien campañas para cultivar una cultura proconciliadora entre los ciudadanos y difundan exhaustivamente los beneficios de la conciliación.

²⁵ Artículo 1° de la Ley.

11. Bibliografía

- ABEL, Andrew y Ben BERNANKE
2004 *Macroeconomía*. Cuarta edición. Madrid: Pearson Addison Wesley.
- ARIANO, Eugenia
2003 «¿Empresa-justicia? (Reflexiones sobre los denominados mecanismos alternativos de resolución de los conflictos)». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- 2001a «Notas sobre la conciliación 'educativa'». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- 2001b «Conciliación obligatoria». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- AYRES, Ian y Jennifer BROWN
1994 «Economic rationales for mediation». *Virginia Law Review*. Charlottesville, 1994, volumen 80, número 2. Consulta: 14 de octubre 2014.
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2528&context=fss_papers
- BARBOSA, José Carlos
2008 «La significación social de las reformas procesales». *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número 10.
- BULLARD, Alfredo
2003 «Contrato e intercambio económico». En: *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, pp.267-285.
- BUSCAGLIA, Edgardo y William RATLIFF
2000 *Law and economics in developing countries*. California: Hoover Institution Press.
- CÁRDENAS, José Miguel
2005 «¿El nuevo reglamento de la ley de conciliación extrajudicial resuelve los problemas de esa institución? Conciliación y arbitraje. Doctrina y jurisprudencia». *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Número 45.
- CARNELUTTI, Francesco
1944 *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTHEA. Tomo I, número 14.
- CHIARLONI, Sergio
2004 «Estado actual y perspectiva de la conciliación extrajudicial». *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número 7.

COOTER, Robert.

2008 *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

DE BELAUNDE, Javier

2006 *La reforma del sistema de justicia: ¿En el camino correcto?* Lima: IPSM-KAS.

GARCÍA, Juan

1995 «La conciliación al interior del mercado». *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, año 3, número 5, pp. 167-182.

GIMENO, Vicente

1990. «Pasado, presente y futuro de la justicia civil». *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 91-100.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2007 «La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico». *Lima Arbitration*. Número 2, pp. 204-205.

GONZÁLES, Atilio

1994 «Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú». *Ius et praxis*. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, número 24.

GOZAÍNI, Osvaldo

2007 «Métodos diferentes al proceso para resolver conflictos entre personas: ¿son un tema procesal?». *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*. Lima, número 1, pp. 31-50.

1998

«La conciliación en el Código Procesal Civil de Perú: teoría y técnica». En *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

HARO, José Juan

2005 «Contra los excesos de la regulación económica: sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 50, pp. 151-167.

MINISTERIO DE JUSTICIA

2011 «Se inicia obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en Ica». Portal del Ministerio de Justicia. Consulta: 20 de setiembre de 2014.
<http://www.minjus.gob.pe/noticias/01-09-2011/se-inicia-obligatoriedad-de-la-conciliacion-extrajudicial>

MIRANDA, Guillermo

2011 «La importancia de la conciliación extrajudicial. A propósito de los tres años de vigencia de la reforma de la conciliación en el Perú». *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 124.

NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

2004 Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional con su guía para su incorporación al derecho interno y utilización. Nueva York: CNUDMI.

NICHOLSON, Walter

2007 *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*. Novena edición. México D.F.: Thomson.

OPIE, Joss

2003 «Calidad, ideología y paz: un estudio cualitativo sobre el centro de conciliación: IPRECON y la conciliación extrajudicial en el Perú». *Derecho PUCP*. Lima, número 56, pp. 615-658.

ORMACHEA, Iván

1997 «La conciliación privada como mecanismo de acceso a la justicia». En *Acceso a la Justicia*. Lima: Poder Judicial.

OVALLE, José

1996 *Teoría general del proceso*. Sexta edición. México D.F.: Harla.

PODER JUDICIAL. DIRECCIÓN DE IMAGEN Y PRENSA

2011 «Poder Judicial incrementará resolución de expedientes en 26 por ciento en el 2012». Portal del Poder Judicial. Consulta: 20 de setiembre de 2014
<http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=19210&opcion=detalle>

POSNER; Richard

2007 *Análisis económico del derecho*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.

PRIORI, Giovanni

2008 «Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 58, pp. 123-143.

RASMUSEN, Eric

2008 *Games and information: An introduction to game theory*. Oxford: Blackwell Publishing.

REGGIARDO, Mario y Fernando LIENDO

2012 «Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú». *Themis Revista de Derecho*. Lima, número 62, pp. 223-234.

SAMUELSON, Larry

1998 *Evolutionary games and equilibrium selection*. Massachusetts: The MIT Press.

SIERRALTA, Aníbal

1999 «La negociación en el proceso conciliatorio». *Derecho PUCP*. Lima, número 52, pp. 131-158.

VESCOVI, Enrique

1997 «La conciliación, la mediación y otras alternativas de composición judicial». En *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: Centro de Mediación de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.

VIGO, Renzo

1999 «¿Estamos preparados para asumir el reto de la conciliación?» *Derecho PUCP*. Lima, número 52, pp. 181-188.

COMENTARIOS

Carlos Glave Mavila

Magíster por la Queen Mary University of London y profesor del Departamento Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo trata un tema de particular importancia en tanto que la conciliación extrajudicial es una herramienta que puede ser de mucha utilidad para el sistema de justicia peruano pero que, sin embargo, como correctamente se plantea en el trabajo, no se está implementando eficientemente. El trabajo es, además, novedoso en tanto que propone la aplicación de la teoría de juegos al procedimiento conciliatorio.

En este sentido, en primer lugar, estoy plenamente de acuerdo con la principal preocupación que propone el punto de partida del trabajo: la necesidad de encontrar escenarios dentro de un conflicto que hagan eficiente y viable un acuerdo conciliatorio. Para ello, resulta novedosa e interesante la aplicación de la teoría de juegos.

Ahora bien, como correctamente se menciona en el trabajo, para tener un sistema eficiente en el que se aplique la teoría de juegos, el rol del conciliador es esencial puesto que requiere de una capacitación adecuada para que se encuentre en condiciones de determinar cuándo las partes de un conflicto pueden efectivamente llegar a un acuerdo conciliatorio.

Como también lo indica el trabajo, es cierto que esto no sucede en la actualidad. Los procedimientos conciliatorios son, en la mayoría de casos, una formalidad a la que las partes están obligadas a seguir antes de presentar una demanda judicial. Las partes no ven en el procedimiento conciliatorio una verdadera posibilidad de solución al conflicto existente. Probablemente, no lo sientan así, porque el propio conciliador no ofrece un adecuado servicio que, más allá de cumplir con las formalidades de ley, haga viable la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto. Los conciliadores, como sugieren los autores, únicamente brindan un servicio que se centra en cumplir con las formalidades de la ley para que el procedimiento sea válido y luego se pueda iniciar un proceso judicial. Los conciliadores no van más allá y buscan efectivamente entender el conflicto y, con base en la información que puedan obtener, identificar la viabilidad de un posible acuerdo. Al no hacerlo, en estricto, no se realiza el procedimiento conciliatorio como un auténtico mecanismo de resolución de conflictos.

Para que esto cambie, como adecuadamente se indica en el texto, es indispensable la capacitación de los conciliadores. La capacitación de los conciliadores es parte de la necesidad de hacer atractivo el mercado. Es decir, que el servicio que ofrecen los conciliadores sea atractivo para quienes contraten sus servicios y no solamente exista el interés de cumplir con una formalidad previa a una demanda judicial.

En este sentido, haber aprobado un solo un curso de capacitación y formación no es suficiente. Se requeriría de una capacitación continua. Principalmente, es indispensable la especialización de los conciliadores, quienes deben estar en capacidad de conocer la

problemática del conflicto para manejar la información correspondiente y estar en capacidad de aplicar la teoría de juegos a efectos de identificar la posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto. Encuentro muy acertado que se proponga como parte de la capacitación de los conciliadores el hecho de que los mismos sean especialistas en las materias que son sometidas a un procedimiento de conciliación.

Es interesante también que, a efectos de profesionalizar el servicio de conciliación, se proponga que el mismo pueda también ser brindado por personas jurídicas con fines de lucro. Como se indica en el trabajo, no existe incompatibilidad lógica para que el servicio no pueda ser prestado por personas jurídicas con fines de lucro en tanto que se trata de un servicio que está dirigido a alcanzar un acuerdo voluntario entre las partes de un conflicto privado. Por ejemplo, no existe incompatibilidad para que un conflicto privado sea resuelto por medio de un arbitraje (que es un mecanismo privado de solución de conflictos), en el que las partes pagan los servicios de los árbitros y de entidades que administran el arbitraje. En esa misma línea, no existe incompatibilidad para que el servicio de conciliación sea prestado por personas jurídicas que tengan fines de lucro y que, por ello, al competir en el mercado, se preocupen por estar capacitados y ofrecer un servicio eficiente.

Finalmente, entiendo que la principal propuesta de los autores es adecuada en un escenario distinto del actual. El trabajo tiene como primera propuesta que la conciliación no debe ser obligatoria, que debe ser voluntaria y que, por ello, únicamente sería llevada a cabo por aquellas partes que estén interesadas en alcanzar un acuerdo. Entiendo que esto es cierto. Sin embargo, en la realidad, la conciliación extrajudicial que en la mayoría de casos termina siendo un procedimiento que únicamente se sigue para cumplir una formalidad, es también una oportunidad para tener un acercamiento con la otra parte del conflicto. De esta manera, los casos que no son complejos pueden terminar resolviéndose a través de una conciliación a la que una parte (que estaba decidida a demandar) se vio obligada a invitar a conciliar.

Por ello, una conciliación voluntaria es efectivamente el mejor escenario, pero para que se establezca deben presentarse antes otros supuestos, como garantizar la especialización y capacitación de los conciliadores. Pero más allá de la propia regulación de la conciliación, antes también deben presentarse supuestos que hagan que el sistema de justicia funcione adecuadamente. Por ejemplo, la implementación de un proceso civil esencialmente oral me parece un requisito indispensable para que una conciliación voluntaria cobre sentido. Con el actual proceso civil escrito, la conciliación extrajudicial (que, como está regulada, exige que la parte invitada asista a la conciliación, al menos, con la única intención que no opere una presunción relativa de verdad sobre los hechos en su contra en el futuro proceso judicial) es en algunos casos la única oportunidad que tienen las partes, sus representantes o sus abogados para sentarse a conversar sobre el conflicto existente. Una conciliación voluntaria haría también que algunos casos muy simples eviten el inicio de un proceso judicial.

En líneas generales, me parece acertada la propuesta de una conciliación voluntaria. Pero soy de la opinión que para que ello ocurra es necesario realizar ciertos cambios no únicamente en la regulación de la conciliación, sino también en el sistema procesal en general.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Deseamos iniciar este breve texto agradeciendo la valiosa apostilla que recibimos del profesor Carlos Glave Mavila. Sin duda, el intercambio de ideas durante el coloquio de presentación de nuestro trabajo, así como su comentario escrito enriquecieron nuestra perspectiva en torno a nuestro tema de investigación.

Del mismo modo, agradecemos al profesor Huáscar Ezcurra Rivero y al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), en la persona de Aarón Verona Badajoz y Amanda Mujica Coronado, por la atención prestada al presente trabajo, a pesar de nuestra juventud y falta de experiencia.

A continuación, procederemos a realizar una respetuosa réplica al comentario del profesor Carlos Glave Mavila a nuestro artículo *La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la Teoría de Juegos y el Análisis Económico del Derecho*.

Mediante esta breve réplica, pretendemos dar respuesta a los siguientes dos comentarios:

- a) En un contexto como el peruano, la conciliación extrajudicial obligatoria constituye una oportunidad para tener un acercamiento con la otra parte del conflicto.
- b) A fin de que la conciliación extrajudicial voluntaria surta los efectos deseados, se requiere que el sistema judicial peruano funcione adecuadamente, lo cual podría ser conseguido, entre otros, con la implementación de un proceso civil esencialmente oral.

Con respecto al primer comentario,¹ opinamos que es una verdad a medias el hecho de que la conciliación extrajudicial obligatoria constituya una oportunidad para que las partes tengan un acercamiento, lo que explicamos a continuación.

Como indicamos en el acápite 5.3 de nuestra investigación, las partes solo podrán transigir si es que se presenta una condición de cooperación, esto es, cuando el precio de reserva del demandado sea mayor que el del demandante. En dicho escenario, un procedimiento conciliatorio tendría altas probabilidades de tener éxito. Por el contrario, si la condición de cooperación no se presenta en el caso en concreto, esto es, si el demandado tiene un precio de reserva menor —el cual no está dispuesto a modificar— que el del demandante, la posibilidad de éxito de la conciliación es nula.

Entonces, si convenimos en que las partes son quienes mejor conocen sus propios intereses,² corresponde preguntarnos: ¿Cuáles serían los efectos de imponer un procedimiento

1 Como se puede observar en el Diario de Debates de la Primera Legislatura Ordinaria de 1997 (jueves 11 de setiembre de 1997), similar opinión —a la del profesor Carlos Glave Mavila— tuvo el congresista de la república e impulsor de la conciliación extrajudicial obligatoria Jorge Muñoz, para quien: «Aunque la conciliación fracasase totalmente, por lo menos se conseguirá que las partes tengan un acercamiento».

2 «Los individuos son racionales. Comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, y donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin. Ello exige que los individuos

conciliatorio obligatorio a los litigios que cumplen la condición de cooperación y a los que no lo cumplen?

En los conflictos en los que se cumple la condición de cooperación, la regla impuesta por nuestro legislador no tendrá ningún efecto. En dichos casos, las partes habrán realizado un procedimiento conciliatorio que tendría altas posibilidades de éxito. Por tanto, el hecho que fuera voluntario u obligatorio es irrelevante.

Por otro lado, en los conflictos en los que no se cumple la condición de cooperación, la imposición de un procedimiento conciliatorio perjudica a las partes, ya que únicamente incrementa los costos que las mismas deben asumir antes de iniciar un proceso judicial, porque dicha regla las obliga a invertir tiempo y dinero en un procedimiento que, a pesar de las buenas intenciones de una de las partes así como de los intentos del conciliador, no arribará a un acuerdo que dé por concluidas sus diferencias; y, más grave aún, retrasaría de forma injustificada su derecho a interponer su reclamación ante un tribunal competente.

En dicho escenario, sucederán gravísimas anomalías que afectarán al menos a una de las partes del conflicto, como serían las siguientes:

- a) En primer lugar, pese a que podrían no tener ningún interés en conciliar ni ceder en sus respectivas posiciones, las partes acudirán a la audiencia de conciliación con la única finalidad de evitar que opere la presunción relativa de veracidad en el proceso judicial de los hechos alegados por la contraparte que sí asistió al procedimiento de conciliación; y evitar que el juez les imponga una multa no menor de dos ni mayor de diez URP por no haber asistido a la mencionada audiencia.³
- b) En segundo lugar, pese a que podría no tener ningún interés en conciliar ni ceder en sus respectivas posiciones, el demandado acudiría a la audiencia de conciliación con la única finalidad de que el juez no le impida plantear una reconvencción en el proceso judicial.⁴

Por lo expuesto, opinamos que la conciliación extrajudicial obligatoria no puede sustentarse en torno a que esta constituye una oportunidad para que las partes tengan un acercamiento, toda vez que, como hemos demostrado, dicha imposición obliga a las partes a incurrir en injustificados costos de tiempo y dinero, pese a que al menos uno de ellos ejerció su legítima opción de no negociar.

saben lo que quieren, saben lo que no quieren, saben cómo conseguir lo que quieren y evitar lo que no quieren, y se comportan de acuerdo a lo que saben. Los actos que el individuo desarrolla son, pues, consistentes con los fines y tales fines han sido establecidos de una manera racional, de manera que se maximice la utilidad individual». (Bullard Gonzales 2003: 195).

3 Artículo 15.- Conclusión del procedimiento conciliatorio [...]

La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda. La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvencción, en el supuesto que el solicitante no asista. En tales casos, el Juez impondrá en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal a la parte que no haya asistido a la Audiencia.

4 Artículo 15.- Conclusión del procedimiento conciliatorio [...]

La formulación de reconvencción en el proceso judicial, sólo se admitirá si la parte que la propone, no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) contenidos en el presente artículo. [...].

Con respecto al segundo comentario, el profesor Glave Mavila señala que para que la conciliación extrajudicial voluntaria sea exitosa, resulta necesario que el sistema judicial funcione adecuadamente.⁵ Al respecto, consideramos que dicha afirmación solo es aplicable en los conflictos en los que no se presente la condición de cooperación, como se explica a continuación.

En los conflictos en los que se presenta la condición de cooperación, el funcionamiento del sistema judicial le es indiferente a las partes, ya que estas poseen un auténtico interés en transigir y resolver sus diferencias con la asistencia de un conciliador.

Por el contrario, en los conflictos en los que no se presenta la condición de cooperación, el ineficiente funcionamiento del sistema judicial genera que las partes alteren sus precios de reserva. Al respecto, Cárdenas Mares (2005: 32) ha señalado lo siguiente: «Conciliaciones donde el acreedor, bajo la espada de Damocles de la sideral duración del proceso, se siente obligado a aceptar que su crédito venga enormemente reducido».

Como se puede observar, el funcionamiento ineficiente del sistema judicial obligaría a que, por ejemplo, el demandante reduzca su precio de reserva —aunque ello implique adoptar un «mal acuerdo»⁶ que perjudique sus legítimas expectativas— por temor a que el monto que obtenga al concluir el proceso judicial se vea excesivamente reducido —al punto de llegar a no existir inclusive— por la extensa duración del proceso y la incertidumbre en el modo en que el juez resolverá la causa.

Lamentablemente, nuestro legislador no optó por mejorar nuestro sistema judicial. Por el contrario, su actuación se ha limitado a lo siguiente:

- a) Establecer barreras que impiden el acceso al proceso judicial, como es el caso de la conciliación extrajudicial obligatoria.⁷
- b) Reducir los plazos con los que cuentan el juez y las partes para realizar actos procesales —como lo serían los de presentación de la demanda y el de emisión de la sentencia, entre otros— dentro del curso normal de un litigio, cuando el problema no es ese, sino la excesiva carga laboral de nuestros jueces.⁸

En este contexto, en los casos en los que no se presenta la condición de cooperación, es indispensable que nuestro sistema judicial así como el proceso civil sean perfeccionados a fin de que sus usuarios perciban que sus necesidades de tutela judicial serán debidamente atendidas.

5 Al respecto, conviene precisar que la posición del profesor Carlos Glave Mavila es compartida por Sergio Chiarloni (2004: 168), para quien «[...] las conciliaciones extrajudiciales, para ser buenas, exigen una administración de justicia eficiente, de modo que no haya una parte inducida a especular sobre la duración de los procesos para hacer aceptar a su adversario una mala conciliación».

6 «Pese a la “fiebre legiferante” de los poderes normativos del Estado y sin perjuicio de la promulgación de excelentes leyes materiales, lo cierto es que determinadas máximas populares, tales como la de “pleitos tengas y los ganas”, “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, responde desgraciadamente a nuestra práctica forense, porque no resulta exagerado afirmar que nuestra justicia civil es una justicia lenta, muy cara y, en ocasiones, ineficaz en la práctica» (Gimeno Sendra 1990: 93).

7 «Pero, nuestros legisladores optaron no por perfeccionar o mejorar el instrumento técnico de tutela de los derechos, sino poner una barrera para acceder a él, en búsqueda de una solución consensual “asistida”, mucho más “acceptable” que la “impuesta”, pues son las propias partes quienes resuelven su conflicto». (Ariano Deho 2003: 26)

8 «Una de las preocupaciones más constantes en este campo respecto al tiempo de duración de los procesos, que una convicción muy generalizada tacha de excesivo. Casi todas las reformas, antiguas y modernas, han incluido y continúan incluyendo providencias destinadas a abreviar el curso de los pleitos». (Barbosa Moreira 2008: 10).

Precisamente, tal como indica el profesor Glave Mavila, la oralidad en el proceso civil es una de esas medidas, ya que evitaría las demoras propias de un sistema procedimental escrito, como el nuestro, y los «malos arreglos» a los que están expuestos los ciudadanos, como consecuencia de un proceso judicial ineficiente.

En nuestro país, siguiendo a Peyrano y Asencio Mellado, Priori Posada (2008: 141-143) propuso que, en atención a esta necesidad de oralidad,⁹ se adopte un sistema mixto con predominio de la misma. En palabras de este autor, este proceso judicial debería presentar principalmente las siguientes características:

- a) Que exista una real y efectiva confrontación entre las partes, entre los testigos, entre estos y aquellas, entre los peritos, entre estos, los testigos y las partes. Sin esa confrontación la audiencia pierde vida, sentido y eficacia.
- b) Que haya una confrontación personal y directa entre los abogados, una auténtica discusión oral.
- c) Que la sentencia tenga que ser dictada por el juez en la audiencia.

Esta iniciativa ha sido adoptada, a mediados del año 2010, por nuestro legislador a través de la Ley No. 29497 - Ley Procesal del Trabajo y constituye hasta la fecha un modelo exitoso y leal con el sistema de la oralidad.

Por otro lado, consideramos que el continuo perfeccionamiento del proceso civil no debe limitarse a su oralidad, sino que debe tener un adecuado respaldo logístico. Al respecto, en diciembre del 2014, se promulgó la Ley No. 30293 – Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y celeridad procesal.

Entre sus principales novedades, a decir de Martín Sotero, dicha norma legal promueve lo siguiente:

En miras a tener un proceso civil más accesible y con menos formalismo, el CPC también ha sido modificado para allanar el camino a un proyecto judicial más grande: 'el expediente digital'. [...]

El expediente digital sería una plataforma administrada por el Poder Judicial, donde se almacenarán documentos electrónicos (escritos), audios y videos que registren las actuaciones en juicio. Si todo saliese bien, en el futuro inmediato tendremos un proceso en el cual todo quedaría registrado por un par de clicks [...] (Sotero 2015)

De esta forma, con la introducción de las nuevas tecnologías de la información al proceso civil, estaríamos diseñando un mecanismo de resolución de conflictos eficiente y accesible al ciudadano, en el cual los magistrados, abogados y las partes desarrollen su actividad con transparencia.¹⁰

Por último, y como se ha podido apreciar, queda aún mucho por mejorar en nuestro sistema judicial. Ojalá, la aciaga experiencia de la conciliación extrajudicial obligatoria oriente

9 «La búsqueda por la justicia, no solo hace conveniente, sino necesario, regular la oralidad. No existe otro método capaz de garantizamos que hemos hecho todo lo posible para lograrla. La escritura solo nos lleva a una aproximación muy lejana de la justicia. Sin embargo, a ella hemos vuelto». (Priori Posada 2008: 143).

10 Conforme con *Transparency International Corruption Perceptions* del 2014, elaborado por Transparency International, el Perú se encuentra ubicado en la posición 85 de 174 países con una calificación de 38 puntos –0 es altamente corrupto, mientras que 100 equivale a sin corrupción– en los niveles de percepción de corrupción en el sector público. Una situación alarmante.

a nuestro legislador a fin de que adopte varias reformas procesales que generen eficiencia en nuestro sistema judicial.

Bibliografía

SOTERO Martín.

2015 «Por la ley no se llora, uno la reemplaza – Capítulo 7: Proceso y Tecnologías de la Información y Comunicación». *Portal web de Enfoque Derecho*. Consulta: 10 de junio de 2015.
<http://enfoquederecho.com/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-7-proceso-y-tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion/>

SECCION II

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PROTECCION DEL CONSUMIDOR

BREVES APUNTES SOBRE LA EXPLORACIÓN DEL *AMBUSH MARKETING* DESDE LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

Alfredo Maraví Contreras

Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia
y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

En los principales eventos deportivos como las Olimpiadas o el Mundial de Fútbol suele observarse una estrategia publicitaria conocida como el *ambush marketing* o *marketing* de emboscada, que consiste en aprovechar la atención del evento pero sin ser el patrocinador oficial (aunque a veces el público lo crea así). En tal sentido, dado que Lima ha sido elegida para los Juegos Panamericanos 2019, cabe preguntarse, ¿qué tan lícita es esta estrategia publicitaria? Para responder a esta interrogante, la investigación comienza explorando la definición de *ambush marketing*, sus manifestaciones y mecanismos para contrarrestarla.

Luego de haber presentado las opciones de su regulación, analizaremos posibles supuestos infractores por parte del *ambush marketing*, concentrándonos en las modalidades de infracción a la Cláusula general de la Ley de Competencia Desleal más conocidas en nuestro país.

I. Introducción

Por primera vez, Lima ha sido escogida como sede de los Juegos Panamericanos 2019, un evento de grandes proporciones, pues es la tercera competencia más vista después del Mundial de Fútbol y los Juegos Olímpicos (*El Comercio* 2013). Evidentemente, esto significa que se deben hacer muchos preparativos: alojamiento, infraestructura deportiva, transporte, logística, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse, ¿jurídicamente estamos preparados para las estrategias de marketing que podrían manifestarse? En tal sentido, ¿qué tratamiento legal deberíamos darle al *ambush marketing*?

Encontramos pertinente la pregunta planteada pues, aunque la polémica estrategia del *ambush marketing* es más conocida para eventos como el Mundial de Fútbol o los Juegos Olímpicos, los Juegos Panamericanos también se ocupan de protegerse contra esta estrategia publicitaria. Por ejemplo, en los Juegos Panamericanos de Guadalajara 2011, el *ambush marketing* fue objeto de preocupación y medidas para contrarrestarlo (Brandcorp 2012).¹

¹ Dado que México tiene normas de competencia desleal muy poco desarrolladas, su estrategia fue preventiva,

Tomando en cuenta lo anterior, el objetivo de la presente investigación es analizar la figura del *ambush marketing* a la luz del derecho de competencia desleal, específicamente a través del uso de la Cláusula general.

2. El polémico *ambush marketing*

Esta estrategia publicitaria se originó casi al mismo tiempo que naciera el patrocinio de eventos deportivos. Concretamente, fue en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles de 1984 que los organizadores de eventos deportivos de alcance mundial concibieron al patrocinio exclusivo como una fuente importante de ingresos (Piñeiro y Rubí 2007: 3). De esta manera, el Comité Olímpico y la FIFA establecerían el patrocinio de productos exclusivos para las competencias a su cargo.

Con la idea del patrocinio, la entidad organizadora recibe dinero de los patrocinadores, mientras que cada empresa patrocinadora, en su propio rubro o sector económico, recibe el uso exclusivo de los símbolos y marcas del organizador, pudiendo realizar publicidad en la que se indica que está patrocinando el evento. Como ejemplo de patrocinio tenemos las siguientes imágenes:

Gráfico N° 1.



2

concientizando a la población y las empresas.

- 2 Latas de Coca Cola diseñadas para los Juegos Olímpicos Londres 2012. Consulta: 4 de noviembre de 2013. http://1wkk13j6l6x10woor1wh4o7f1l.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/06/cocacola_juegos_olimpicos1.jpg

Gráfico N° 2.



Asimismo, también se puede realizar publicidad en el lugar donde se realizará la competencia (como en los estadios deportivos). Por ejemplo, «cuando el evento es transmitido por televisión, el patrocinador se verá beneficiado por la aparición de su marca en tantos lugares como televidentes vean el evento» (Otamendi 2011: 279)

Como solamente algunas pocas empresas pueden convertirse en los patrocinadores oficiales, el resto de los anunciantes, para poder exponer sus productos, buscan ocupar todos los ámbitos publicitarios restantes que estén relacionados con el evento. En eso consiste el *ambush marketing*, en lograr colgarse de la gran atención que rodea al evento, pero sin ser patrocinadores oficiales. Por ejemplo, en las Olimpiadas de Atlanta 96, el atleta Linford Christie utilizó lentes de contacto con la marca Puma en una conferencia de prensa, pese a que Reebok era el patrocinador oficial.

Gráfico N° 3



3 Bidón contenedor de Coca Cola de las Olimpiadas Barcelona 92. Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://pictures2.todocoleccion.net/tc/2011/06/29/27729680.jpg>

4 Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://pictures2.todocoleccion.net/tc/2011/06/29/DSC09315.JPG>

5 Consulta: 4 de noviembre de 2013. http://media.npr.org/assets/img/2012/07/17/51502424_vert-4d83ae2a693a76cdfdeb4ee8e3885e3b2b37eb68-s6-c30.jpg

6 Consulta: 4 de noviembre de 2013. <http://blogs.telegraph.co.uk/sport/files/2011/10/christiepa.jpg>

2.1. Definiendo el *ambush marketing*

La definición original del *ambush marketing*, que también es denominado *marketing* de emboscada o *marketing* de guerrilla, se le atribuye a Jerry Welsh, quien acuñó la expresión en la década de los ochenta. Para Welsh «el *ambush marketing* debería ser entendido simplemente como una estrategia de *marketing*, cuyos resultados programáticos ocupan el espacio temático de un competidor patrocinador, y formulada para competir con ese patrocinador competidor por la preeminencia en el *marketing*. Las estrategias de emboscada exitosas se alimentan de patrocinios mal concebidos y patrocinadores ineptos; en ese sentido, el *ambush marketing* es el resultado natural de una competencia sana y [...] con el tiempo, ayuda a eliminar a las proposiciones de patrocinio inferiores» (Welsh s. f. 3).⁷

Pese a las opiniones de Welsh, lo cierto es que el *ambush marketing* tiene una connotación despectiva, especialmente de parte de las entidades organizadoras de los eventos y de sus patrocinadores oficiales. Entre otras denominaciones, suele decirse que es un comportamiento contrario a la ética, parasitario, un robo comercial.

Esta diferente valoración que puede generar el *ambush marketing* es bastante comprensible, ya que los organizadores y patrocinadores no desean que nadie más haga referencia directa o indirecta al evento, motivo por el cual, suelen señalar que esta estrategia es negativa porque afecta los patrocinios y, con ello, el financiamiento de las actividades deportivas. Por su parte, los defensores de esta estrategia señalan que son prácticas lícitas y que el patrocinio oficial de un evento no puede «privatizar» todos los actos publicitarios asociados a este.

Para efectos de la investigación, emplearemos una de las definiciones más difundidas, la de Sandler y Shani, para quienes el *ambush marketing* es «un esfuerzo planeado (campaña) por una organización, para asociarse indirectamente con un evento, con el fin de ganar al menos algo del reconocimiento y los beneficios que están asociados con ser un patrocinador oficial» (Sandler y Shani 1989: 11).⁸

2.2. Mecanismos del *ambush marketing*

En vista de que esta estrategia consiste en asociarse al evento, tratando de ocupar los espacios publicitarios libres dejados por el contrato de patrocinio del competidor, los mecanismos pueden ser muy variados y se adaptan con regularidad. No obstante ello, mencionaremos algunos de los mecanismos de esta estrategia comercial, comenzando por las más indirectas:⁹

7 Traducción libre. El texto original indica lo siguiente: «Ambush Marketing ought to be understood simply as a marketing strategy with its programmatic outcomes, occupying the thematic space of a sponsoring competitor, and formulated to vie with that sponsoring competitor for marketing preeminence. Successful ambush strategies feed on ill-conceived sponsorships and inept sponsors; in that regard, Ambush Marketing is the natural result of healthy competition and [...] over time, help to weed out inferior sponsorship propositions».

8 Traducción libre. El texto original indica lo siguiente: «A planned effort (campaign) by an organization to associate themselves indirectly with an event in order to gain at least some of the recognition and benefits that are associated with being an official sponsor».

9 Lamentablemente, la revisión exhaustiva de todas las modalidades de *ambush marketing* excede los límites de espacio que debe respetar la presente investigación.

2.2.1. Hacer publicidad que hace referencia al evento

Es la publicidad que usa frases como «Vamos todos al mundial», «Acompañemos a nuestros muchachos», «Estamos con ellos en Atlanta», «En básquet somos los mejores», etc. (Otamendi 2011: 285).

Un buen ejemplo podemos encontrarlo en la campaña de Nike «Find your Greatness» ('Encuentra tu Grandeza') en la cual, poco antes de la inauguración de las Olimpiadas de Londres 2012, difundió anuncios en los que se invitaba a atletas aficionados de todo el mundo a encontrar su grandeza. Es importante destacar que, en los anuncios, dichos atletas aficionados se encontraban en lugares llamados Londres. De esta manera, en la publicidad señalaban: «La grandeza no está reservada para unos pocos elegidos en una ciudad especial, también se puede encontrar en Londres, Ohio; en Londres, Noruega; en London Este en Sudáfrica; en el Little Londres, en Jamaica; o en el Gran Londres de Nigeria» (Altonivel 2012).

Gráfico N° 4.



2.2.2. Usar el Internet y nuevas tecnologías

Nuevamente Nike puede ser usada como ejemplo de esta estrategia. Previo al Mundial de Fútbol de 2010, Nike «dominaba el espacio on line, con casi un tercio de los comentarios en Internet, el doble de impacto que su competidor Adidas, quien sí era el patrocinador oficial» (Pérez Carballada 2010). Todo esto gracias a su campaña «Write the future», en el que se veía a varios jugadores famosos como Wayne Rooney, Franck Ribéry, Ronaldinho y Cristiano Ronaldo jugando partidos. Cada vez que alguno de ellos realizaba alguna jugada significativa, imaginaban el efecto mundial que ocurriría en la sociedad y en los medios. Así, «dicha pieza publicitaria ya había recibido más de 14 millones de visitas en YouTube desde el 17 de mayo hasta comienzos del Mundial» (Pérez Carballada 2010).

¹⁰ Consulta: 4 de noviembre de 2013.

http://theinspirationroom.com/daily/commercials/2012/8/nike_find_your_greatness_diver.jpg

2.2.3. Realizar publicidad periférica

Es la publicidad que se realiza alrededor de la zona donde se desarrollará el evento, por ejemplo en las inmediaciones de un estadio (en un edificio alto por ejemplo), a lo largo del recorrido de una carrera o utilizando un avión que arrastre un cartel sobre el público que presencia el evento.

Un ejemplo de esta conducta se vio durante el Mundial de Fútbol 2010 en Sudáfrica. Adidas era un patrocinador oficial y su competidora Nike colocó su publicidad en el rascacielos Life Center de Johannesburgo (Marketing Directo 2012).

2.2.4. Realizar concursos relacionados con el evento

Esta estrategia consiste en realizar concursos basados en información o pronósticos del evento en cuestión. El caso más famoso fue el de la National Hockey League (NHL) y la Stanley Cup en Canadá. Siendo Coca-Cola el patrocinador oficial, Pepsi organizó un concurso en el que imprimió, dentro de las tapas de sus botellas el nombre de un ganador y un resultado específico, por ejemplo «Si Québec (la ciudad) gana 4 partidos Ud. gana \$10 000». Como es fácil de imaginar, el concurso fue publicitado intensamente.

El caso es famoso porque la NHL demandó a Pepsi, siendo esta la primera denuncia formal contra el *ambush marketing*. Cabe señalar que la Corte canadiense declaró que el comportamiento de Pepsi había sido legal, ya que esta empresa había incluido una advertencia en la que indicaba que no estaba asociada con la Nacional Hockey League, ni era patrocinadora de esta ni tampoco de ninguno de los equipos (Otamendi 2011: 286).

2.2.5. Entregar premios relacionados con el evento

En lugar del concurso, puede ser el premio el que está vinculado directamente con el evento, por ejemplo, cuando el premio consiste en entradas.

Esta modalidad se presentó en el caso de la National Collegiate Athletic Association (NCAA) vs. Coors. La cervecera Coors regalaba al ganador de un concurso, dos entradas para el Final Four de básquetbol de la NCAA. Esta última demandó a Coors dando, entre otros argumentos, que con este comportamiento se estaba tratando de hacer pasar como patrocinador del evento. El caso terminó con una transacción entre las partes (Piñeiro y Rubí 2007: 9).

2.2.6. Patrocinar un programa de TV o de radio relacionado con el evento

Fue el primer caso de *ambush marketing* ocurrido en los Juegos Olímpicos de 1984. La empresa Fujifilm era patrocinadora oficial de las Olimpiadas, pero su competidora Kodak patrocinó los programas de la cadena de televisión ABC, que era la entidad que transmitía los Juegos Olímpicos (Crow y Hoek 2003: 14). Como resultado, la exposición que tuvo Kodak fue mayor que la de su rival y el público que veía los anuncios en televisión llegó a creer que Kodak también era un patrocinador oficial (Duran 2011).

2.2.7. Patrocinar a un atleta o a un equipo

Con esta táctica se patrocina a quien participa en la competencia, por lo tanto, si no está prohibido, la persona o el equipo muestran marcas que no son las del patrocinador del evento.

Probablemente el caso más destacado sea el de las Olimpiadas de Seúl 88, ya que esta vez fue Kodak la que sufrió la estrategia de emboscada por parte de Fujifilm. En dicha Olimpiada Kodak era el patrocinador oficial y Fujifilm patrocinó al equipo norteamericano de natación (Piñeiro y Rubí 2007: 10).

2.2.8. Realizar publicidad en el lugar donde se realiza el evento

La publicidad directa dentro de los estadios corresponde al patrocinador oficial, sin embargo, existen formas de burlar esta restricción.

Uno de los casos más recientes y conocidos empleando esta técnica se dio en el Mundial de Fútbol 2010 en Sudáfrica, en la cual Budweiser era el patrocinador oficial en el rubro de cerveza. Durante un partido de Dinamarca contra Holanda, 36 hermosas mujeres rubias con pequeños vestidos de color naranja se hicieron presentes en el estadio para atraer la atención de las cámaras. Aunque no destacaba ningún logo en sus ropas, se sabía que la empresa cervecera Bavaria había regalado en Holanda dicho modelo de vestido, así que se le identificó como una campaña de *ambush marketing* de Bavaria¹¹ (Jacob 2011).

Gráfico N° 5.



2.3 Mecanismos de solución usuales

Los mecanismos para combatir el *ambush marketing* suelen ser los siguientes: crear normas especiales y temporales; utilizar el sistema de marcas o emplear el sistema de represión de competencia desleal.

¹¹ Cabe señalar que no era la primera vez que Bavaria realizaba este tipo de estrategia en un evento deportivo.

¹² Consulta: 4 de noviembre de 2013.

<http://cached.imagescaler.hbpl.co.uk/resize/scaleWidth/620?sUrl=http://offlinehbpl.hbpl.co.uk/news/OKM/75E70DFA-B714-2A35-9DE8651ABA446CE9.gif>

Brevemente abordaremos los primeros dos mecanismos para luego concentrarnos en el sistema de represión de competencia desleal, con énfasis en la Cláusula general.

2.3.1. Normas especiales y temporales

Algunos países optaron por establecer restricciones temporales y geográficas como, por ejemplo, no colocar anuncios a una distancia inferior a 500 metros de un estadio de fútbol u olímpico, durante el evento deportivo y por un periodo de tiempo anterior y posterior al mismo (Ortega 2012).

Para los Juegos Olímpicos del 2000, realizados en Australia, se creó la Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act, ley que, entre otras restricciones generales, prohibía no solo el uso de la marcas olímpicas, sino también una serie de combinaciones de palabras que pudieran aludir a este evento, por ejemplo «Games City», «Millennium Games», «Sydney Games», o cualquier combinación de las palabras «Games» y el número «2000». También se prohibían imágenes que sugirieran una conexión con los Juegos Olímpicos, por ejemplo, ser patrocinador (Otamendi 2011: 288).

También Sudáfrica estableció medidas especiales contra el *ambush marketing*, creando la Trade Practices Amendment Act, para el Mundial de Fútbol del 2010, considerando violatorio de la ley a quien hiciera pública cualquier afirmación engañosa que implique o sugiera una conexión entre esa persona y el evento (Otamendi 2011: 289).

Finalmente, en los Juegos Olímpicos Londres 2012, las técnicas contra el *ambush marketing* tomaron también en cuenta a las redes sociales. El Comité Olímpico Internacional y Twitter llegaron a un acuerdo para evitar que las marcas no patrocinadoras usen hashtags como #London 2012, o se asocien a términos como: juegos, medallas, oro, plata, bronce, verano, etc. (Ortega 2012).

Asimismo, se establecieron normas de actuación en redes sociales a las cuales debían ceñirse los atletas, marcas, asistentes y otros participantes; por ejemplo, que solamente los medios acreditados podían hacer uso de los medios sociales para difundir lo que sucedía o la prohibición de promocionar cualquier marca, producto o servicio (Benet 2012).

A nuestro modo de ver, la regulación de este tipo, por ser de naturaleza tan amplia, puede estar sobreponiéndose a normas que ya abordan comportamientos repudiables por afectar el mercado.

2.3.2. Derecho de marcas

Evidentemente, si un patrocinador no oficial emplea los signos distintivos del evento o del patrocinador oficial, se podrían emplear las acciones por infracción, por ejemplo, por un uso no autorizado de las marcas olímpicas. Pese a dicha posibilidad, en el *ambush marketing* las referencias suelen ser más sutiles, sin abordar directamente marcas de los organizadores del evento o de los patrocinadores.

Un buen ejemplo de lo que estamos mencionando es el caso New Zealand Olympic and Commonwealth Games Association Inc. contra Telecom New Zealand Ltd. Este caso ocurrió en las Olimpiadas de Atlanta 96, donde la marca Bellsouth era el patrocinador oficial en el rubro de teléfonos celulares. Su competidora, Telecom, publicó en los diarios más importantes, un

aviso que destacaba por quintuplicado la palabra RING (que significa anillo pero que también alude al sonido del teléfono). Dicha palabra utilizaba los mismos colores de los anillos olímpicos, añadiéndose en la parte inferior del anuncio la frase: «Con Telecom usted puede llevar su propio teléfono a las Olimpiadas».

Gráfico N° 6.



La demanda entablada indicaba que había una infracción al derecho de marcas por la asociación con el símbolo olímpico; además argumentaron que con ello se hacía pasar por un patrocinador oficial, engañando a los consumidores. Las autoridades resolvieron el caso a favor de Telecom, indicando que era poco probable que los lectores asumieran que el anuncio se había hecho como parte de un patrocinio autorizado por la autoridad olímpica, por la simple razón de que no se usaba el símbolo olímpico como tal (Hoek y Gendall 2002: 79).

Otro caso, esta vez fundado, que involucró marcas y *ambush marketing* fue el de Mastercard Inc. contra Sprint Communications. Mastercard era el patrocinador oficial del Mundial de Fútbol USA 94 y, como tal, había recibido el uso exclusivo de la marca World Cup 94 para dispositivos de acceso a cuentas y para pagos basados en tarjetas. Sprint Communications también tenía derechos exclusivos, pero no como patrocinador, sino en una categoría más pequeña y económica denominada Official Partner. En el caso de Sprint, sus derechos exclusivos se encontraban en el rubro de las telecomunicaciones de larga distancia.

El problema entre ambos ocurrió porque Sprint anunció tarjetas de llamadas telefónicas prepagadas utilizando «World Cup 94». Mastercard lo demandó indicando que infringía su derecho de exclusividad, incluso si las tarjetas de llamadas y las tarjetas de crédito no cumplieran con la misma función, porque su derecho incluía cualquier tipo de pago con tarjetas.

Como mencionamos, el caso fue declarado fundado, interpretándose que Mastercard sufría daños por la pérdida del derecho de exclusividad que había adquirido (Schmitz 2005: 207-208).

3. La competencia desleal

En esta parte de la investigación nos concentraremos únicamente en las normas nacionales. Son varios los supuestos de competencia desleal que pueden aplicarse para los casos de *ambush*

13 La imagen ha sido modificada por nosotros para que pueda apreciarse de la manera más cercana posible al anuncio publicado. La fuente que tomamos como base se encontraba en blanco y negro y puede encontrarse en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume1/number2/articles/hoek_gendall/fig1.jpg

marketing. Dependiendo del caso concreto, podríamos estar ante un supuesto de publicidad engañosa, un caso de confusión, uno de aprovechamiento indebido de la reputación ajena o un supuesto de violación de normas.

3.1. La publicidad engañosa

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de engaños,

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Conforme al artículo mencionado, una empresa que induzca a error a los consumidores, por ejemplo, que les haga creer que se trata de un patrocinador oficial, podría ser denunciado por infracción de este artículo.

Cabe precisar algunas cosas respecto a este supuesto:

- a) No importa la intención del anunciante, sino la percepción que generará su anuncio en el público. Puede que la intención del anunciante no haya sido hacerse pasar por un patrocinador; lo que importa es la percepción de los consumidores.
- b) En relación con lo anterior, solo se sancionan las afirmaciones que los consumidores perciban como objetivas; si la afirmación se percibe como subjetiva (por ejemplo: «somos los mejores»), no puede sancionarse, ya que las afirmaciones subjetivas no pueden ser sometidas a un análisis de veracidad.¹⁴
- c) No se necesita demostrar que efectivamente hubo un grupo real de consumidores que se vieron engañados. Se sanciona el potencial del anuncio para engañar, incluso si ningún consumidor hubiera sido engañado.

3.2. La confusión desleal

El artículo 9 del Decreto Legislativo 1044 señala que los actos de confusión,

[...] consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

¹⁴ La razón de que las afirmaciones subjetivas no se puedan someter a un análisis de veracidad radica en que la apreciación puede variar de persona a persona. Por ejemplo, yo puedo considerar que Bombos tiene las mejores hamburguesas, pero otra persona puede considerar que son malas y otra persona puede considerar que son regulares. Para cada uno su opinión es verdadera y es falsa o errónea la opinión del otro, es decir, hay una verdad subjetiva pero no una verdad objetiva.

Como muchos de los actos de confusión involucran el uso indebido de marcas y otros signos distintivos, para resolver el caso, la autoridad competente tendrá en cuenta, en buena medida, si el signo distintivo se encuentra o no inscrito.

Específicamente, el Decreto Legislativo N.º 1075, en su artículo 98, nos indica los criterios para determinar qué órgano del Indecopi será el competente:

Las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que estén referidas a algún elemento de la propiedad industrial inscrito, o a signos distintivos notoriamente conocidos o nombres comerciales, estén o no inscritos, serán de exclusiva competencia de la autoridad nacional competente en materia de propiedad industrial, según corresponda, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho.

Serán igualmente de competencia de los órganos de propiedad industrial, las denuncias sobre actos de competencia desleal, en las modalidades de confusión y explotación de la reputación ajena, que comprendan elementos de propiedad industrial y elementos, que sin constituir derechos de propiedad industrial, estén relacionados con el uso de un elemento de propiedad industrial.

Como podemos apreciar, en términos generales, la inscripción de un signo distintivo, salvo las excepciones mencionadas, es uno de los elementos más importantes para determinar qué órgano del Indecopi es competente para analizar un caso de competencia desleal que involucre actos de confusión. Si el signo está inscrito, será competente la Dirección de Signos Distintivos y, si el signo no está registrado, será competente la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal.

De esta manera, si la estrategia de emboscada diera lugar a una confusión sobre el verdadero origen empresarial, serían aplicables los artículos mencionados.

3.3. La explotación indebida de reputación ajena

De acuerdo con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1044, los actos de explotación indebida de la reputación ajena

[...] consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

De acuerdo con la Resolución 2738-2010/SCI-INDECOPI,¹⁵

[...] la sanción de los actos desleales de explotación indebida de reputación ajena apunta a que el consumidor no se equivoque asumiendo que la reputación que corresponde a un competidor beneficia a otro, por ejemplo, al considerar erróneamente que puede existir un contrato de colaboración entre ambos, o algún tipo de vinculación organizativa entre dos concurrentes cuando aquella no se presenta

¹⁵ De fecha 11 de octubre de 2010, Expediente 051-2009/CCD, caso entre Tomas Oechsle Sigg contra Reestructuradora de Empresas S. A. y Tiendas Peruanas S. A.

Asimismo, en la mencionada Resolución también se indicaron las condiciones para que ocurra una explotación indebida de la reputación ajena:

- a) La preexistencia de una reputación asociada a un bien, servicio, marca o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico, que resulte identificable para los consumidores; y,
- b) Una conducta que explote esta reputación y cuyo efecto sea vincular la prestación de dicho agente con la prestación propia, sin que dicha vinculación exista en la realidad.

Dado que el anunciante que utiliza el *ambush marketing* trata de aprovechar para sí el prestigio del evento deportivo de grandes proporciones, que atraerá mucho la atención, pero sin incurrir en los costos de ser patrocinador oficial, podría configurarse este tipo de infracción.

3.4. Los actos de violación de normas

Conforme a lo establecido por el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044,

[...] consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

De acuerdo con el mismo artículo, la infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso-administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

En este caso, la deslealtad no radica en la infracción de la norma per se, sino en la ventaja competitiva indebida que se logra como consecuencia de dicha infracción. Además, como puede apreciarse, no cualquier infracción legal que otorga una ventaja significativa califica como desleal. Solo será sancionable la infracción de normas imperativas de naturaleza administrativa que genere una mejor posición competitiva. Esta interpretación surge porque la misma ley contempla dos supuestos que nos indican que estamos ante la violación de una norma administrativa. El primer supuesto es contar con una decisión previa y firme que no se encuentre pendiente de revisión en la vía contencioso-administrativa, alude al incumplimiento de normas sectoriales (vía administrativa); y, el segundo supuesto, la ausencia de licencias o autorizaciones para ingresar ordenadamente al mercado, revela también una naturaleza administrativa.

Para que se configure una infracción de este tipo, pensamos que en el caso del *ambush marketing* tendría que haber algún tipo de licencia ausente o infracción administrativa que otorgue una ventaja significativa, como el ahorro de costos derivados de no haber tenido que tramitar la licencia.

Finalmente, de no encontrarse la conducta en ninguno de los anteriores supuestos, cabría la posibilidad de aplicar la Cláusula general, supuesto que analizaremos a continuación.

4. La Cláusula general

La Cláusula general es una herramienta que existe para adecuar la legislación a los rápidos cambios en el mercado. Si solamente se tuviera un listado taxativo de conductas desleales, los nuevos comportamientos ilícitos no podrían ser sancionados.

En nuestra Ley de Represión de Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044, la Cláusula general se encuentra en el artículo 6, el cual señala lo siguiente:

Artículo 6º.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

No obstante se trata de un artículo general, eso no significa que su uso deba ser constante. Tal como señala la Resolución 156-2012/SDC-INDECOPI,¹⁶ «es preciso señalar que, como reconoce la doctrina mayoritaria, la Cláusula general es una figura típica de aplicación residual. Es decir, se debe utilizar solo de manera supletoria, en tanto no exista un supuesto específico comprendido dentro del catálogo de supuestos más comunes enunciados en el capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal».

Al momento de analizar una posible infracción bajo la Cláusula general consideramos que también es importante tener en cuenta el objetivo que subyace al Derecho de la Competencia Desleal. Así, debemos considerar que, bajo el artículo 1 del Decreto Legislativo 1044 la finalidad de dicha ley es reprimir «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo».

Siguiendo el objetivo señalado por la ley, podemos decir que será desleal el comportamiento contrario a la buena fe, es decir, no acorde con la eficiencia económica, de modo que afecte el orden concurrencial y no solamente intereses particulares,¹⁷ es decir, que afecten el mercado y no solamente a un agente que participa del mercado. Por lo tanto, debe tratarse de una conducta que modifique las condiciones en que opera el mercado en general, que perturbe el funcionamiento del mercado, afectando a una serie de agentes económicos indeterminados (empresas o consumidores).

No existiendo una disposición que se aplique directamente a la práctica del *ambush marketing*, para determinar si podría sancionar esta estrategia por la vía de la Cláusula general, exploraremos los comportamientos comprendidos dentro de la mencionada cláusula que, además de ser conocidos, guarden alguna semejanza con la estrategia del marketing de emboscada.

16 De fecha 19 de noviembre de 2012, Expediente 121-2011/CCD, caso de Cemex Perú S. A. contra Justino Atencio Gutiérrez.

17 Recordemos que para proteger intereses particulares ya existen los derechos de exclusiva que otorga el Derecho de Propiedad Intelectual.

4.1. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno

A diferencia de los supuestos detallados previamente, no se ha contemplado, expresamente en nuestra legislación, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. Por tratarse de un supuesto que no está contenido de manera detallada y específica en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, su existencia y aplicación a los procedimientos no ha estado exenta de críticas.

A continuación, para entender los alcances de esta figura en nuestro país, señalaremos los principales elementos de dos casos. El primero de ellos, el conflicto entre el Estudio Caballero Bustamante SRL (en adelante, Caballero Bustamante) con el Instituto de Investigación El Pacífico EIRL y otros (en adelante, el Instituto El Pacífico). Este caso fue el que dio inicio al supuesto del aprovechamiento del esfuerzo ajeno bajo la Cláusula general y, el segundo procedimiento, es el de la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S. A. (en adelante, Editora Perú) contra Entre Líneas SRL (en adelante, *Entre Líneas*) que versa sobre la introducción de cambios en el tema de aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

4.1.1. El caso Caballero Bustamante contra el Instituto El Pacífico

El 20 de marzo de 2002, Caballero Bustamante denunció al Instituto El Pacífico y a otras personas naturales y jurídicas relacionadas, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la Cláusula general, actos análogos, actos de imitación y copia o reproducción no autorizada, contempladas, respectivamente, en los artículos 6, 7, 13 y 19 del Decreto Ley 26122, que constituía en ese momento la vigente Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

El Estudio Caballero Bustamante señaló que desde el año 2000 comercializaba un cuaderno de normas tributarias denominado *Síntesis tributaria*, a la cual consideraba una obra protegida, pero que el Instituto El Pacífico elaboró y comercializó una copia de su publicación, denominándola *Actualidad tributaria*, en la cual se había utilizado la misma selección de dispositivos legales tributarios, además del mismo formato y presentación, copiando hasta los errores (ortográficos y de contenido) presentes en su publicación.

El Instituto El Pacífico argumentó que no existió imitación sistemática de prestaciones o iniciativas empresariales y que, simplemente, la presentación de ambos productos era común en el mercado. También afirmó que no se habían producido actos de copia o reproducción debido a que la creación de Caballero Bustamante no era un bien protegido por las normas sobre Propiedad Intelectual o Derechos de Autor.

La Oficina de Derechos de Autor señaló, por Resolución N.º 0058-2002/ODA-INDECOPI, que denegaba el registro de la publicación *Síntesis tributaria* a Caballero Bustamante puesto que esta carecía del requisito de originalidad exigido por el Decreto Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor. Asimismo, la Oficina señaló, mediante Resolución N.º 060-2002/ODA-INDECOPI, que era improcedente una denuncia por presunta infracción a las normas sobre derechos de autor, tramitada entre las mismas partes por hechos similares a los denunciados. El 10 de octubre de 2002, la Sala de Propiedad Intelectual emitió la Resolución N.º 915-2002/TPI-INDECOPI, mediante la cual confirmó la resolución de la Oficina de Derechos de Autor (ODA).

La Comisión de Competencia Desleal, mediante Resolución N.º 098-2003/CCD-INDECOPI, declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por Caballero Bustamante contra el Instituto El Pacífico, en el extremo referido a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la Cláusula general.

El Instituto El Pacífico interpuso su apelación, argumentando que no podía aceptarse la aplicación de la Cláusula general en aquellos supuestos en los que la conducta cometida por el sujeto investigado se encuentre expresamente tipificada en la norma, pero que no encuadre con alguno de los requisitos establecidos para configurar el acto ilícito. Precisamente, para el Instituto El Pacífico, los supuestos a aplicarse en su caso eran los de imitación sistemática y copia o reproducción no autorizada pero, como su comportamiento no encuadraba con las características dispuestas para dichos supuestos, la denuncia debía declararse infundada.

Mediante Resolución N.º 0455-2004/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la resolución apelada. De acuerdo con la Sala, el artículo 6 (la cláusula general) del Decreto Ley 26122, tipificaba expresamente como conductas prohibidas y sancionables a los actos de competencia desleal, definidos como aquellas contravenciones a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en el mercado, constituyendo el tipo exigido por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, la Sala manifestó que entre los productos en cuestión existían similitudes en cuanto a errores ortográficos y de concordancia, que no podían ser explicados como consecuencia de una práctica usual en el mercado o como el resultado de dos trabajos realizados de manera independiente; como consecuencia, la conducta del denunciado no estaba dentro del principio de libre imitación de iniciativas empresariales, por exceder la respuesta natural del mercado. La Sala especificó que la infracción no consistía en la mera semejanza entre las publicaciones de las partes, sino en la conducta del Instituto El Pacífico consistente en copiar el resultado del esfuerzo desarrollado por otro agente del mercado, un comportamiento comparable a que un estudiante copie el examen de aritmética de otro alumno, aprovechándose de esta manera del esfuerzo y conocimientos ajenos.

4.1.2 El caso Editora Perú contra Entre Líneas

El 21 de julio de 2011, Editora Perú denunció a *Entre Líneas* ante la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal por la presunta infracción al artículo 6 (Cláusula general) y 9 (confusión) de la vigente Ley de Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044.

De acuerdo con Editora Perú, *Entre Líneas*, a través de su sitio web, reproducía y difundía de manera ilícita las copias digitalizadas del suplemento «Normas Legales», elaborado por Editora Perú. En tal sentido, argumentó que el suplemento demandaba un gran esfuerzo para ser compilado y para ordenar la información con una presentación particular. Para la denunciante, esta conducta infringía la Cláusula general y además generaba confusión, ya que, como *Entre Líneas* publicaba en la web el mismo día que lo hacía Editora Perú, podía dar la impresión de que eran empresas vinculadas.

Entre Líneas señaló en sus descargos que su conducta no era contraria a la buena fe comercial debido a que las normas constituyen información pública. Asimismo, señaló que no

había posibilidad de confusión ya que, en el suplemento «Normas Legales», se podía apreciar que era una copia obtenida del diario oficial El Peruano.

Mediante Resolución N.º 255-2010/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia en todos sus extremos. Sobre el supuesto de la confusión, determinó que un consumidor que acceda a las normas a través de la web de *Entre Líneas* no entendería que el servicio corresponde a Editora Perú. Sobre la supuesta infracción a la cláusula general, estableció que, como la difusión de las normas legales es obligatoria para Editora Perú, todos los actos destinados a su publicación no suponen un esfuerzo protegible. Asimismo, añadió que no se podía considerar obra protegible por el Derecho de Autor al suplemento, pues de acuerdo con el artículo 9 del Decreto Legislativo 822, los textos oficiales de carácter legislativo no son protegibles, pudiendo ser reproducidos por cualquiera.

Editora Perú apeló reiterando sus argumentos; señaló que, aunque el contenido de las normas legales no era protegible, lo que estaba solicitando era tutela por el esfuerzo de diagramación, diseño, edición, impresión y presentación de su suplemento.

El 21 de noviembre de 2011, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi dio la Resolución N.º 1751-2011/SCI-INDECOPI, confirmando la resolución apelada en el extremo referido a la confusión y, en el caso de la infracción a la Cláusula general, revocó la resolución apelada para declararla improcedente.

En lo referido a la infracción de la Cláusula general, la Sala señaló lo siguiente:

- La Cláusula general establece que son prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten contrarios a la buena fe empresarial, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar el posicionamiento en el mercado por medios distintos a los de la eficiencia económica.
- La imitación de otras iniciativas empresariales está permitida y es conforme con la buena fe empresarial, pues el sistema de competencia desleal no es un mecanismo diseñado para proteger los intereses particulares de los empresarios, por el contrario, funda su tutela en el mantenimiento del orden concurrencial en general. En tal sentido, la imitación es la regla general, en la medida que esta no cause una afectación al interés económico general.
- Solo aquellas imitaciones o copias que, con independencia del esfuerzo desarrollado por el imitado, representen una afectación al interés económico general, podrían ser sancionables; de lo contrario se llegaría a la contradicción de procurar exclusividad indefinida a través del sistema de competencia desleal, desnaturalizando este sistema, ya que este consiste en una vía de protección residual.
- La Primera Instancia no debió efectuar un análisis de fondo que involucre calificar si una creación como el suplemento era o no una obra protegible, pues el sistema de protección de los derechos de autor y conexos lo administra, con competencia exclusiva, la autoridad de derechos de autor del Indecopi. Es esta autoridad la que protege cualquier esfuerzo que tenga originalidad, por ejemplo una particular diagramación y diseño.
- En consecuencia, la fiscalización y eventual sanción no corresponde a la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, en tanto existe la vía propia de los derechos de autor. Además, los actos de copia y reproducción no autorizada de una obra o titularidad de un derecho conexo no son protegibles a través de las normas que

reprimen la competencia desleal, ya que el artículo 19 del Decreto Ley 26122, donde se sancionaba la copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor, fue deliberadamente eliminado al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 1044.

Otros casos más recientes sobre aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno han mantenido el razonamiento desplegado en el caso de Editora Perú contra *Entre Líneas*, en el sentido de que la infracción alegada debe afectar el interés económico general para ser sancionada. Podemos mencionar entre ellos a la Resolución N.º 2492-2012/SCI-INDECOPÍ¹⁸ en la cual se analizó si la imitación exacta de materiales publicitarios, formatos de encuestas y contratos para la adquisición de programas constituía un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.¹⁹ Asimismo, tenemos la Resolución N.º 3542-2012/SDC-INDECOPÍ²⁰ en el cual se analizó el empleo de formatos de contrato de préstamo y boletas de venta similares.²¹ Finalmente, bajo Resolución N.º 0857-2013/SDC-INDECOPÍ²² se analizaron supuestos de esfuerzo ajeno e imitación sistemática de los colores utilizados para distinguir los envases de sus filtros; la parte numérica del sistema de códigos alfanuméricos empleados para clasificar los filtros; y, su estrategia publicitaria.²³

4.1.3. Los criterios para analizar los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

Los casos descritos previamente, así como cualquier otro relativo al aprovechamiento del esfuerzo ajeno, son particularmente difíciles de analizar porque, por un lado, está el necesario respeto al derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales, un derecho indispensable para incentivar la competencia y; por el otro, está la posibilidad de que la imitación cuestionada sea desleal, al punto de afectar el mercado.

Efectivamente, lo más controvertido, con respecto a la posibilidad de sancionar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, consiste en que es complicado determinar cuándo estamos ante actos desleales y cuándo ante una copia lícita que esté amparada por el derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales.

A continuación, siguiendo a Massaguer, señalaremos algunos criterios para identificar los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (1999: 358-360):

18 De fecha 20 de septiembre de 2012, Expediente 015-2011/CCD entre Techniques For Knowledge and Talent For Excellence Perú SRL contra María Marfa Saldarriaga Morán De Silva y Tear Perú EIRL.

19 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia por falta de pruebas.

20 De fecha 21 de diciembre de 2012, Expediente 052-2011/CCD entre Respaldo SAC contra Presto Ya SAC, Gisella Bettina Gaona Gamarra y María Elena Porroa Huamán.

21 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia, ya que no constituía una conducta que afecte la concurrencia o permanencia en el mercado.

22 De fecha 24 de mayo de 2013, Expediente 069-2010/CCD entre Filtros Lys S. A. contra Industrias Willy Busch S. A.

23 En el extremo referido a la explotación indebida del esfuerzo ajeno, la Sala declaró infundada la denuncia, ya que se determinó que no era una conducta que obstruyera a un competidor en el mercado.

- El modo de realizar el aprovechamiento, para que sea considerado indebido o desleal, debe romper la par *conditio concurrentium*, es decir, el comportamiento cuestionado hace que un agente económico no participe en el mercado en igualdad de condiciones que el resto de competidores (Veleiro 2010: 82). Esta necesaria igualdad en la lucha competitiva está íntimamente relacionada con el principio de competencia por eficiencia, según el cual los empresarios consiguen clientes con base en mejores condiciones de cantidad, calidad y precio de los productos o servicios.²⁴
- El costo de producción del bien primigenio²⁵ es considerable o sustancial para el pionero.
- Otro empresario realiza una reproducción consistente en copias literales²⁶ e inmediatas del bien, eludiendo los gastos correspondientes a la creación del mismo, con lo cual ahorra costos significativos (Llobregat 2007: 461) y la propia inversión del imitador se vuelve muy limitada.²⁷
- Este modo de realizar la reproducción involucra para el creador una desventaja significativa, pues le impide disfrutar de su posición de pionero, dificultándole el amortizar los costos de la creación.
- Finalmente, como consecuencia de lo anterior, es esperable que los agentes del mercado pierdan incentivos para realizar nuevas iniciativas, afectándose el proceso competitivo. De esta manera, el obstáculo generado podría poner peligro la concurrencia o permanencia de las empresas en el mercado.

4.2. Los actos de obstaculización desleal

En esta parte analizaremos dos supuestos dentro de la Cláusula general, pero referidos al efecto de obstaculizar el desempeño de otro agente económico en el mercado, por medios diferentes a la eficiencia económica. Específicamente, por la relevancia que tuvieron en nuestro país, abordaremos los actos de imitación sistemática y de boicot desleal.

24 En nuestra opinión, el principio de competencia por eficiencia y la par *conditio concurrentium* están contenidos en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1044, donde se señala que la finalidad de la ley es reprimir todo acto que impida el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. A su vez, el referente constitucional sería la economía social de mercado, establecida en el artículo 58 de la Constitución de 1993.

25 En principio, por el término «bien», nos estamos refiriendo a una creación, a un objeto (por ejemplo, un producto, texto, audio, imagen, etc.) pues consideramos que constituye el supuesto de copia con mayor probabilidad de cumplir los requisitos del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

26 Por copia literal nos referimos a que se realiza una reproducción tal cual del producto pionero, es decir que entre el primer producto desarrollado y el segundo no hay diferencias para el consumidor. Por ejemplo, en España se sancionó bajo la STS del 3 febrero de 2005, a una compañía que copió literalmente (hasta los errores) la información del directorio de recursos humanos publicado por otra empresa (Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 37/2005, de 3 de febrero de 2005, en la Villa de Madrid. Grupo EJJ, S. A. contra Directorio de Formación, S. L.). Consulta: 2 de noviembre de 2013. <http://sentencias.juridicas.com/docs/00213501.html>. Cabe resaltar que la copia literal no necesariamente implica la existencia de un acto de confusión, ya que podría ser que el consumidor no identifique un origen determinado por diferentes motivos, por ejemplo, por la presencia común en el mercado de varios productos de la misma naturaleza, correspondientes a varias empresas.

27 Por ejemplo, tenemos el caso resuelto por el STC AP de Barcelona, el 17 de noviembre de 2009, en el cual se determinó que constituía aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno el que una revista hubiera publicado sesiones de fotos de una famosa actriz, cuando dicha sesión de fotos iban a ser reveladas en exclusiva para otra revista (Navarlez 2010).

4.2.1. La imitación sistemática

La imitación sistemática era un supuesto infractor expresamente contemplado en nuestra anterior regulación, específicamente, en el artículo 13 del Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Artículo 13º.- Actos de imitación: Se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel.

De acuerdo con la norma mencionada y diversas resoluciones administrativas, debían existir cuatro elementos concurrentes para configurar un acto de imitación sistemática:

- a) La imitación debe referirse a un solo competidor determinado;
- b) La imitación debe ser sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor;
- c) La estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado; y,
- d) La imitación no debe ser una respuesta natural al mercado, de otro modo, se restringiría injustificadamente el derecho a imitar.

Es el tercer elemento el que hace que la imitación sistemática esté comprendida dentro de la obstaculización desleal o competencia por obstrucción, ya que, tal como señala De La Cuesta, «a diferencia de la competencia fundada en la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones que tiende a conseguir cuotas de mercado mediante el esfuerzo personal, en la competencia de obstrucción, el fin principal que se persigue es el de eliminar al competidor o lesionar o trabar el funcionamiento de su empresa y su desarrollo» (1992: 46). De este modo, aunque el empresario imitador está buscando beneficiarse, su estrategia de copia sistemática obstaculiza al que está siendo imitado, de modo que «[...] impide que el pionero se forje una reputación comercial, con lo que se acentúa el jaque a su éxito profesional» (Portellano 1995: 224 - 225).

Con la dación del Decreto Legislativo 1044, el supuesto de imitación sistemática fue eliminado del listado de actos sancionables. Sin embargo, a nuestro modo de ver, todavía es un supuesto que, de ocurrir, podría ser considerado dentro de la Cláusula general, ya que el objetivo es que esta se aplique a las conductas no previstas expresamente por el legislador, de modo que siempre pueda adaptarse la legislación a los cambios que ocurran en el mercado.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe señalar que en la Resolución 2487-2010/SCI-INDECOPI, tramitada bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1044, un caso, con muchas similitudes con el supuesto de imitación sistemática, fue declarado infractor, pero no usando la Cláusula general, sino el supuesto de «confusión».

En el mencionado expediente, el Instituto Quimioterápico S. A. (IQFarma) comercializó una línea de analgésicos de marca DOLOL, en donde las presentaciones de los productos tenían un aspecto general muy similar con la línea de productos PANADOL, de titularidad de Glaxosmithkline Perú S.A. (GSK).

De hecho, tal como podemos apreciar a continuación, en la mencionada Resolución, se reconoce que la imitación se ha realizado sistemáticamente, sin embargo, ninguna de las partes,

ni la propia autoridad, consideraron la posibilidad de que el caso constituyera un acto de imitación sistemática bajo la Cláusula general.

Otro factor adicional que acredita claramente la voluntad de IQFarma de adoptar una estrategia confusoria respecto de GSK Perú es que la imitación no se produce solo respecto de un producto en particular, sino que es sistemática y se relaciona con una línea completa de medicamentos. Así, como se desprende del análisis realizado en el 20, IQFarma se ha asemejado en cada una de las cinco (5) presentaciones de su producto «Dolol» a las distintas presentaciones de «Panadol» que concurren en el mismo segmento, acrecentando de tal manera la impresión general de vinculación entre ambos productos. (Indecopi 2010: 12)

En conclusión, viendo el comportamiento de la autoridad, si bien consideramos que los actos de imitación sistemática deberían ser vistos como parte de la Cláusula general, creemos que es muy probable que el Indecopi siga abordando dichos supuestos mediante infracciones expresamente tipificadas, como es el caso de la confusión.

4.2.2. El boicot desleal

En nuestro país, al menos en un caso, se ha analizado el boicot como un acto de competencia desleal, pese a que el boicot es una figura que normalmente se ve relacionada con comportamientos anticompetitivos,²⁸ no con comportamientos desleales.²⁹

En el mencionado caso, bajo la vigencia de la anterior normativa, la denuncia fue presentada por el Banco del Trabajo S. A. (Bantra) en contra de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S. A. (Caja Trujillo) por la supuesta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la Cláusula general, bajo la forma de actos de boicot.³⁰

De acuerdo con Bantra, esta entidad se encontraba promocionando un sistema de crédito, consistente en ofrecer a potenciales clientes la oportunidad de efectuar el pago de sus deudas con otras entidades bancarias o financieras, canjeando las mismas por nueva deuda con Bantra. Para tal fin, Bantra emitía cheques de gerencia a nombre de la entidad bancaria o financiera con la cual el cliente mantenía la deuda, a efectos de cancelar la misma para colocarse como nuevo acreedor del cliente, bajo nuevas condiciones de pago.

Según la denuncia, Caja Trujillo implementó una estrategia de boicot destinada a impedir u obstaculizar que sus clientes pudieran cancelar sus deudas, a efectos de contratar un nuevo crédito con Bantra. Estas conductas, a decir de la denunciante, se exteriorizaron:

- Rechazando la mayoría de los cheques de gerencia emitidos por el Bantra, a solicitud de sus clientes, para amortizar o cancelar su deuda, arguyendo que se habría consignado

28 En efecto, en Perú, el boicot anticompetitivo se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

29 Cabe señalar que no es un supuesto descabellado el que también se sancione el boicot como acto de competencia desleal. Como ejemplo de ello, de acuerdo con Massaguer, la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en España contempla, en su Cláusula general, entre otros, actos de boicot desleal que no estén comprendidos en las normas de libre competencia o en supuestos específicos de obstaculización de la Ley 3/1991 (1999: 158).

30 La denuncia también incluía supuestos actos de engaño, pero dicho extremo de la denuncia fue declarado infundado.

de manera incorrecta la razón social de la Caja de Trujillo, pues los cheques fueron emitidos a la orden de «Caja Municipal de Ahorro y Crédito Trujillo S. A.» mientras que la Caja de Trujillo tiene como denominación social «Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S. A.».

- En el caso de pagos en efectivo, exigiendo el cumplimiento de diversas formalidades que dilataban injustificadamente la operación, con el propósito de desincentivar a los usuarios de contratar los servicios del Bantra.
- Omitiendo brindar información relevante por los conceptos de capital, intereses y gastos de las deudas a sus clientes, para que estos no puedan cancelar sus deudas por la existencia de saldos pendientes.
- Difundiendo comunicados en dos diarios, en los cuales se informaba a los consumidores que Bantra ofrecía falsas tasas de interés, engañando a los usuarios.
- Remitiendo cartas notariales a sus clientes, informándoles sobre presuntos actos de competencia desleal de Bantra, en términos similares a los que figuraban en los comunicados.

La Comisión de Competencia Desleal del Indecopi emitió la Resolución N.º 101-2006/CCD, por medio de la cual, entre otros pronunciamientos, resolvió declarar fundada la denuncia de la Comisión de Actos de Competencia Desleal bajo la infracción a la Cláusula general. La Comisión consideró que los actos de boicot se materializaban por el rechazo o devolución de los cheques de gerencia emitidos por el Bantra para que sus clientes cancelaran sus deudas en la Caja de Trujillo, complementado con la omisión de proporcionar información relevante, respecto al monto total adeudado por los clientes, en las cartas notariales que les remitía, y la dilación injustificada para recibir los pagos en efectivo de sus clientes.

A decir de la Comisión, estos hechos no significaban un esfuerzo empresarial tendiente a captar o retener la demanda del mercado en el que concurría, sino que pretendía vencer en la concurrencia al Bantra, por medios distintos a la eficiencia económica, recurriendo a actos contrarios a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir el sistema competitivo, aumentando los costos de transacción no solo para los consumidores sino también para el Bantra.

Asimismo, la Comisión emitió un precedente de observancia obligatoria sobre los actos de boicot como supuestos de competencia desleal:

- La acción tendiente a realizar un boicot como acto de competencia desleal es toda conducta de un concurrente en el mercado que tenga por efecto impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o propio del proceso competitivo, y ejercitada como medio de presión para evitar el éxito o los propósitos de otro concurrente, por medios distintos a la eficiencia competitiva.
- Los actos de boicot pueden considerarse actos de competencia desleal sancionables bajo el alcance de lo dispuesto por la Cláusula general que contiene el artículo 6 del Decreto Ley N.º 26122 —Ley sobre Represión de la Competencia Desleal—, que constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley N.º 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General—, siempre que consistan en una conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.
- Atendiendo a dicha definición, actos de competencia desleal en la modalidad de boicot podrían constituir, entre otros, una conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento

de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado, consistentes en impedir o entorpecer la realización de un acto concurrencial ajeno o del proceso competitivo como medio de presión y que tengan las características de: i) estar dirigidos contra un competidor y ser eficaces para generar como efecto que este no concorra en determinado mercado; ii) actuar sobre un cliente real o potencial y ser eficaces para generar como efecto que este decida no establecer relaciones contractuales con un competidor; o, iii) actuar sobre un cliente propio y ser eficaces para generar como efecto dificultades para que este extinga su vínculo contractual, con el fin de evitar que el cliente desarrolle relaciones contractuales con un competidor.

La Resolución N.º 101-2006/CCD fue apelada por Caja Trujillo y, en la Resolución N.º 0301-2007/TDC-INDECOPI, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, si bien determinó que la conducta de Caja Trujillo era contraria a la Cláusula general, estuvo en desacuerdo con la definición de boicot brindada por la Comisión, motivo por el cual dejó sin efecto el precedente.

5. Analizando el *ambush marketing* desde la cláusula general de la ley de competencia desleal

Luego de observar los ejemplos y definiciones de esta figura, así como los principales supuestos asociados a las infracciones a la Cláusula general, pasaremos a analizar el *ambush marketing* bajo la Cláusula general.

En primer lugar, a pesar de que la estrategia puede cambiar mucho de un caso a otro, consideramos que el marketing de emboscada contiene las siguientes características:

- Existen al menos dos partes, el patrocinador oficial del evento y la empresa emboscadora.
- Para que exista conflicto, ambas empresas deben ser competidoras entre sí, por la identidad o semejanza de sus productos o servicios.
- La empresa emboscadora realizará algún patrocinio, publicidad o promoción, pero evitará hacer un uso ilegal de marcas o símbolos protegidos.
- La intención de la empresa emboscadora radica en:
 - o Vincularse indirectamente con el evento, aprovechando espacios libres del patrocinio oficial, para obtener algunos de los beneficios de estar asociado a dicho acontecimiento.
 - o Ahorrarse los altos costos de ser un patrocinador oficial.
 - o Derrotar a su competidor (el patrocinador oficial).

Habiendo identificado estas características, queda verificar si alguno de los supuestos identificados dentro de la Cláusula general podrían ser utilizados para sancionar esta práctica.

Sobre el *ambush marketing* como aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, tal como ha sido señalado, no se debe proteger la mera inversión de una empresa, ni sancionar la copia de la misma, lo que se debe considerar desleal es la forma de realizar la reproducción. Así entendido, no es ilegal la copia que solo se sirve de la iniciativa ajena como modelo para configurar la propia (Massaguer 1999: 358-360).

Siguiendo lo antes mencionado, al someter la figura del *ambush marketing* a los criterios identificados para el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, podremos observar que:

- El costo de ser un patrocinador oficial cumple con ser considerable o significativo.
- Comparado con el patrocinio oficial, el empresario emboscador se ahorra costos significativos.
- En muchos casos, la existencia del *ambush marketing* disminuirá los beneficios de ser el patrocinador oficial (ser el pionero de la iniciativa).

Sin embargo, a nuestro modo de ver, es difícil que la estrategia de emboscada, aunque menos costosa que ser el patrocinador oficial del evento, no genere costos para la empresa que realice el *ambush marketing*. En otras palabras, no parece que estemos ante un acto verdaderamente parasitario, pues el emboscador también debe manejar una importante estructura de costos.

Como consecuencia de lo anterior, si la empresa emboscadora está internalizando costos y con ello obtiene mejores o iguales resultados, pero más económicos que los que obtendría con ser patrocinador oficial, consideramos que precisamente se está realizando una competencia por eficiencia.

En cuanto al *ambush marketing*, como un acto de imitación sistemática, posiblemente sea el acto más sencillo de descartar dado que, si bien en la imitación sistemática y en el marketing de emboscada hay un componente de obstaculización, esta estrategia de marketing no se caracteriza por copiar iniciativas o prestaciones del competidor, sino que busca aprovechar los espacios libres que el patrocinador oficial no ocupa, es decir, busca realizar su propia iniciativa.

Finalmente, en lo referido al *ambush marketing* como acto de boicot desleal, analizando esta estrategia, según los criterios que la Comisión de Competencia Desleal identificó en su momento, si bien la emboscada puede afectar las actividades comerciales del patrocinador oficial, no entorpece los actos concurrenciales ajenos, pues no dificulta que se realicen estos, aunque sí es posible que se afecte económicamente al patrocinador oficial, ya que, de cierta manera, ha perdido la exclusividad sobre el evento.

En tal sentido, el *ambush marketing* tampoco podría considerarse un acto de boicot desleal, en vista de que no impide que alguien concurra en el mercado. Esto tiene sentido porque la finalidad del emboscador se encuentra orientada a aprovechar la coyuntura del evento, pero no la de entorpecer que el competidor realice su propia actividad como patrocinador oficial.

Como puede apreciarse, el *ambush marketing* no podría ser sancionado por la Cláusula general, según los supuestos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, imitación sistemática, ni boicot desleal, pero podría ser pasible de sanción aplicando esta Cláusula (sin vincularla con algún supuesto conocido). Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que hay dos criterios que no deben olvidarse al analizar algún caso de *ambush marketing*, los cuales son:

a) Desincentivo de la conducta sobre la cual se está apoyando:

No basta que el comportamiento del emboscador esté simplemente afectando al patrocinador oficial, pues eso constituiría un daño concurrencial lícito.

Si bien reconocemos que es posible que exista un cierto nivel de obstaculización en estas prácticas, en el sentido de que se puede afectar la explotación de la posición del patrocinador, a nuestro modo de ver, la afectación debería ser tan fuerte que le impida amortizar al patrocinador los costos asumidos, lo cual merecería contar con pruebas fehacientes.

La posible afectación al valor del patrocinio oficial no parece un motivo suficiente para determinar la deslealtad de la conducta, pues podría ser que dicho patrocinio oficial se encuentre sobrevalorado;³¹ más bien, la estrategia de emboscada debería ser tal, que sea capaz de poner en peligro el desarrollo de la actividad, en este caso, el patrocinio oficial de eventos.

b) Protección del orden concurrencial general:

Se encuentra muy vinculado con el criterio anterior. La conducta realizada a través del *ambush marketing* debe ser susceptible de afectar el mercado en general, de otro modo, si solo se protegiera al espónsor oficial, por afectar en alguna medida la explotación de su patrocinio, estaríamos regresando al ya superado modelo de profesional de competencia, donde solo interesaba proteger el interés de los empresarios.

De hecho, en nuestra opinión, lo más razonable sería que las estrategias de emboscada, como regla general, deberían ser permitidas, pues son una respuesta natural del mercado basadas en la eficiencia; de otro modo, se estaría corriendo el riesgo de proteger intereses particulares a manera de derechos de exclusividad, cuando ese no es el objetivo del área de Represión de la Competencia Desleal.

6. Conclusión

El *ambush marketing* o marketing de emboscada constituye una estrategia publicitaria polémica, que consiste en aprovechar la atención que tiene un gran evento, generalmente un Mundial de Fútbol, Olimpiada o similar, pero sin ser el patrocinador oficial de dicho evento.

Dependiendo del caso concreto, se podría estar ante una conducta sancionable por el derecho de marcas o por el derecho de la competencia desleal. Todo dependerá de si se está involucrando el uso indebido de un signo distintivo ajeno o si es una estrategia publicitaria que es engañosa, que genera confusión, que se aprovecha de la reputación ajena o está obteniendo una ventaja significativa indebida por violación de normas.

Dentro de los posibles mecanismos en contra del *ambush marketing*, al analizar los supuestos dentro de la Cláusula general, de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, imitación sistemática y boicot desleal, si bien todas estas figuras guardan algunos rasgos que se relacionan con ciertas características del *ambush marketing*, esta estrategia comercial no encaja en ninguno de estos supuestos. En todo caso, bajo la Cláusula general, hay dos criterios que no deben olvidarse al momento de analizar estos casos, que son: que la práctica es desleal si desincentiva la conducta sobre la cual se está apoyando y, si afecta el orden concurrencial general.

Finalmente, en términos generales, somos de la opinión de que el *ambush marketing* no

³¹ En consecuencia, incluso con el *ambush marketing* los patrocinios no necesariamente desaparecerían como iniciativa, sencillamente disminuirían de precio y, con ello, los organizadores deberán buscar estrategias para hacer que el patrocinio oficial sea más atractivo.

rompe la par *conditio concurrentium*, pues el hecho de que una de las empresas utilice una estrategia más eficiente para lograr similares resultados a los de su competidor, no justifica una sanción, por el contrario, responde a la competencia por eficiencia.

Por supuesto, como hemos visto en la descripción del *ambush marketing*, este se trata de una práctica que evoluciona constantemente, con lo cual no se puede afirmar rotundamente la legalidad o ilegalidad de esta estrategia, sino que el análisis deberá hacerse caso por caso y aplicarse la normativa que sea correspondiente (marcas, competencia desleal, etc.).

7. Bibliografía

ALTONIVEL

2012 «Usa ambush marketing para neutralizar a tu competencia». *Altonivel.com.mx*. Suplemento Marketing, 31 de julio del 2012. Consulta: 2 de noviembre de 2013. <http://www.altonivel.com.mx/22656-nike-usa-ambush-marketing-para-neutralizar-a-la-competencia.html>. Altonivel.com.mx

BENET, Marcos

2012 «Las redes sociales en los Juegos Olímpicos». *Socialancer.com*. 25 de julio de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013. <http://www.socialancer.com/las-normas-antisociales-de-los-juegos-olimpicos/>

BRANDCORP

2012 «Panamericanos». Sección Clientes ATL. Consulta: 28 de octubre de 2013. <http://www.brandcorp.mx/es/portfolio-view/panamericanos>

CROW, Dean y Janet HOEK

2003 «Ambush Marketing: A Critical Review and Some Practical Advice». *Marketing Bulletin*. Volumen 14, artículo 1, pp 1-14. Consulta: 3 de noviembre de 2013. <http://marketing-bulletin.massey.ac.nz>

DE LA CUESTA RUTE, José María

1992 «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena»; En AAVV. *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*. Madrid.

DURAN, Inci

2011 «What is Ambush Marketing?». *Optimum7.com*. 4 de noviembre de 2011. Consulta: 3 de noviembre de 2013. <http://www.optimum7.com/internet-marketing/sem/what-is-ambush-marketing.html>

EL COMERCIO

2013 «Lima 2019: cinco respuestas para entender mejor los juegos». *El Comercio*. Suplemento Polideportivo. Lima, 11 de octubre de 2013. Consulta: 30 de octubre de 2013.

<http://elcomercio.pe/deportes/1642772/noticia-panamericanos-2019-cinco-repuestas-entender-mejor-juegos>

JACOB, Sheena

2011 «Ambush Marketing». Lexology. Bird & Bird. 29 de marzo de 2011. Consulta: 29 de octubre de 2013.

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8a7d0b2b-3886-4c3f-b829-a2f0ea3ed226>

HOEK, Janet y Philip GENDALL

2002 «Ambush Marketing: More than Just a Commercial Irritant?» *Entertainment Law*. Volumen 1, número 2, pp.72-91. Consulta: 1 de noviembre de 2013.

http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume1/number2/hoek_gendall.pdf

INDECOPI

2010 Resolución 2487-2010/SCI-INDECOPI, Expediente 111-2009/CCD. 8 de setiembre de 2010

LLOBREGAT, María Luisa

2007 *Temas de propiedad industrial*. Madrid: La Ley.

MARKETINGDIRECTO

2012 «Marketing de emboscada: cuando las marcas le sacan la lengua a los sponsors oficiales». *Marketingdirecto.com*. Suplemento Publicidad. Madrid, 20 de junio de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013.

<http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/marketing-de-emboscada-cuando-las-marcas-le-sacan-la-lengua-a-los-sponsors-oficiales/>

MASSAGUER, José

1999 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

NAVARLAZ, Erika

2010 «ELLE vs Cuore e Interviu (Stc AP Barcelona de 17/11/2009)». ABANLEX. 27 agosto de 2010. Consulta: 1 de octubre de 2013.

<http://www.abanlex.com/2010/08/elle-vs-cuore-e-interviu-stc-ap-barcelona-de-17112009/>

ORTEGA, Rosalía

2012 «Piratas del Marketing en los Juegos Olímpicos de Londres 2012». *Diariojuridico.com*. Suplemento Opinión. 28 de mayo de 2012. Consulta: 1 de noviembre de 2013.

<http://www.diariojuridico.com/opinion/piratas-del-marketing-en-los-juegos-olimpicos-de-londres-2012.html>

OTAMENDI, Jorge

2011 «Ambush Marketing». *Anuario andino de derechos intelectuales*. Lima: Palestra Editores, tomo 7, pp. 279-291.

PÉREZ, César

2010 «*Ambush Marketing*. La emboscada continua». *Marketísimo*. 19 de julio de 2010. Consulta: 23 de octubre de 2013.
<http://marketisimo.blogspot.com/2010/07/ambush-marketing-la-emboscada-continua.html>

PIÑEIRO, José y Antoni RUBÍ

2007 «Ambush marketing en eventos deportivos. Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas». *Indret*. Barcelona, pp.1-38. Consulta: 1 de noviembre de 2013.
http://www.indret.com/es/derecho_privado/16/?&sa=1&fc=341&sn=232

PORTELLANO, Pedro

1995 *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid: Civitas.

SANDLER, Dennis M. y David SHANI

1989 «Olympic Sponsorship vs. "Ambush" Marketing: Who Gets the Gold?». *Journal of Advertising Research*. Volumen 29, pp. 9-14.

SCHMITZ, Jason K

2005 «Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games». *North Western Journal of Technology and Intellectual Property*. Volumen 3, número 2, pp. 203-208. Consulta: 26 de octubre de 2013.
<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol3/iss2/6>

VELEIRO, Belén

2010 *Mercado y competencia*. Madrid: El Derecho Editores.

WELSH, Jerry

S. f. *Ambush Marketing: What It Is; What It Isn't*. Welsh Marketing Associates. Consulta: 24 de octubre de 2013.
http://welshmktg.com/WMA_ambushmktg.pdf

COMENTARIOS

Raúl Solórzano Solórzano

Profesor del Departamento Académico de Derecho y director de la maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Nos encontramos frente a una investigación que aborda un tema de gran actualidad, sobre la cual se ha escrito poco en nuestro país. Efectivamente, el *ambush marketing* tiene además mucha trascendencia pues, ante los próximos Juegos Panamericanos en Lima, en el año 2019, sin duda muchas empresas empezarán pronto a estructurar sus futuras estrategias publicitarias.

El autor, al iniciar su investigación, reflexiona acerca de la definición del «marketing de emboscada» o «marketing de guerrilla», suscribiendo la posición que adoptan Dennis Sandler y David Shani. Luego de ello explica los mecanismos actuales del *ambush marketing* (publicidad que se refiere a un evento, publicidad periférica, patrocinio a atletas, publicidad en el lugar donde se lleva a cabo el evento, etc.). Posteriormente aborda los actos de competencia desleal que podrían estar involucrados, mencionando de este modo a la publicidad engañosa, confusión desleal, explotación indebida de la reputación ajena y actos de violación de normas.

A continuación, el profesor Maraví desarrolla ampliamente lo que constituye el eje central de su trabajo, es decir la Cláusula general de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual se encuentra en el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1044. Precisamente sobre este último tema es que brindaremos nuestras recomendaciones:

- a) **Aprovechamiento del esfuerzo ajeno:** El autor trabaja adecuadamente dos casos fundamentales, mediante los cuales el Tribunal del Indecopi se pronunció sobre esta modalidad desleal. Nos estamos refiriendo a los casos Caballero Bustamante contra Instituto El Pacífico (2004) y Editora Perú contra *Entre Líneas* (2011). Sugeriríamos que se ilustre cómo se podría producir una práctica desleal que configure un supuesto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno mediante el *ambush marketing*.
- b) **Imitación sistemática:** El profesor Maraví explica el contenido del artículo 13 del Decreto Ley N.º 26122 que regulaba este supuesto en la anterior legislación. Comenta también el caso mediante el cual el Tribunal del Indecopi analizó una posible imitación sistemática dentro de la modalidad de actos de confusión. En este punto recomendaríamos que el autor coloque un ejemplo de cómo, utilizando *ambush marketing*, podríamos estar frente a una imitación sistemática en el desarrollo de eventos deportivos.
- c) **El boicot desleal:** El autor comenta el caso más importante que hasta la fecha se ha dado sobre actos de boicot ante el Indecopi: Banco del Trabajo contra Caja Municipal de

Ahorro y Crédito de Trujillo (2007). Sin embargo, al igual que en los puntos anteriores, también somos de la opinión que sería muy interesante para el lector, contar con un ejemplo que desarrolle la forma en que una modalidad de *ambush marketing* podría convertirse en un boicot desleal.

Estimamos que la presencia de los tres ejemplos, que líneas arriba sugerimos incorporar en la versión final de la presente investigación, así como su correspondiente desarrollo, contribuirán a que el trabajo del profesor Maraví esté listo para ser difundido principalmente entre los empresarios, agencias de publicidad y medios de comunicación. Ello, tomando en consideración que, tal como el propio autor señala en el último párrafo de sus conclusiones, el *ambush marketing* «se trata de una práctica que evoluciona constantemente, con la cual no se puede afirmar rotundamente la legalidad o ilegalidad de esta estrategia, sino que el análisis deberá hacerse caso por caso y aplicarse la normativa que sea correspondiente».

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, deseo agradecer los comentarios que el Dr. Solórzano le ha brindado a mi investigación.

A continuación, paso a dar respuesta a los comentarios.

Sobre los ejemplos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, imitación sistemática y boicot desleal aplicables al *ambush marketing*, la investigación realizada concluye que ninguna de estas figuras dentro de la Cláusula general podría aplicarse para el caso del marketing de emboscada; esta conclusión está tomando en cuenta las características generales que se han podido extraer de cada una de estas figuras, así como del *ambush marketing* mismo.

En el caso del marketing de emboscada y del aprovechamiento del esfuerzo ajeno, a mi modo de ver, no cumple las características de un acto verdaderamente parasitario; pero sí podríamos considerar al *ambush marketing* como oportunista, pues aprovecha el contexto para crear una publicidad más resaltante con menos inversión, sin embargo, la creatividad y la inversión de la empresa emboscadora sí existen, motivo por el cual no debería sancionarse como un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

En cuanto a la imitación sistemática y al boicot desleal, a mi modo de ver, el marketing de emboscada no es un acto de obstaculización, porque no impide que los patrocinadores oficiales realicen sus propias iniciativas publicitarias ni tampoco busca imitarlos; lo que pretende es explotar los espacios que han quedado libres de patrocinio.

En consecuencia, ejemplos de las infracciones relacionando el *ambush marketing*, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, la imitación sistemática y boicot desleal, al menos bajo las características brindadas en esta investigación, no serían posibles.

LOS MIL Y UN ROSTROS DE LA PUBLICIDAD

ANÁLISIS SOBRE EL ACTUAL CONCEPTO JURÍDICO DE PUBLICIDAD COMERCIAL EN EL PERÚ

Javier André Murillo Chávez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y
adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP

Categoría Alumnos

El autor efectúa una mirada global desde el punto de vista jurídico a la Publicidad Comercial; su concepto legal en el Perú, que ha sido introducido y renovado; las diversas e infinitas formas en que se puede presentar en el mercado actualmente, tales como la publicidad exterior, el trade dress, la utilería publicitaria, la publicidad en envase o producto, el *product placement*, las muestras y demostraciones gratis, el *merchandising*, el uso de anfitriones, las ejecuciones artísticas publicitarias (como los *flashmob* y los *harlem shake*), la esponsorización, el *mailing*, y los supuestos publicitarios en internet o redes sociales (*linking, framing, banners, meta-tagging*); y las características de la definición, para ubicar la principal que lo destaca y diferencia de otras figuras como la propaganda, el *publicity* y el rotulado. El análisis efectuado por el autor busca ubicar el concepto como supuesto habilitante de aplicación del régimen de Derecho de Represión de la Competencia Desleal en el cual cobra relevancia; lo cual queda demostrado a través de los ejemplos utilizados en el presente artículo a través de evaluación de la realidad actual y los casos concretos resueltos por el Indecopi.

I. Introducción

Imaginar un mundo sin publicidad comercial es algo demasiado difícil en la actualidad. La complejidad del mercado hace que sea imposible vivir sin mensajes publicitarios; por esto, es prácticamente unánime el reconocimiento por parte de la doctrina especializada en Derecho Ordenador del Mercado sobre la importancia de la publicidad,¹ tanto como arma de

¹ Durand señala que «la Publicidad Comercial y su regulación en materia de defensa del consumidor constituyen un aspecto esencial de cualquier economía de mercado real y transparente» (2007: 208). En el mismo sentido, Bezada indica que «la Publicidad Comercial constituye el eje fundamental en el funcionamiento del sistema económico, en tanto que permite el traslado de información a los consumidores, y a su vez, constituye un mecanismo que genera mayor competencia a nivel de ofertantes de bienes y servicios» (2006: 30). Igualmente, Kemelmajer, citada por Espinoza, ha señalado que «la publicidad ocupa un rol decisivo dentro de la política del mercado, convirtiéndose

persuasión de los proveedores de productos o servicios, así como fuente de información para los consumidores o usuarios.

Tan importante instrumento para los agentes en el mercado no podía estar fuera del rango de aplicación del Derecho, «el sistema de regulación de las conductas sociales más completo que ha desarrollado el ser humano» (Rubio 2007: 73). Aunque desde una posición extrema, se ha postulado la mínima o inexistente regulación de la publicidad;² nosotros coincidimos con una postura más ponderada.³ Esta consiste en una regulación moderada y, sobre todo, pertinente en aras de proteger los intereses de los empresarios, de los consumidores y el interés público del Estado en el mercado, como corresponde en un modelo social del Derecho de Represión de la Competencia Desleal (Menéndez 1988) e, incluso, al Derecho en general;⁴ y cuya fiscalización está a cargo de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

En el ordenamiento jurídico peruano, desde la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), la Publicidad Comercial⁵ ha sido subsumida dentro del macroconcepto de «acto de competencia»; tal como señala el artículo 2 de esta norma, en relación a su ámbito de aplicación objetivo, «se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad».⁶ De esta manera, en la actualidad, el estudio del Derecho de Represión de la Competencia Desleal es el encargado del estudio y regulación administrativa de la Publicidad Comercial, junto con algunas normas de la Ley N.º 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC).

La dinámica del mercado en nuestros días genera una multiplicidad de mensajes de todo tipo; sin embargo, y he aquí el punto clave de las líneas del presente artículo, no todas las

simultáneamente en “la principal arma de lucha entre los competidores y el gran puente de unión entre los empresarios y sus potenciales clientes, a quienes informan sobre los bienes y servicios que ofrecen” (Kemelmajer 1994: 66)» (2013: 457). Finalmente, Palomino y García coinciden señalando que «la Publicidad Comercial es sin duda un elemento fundamental para la promoción y desarrollo de la competencia en el mercado» (2007: 108).

- 2 «A priori, no hay medida más perniciosa para el consumidor que aquella que prohíbe o limita la actividad publicitaria. Una limitación de este tipo tiene el efecto directo de restringir la cantidad de información disponible para el consumidor conduciendo a estas hacia decisiones de consumo a ciegas. Dado que, no toda publicidad genera un efecto negativo, es mejor reservar la intervención legal para aquellos casos en los que se verifique la revelación de información incorrecta» (Rodríguez 2012: 103).
- 3 «[...] Se debe tener en cuenta que el ejercicio de la publicidad como actividad empresarial no es irrestricto en tanto que debe estar sujeto a determinados principios [...] De esta forma, se busca que la Publicidad Comercial no contraríe los principios de la buena fe comercial, el normal ejercicio de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir en toda actividad comercial y que además, puedan cumplir a cabalidad con la triple función que le ha sido asignada como mecanismo de competencia, mecanismo de información y mecanismo de persuasión» (Bezada 2006: 30).
- 4 Como señala Morales, «el Derecho [...] constituye la mejor respuesta para garantizar nuestra vida en sociedad con respeto a nuestros bienes esenciales. [...] se construye tomando en cuenta nuestras capacidades, finalidades y limitaciones; mientras los seres humanos sigamos siendo como somos, necesitaremos de un sistema de límites coactivamente respaldados para asegurar nuestra supervivencia» (2012: 332).
- 5 A efectos del presente trabajo se utilizará el término «Publicidad Comercial» porque es comúnmente utilizado en la doctrina, legislación y jurisprudencia peruana; lo cual no obsta que existan otros términos para referirse a fenómenos similares o más amplios que el reseñado en el presente trabajo como «Publicidad», «Publicidad Económica», «Publicidad Profesional», entre otros, que son utilizados en otros ordenamientos jurídicos a nivel mundial.
- 6 Debemos recordar que, antes de la actual norma, la Publicidad Comercial disponía de regulación específica en el derogado Decreto Legislativo N.º 691 — Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

comunicaciones realizadas por los agentes del mercado son publicidad comercial. Precisamente, el presente artículo tiene como finalidad responder qué es y qué no es publicidad comercial, según la normativa peruana en la materia. Este criterio es bastante importante puesto que las comunicaciones calificadas como publicidad comercial estarán sujetas al régimen del Derecho de la Represión de la Competencia Desleal. ¿Se imagina el lector una denuncia contra el candidato político ante Indecopi por actos de engaño al elector o la emisión de una resolución que multe a una ONG por repartir volantes de cuidado del medio ambiente? Hay que tener mucho cuidado puesto que existen obvias exclusiones; sin embargo, creemos que este concepto debe ser preciso al seleccionar y debe ser lo suficientemente flexible, como toda el área, porque debe incluir viejos y nuevos supuestos gracias a la constante creatividad, por parte de los proveedores, para conseguir nuevos medios o soportes para promocionarse.

2. La base constitucional, la definición doctrinaria y el actual concepto legal de Publicidad Comercial

Definitivamente, «cada “pieza” del ordenamiento jurídico encuentra su fundamento en nuestra Constitución, cuyo contenido constituye la base de todo el sistema» (Murillo 2013a: 283). La Publicidad Comercial, que no es la excepción, encuentra su fundamento base en lo que se ha denominado «libertad de expresión empresarial», compuesta por tres bienes constitucionales específicos:⁷ la libertad de expresión, inciso 4 del artículo 2 de la Constitución;⁸ la libre iniciativa privada, artículo 58 de la Constitución;⁹ y la libertad de empresa, artículo 59 de la Constitución.¹⁰ Así ha sido confirmado por la autoridad administrativa en la Resolución N.º 1857-2012/SCI-INDECOPI, el artículo 19 de la LRCD¹¹ y la Doctrina (Palomino y García 2007: 108-109).

Desde un punto de vista fáctico, como hemos señalado en un trabajo anterior, «la publicidad como fenómeno de la realidad no tiene una definición unánime [...], podemos observar prima facie una diferente conceptualización básica desde el punto de vista del emisor

7 La Resolución N.º 1857-2012/SCI-INDECOPI, en su Punto III.2.1.1., ha reconocido que la libertad de empresa y la libertad de expresión conforman la composición dual de la Publicidad Comercial. Nosotros adicionamos la libre iniciativa privada por la expresa mención a este valor en el artículo 19 de la LRCD.

8 **Inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993:** «Toda persona tiene derecho: [...] 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...].»

9 **Artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993:** «La iniciativa privada es libre [...].»

10 **Artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993:** «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.»

11 **Artículo 19 de la LRCD:** «El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú. El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú.»

del mensaje publicitario y hasta la visión de la masa de potenciales consumidores receptores del mensaje publicitario» (Murillo 2013b: 350).

En el mismo sentido, las definiciones doctrinales son diversas; sin embargo, nos parece importante recoger algunas: en primer lugar, se ha señalado que la Publicidad es «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (Anxo 1996: 19).

Por otro lado, desde una perspectiva que recoge diversos criterios, «es la técnica de la comunicación múltiple que utiliza en forma paga medios de difusión para la obtención de objetivos comerciales predeterminados, a través de la formación, cambio o refuerzo de la actitud de las personas sometidas a su acción» (Billorou 2002: 33).

Desde una visión más jurídica, en Perú, el antecedente más antiguo de definición jurídica de Publicidad Comercial se puede encontrar en el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N.º 096-96-TDC, Caso Productos Rema S. A. contra Luz del Sur S. A., a la luz del actualmente derogado Decreto Legislativo N.º 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (en adelante, NPDC), donde se señala que constituye Publicidad Comercial «cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida, las preferencias de los consumidores [...]».

Posteriormente, Fernández nos recuerda que tal definición fue plasmada en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante Resolución N.º 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI (Fernández 2006: 142). Y, finalmente, fue nuevamente utilizada tanto en el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en la Resolución N.º 001-2007/CCD-INDECOPI en la primera instancia del Caso Unimed del Perú S. A. A. contra Productos Roche Q. F. S. A., así como en la Resolución N.º 1644-2007/TDC-INDECOPI de la segunda instancia del mismo caso. En esta última, en el Fundamento N.º 51, se señalan los dos únicos requisitos que se exigían a una comunicación para configurar Publicidad Comercial en vigencia de la derogada NPDC:

- Primero, que «debe tratarse de una comunicación pública; esto es, debe estar dirigida al público en general».
- Segundo, que «dicha comunicación debe tener como finalidad o por efecto fomentar, directa o indirectamente, el consumo de los productos anunciados».

Este examen de identificación de la Publicidad Comercial fue desarrollado por el Indecopi en base a la escueta definición brindada por la jurisprudencia relacionada a la antigua norma. Sin embargo, se necesitaba una definición más completa que no dejara ningún supuesto fáctico fuera del ámbito de aplicación de la normativa ante la evolución del mercado; es por esto que se incluye en la nueva LRCD un glosario de términos, donde se incluye el de Publicidad Comercial. Como se señala en la Exposición de Motivos de esta norma, «si bien recogen conceptos contenidos en el Decreto Legislativo N.º 691, su reglamento, así como de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, también introducen nuevos

conceptos obtenidos de la positiva experiencia desarrollada en los últimos años y de las nuevas tendencias en materia publicitaria» (punto 8).

Efectivamente, el inciso d) del artículo 59 de la LRCD señala que es Publicidad Comercial «toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales».

Esta definición, como veremos, comprende la totalidad de supuestos publicitarios de tiempos actuales; de igual manera, podemos observar de su redacción tan general que esta previsión normativa está pensada para cubrir futuros supuestos que aparezcan en el tiempo gracias a la inclusión de la frase «a través de cualquier medio o soporte».¹² Adicionalmente, esta definición se plasmada para eliminar la incertidumbre en los agentes del mercado sobre qué es y qué no es publicidad; así como para disminuir las confrontaciones académicas pues «los más simples vocablos de la terminología que empleamos ofrecen un material precioso para desacuerdos fundamentales, incluso dentro de una única corriente de pensamiento» (De Barros 2008: 27).

Cuando el concepto cambia, el examen de identificación también tiene que ser renovado. La LRCD nos brinda las características principales con las cuales debemos identificar que supuestos de la realidad configuran Publicidad Comercial para aplicarles la normativa en materia de Derecho de Represión de la Competencia Desleal. Estas son:

- Primero, debe configurar una forma de comunicación.
- Segundo, debe ser difundida a través de cualquier medio o soporte.
- Tercero, debe ser objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional.
- Cuarto, debe difundirse en el marco de una actividad de concurrencia.
- Finalmente, debe promover la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

A continuación, procederemos a analizar cada una de estas características para poder dejar de lado cualquier duda sobre la amplitud del ámbito de aplicación propuesto por la LRCD.

3 La forma de Comunicación Publicitaria, su estructura y la tipología de medidas restrictivas

En primer lugar, se destaca que ontológicamente la Publicidad Comercial es una forma de comunicación; es decir, que se encuentra estructurada como modelo de comunicación con:

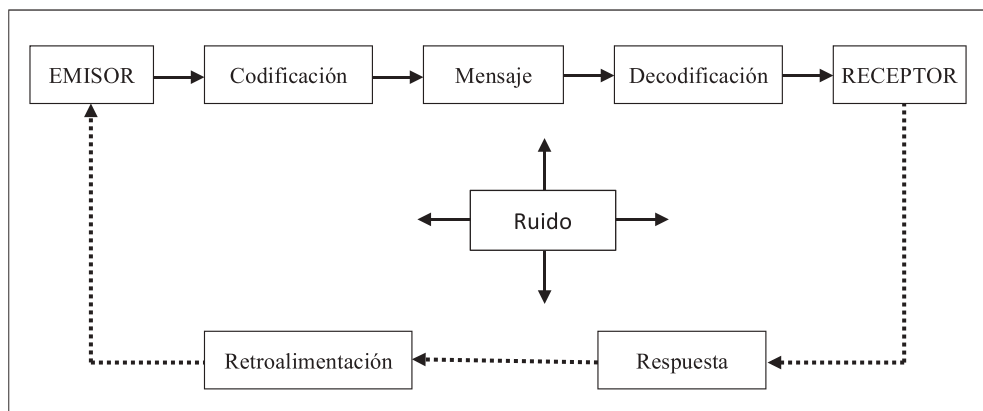
12 Uno de los supuestos normativos donde existe semejante alusión a un numerus apertus es el concepto jurídico de «obra» que se estableció en la norma de Derechos de Autor. Así:

Inciso 17 del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 822 – Ley de Derechos de Autor: «*Obra:* Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse (Las cursivas son nuestras)» .

una fuente o emisor, un mensaje, un canal y un receptor. En este sentido, estructuralmente, la Publicidad Comercial no es distinta a una conversación con un amigo o a la interpretación musical de un artista en concierto, entre muchas otras situaciones cotidianas. En el primer caso, la fuente es la persona quien tiene las riendas de la conversación; el mensaje es la noticia o comentario específico objeto de la conversación; el canal son las ondas sonoras que nacen de las cuerdas vocales de quien emite el mensaje; y, finalmente, el receptor es la persona que se encuentra escuchando a la otra. En el segundo caso, la fuente es el artista que se encuentra tocando y cantando en el escenario; el mensaje será la letra de la canción interpretada; el canal serán las ondas sonoras que nacen de las cuerdas vocales del artista intérprete; y, finalmente, el receptor será la masa de fanáticos que escuchan al artista desde las tribunas o butacas.

Como ha graficado didácticamente Vildósola, podemos observar la estructura de la forma de comunicación:

Gráfico N° 1



Vildósola 2011: 344

Podemos observar que estos elementos se necesitan mutuamente para definirse entre ellos: la fuente o emisor es quien transmite el mensaje codificado; el mensaje es aquello que se quiere transmitir; el canal es el medio o soporte utilizado para transmitir el mensaje; y el receptor es el destinatario del mensaje que transmite la fuente o emisor quien lo decodifica. En este sentido, la Comunicación Publicitaria tiene sus propios elementos conforme a la estructura de cualquier forma de comunicación; así:

- El emisor o fuente de la Publicidad Comercial es el anunciante.
- El mensaje de la Publicidad Comercial es el anuncio codificado por el emisor y decodificado por el receptor.
- El canal de la Publicidad Comercial es el medio o soporte por el cual se difunde el anuncio.
- El receptor de la Publicidad Comercial es la masa de potenciales consumidores.

Delimitar la estructura de la Publicidad Comercial como una forma de comunicación es importante debido a que las restricciones o limitaciones en torno a la publicidad, que limitan la libre expresión empresarial en aras de proteger otros bienes constitucionales, pueden dirigirse a uno o varios objetos de esta estructura simultáneamente.

En la tipología de las restricciones publicitarias tenemos, individualmente, (i) restricciones de emisión, que generan límites a los anunciantes; (ii) restricciones de fondo, que implican límites o intromisiones directas en el contenido del mensaje anunciado; (iii) restricciones de forma, que se traducen en límites en torno al medio o soporte por el cual se anuncia; y (iv) restricciones de recepción, que implican limitaciones sobre las personas a las que va dirigida el anuncio. Tanto las primeras como las cuartas, están referidas al ámbito subjetivo de las restricciones; mientras que las segundas y las terceras, están referidas al ámbito objetivo de las restricciones.

Cuadro N° 1

	Estructura de la Publicidad como modelo de comunicación	Tipos de medidas restrictivas en torno a la publicidad
Ámbito subjetivo de la Publicidad	Fuente o emisor (el anunciante).	<i>Restricciones de emisión.</i> Que generan límites a los anunciantes.
	Receptor (masa de potenciales consumidores).	<i>Restricciones de recepción.</i> Que implican limitaciones sobre las personas a las que va dirigida el anuncio.
Ámbito objetivo de la Publicidad	Mensaje (el anuncio codificado por el anunciante y decodificado por la audiencia).	<i>Restricciones de fondo.</i> Que implican límites o intervenciones directas en el contenido del mensaje anunciado.
	Canal (medio o soporte por el cual se difunde el anuncio).	<i>Restricciones de forma.</i> Que se traducen en límites en torno al medio o soporte por el cual se anuncia.

Murillo 2013a: 289

Una de las premisas iniciales es que la mayor parte de la regulación de la Publicidad Comercial consiste en restricciones de fondo; igualmente, el único escenario donde podremos encontrar restricciones de emisión es cuando se trate de normas de productos o servicios especiales (tabaco, bebidas alcohólicas, alimentos altos en grasas trans, fármacos de venta únicamente con receta médica, leche materna, etc.). Para graficar esta tipología, a modo de ejemplo, revisemos algunas de las normas concretas de nuestro ordenamiento jurídico en materia publicitaria:

- Por un lado, los incisos 2 y 3 del artículo 8 de la Ley N.º 28681 - Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas, imponen la obligación a los anunciantes de bebidas alcohólicas de colocar una frase en las modalidades audiovisuales y radiales de este tipo de Publicidad Comercial.¹³ En este caso, nos

¹³ Artículo 8 de la Ley N.º 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – De los Anuncios Publicitarios: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre publicidad,

encontramos ante una restricción de emisión pues solo se aplica a los anunciantes de bebidas alcohólicas; una restricción de forma pues se aplica solo a la publicidad radial y televisiva; y una restricción de fondo porque implica la inclusión de la frase: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino», tanto verbalmente en radio como visualmente en televisión.

- Por otro lado, el artículo 16 del CPDC prohíbe que la Publicidad Comercial dirigida a menores de edad induzca al error a estos sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, ni generar sentimientos de inferioridad a quien no consume el producto ofrecido.¹⁴ En este supuesto, estamos ante una restricción de fondo, pues no se deberá incluir en el mensaje publicitario ningún tipo de frases, ni imágenes, ni otros, explotando la ingenuidad, credulidad, inexperiencia y lealtad de los menores; y, de igual manera, estamos ante una restricción de recepción porque solo se aplica a aquella publicidad dirigida a menores de edad.
- Para terminar, el inciso b) del artículo 18 de la LRCD limita la Publicidad Comercial radial y televisiva de servicios eróticos únicamente al público adulto.¹⁵ Aquí, existe solamente restricción de emisión pues se trata de los anunciantes de servicios eróticos, y restricción de forma, porque se limita el horario de transmisión de los anuncios televisivos y la circulación de los anuncios escritos.

Como se puede observar, las diferentes normas que regulan la publicidad tienen impacto en los diferentes elementos estructurales de la Publicidad Comercial, como forma de comunicación. Esta tipología, por último, también es importante debido a la asignación de responsabilidad administrativa que ha previsto el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal. Según el artículo 23 de la LRCD, si bien el anunciante siempre responderá administrativamente por los actos de competencia desleal, además responderá el medio de comunicación social solo cuando se infringe una restricción de forma; y la agencia de publicidad únicamente cuando la restricción de fondo se trate de elementos distintos al producto o servicio promocionado.¹⁶

la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones: [...]».

2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley, por un espacio no menor de tres segundos.

3. Cuando se trate de publicidad radial, al final del anuncio se deberá expresar en forma clara y pausada la frase: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino [...]».

- 14 **Artículo 16 del CPDC – Publicidad dirigida a menores de edad:** «La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido».
- 15 **Artículo 18 de la LRCD – Actos contra el principio de adecuación social:** «Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: [...] b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas».
- 16 **Artículo 23 de la LRCD – Asignación de responsabilidad:** «La responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos al anunciante. Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Esta responsabilidad es independiente de aquella que corresponde al anunciante. Adicionalmente, corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de

4. Los infinitos medios o soportes de publicidad comercial

La inclusión de la frase «a través de cualquier medio o soporte» es clave; pues, tal como lo señaló el legislador en la Exposición de Motivos, se busca cubrir las nuevas tendencias en materia publicitaria de los últimos tiempos. Como bien ha señalado Durand, en posición que compartimos, «el anuncio publicitario debe entenderse en su más amplio sentido» (2007: 209); siendo así infinitos los medios o soportes mediante los cuales se puede realizar Publicidad Comercial.

Debemos entender que prima facie el inciso d) del artículo 59 de la LRCD incluye todo tipo de comunicación plasmada en cualquier medio o soporte; siendo entonces el criterio seleccionador otro que veremos más adelante. Siguiendo esta línea de pensamiento, la Publicidad Comercial puede ser realizada por medios o soportes típicos y atípicos. Los primeros serán aquellos medios o soportes clásicamente utilizados por los proveedores para dar a conocer sus productos, es decir anuncios televisivos, anuncios radiales y anuncios escritos. Los segundos, serán aquellos medios o soportes que han venido siendo creados con el devenir del tiempo gracias a la creatividad de los agentes que buscan promoverse en el mercado, por ejemplo: la publicidad exterior, ciertas partes llamativas y decorativas del envase o el propio producto, el traje de anfitriones, las muestras gratuitas, la demostración de prueba, el product placement, el *Merchandising*, la esponsorización, el trade dress, los flashmob publicitarios, los distintos supuestos en Internet así como los realizados en redes sociales, y cualquier otro medio que aparezca en el futuro a corto o largo plazo.¹⁷

Los medios o soportes típicos no presentan ningún problema, ya que existen diversas resoluciones expedidas por los órganos de Indecopi en las cuales vemos supuestos de anuncios radiales,¹⁸ impresos¹⁹ y televisivos;²⁰ sin embargo, cabe realizar un breve análisis de algunos de los medios o soportes atípicos.

actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquella que corresponde al anunciante».

- 17 Pensemos únicamente en dos supuestos: el primero, figuras tridimensionales proyectadas a modo de hologramas tal como las comunicaciones que envía la princesa Leia a Obi Wan Kenobi en la película original *Star Wars* de 1977 o más exactamente como la proyección de un tiburón como holograma del cine en la película original *Back to the Future II* de 1989. Se imaginan hologramas publicitarios tal como esos. En la actualidad ya se vienen ofreciendo aparatos reproductores de hologramas publicitarios como se puede observar en la muestra de holograma publicitario de las zapatillas Nike Free 5.0. (González 2013). Igualmente, podemos comprobar que ya se ofrecen servicios de portátiles hologramas publicitarios por la empresa Shark Motions en su página web institucional (Sharkteam 2013). El segundo, tachos de basura que obtienen información de tu celular y te presentan anuncios personalizados (MML 2013). Aunque la empresa ha sido cuestionada por esta tecnología, debemos advertir que se trata de una manera muy creativa de uso de la tecnología para realizar Publicidad Comercial (AFP 2013).
- 18 Por citar un ejemplo, tenemos la Resolución N.º 126-2012/CCD-INDECOPI, Caso de oficio contra Gemini Sociedad Anónima, en la que se analizó y declaró infundada la denuncia contra un anuncio radial de «Studio 92» sobre Papa Noel y el ofrecimiento de una mujer de hacerle su «noche buena», por supuesta vulneración al principio de adecuación social por ofender a la Virgen María, a Dios, y una falta de respeto a la Iglesia Católica.
- 19 Cuyo ejemplo se encuentra en la Resolución N.º 0090-2011/SCI-INDECOPI, Caso de oficio contra Montecristo Editores S.A.C., en el cual se denunció la difusión de diversos anuncios promocionando servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico a través de prensa escrita al alcance del público en general, incluidos menores de edad contraviniendo el principio de adecuación social.
- 20 Existen abundantes ejemplos de Resoluciones de casos de anuncios televisivos; uno de ellos es el de la Resolución N.º 080-2013/CCD-INDECOPI, caso Instituto del Derecho Ordenador del Mercado contra Nestlé Perú S.A., por el anuncio televisivo «10 minutos de felicidad» por vulneración al principio de legalidad al no dejar leer todas las condiciones en dicho anuncio y por publicidad engañosa al defraudar la confianza de los consumidores por la colocación de premios mucho después de iniciada la campaña.

4.1. Publicidad exterior

La Publicidad Exterior ha sido definida por Lema como:

Aquella modalidad de actividad publicitaria que utiliza, como vehículo transmisor del mensaje, medios materiales de diversa índole, susceptibles de atraer la atención de cuantas personas se encuentran en espacios abiertos, transitan por calles o plazas, circulan por vías de comunicación, utilizan medios colectivos de transporte y, en general, permanecen o discurren en lugar o por ámbitos de utilización general. [...] es un medio peculiar de difusión publicitaria que utiliza, para difundir el mensaje y colocar o exhibir el anuncio variados medios materiales (soportes) que pueden ser contemplados por el público en general, al estar situados en zonas de libre acceso (de ahí su calificativo de publicidad exterior) (Lema 2007: 86).

Se trata de aquellos supuestos en los cuales existe una exposición permanente de la comunicación en la vía pública con la finalidad de que sea captado por la mayor cantidad de gente. Es de subrayar que incluso en este supuesto se menciona un gran número de soportes tales como vallas, letreros, paneles, espaldares de asientos, exterior de autobuses públicos, exterior de automóviles privados, entre otros.

Un ejemplo de este tipo de soporte de Publicidad Comercial se puede encontrar en la Resolución N.º 3022-2012/SDC-INDECOPI, Caso de oficio contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., por un anuncio de la cerveza Brahma, contenido en una estructura montada sobre un pozo de agua ubicado en el kilómetro 36 de la Carretera Panamericana Sur (Puente Arica), que incluyó la frase de advertencia: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso» de una manera que impedía que los consumidores la perciban. Igualmente, otro ejemplo es la Resolución N.º 105-2011/CCD-INDECOPI, Caso de oficio contra Bayer S. A. por publicitar el fármaco Apronax 275 mg, Tabletas de manera diferente a lo autorizado en el registro sanitario del producto en paneles publicitarios, publicidad en el punto de venta y partes externas de buses.

4.2. El Trade Dress, la utilería publicitaria y la Publicidad en producto o envase

Por un lado, existe un antecedente del concepto de *publicidad en envase* en la Resolución N.º 197-2005/TDC-INDECOPI, Caso Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra Supermercados Santa Isabel S.A. e Industrias Pacocha, que como precedente de observancia obligatoria señala

La publicidad en envase, debido a su naturaleza publicitaria, responde a la finalidad de toda publicidad, esto es, promover la contratación del producto anunciado. Ello significa que, todas aquellas indicaciones destinadas a promover la contratación del producto anunciado incluidas en el envase del producto constituyen, por su naturaleza, publicidad en envase, sujeta al ámbito de aplicación de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y, por lo tanto, a la competencia de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. La promoción de la contratación del producto anunciado puede materializarse a través del simple hecho de destacar algún elemento de la composición del producto que el anunciante considere puede ser percibido como beneficioso o ventajoso por el consumidor. Esto elimina la neutralidad o mera descriptividad del elemento resaltado, convirtiéndolo, por tanto, en parte naturalmente constitutiva de la publicidad en envase (Puntos 2 y 3 del precedente).

Al haber sido derogada la norma por la cual se expidió dicho precedente; actualmente, el inciso i) del artículo 59 de la LRCD señala que debe entenderse como publicidad en producto «toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley».

En este punto, se debe anotar que tanto la Resolución citada así como la nueva norma excluyen expresamente el rotulado, que será analizado como exclusión expresa posteriormente. Continuando con el análisis, debemos añadir un concepto específico para la utilería publicitaria, que se refiere a aquellos productos utilizados comúnmente cuando se presta un servicio de manera que expone la marca o la imagen de manera permanente, pero que se encuentra en posesión del personal que efectúa el servicio. Tal será el caso del uniforme de trabajo o útiles de escritorio que expongan la marca o la imagen mientras se desarrolla el servicio.

Finalmente, cuando hacemos referencia al *Trade dress* nos referimos a «la apariencia distintiva de un negocio o producto e, incluso, el empaque distintivo, el diseño interior de un restaurante, el rompecabezas de un cubo Rubik, y otras características no funcionales del producto o servicio. También incluye características como el tamaño; la forma; el color; las combinaciones de color; textura; gráficos; y, además, particulares técnicas de venta» (Bouchoux 2013: 503). O como ha señalado Indecopi en la Resolución N.º 2487-2010/SCI-INDECOPI el *Trade dress* es la «imagen total de un bien que es definida a partir de la impresión general de su composición y diseño, incluyendo tamaño, forma, color, textura e imágenes».

En este sentido, podemos observar que el concepto de publicidad en producto y el de *utilería publicitaria* están contenidos dentro del concepto de *Trade dress* desde un punto de vista fáctico. De todas maneras, todos estos conceptos son relevantes para tomar en consideración un mismo fenómeno: el mismo producto o servicio puede ser soporte o medio de Publicidad Comercial para el Derecho de Represión de la Competencia Desleal.

4.3.El Product Placement

El *Product Placement* es definido como «aquella técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios» (AA.VV. 2003).

Este supuesto consiste en la exposición constante de la marca o productos con la marca dentro de una obra audiovisual²¹ como programas de televisión, programas radiales, obras de teatro, videojuegos, entre otras. Este novedoso supuesto ha sido asumido por Indecopi en la Resolución N.º 3665-2012/SDC-INDECOPI, caso de oficio contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., por no consignar la frase de advertencia: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino» en un capítulo del programa televisivo *Al Fondo Hay Sitio* en el cual se incluyeron escenas donde se mostraron con fines publicitarios productos de la marca de cerveza Brahma.

En este caso, Indecopi ha establecido un examen de identificación específico conformado por un factor objetivo, referido a un encargo expreso por pacto o pago de contraprestación, y uno subjetivo, vinculado a la aptitud persuasiva de la inclusión de la marca en la obra audiovisual; esto se puede observar en el siguiente cuadro:

²¹ Para un análisis más detallado ver: Murillo 2013c.

Cuadro N° 2

Examen de identificación de <i>Product Placement</i>	
Factor objetivo	Determinar la existencia de un contrato, convenio o, ante la ausencia documental de un contrato, del pago de alguna contraprestación —no necesariamente monetaria— a través de la cual el empresario conviene que sus productos, servicios o marcas sea exhibidas en el contexto de una producción audiovisual dada.
Factor subjetivo	Constatar que la inclusión de la marca sea susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, puesto que estos advierten un cierto protagonismo del producto emplazado y no un mero uso con fines narrativos, artísticos, dramáticos o escénicos

Murillo 2013c: 278.

De esta manera, el *Product Placement* tiene particulares características, que han dado la oportunidad a Indecopi de pronunciarse en el caso mencionado, así como en otro posterior sobre la misma falta pero en el programa Chef al Rescate, donde se sancionó a Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S. A. A. con la Resolución N.º 301-2013/SDC-INDECOPI. Según estos pronunciamientos, podrían seguirse emitiendo en el futuro. Lo que queda claro es que el *Product Placement* es una modalidad de Publicidad Comercial.

4.4. Las muestras y las demostraciones gratuitas

La *muestra gratuita* es la puesta a disposición de un consumidor o potencial consumidor de una pequeña porción de un producto principal del giro comercial de la empresa para que pueda comprobar su funcionalidad y calidad de manera gratuita. Cabe subrayar que creemos que este supuesto únicamente se puede dar en productos que por su naturaleza sean bienes consumibles, como los productos alimenticios o los productos de higiene personal, pues sería poco rentable y disfuncional otorgar productos principales que no sean consumibles como por ejemplo prendas de vestir o automóviles.

De igual manera, la *demostración gratuita* consiste en el otorgamiento de un servicio a un consumidor o potencial consumidor por un periodo corto determinado de tiempo, de manera gratuita, para que pueda comprobar su funcionalidad y calidad. Este otorgamiento debe ser siempre por un periodo de tiempo determinado y puede ser brindado, tanto a consumidores regulares, por ejemplo habilitando los canales premium del servicio de televisión por cable por un tiempo pequeño, o a potenciales consumidores, como por ejemplo aquellas empresas que buscan captar nuevos consumidores a través de su servicio de prueba por determinados días y en caso de no conformidad se le devuelve el dinero.²²

22 Este tipo de demostraciones conlleva el pago del monto por el servicio, pero si el otorgamiento quedase en mera demostración seguiría siendo gratuita pues se devuelve la totalidad del dinero. Creemos que este pago y modo de «atar» al potencial consumidor está justificado porque la implementación de un servicio muchas veces es costoso y la demostración gratuita sin el pago previo podría generar en no rentable y disfuncional como Publicidad Comercial.

Efectivamente, cuando se pone a disposición de los consumidores una muestra gratuita del producto sobre el cual gira el negocio o cuando se otorga una demostración gratuita del servicio al que se dedica la empresa, se está realizando Publicidad Comercial mediante la repartición de muestras de productos y la demostración del servicio.

4.5.El Merchandising

El *Merchandising* tiene una acepción económica doble, como ha señalado Franquet,

[existe] distinción entre el concepto de merchandising tradicional, entendido como técnica de venta de un producto en el puesto de venta, y, el de merchandising moderno, concebido como la práctica que consiste en distinguir un producto o un servicio con una marca de renombre, con una creación intelectual o con un aspecto de la imagen de una persona famosa. (...) Este concepto, de origen anglosajón, responde a dos acepciones diferentes que se relacionan en tanto que su finalidad fundamental consiste en aumentar la venta de productos y servicios en el mercado. Sin embargo, se distinguen porque una se preocupa de la presentación del producto en el punto de venta, y, en cambio, la otra persigue distinguir el producto mediante la incorporación de un elemento que goza de popularidad o prestigio. (2003: 14)

Discrepamos, desde el punto de vista jurídico, de la acepción tradicional citada; el *Merchandising* no se refiere a la técnica de venta de un producto en el puesto de venta ya que esto se encontrará contenido dentro del concepto de Publicidad Exterior, previamente analizado, o más precisamente Publicidad en el puesto de venta. En este sentido, el *Merchandising* es aquella práctica que consiste en distinguir un producto o un servicio con una marca de renombre, con una creación intelectual o con un aspecto de la imagen de una persona famosa, incluido en un producto distinto al que se promociona según el giro principal de negocio de las empresas.

De esta manera, existen características que hacen al *Merchandising* un supuesto autónomo como medio o soporte, diferenciándolo tanto de la publicidad en producto y de la Utilería publicitaria, también del Trade dress y las Muestras gratuitas. Primero, se distingue de la publicidad en producto y de las Muestras gratuitas porque el *Merchandising* solo surge cuando la colocación de marca o imagen recae en productos distintos a los que constan en el giro principal de negocio. Igualmente, se distingue de la Publicidad en producto porque el *Merchandising* no se refiere únicamente al empaque del producto, sino a un producto mismo. Finalmente, se distingue de la Utilería publicitaria porque esta consiste en únicamente productos utilizados por quienes prestan el servicio y los consumidores o potenciales consumidores nunca tendrán posesión de los mismos.

Entonces, coincidentemente con la reconocida función publicitaria de la marca,²³ los supuestos de *Merchandising* son un soporte por el cual se puede realizar Publicidad Comercial. Por esto, quedaría definido que solamente califican como *Merchandising* aquellos productos,

23 La Resolución N.º 3665-2012/SDC-INDECOPI señala, en su fundamento 58, que «la exposición de signos distintivos en determinados contextos puede ser calificada como Publicidad Comercial, al cumplir un fin persuasivo que es percibido como tal por el consumidor». Con esta decisión, Indecopi ha dejado claro que la postura actual de la autoridad administrativa es que los signos distintivos sí cuentan con una función publicitaria, con lo cual estamos de acuerdo, al igual que la Doctrina (Otamendi 2011; Vibes 2009).

distintos al producto principal del giro comercial, otorgados a consumidores o potenciales consumidores que exponen permanentemente una marca o la imagen; tales como llaveros, gorros, billeteras, casacas, polos, cuadernos, perfumes, lapiceros, memorias USB, entre otros.

4.6. El uso de vestimenta por anfitriones/as o promotores/as

Definiremos el *uso de vestimenta por anfitriones/as o promotores/as* como aquel supuesto en el cual se realiza publicidad comercial mediante la exposición de marca o imagen en los trajes e indumentarias de modelos femeninos o masculinos que se envían para promocionar la marca o imagen determinada en concretas actividades.

La Sala de Indecopi ha señalado, en la Resolución N.º 2046-2007/TDC-INDECOPI, Caso Hildebrando Palacios Berríos contra Philip Morris Perú S. A., de manera categórica que:

La contratación de anfitrionas o promotoras con indumentaria alusiva a la marca «Marlboro» sí constituye una forma de comunicación publicitaria, puesto que difunden un mensaje —cuyo contenido se determinará más adelante— al público en general. En efecto, como se ha acreditado a partir de las pruebas presentadas por el denunciante, las anfitrionas o promotoras contratadas transitan por lugares abiertos al público, generando que puedan ser apreciadas por el público presente en dichos lugares o que incluso puede llegar a interactuar con ellas. En torno a la finalidad promocional, la Sala considera que la contratación de anfitrionas o promotoras con vestimenta alusiva al signo distintivo «Marlboro» tiene por objeto promocionar el consumo de los cigarrillos de dicha marca. En este caso, el contenido del mensaje publicitario es simple, generar la recordación de dichos productos mediante la difusión de su marca, mediante la asociación de las personas que utilizan la vestimenta alusiva a la marca. Debe considerarse también que la actividad de las anfitrionas o promotoras también será reconocida por los propios consumidores como publicidad comercial, advirtiendo que su actuación tiene por objeto promover el consumo de los productos que publicitan (fundamentos 23- 25).

En igual sentido, la Resolución N.º 3665-2012/SDC-INDECOPI, Caso de oficio contra Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., reseñada en el supuesto de Product Placement, ha confirmado este razonamiento. Finalmente, cabe señalar que el Uso de vestimenta por anfitriones/as o promotores/as se diferencia de la Utilería publicitaria en que la vestimenta de los anfitriones y anfitrionas no se encuentra en posesión del personal que efectúa el servicio, sino de personal contratado específicamente por sus características físicas, que generalmente deberá lograr un efecto de asociación con la marca o imagen promocionada.

4.7. El *Flashmob* publicitario, el *Harlem shake* publicitario y otras ejecuciones artísticas publicitarias

El Flashmob es «una reunión pública de completos extraños, organizado a través de Internet o teléfonos celulares, que realizan un acto sin sentido y luego se dispersan» (Gore 2010: 126). En este sentido, cuando se efectúa una actuación pública de este tipo exponiendo productos, marca o imagen se efectúa un flashmob publicitario.

En efecto, estas presentaciones públicas coordinadas son soporte de Publicidad Comercial cuando se realiza exponiendo la marca, imagen o producto de una empresa. Uno de los

flashmobs más representativos fue el realizado en la Estación de Londres – Liverpool en enero de 2009 encargado y grabado por la empresa T-Mobile.²⁴

Por lo general, la exposición de marca, imagen o producto a través de un flashmob podría ser considerada Publicidad externa. Cuando se trata de una ejecución de baile o actividad coordinada se le otorga una caracterización autónoma por esta característica especial. De modo que difiere de la mera publicidad externa; de igual manera, en la mayoría de casos los flashmob son grabados y expuestos en Internet donde digitalmente se coloca la marca al video.²⁵ En esta categoría, analógicamente se puede encuadrar el popular Harlem shake descrito de la siguiente manera: «Alguien baila en medio de un abundante número de personas de una forma de lo más curiosa. El grupo que rodea a la persona que baila la ignora por completo, hasta que de repente todas las personas se mueven al compás de la música de fondo, con coreografías y disfraces a cada cual más curioso» (Torrent 2013).

Este último también tiene versiones publicitarias cuando se relaciona con determinado producto o servicio configurando harlem shake publicitario, cuyas grabaciones llegaron como Publicidad Comercial al Perú pues fueron difundidas por televisión.²⁶ En efecto, cualquier otra ejecución artística publicitaria consistirá en aquellos espectáculos artísticos escénicos organizados, considerados soporte o medio por el cual se puede realizar Publicidad Comercial por exponer la marca, imagen, productos o servicios de manera digital o con el uso de *Merchandising*, del cual se diferencia por la ejecución de algún tipo de escenificación artística que simplemente no existe en caso de mero uso de *Merchandising*.

4.8. La Esponsorización o Patrocinio

La *Esponsorización* o *Patrocinio* trata de una modalidad publicitaria que consiste en «aquella en la cual un anunciante publicita indirectamente sus productos o servicios mediante colaboración con la realización de un determinado evento o actividad» (Solórzano 2005: 52). Igualmente, Solórzano agrega que

Para determinar si nos encontramos ante una esponsorización y no frente a un supuesto de mecenazgo o patrocinio no publicitario, es preciso indagar el objetivo que se persiga con el apoyo al evento o actividad. En tal sentido, para el análisis de la existencia de una retribución de carácter publicitario a cambio del apoyo brindado, habrá que tomar en consideración el nivel de importancia del evento y en la realización del mismo, por ejemplo cómo aparece la marca en la publicidad del evento (ubicación, tamaño, inclusión del logotipo característico, etcétera), si la marca forma parte del nombre del evento, si se reparten productos identificados con el signo distintivo a los asistentes o participantes, si en el material propio del evento (entradas, lapiceros, hojas, carteles de ubicación, etcétera) se ha consignado el logotipo de la empresa, si existen anfitrionas cuyas prendas de vestir lleven la mención de la marca, etcétera (2005: 58).

24 Incluso, según Gore, se señala que ganó un premio en el festival de Cannes (2010: 126). Por otro lado, la presentación se puede observar en TML 2009.

25 Esto puede ser observado en el *Flashmob* organizado por Adidas Woman en Buenos Aires donde, a pesar de que muchas de las personas se encontraban usando productos Adidas que generaban *Merchandising* en dicho momento, se agrega al final del video la marca digitalmente (Adidas Argentina 2011).

26 El caso ejemplo fue el de la Publicidad Comercial del Banco Interamericano de Finanzas adaptando la idea a un *spot* publicitario en el cual se exponía la marca digitalmente (BanBif 2013).

Como se podrá observar, muchos de los medios o soportes mencionados en esas líneas han sido calificados de manera autónoma como alguno de los supuestos anteriores; sin embargo, debe quedar claro que con esponsorización o patrocinio nos referimos únicamente al hecho de que cierta empresa patrocine un evento concreto, siendo posible que como parte de este se desarrollen otras modalidades como el uso de anfitriones y anfitrionas, anuncios impresos, *Merchandising*, entre otros. En este sentido, el apoyo o financiación de un evento o actividad por parte de una empresa a cambio de exposición de la marca es un medio por el cual se puede realizar Publicidad Comercial.

Un caso donde Indecopi analizó la esponsorización o patrocinio es el de la Resolución N.º 0052-2002/TDC-INDECOPI, Caso Tabacalera Nacional S. A. A. contra British American Tobacco - South America Limited Sucursal del Perú, en el cual se analizó la presunta infracción de la normativa que imponía requisitos a la publicidad de productos de tabaco por el auspicio de un evento denominado Campeonato Winston Super Prime 2001, pero que fue, finalmente, declarado infundado. Creemos que en la actualidad, al haberse reconocido la función publicitaria de las marcas expresamente, ha quedado establecido que la sola inclusión de la marca puede conllevar finalidad publicitaria, como hemos mencionado.

4.9. El mailing o publicidad directa

Lo que entendemos por *mailing* o *publicidad directa* es el envío masivo de correo electrónico comercial. La Ley N.º 28493 – Ley que regula el uso del correo electrónico no solicitado (SPAM) ha definido en su artículo 2 la definición de correo electrónico de la siguiente manera: «Todo mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar. También se considera correo electrónico la información contenida en forma de remisión o anexo accesible mediante enlace electrónico directo contenido dentro del correo electrónico».

El motivo por el cual no se puede considerar al *mailing* como un supuesto de Publicidad Comercial en Internet es porque no es exclusivamente realizado por Internet, sino que puede ser realizado por cualquier «red de interconexión entre computadoras o cualquier otro equipo de tecnología similar», tales como redes empresariales, redes locales y otras. De igual manera, se define el correo electrónico comercial como: «Todo correo electrónico que contenga información comercial publicitaria o promocional de bienes y servicios de una empresa, organización, persona o cualquier otra con fines lucrativos».

Si bien esta ley otorga normas especiales para el control de este soporte, lo cual requiere un análisis específico y detallado; qué duda cabe que el *mailing* o *publicidad directa* es un soporte por el cual se puede realizar Publicidad Comercial en términos de Derecho de la Represión de la Competencia Desleal.

4.10. Supuestos en internet y redes sociales

Tanto Internet como las Redes sociales son especiales fuentes desarrolladas y utilizadas para la promoción masiva de bienes y servicios. En este sentido, entendemos Internet como «Red

informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación».²⁷ Como sabemos, el Internet no es la única fuente de información y campo de acción de los proveedores en la actualidad, también las Redes Sociales se han convertido en un punto expansivo en la actualidad para la Publicidad. Podemos definir las Redes sociales como «servicios basados en la web que permiten a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema limitado, articulado a una lista de otros usuarios con quienes se comparte una conexión, miran y atraviesan la lista de conexiones de otros dentro del sistema»²⁸ (Berton 2013: 27).

Mediante estos medios se puede utilizar diversos soportes virtuales para realizar Publicidad Comercial; entre los que se utilizan, podemos encontrar los links, los banners, las metatags, los frames y, recientemente, los key words. El Indecopi ya ha tenido pronunciamientos sobre publicidad en internet y redes sociales; primero, un ejemplo de análisis de Publicidad Comercial en internet se realizó en la Resolución N.º 3037-2010/SCI- INDECOPI, Caso de oficio contra Los Portales S.A., por supuestos actos de engaño, finalmente declarado infundado por una constatación de los servicios ofrecidos a través de una página web (www.hotelcountry.com); y, segundo, un ejemplo de análisis de Publicidad Comercial en Redes sociales se realizó en la Resolución N.º 116-2012/CCD-INDECOPI, Caso Limatan Perú S.A.C. contra Solariums Perú S.A.C., por actos de engaño mediante afirmaciones realizadas por la red social Facebook y Linking a páginas de Twitter, finalmente fue declarado fundado parcialmente.

A continuación analizaremos las determinadas formas de Publicidad Comercial en Internet o Redes sociales:

a) El linking y el deep linking

El *linking* es el medio por el cual se utiliza el soporte virtual denominado vínculo o hipervínculo para realizar Publicidad Comercial. Al respecto, se señala que

Los dueños de páginas web frecuentemente proveen símbolos, llamados hipervínculos (o 'vínculos'), que designan otras páginas web que pueden interesar al usuario. Así, el titular de una marca puede ser mostrado en millones de diferentes sitios web, permitiendo a los usuarios hacer click en el símbolo y ser transportado a diferentes localizaciones, así como a una página diferente dentro del mismo sitio web en el Internet. Los vínculos son señaladores de localización y usualmente se muestran en azul subrayado.²⁹ (Bouchoux 2013: 153)

De igual manera, se establece que existe otra técnica denominada *deep linking* mediante la cual «esta variedad de linking consiste en la transcripción de una dirección especial que

²⁷ Revisión de la Voz «Internet» en el Diccionario de la Lengua Española (RAE 2013).

²⁸ Traducción libre de: «web based services that allow individuals to construct a public or semi public profile within a bounded system, articulate a list of other users with whom they share a connection, and view and traverse their list of connections and those made by others within the system».

²⁹ Traducción libre de «Web page owners frequently provide symbols, called hyperlinks (or "links"), that designate other Web pages that may be of interest to a user. Thus, a trademark owner may be displayed on thousands of different websites, allowing users to "click" on the symbol and be transported to a different location, either to a different page within that same website on the Internet. Links are location pointers and are often shown in blue underscoring».

corresponde a una determinada página de un sitio web, dando lugar a que las páginas anteriores sean "saltadas" involuntariamente por el usuario» (Vibes 2009: 125).

Así, se puede decir que el *deep linking* permite a un usuario acceder a un sitio determinado saltando la página principal de otro sitio web³⁰ (Bouchoux 2013: 153). En este sentido, los linking pueden ser sencillos o complejos. En el primer caso, los vínculos están compuestos únicamente por un texto de color azul subrayado que lleva, al hacer click en ella, a una determinada dirección en Internet; en el segundo caso, los vínculos están compuestos por una imagen o ilustración que lleva, al hacer click en ella, a otra determinada dirección en Internet. De la misma manera, se pueden colocar vínculos simples, como mero texto, o complejos, compartiendo una imagen, en redes sociales como Facebook, que en la mayoría de los casos genera una versión interactiva cuando se decide compartir un hipervínculo sencillo, o Twitter, en donde normalmente por el reducido espacio se corta el vínculo con aplicativos web que codifican el mismo.

b) El framing

El *framing* se produce con «la recuperación del contenido de un sitio web por otro sitio que es incorporado dentro del sitio web original al interior de un marco, generalmente obscureciendo publicidades y contenido» (Bouchoux 2013: 154).³¹ Esto se permite mediante programas web que dividen las páginas web en marcos que generan la posibilidad de que «el usuario acceda a la nueva página web manteniéndose parte de la venta anterior rodeando la nueva página» (Vibes 2009: 130).

Esta técnica deja de ser utilizada en la actualidad; en este sentido, es clásico el caso norteamericano The Washington Post contra Total News Inc. (Vibes 2009: 130-131)³². En este caso, se acusó a la página web Total News de obligar a los usuarios a mantenerse en su portal para acceder a diversas noticias (entre las que estaban publicaciones del Washington Post) siempre observando publicidad incluida en ese frame o cuadro.

c) Los banners

Según Vibes, «el banner es un aviso destacado que aparece dentro de una página web. Para resaltar algún paralelismo, es análogo a un aviso gráfico que se coloca en algún sector de la página de un diario o una revista» (Vibes 2009: 130-131). Cabe resaltar que los banners normalmente vienen acompañados de un vínculo o link que redirige a alguna dirección web distinta; sin embargo, configura un supuesto autónomo al de un *linking* complejo, porque sin necesidad de hacer click ya le comunica la promoción de un producto o servicio al potencial consumidor que lo observa en Internet.

Dentro de este supuesto está incluido el caso de los *pop-ups* que son aquellos banners que saltan en una ventana nueva cuando se accede a una determinada página web. En la Resolución

30 Traducción libre de «[...] allows a user at one site to proceed directly of certain information at another site, by-passing the home page of the second site».

31 Traducción libre de «[...] the retrieval by one website of content from another site that is incorporated into the original website within a frame, often obscuring advertisements and contents».

32 Caso citado por VIBES (2009: 130)

N.º 478-2011/SCI-INDECOPI, Caso ASPEC contra Nestlé Perú S. A., por actos de engaño en la campaña «Gracias Perú» se analizó un banner que saltaba como *pop-up* cuando uno ingresaba a la web de la línea de «helados D'onofrio», <www.heladosdonofrio.com>

d) El meta-tagging y las key word publicitarias

Tanto las *metatags* como las *key words* son difíciles de comprender para muchas personas que no conocen como funcionan los buscadores web. Como señala Vibes,

Las páginas web utilizan el lenguaje conocido como Hypertext Markup Language (HTML), que es una serie de instrucciones especiales ligadas a tags o markups que determinan cómo la página es mostrada y cómo identifica sus *links* a otras páginas web. La mayoría de los usuarios de Internet navegan dentro de la *World Wide Web* a través de dispositivos técnicos denominados 'buscadores', que facilitan la ubicación de los sitios web por un sistema de 'palabras-clave' (*meta-tag key word*). Las 'palabras-clave' que se incluyen en el *meta-tag* son invisibles para el usuario de Internet. Por su parte, los buscadores (Google, MSN, Yahoo, etcétera) realizan la búsqueda de los sitios web utilizando estas 'palabras-clave' que a su vez están incluidas en los sitios web conectados al buscador.

Las *metatags* y *key words* son etiquetas utilizadas para facilitar las búsquedas que se realizan a través de los buscadores virtuales. Como señala Ríos, «la mayoría de motores de búsqueda entregan sus resultados a partir de la frecuencia con que las palabras clave aparecen en un sitio web. [...] [por ejemplo] Google realiza un análisis de concordancia de hipertexto, estudiando cada palabra en el sitio web recomendado para localizar con exactitud el lugar en que se encuentra la palabra buscada por el usuario» (Ríos 2011: 243).

En este sentido, el *meta-tagging* es el uso de códigos especiales denominados *metatags* para enfatizar palabras clave haciendo fácil de encontrar los sitios web mediante los buscadores³³ (Bouchoux 2013: 155). De igual manera, el *key word publicitario* se refiere a uno de los más recientes usos de marca en Internet por el cual algunos *Banners* o publicidad preseleccionada se muestra mediante la búsqueda de una determinada *key word*³⁴ (Bouchoux 2013: 156). En estos casos, también se puede realizar publicidad comercial mediante el uso de estos soportes virtuales; colocando *metatags* y *key words* en diversas páginas web logrando comunicar e introducir el uso de marca y/o imagen.

5. El objeto de la Publicidad Comercial: ¿imagen, marca, producto o servicio?

La siguiente característica principal que identifica la Publicidad Comercial, según la LRCD, es que la forma de comunicación difundida por un medio o soporte debe ser objetivamente apta o dirigida a promover de manera directa o indirecta la imagen, marca, producto o servicio de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional.

33 Traducción libre de «[...] which are special codes whose function is to emphasize key words, making easier for search engines to locate the website».

34 Traducción libre de «Perhaps the most recent issue relating to Internet trademark use relates to key word advertising (sometimes called "keying"), an advertising practice in which a preselected ad or banner ad is displayed when certain search terms or key words are used».

En este aspecto, creemos que en el afán de consignar una norma amplia se introdujo un supuesto bastante simplificado en la norma: la promoción directa o indirecta de un producto o servicio. Desde nuestro punto de vista, la mención general al «producto o servicio» debería ser especificada pues no servirá de nada promocionar un producto o servicio como género sin mención de algún **signo distintivo**,³⁵ entendido como uno de «los signos que identifican a una empresa y a sus productos y/o servicios en el mercado (...) entre otros, la marca, el nombre comercial, el lema comercial, la enseña, el nombre de dominio y las indicaciones geográficas» (Castro 2009: 41); el nombre y apellido de la persona natural que anuncia o la denominación o razón social de la empresa o entidad.³⁶ Esto tiene que ver con la función indicadora del origen empresarial consustancial a toda marca. Consideramos que siempre es necesario consignar un nexo entre el origen empresarial y el producto o servicio para estar ante un supuesto de Publicidad Comercial. Así, dentro del concepto que analizamos tendremos identificados uno o más orígenes empresariales (como en los casos de Publicidad Comercial que hacen asociaciones de empresarios o grupos empresariales) y no una mera comunicación con un mensaje de consumo de un producto o servicio genérico.

La importancia de la función publicitaria de la marca, que en realidad es análoga a cualquier signo distintivo en general, es destacada por Otamendi, cuando señala:

Otra de las funciones que cumple la marca es la publicitaria. Como bien señala Mathely 'sin una marca que lo designe, no sería posible efectuar publicidad de un objeto dado'. La marca es el único nexo que existe entre el consumidor del producto o el servicio y su titular. Es a través de la misma que su titular recogerá los beneficios, o no, de su aceptación por parte del público consumidor. Esa marca es lo que el comprador ha de pedir y es lo que el titular de la misma tratará que pida. (Otamendi 2013: 5)

De igual manera, Chijane sostiene que «la conformación estructural del signo marcario; es decir, los elementos gráficos o verbales que lo constituyen, podrán sugerir información sobre el producto o servicio identificado y hasta reclamar la atención del público consumidor» (2007: 17).

Sin embargo, sobre la función publicitaria de la marca existen dos posturas: la primera que negaba la posibilidad de que los signos distintivos puedan por se representar supuestos de Publicidad Comercial; y la segunda que admite la posibilidad de que los signos distintivos puedan por si mismos representar Publicidad Comercial.

La primera postura fue graficada por Muñoz, quien señala que «no basta incluir un signo distintivo en una comunicación pública para poder hablar de publicidad comercial del producto o servicio identificado con él» (2006: 193). Para defender esta posición cita cuatro resoluciones expedidas en casos donde la colocación de marcas no bastó para determinar la existencia de Publicidad Comercial:

- Resolución N.º 052-2002/TDC-INDECOPI, Caso Tabacalera Nacional S.A.A. contra British American Tobacco South America Limited, sucursal de Perú;

35 Aquí debe notarse que la mención a la marca se hace demasiado limitada puesto que también el nombre comercial, el lema comercial, la enseña, el nombre de dominio, las denominaciones de origen, las marcas colectivas y las indicaciones geográficas cuentan con posibilidad de crear un nexo entre los productos y/o servicios con el origen empresarial.

36 A pesar de no mencionarse en la norma y pese a no ser signos distintivos per se tienen la aptitud de identificar a las personas, en caso de nombre y apellido; y personas jurídicas, en caso de la denominación y razón social.

- Resolución N.º 023-2002/CCD-INDECOPI, Caso Productos Paraíso del Perú S.A.C. contra Productos Cinco Estrellas del Perú S.A.C.;
- Resolución N.º 117-2002/CCD-INDECOPI, Caso Pfizer Research & Development Co. N.V./S.A. y Pfizer S.A. contra Corporación Medco S.A.C.; y
- Resolución N.º 082-2002/CCD-INDECOPI, Caso Turismo Santa Isabel S.R.L. contra Hotel Marañón S.R.L.

Esta postura fue abandonada en la Resolución N.º 003-2003/CCD-INDECOPI, Caso de oficio contra Panamericana Televisión S.A. cuando la Comisión declaró la existencia de Publicidad Comercial por la colocación de un exhibidor de cigarrillos marca Ducal en la, por entonces, popular serie Mil oficinas. De igual manera, los pasos de consolidación de la segunda postura se observan en la Resolución N.º 2046-2007/TDC-INDECOPI, Caso Hildebrando Palacios Berríos contra Philip Morris Perú S. A. por vulneración al principio de veracidad y legalidad, donde se sostiene:

La exposición de un signo distintivo tiene por lo general un efecto de recordación en los consumidores. Este efecto de recordación o posicionamiento de una marca constituye en muchas ocasiones, el objetivo de un determinado anuncio o campaña publicitaria y es una vía indirecta de promover la adquisición o contratación de bienes y servicios. Por tanto, considerando el efecto de recordación que puede tener un signo distintivo, para determinar si la utilización y difusión de una marca puede considerarse como un supuesto de publicidad comercial, debe realizarse un análisis en cada caso concreto (fundamento 21 y 22).

Igualmente, la Resolución N.º 2861-2012/SCI-INDECOPI, Caso de oficio contra Hotelería Peruana S. A. C., cambiando de manera radical lo señalado en el caso de la Resolución N.º 023-2002/CCD-INDECOPI sobre tarjetas de presentación con exposición de marca, estableció que «La función informativa de la publicidad comercial no consiste necesariamente en describir las características de los productos o servicios publicitados, sino que esta función puede consistir en la presentación de un determinado producto, servicio, una marca o un agente económico, sin hacer mención alguna a los bienes que comercializa».

Finalmente, Indecopi ha dictado la Resolución N.º 3665-2012/SDC-INDECOPI, Caso de oficio contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., por actos contra el principio de legalidad por no consignar la frase de advertencia a pesar de la exhibición de la marca de cerveza Brahma. En su fundamento 58, señala que «la exposición de signos distintivos en determinados contextos puede ser calificada como publicidad comercial, al cumplir un fin persuasivo que es percibido como tal por el consumidor». Con esta decisión, creemos que ha quedado claro que la postura actual de la autoridad administrativa es que los signos distintivos sí cuentan con una función publicitaria y bastaría con la exposición de estos para configurarse Publicidad Comercial.

Adicionalmente, consideramos correcta la inclusión de la imagen entendida como «la representación sensible de la persona» (Perla 1944: 33) o «la representación externa de la fisonomía y de las características exteriores de la persona, sea efectuada a través de la pintura, la fotografía, televisivamente o por cualquier otro medio técnico que permita la reproducción de la persona» (Fusaro 2002: 152). Creemos que debería haberse agregado por analogía el

supuesto de la voz entendida como «el conjunto de sonidos producidos por el aire expelido por los pulmones que produce al salir de los pulmones, expresiones orales, cánticos, silbidos o gritos. De esta manera el ser humano se da a conocer e identifica físicamente del resto de sus congéneres» (García 2008: 205).

Ambos supuestos son bastante importantes si evaluamos la posibilidad de efectuar Publicidad Comercial en los ámbitos del ejercicio profesional e industrial de artistas intérpretes³⁷ y ejecutantes.³⁸ Pensemos, por ejemplo, específicamente en la publicidad radial del concierto de un cantante o grupo de música donde se escucha y promociona precisamente la voz del artista o grupo; o en la publicidad televisiva que se hace de los programas de televisión donde se hace comedia parodiando a personajes diversos en la cual se proyecta la imagen del imitador y su grupo de artistas para promocionarla.

Al igual que los signos distintivos, la imagen y la voz conllevan un nexo para identificar a la persona, empresa o entidad que se beneficia efectiva o potencialmente con el anuncio publicitario. Finalmente, debemos hacer breve mención a que la referencia expresa a «el ejercicio de actividad comercial, industrial o profesional» de la norma se hace para abarcar la totalidad de supuestos que pudieran existir conforme a la actividad con fines de lucro. Entonces, debe quedar claro que la Publicidad Comercial debe ser objetivamente apta o dirigida a promover de manera directa o indirecta productos y/o servicios en relación a la imagen, voz, signo distintivo, nombre de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional.

6. La publicidad comercial como acto de competencia

Esta es la característica que encuadra la actividad publicitaria dentro del Derecho de Represión de la Competencia Desleal. En este sentido, nuestro deber es lograr observar en qué punto se ubica esta área del Derecho. Comencemos por señalar que el profesor Díez Canseco, al bautizar el Derecho Ordenador del Mercado establece que «las disciplinas que [lo] conforman [...] son: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal y el Derecho a la Protección al Consumidor» (Díez Canseco 1997: 41).

Efectivamente, se ha establecido que: «El Derecho de la Competencia en general es un mecanismo de intervención administrativa en la economía que se encarga de asegurar el cumplimiento de ciertos principios inherentes a la libre y leal competencia, elemento fundamental de la economía social de mercado, institución protegida por nuestras normas legales, en especial la norma constitucional» (Guzmán 2012: 246).

En este sentido, para hablar de Derecho de la Represión de la Competencia Desleal necesitamos de la existencia de un territorio delimitado, denominado mercado; y, de igual manera, se requiere que en este mercado se verifique tráfico económico, entendido como contraprestaciones de intercambio comercial y desarrollo de actividades económicas. Lo cual

37 Según el glosario de términos de la Ley N.º 28131 – Ley del Artista Intérprete y Ejecutante (LAIE), «persona que mediante su voz, ademanes y/o movimientos corporales interpreta en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclor (actores, bailarines, cantantes, mimos, imitadores, entre otros)».

38 Según el glosario de términos de la Ley N.º 28131 – LAIE, «persona que con un instrumento ajeno a su cuerpo ejecuta en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclor (guitarristas, circenses, toreros, entre otros)».

es fácilmente observable si se parte de la premisa señalada por Nihoul desde un punto de vista social: «Las actividades económicas pueden ser organizadas sobre la base de la concurrencia. De esta manera, se obtienen las ventajas de este sistema económico (elección para el consumidor, mejora cuantitativa y cualitativa de la producción)» (2005: 55-56).

El Derecho de Represión de la Competencia Desleal fija las reglas de comportamiento necesarias para la correcta convivencia de los agentes económicos (consumidores, empresas y el Estado) compitiendo dentro del mercado. Como señala Guzmán, «la represión de la Competencia Desleal (...) se dirige a todo acto o conducta de Competencia Desleal que tenga por efecto, sea el mismo real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo» (2012: 246). Y como señala Eyzaguirre, «las normas de competencia desleal no se refieren a la existencia o no de la competencia, sino a la forma en que se lleva a cabo, introduciendo el concepto de lealtad, es decir, hay competencia que no vale» (2007: 62).

Efectivamente, a diferencia del Derecho de la Libre Competencia, la LRCD en su artículo 2 señala que se aplica objetivamente a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado, incluyendo los actos realizados a través de la Publicidad comercial. En este sentido, cabe precisar qué significa concurrencia y por qué la Publicidad Comercial está incluida como acto concurrencial; ya que, como hemos visto, la definición legal actual señala que la Publicidad Comercial «debe difundirse en el marco de una actividad de concurrencia».

Desde un punto de vista técnico, Indecopi en la Resolución N.º 473-2012/SC I-INDECOPI, Caso Construcciones Tolentino S. A. C. contra Pontificia Universidad Católica del Perú, ha declarado improcedente la denuncia por estar fuera del ámbito objetivo por falta de efecto concurrencial. En la misma, ha definido los actos concurrenciales como «todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que lo realiza».

Y basándose en este razonamiento, se diferencia entre:

- *Efecto concurrencial directo*, que se produce incentivando directamente la contratación de sus propios bienes o servicios; y
- *Efecto concurrencial indirecto*, que se produce promoviendo la posición de un tercero, en tanto la mejora de dicha posición le representa indirectamente un beneficio, al mantener con ese tercero una relación o vínculo de cualquier índole que le pueda generar una ventaja económica.

De esta manera, en la citada Resolución, se alcanza la definición de acto de competencia desleal como «esencialmente, una conducta susceptible de generar un beneficio mercantil para quien lo ejecuta, siendo que este beneficio puede ser directo o indirecto a través del favorecimiento de un tercero». Así, García Menéndez, citado por Stucchi (2007), señala que en el Perú mediante la Resolución N.º 2043-2006/TDC-INDECOPI, Caso Estudio Caballero Bustamante S. R. L. contra Instituto de Investigaciones Pacífico E. I. R. L. y otros, se opta por la visión económica que busca la eficiencia de la siguiente manera:

Nuestra Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y la aplicación que de ella se ha realizado por la autoridad administrativa han hecho suyas implícitamente, a nuestro juicio, la visión continental alemana que, contemporáneamente, acoge dos tesis complementarias que sustentan el

entendimiento y categorización de un acto de competencia desleal. La primera tesis considera un acto de competencia desleal como todo aquél que no sea consistente con el principio de competencia eficiente —*Leistungswettbewerb*— es decir que la deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores, en consecuencia, la competencia leal se sustenta en la eficiencia de las propias prestaciones y la eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal. La segunda tesis se sustenta en el principio funcional de la competencia y propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal. Es decir, cuando atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia. (García 2004: 63-64).

Como se ha señalado, fácticamente: «La competencia conduce a la eliminación de los menos capaces» (Nihoul 2005: 56). Se elimina a los menos capaces mediante daño concurrencial lícito; es decir, aquel daño generado por uno o varios agentes económicos basados en su propia eficiencia conforme a la buena fe empresarial produciendo el funcionamiento ordinario del mercado. Sin embargo, cuando se elimina a los menos capaces por razones diferentes a la eficiencia económica, Indecopi debe reprimir mediante aplicación de la LRCD, pues se cometen daños concurrenciales ilícitos que no están basados en la propia eficiencia; lo cual vulnera la buena fe empresarial produciendo un funcionamiento distorsionado en el mercado. Y en este marco, Bezada ha señalado que «la publicidad comercial es uno de los mecanismos de competencia más eficaces utilizados por los ofertantes de productos y servicios con el objeto de atraer la atención de los potenciales consumidores» (2006: 27).

Aquí nos sirve tomar el punto de vista didáctico, por el cual un gran sector de la Doctrina ha comparado la competencia en el mercado con el fútbol (Rivera 2011; Ruiz y Canchari 2007; Ezcurra y Chávez 2007). Así, el mercado se equipara con una cancha de fútbol y la competencia como el juego «en el cual, se enfrentan dos equipos (todos proveedores), donde los jugadores buscan hacer la mayor cantidad de goles en el arco contrario o de realizar jugadas bonitas para impresionar a sus hinchas o consumidores y que éstos finalmente los elijan, pero estos jugadores deben jugar limpio (buena fe y lealtad negocial) o serán sancionados por el árbitro (la agencia de competencia) de acuerdo a las reglas establecidas por la FIFA (El Estado)» (Rivera 2011: 139). De esta manera, los agentes en el mercado serían los siguientes:

Cuadro N° 3

El Partido de Fútbol	Función	El Mercado	Función
Los jugadores	Hacer las mejores jugadas para ganar el partido exhibiendo lo mejor	Los proveedores	Brindar la mejor calidad y precio para lograr vender o contratar
Los espectadores	Observan el partido y admiran a los mejores jugadores	Los consumidores	Se informan de los productos y servicios para comprar y contratar los mejores
El árbitro	Supervisar que se cumplan las reglas y sancionar en pleno partido	Indecopi	Organismo público que supervisa y sanciona la actividad de los proveedores
FIFA	Supervisar que se cumplan las reglas antes de cada partido	Ministerios	Organismos públicos que supervisan la actividad de cada sector
La jugada	Piruetas que realizan los jugadores para ser admirados	La Publicidad Comercial	Instrumento de los proveedores para captar clientes

Elaboración propia

Tal como ilustra el ejemplo, la Publicidad Comercial constituye la «jugada» de los proveedores de productos o servicios para lograr captar nuevos «espectadores», consumidores o consumidores de otros proveedores, de maneras acordes al Ordenamiento jurídico mediante la eficiencia económica.

De esta manera, la Publicidad Comercial configura un efecto concurrencial directo o indirecto para el anunciante, el cual finalmente consiste en el potencial o efectivo detrimento de clientes de otros «jugadores» en el mercado basado en la eficiencia económica. Por tanto, cuando la Publicidad Comercial se realice sin respeto a esta buena fe comercial y a principios de eficiencia económica propia, esta será calificada como engañosa, sexista, discriminatoria, comparativa prohibida, equiparativa ilícita, subliminal, contraria al principio de legalidad, contraria al principio de autenticidad, entre otras. Y se podrá sancionar por medio de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal al anunciante, a la agencia publicitaria e, incluso, al medio de comunicación, dependiendo del caso concreto, con sanciones que van desde una amonestación hasta cuantiosas multas.

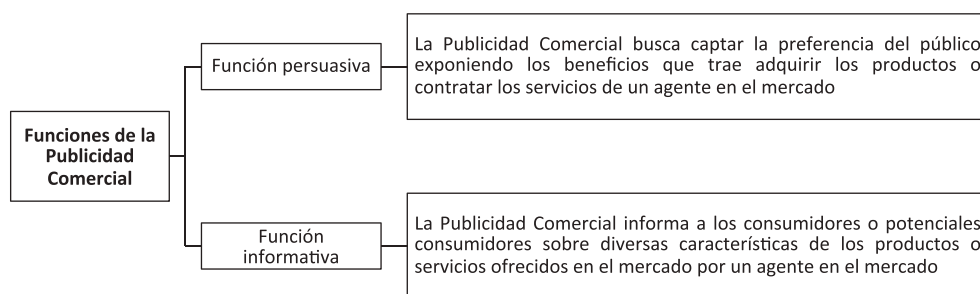
7. Las funciones de la publicidad comercial

Finalmente, llegamos a la característica que define la Publicidad Comercial como tal: la función persuasiva de la publicidad o de promoción de contratación. Así, el inciso d) del artículo 59 de la LRCD establece que la comunicación difundida por un medio o soporte objetivamente apta o dirigida a promover de manera directa o indirecta la imagen, voz o signo distintivo de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional

debe «promover la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales», lo cual es su finalidad principal.

En la actualidad, se establece que las funciones modernas de la publicidad son la función informativa y la función persuasiva,³⁹ tal como se señala en el siguiente cuadro:

Gráfico N° 2



Elaboración propia

Efectivamente, existen normas que revelan que la Publicidad Comercial es un medio importante de traslado de información a potenciales consumidores, como receptores de la comunicación publicitaria. Acorde con la función informativa, la naturaleza de la Publicidad Comercial puede ser asumida como oferta masiva al público e, incluso, contenido del contrato; tal como señala el artículo 46 del CPDC, el contenido de la publicidad puede ser integrado al contrato.⁴⁰

Sin embargo, la función persuasiva define a la Publicidad Comercial como tal, señala la Resolución N.º 197-2005/TDC-INDECOPI, Caso ASPEC contra Supermercados Santa Isabel S. A. e Industrias Pacocha, «El elemento que distingue a la publicidad —sujeta al ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 691— de otras formas de comunicación que no constituyen publicidad, es la finalidad de promover la contratación de los productos anunciados, mediante la exaltación de alguna de sus ventajas» (punto I del precedente).

En este sentido, Bezada señala que la publicidad es «una forma de comunicación, con la especial particularidad que busca promover la actividad comercial de los agentes privados que interactúan en el mercado» (2006: 22). A diferencia de otras formas de comunicación, «la publicidad se inserta en ese conjunto de señales e informaciones que permiten al mercado

39 Como señala Sifuentes, la «(i) función informativa: permite dar a conocer al público la existencia de un producto, así como sus atributos y características; [y la] (ii) función persuasiva: busca convencer al consumidor de que el bien o servicio es idóneo para satisfacer sus necesidades y que, por tanto, debería ser elegido entre todos aquellos que se ofrecen en el mercado» (Sifuentes 2006: 31; Maguiña y Sosa 2013: 75; Fernández 1989: 57 y ss.).

40 **Artículo 16 del CPDC – Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad:** «La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido». Un análisis más detallado sobre este tema se puede observar en el trabajo realizado por Rodríguez (2011).

cumplir su función de procurar la mejor asignación de recursos según las necesidades sentidas por quienes operan en él» (De la Ruesta 2002: 39).

A pesar del cambio de norma que motivó el precedente citado, la LRCD ha señalado precisamente en la definición de Publicidad Comercial que esta forma de comunicación tiene que necesariamente tender a que los potenciales consumidores realicen transacciones adquiriendo los productos que ofrece el agente que anuncia o suscriba contratos por los servicios que brinda dicho proveedor. Precisamente, como vimos, este es otro de los criterios característicos de la Publicidad Comercial que permite diferenciar y excluir supuestos como el Rotulado, la Propaganda y la Comunicación Institucional; junto con el necesario encuadramiento en el marco de las actividades concurrenciales ya analizado.

8. El concepto final de Publicidad Comercial para la LRCD y las exclusiones del mismo

Así las cosas, cabe realizar algunas precisiones a la definición legal que efectúa la LRCD; quedando la misma de la siguiente manera: la Publicidad Comercial es aquella forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte conocido o por conocerse, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente productos y/o servicios en relación a la imagen, voz, signo distintivo, nombre de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales. Tal como se ha observado, esta definición genera efectos muy importantes:

- Primero, por ser una forma de comunicación tiene la estructura básica de cualquier forma de comunicación pública, la cual incluye un emisor, un canal, un mensaje y un receptor.
- Segundo, por consignar una descripción amplia de los medios o soportes, tal como se realiza en la categoría de obra en Derecho de Autor, es una definición bastante flexible y amplia que logra regular de manera correcta todos los supuestos que pueden crear los anunciantes a través de los tiempos.
- Tercero, es necesario que el anuncio difundido tenga como mínimo el nombre y apellido del anunciante o la denominación o razón social de la empresa o entidad; sin embargo, lo ideal es que se muestre un signo distintivo, la voz o la imagen que designe o indique el origen subjetivo del anuncio en relación a productos y/o servicios.
- Cuarto, como las dos caras de la misma moneda, el anuncio debe configurar un efecto *concurrential* directo o indirecto, que será finalmente la promoción de la contratación o realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales, lo que demuestra la finalidad persuasiva de la Publicidad Comercial.

Por último, una vez definida la Publicidad Comercial relevante a efectos de la aplicación de la LRCD, queda analizar ciertas exclusiones hechas por el propio Ordenamiento jurídico.

8.1. La propaganda en general y la publicidad institucional

Una de las exclusiones del concepto de Publicidad Comercial es la *propaganda*; es decir, «aquel proceso de comunicación por el cual se busca difundir o transmitir ideas políticas, filosóficas, morales, sociales o religiosas (comunicación ideológica)» (Murillo 2013b: 351). Este supuesto fue excluido expresamente por el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N.º 096-96-TDC, en el Caso Productos Rema S. A. contra Luz del Sur S. A., comentado anteriormente, al señalar: «No constituye publicidad comercial la propaganda política».

Efectivamente, *a pari*, también estarán incluidos aquellos anuncios que difunden o transmiten ideas filosóficas, morales, sociales o religiosas. El motivo por el cual este tipo de comunicaciones públicas quedan excluidas del concepto jurídico de Publicidad Comercial es que estas no promueven la contratación o la realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales.

Ejemplos claros son las vallas publicitarias en épocas de elecciones presidenciales que se producen cada seis años en nuestro país. De igual manera, otro ejemplo, son las frases literarias o filosóficas recortadas que se ven en diversos banners expuestos en la red social Facebook.

El otro supuesto excluido es la Publicidad Institucional, definido en la misma Resolución N.º 096-96-TDC citada, como «aquella tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras».

Si bien existen supuestos como los descritos: ahorro de energía eléctrica, preservación del medio ambiente y pago de impuestos, que son claros; también hay casos grises que llevan consigo diferentes posturas. Por ejemplo, las campañas de ilustraciones que realiza United Colors of Benetton es un supuesto que queda en duda ya que la inclusión de su marca comercial «United Colors of Benetton» y logotipo (Certificados N.º 44684, 60190 y 82333) generan una función publicitaria, pero las ideas transmitidas siempre son de tono crítico o político: como, por ejemplo, la imagen del beso del papa Benedicto XVI con el Imán Sheik Ahmed el-Tayeb, junto con la marca referida; o la imagen del uniforme de un soldado de Bosnia herido repleto de sangre y huesos, junto con el signo distintivo señalado.⁴¹

8.2. El *publicity* o Mensaje informativo

De igual manera, también se encuentra excluido del concepto jurídico de Publicidad Comercial el *publicity* que debe diferenciarse del publireportaje, que sí es una modalidad de Publicidad Comercial, tal como se señala en el siguiente cuadro:

41 Para observar estos casos y otros de United Colors of Benetton revise la lista en BZ (2012).

Cuadro N° 4.

Publireportaje	Publicy
Modalidad no tradicional que se presenta en prensa o revistas como un texto que se asemeja al contenido editorial de la publicación para ganar en credibilidad y captar la atención de la gente que no lee publicidad (Triviño 2012).	Espacio con apariencia periodística, ya sea en forma de entrevista o reportaje. Se diferencia del publireportaje en que (...) no es una acción publicitaria por la que se paga una página del periódico o revista como soporte publicitario, sino que el artículo publicado se obtiene a través de actividades de relaciones públicas (TRIVIÑO 2012).

Elaboración propia

La razón por la cual se excluye el publicy o mensaje informativo de la definición jurídica de Publicidad Comercial es muy simple, esta comunicación pública no está realizada en el marco de una actividad concurrencial. Este tipo de comunicación es expedido en pleno uso exclusivo de la libertad de expresión⁴² de quien redacta la entrevista o realiza el reportaje en ejercicio de su «derecho de la libre expresión de ideas, informaciones, opiniones, difusión del pensamiento, dentro de los límites establecidos por la normatividad y bajo la responsabilidad —reglamentada o con normas impuestas— internacionales o nacionales, en cuanto a volumen y contenido se refiere» (Loayza 2010: 31).

Por lo tanto, como se ha definido, este espacio con apariencia periodística se ha conseguido como actividad de relación pública o informativa sin generar un efecto concurrencial directo o indirecto ya que el emisor, en términos de estructura de comunicación publicitaria, es una persona distinta al beneficiario o titular del interés empresarial.

8.3.El Rotulado

Este supuesto ha sido excluido por la Resolución N.º 197-2005/TDC-INDECOPI, caso Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra Supermercados Santa Isabel S. A. e Industrias Pacocha, que como precedente de observancia obligatoria, señala:

El rotulado de productos —objeto de las normas de protección al consumidor— está constituido por toda información sobre un producto, que se imprime o adhiere a su envase, incluyendo los insertos, y que se encuentra expresada en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la situación informada aporte al producto, es decir, sin la finalidad de promover, de manera directa o indirecta, la contratación del producto. El rotulado de un producto puede ser de carácter obligatorio o facultativo. El rotulado obligatorio hace referencia a las reglamentaciones técnicas, ya que sólo éstas resultan de obligatorio cumplimiento para los proveedores. El rotulado facultativo hace referencia a los estándares de calidad recomendables, principalmente a Normas Técnicas, sin que ello signifique perder su carácter neutro o descriptivo.

42 **Inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993:** «Toda persona tiene derecho: [...] 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...]».

Ambos tipos de rotulado comparten la misma naturaleza y, por tanto, se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y, por lo tanto, bajo la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor. (puntos 4 y 5 del precedente)

De igual manera, este concepto ha sido recogido por el inciso k) del artículo 59 de la LRCD que señala que el rotulado es:

Información básica comercial, consistente en los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor suministra al consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica o en virtud de estándares de calidad recomendables, expresados en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la información aporta al producto, es decir, sin la finalidad de promover su adquisición o consumo.

La razón de esta exclusión es que, precisamente, el Rotulado no cuenta con finalidad persuasiva, sólo tiene finalidad informativa; por lo tanto, no promueve la contratación o realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales. La exclusión aparece expresamente en el mismo inciso i) del artículo 59 de la LRCD, diferenciándolo de la Publicidad en producto, al establecer «El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley».

9. Conclusión

En el año 2007, el profesor Bullard tituló el prólogo de un libro sobre Derecho de la Represión de la Competencia Desleal de la siguiente manera: «¿Es la competencia desleal un “arroz con mango”?» (2007: 62). En efecto, poniéndonos en contexto histórico legislativo podíamos coincidir con las ideas de este autor debido a la dispersión del sistema en dos normas.⁴³ Sin embargo, como señala Díez Canseco a título personal, a fines del 2008 la expedición de la nueva LRCD «ha unificado la normativa, algo por lo que abogué durante años, y ha plasmado la tendencia jurisprudencial que se venía desarrollando durante más de quince años. La norma vigente no es una norma importada ni un atrevimiento intelectual de quienes participamos en la elaboración de la normativa primigenia. Por el contrario expresa los impecables desarrollos en la casuística peruana. Es algo de lo que tenemos que sentirnos orgullosos» (Chirinos y Salhuana 2013: 188-189).

En este sentido, la situación en la actualidad ha cambiado y la norma analizada en el presente artículo es evidencia de ello. Uno de los aspectos importantes de cada norma es el ámbito de aplicación. El concepto jurídico de Publicidad Comercial recogido por la LRCD, como se ha podido observar a lo largo de la revisión de cada uno de sus aspectos, carece de defectos graves y son muchas sus bondades: primero, es bastante importante la flexibilidad y extensión del concepto por la inclusión de la partícula que la convierte en un *numerus apertus*; y, segundo, queda totalmente claro que las comunicaciones públicas que se encuentran sometidas al Derecho de Represión de la Competencia Desleal son únicamente aquellas que

43 El Decreto Ley N.º 26122 —Ley sobre Represión de la Competencia Desleal— y Decreto Legislativo N.º 691 —NPDC.

tienen un efecto concurrencial promoviendo la contratación o realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales.

Conforme al principio de predictibilidad que rige en el procedimiento administrativo,⁴⁴ el concepto jurídico de Publicidad en la LRCD constituye una herramienta informativa, completa y confiable que fijó parámetros específicos y claros para la identificación de una institución tan importante como lo es la Publicidad Comercial en la actualidad.

10. Bibliografía

ADIDAS ARGENTINA (AA)

2011 *Bailá con ganas | Flashmob adidas Women* [videograbación]. Buenos Aires. Consulta: 18 de agosto de 2013.
<http://www.youtube.com/watch?v=oHR3FK0vmvQ>

AFP

2013 «Escándalo en Londres por cubos de basura capaces de recabar datos de smartphones». *Diario Publimetro* Edición Perú. Lima, 13 de agosto de 2013. Consulta: 17 de agosto de 2013.
<http://publimetro.pe/actualidad/15854/noticia-escandalo-londres-cubos-basura-capaces-recabar-datos-smartphones>

Autores Varios (AA.VV.)

2003 *Diccionario J. Walter Thompson. Comunicación, marketing y nuevas tecnologías*. Madrid: Ediciones de las Ciencias Sociales.

BANBIF (BB)

2013 *Programa Sueldo BanBif - Harlem Shake (Directorio)* [videograbación]. Lima. Consulta: 18 de agosto de 2013.
<http://www.youtube.com/watch?v=IC1rCkIRA9k>

BERTON, Juan

2013 «Redes sociales: Desafíos actuales en Argentina y su evolución legislativa y jurisprudencial». En ANTEQUERA, Ricardo y otros. *Los retos actuales de la propiedad intelectual: Visión Latinoamericana*. Lima: Themis – Estudio Hernández y Cía, pp. 27-33.

⁴⁴ **Ley N.º 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General**
Norma IV – Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: [...]

15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

- BEZADA, José Antonio
2006 «La publicidad comercial». En ESPINOZA, Juan (editor). *Normas de la publicidad*. Lima: Rodhas, pp. 17-30.
- BILLOROU, Óscar Pedro
2002 *Introducción a la publicidad*. Buenos Aires: Verlap.
- BOUCHOUX, Deborah
2013 *The Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets*. Cuarto Edición Internacional. Delmar: Cengage Learning.
- BULLARD, Alfredo
2007 «¿Es la competencia desleal un “arroz con mango”?». En PÉREZ, Gabriela y otros. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: UPC, pp. 11-19
- Buzz! (BZ)
2012 «Top 10 Controversial United Colors of Benetton Ads». *Top10Buzz*. Consulta: 18 de agosto de 2013.
<http://top10buzz.com/top-ten-controversial-united-colors-of-benetton-ads/>
- CASTRO, Juan David
2009 *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CHIJANE, Diego
2007 *Derecho de marcas*. Buenos Aires: Euros.
- CHIRINOS, Aldo y Fernando SALHUANA
2013 «Anexo I: Entrevista a Luis Diez Canseco Nuñez». En INDECOPI. *Competencia desleal y regulación publicitaria*. Lima: INDECOPI, pp. 184-189.
- DE BARROS, Paulo
2008 «El absurdo de la interpretación económica del “hecho generador”. Derecho y su autonomía. La paradoja de la interdisciplinariedad». *Advocatus*. Lima, número 19, pp. 27-37.
- DE LA RUESTA, José María
2002 *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- DIEZ CANSECO, Luis
1997 «Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica». *Revista Themis*. Lima, número 36, pp. 39-63.
- DURAND, Julio
2007 *Tratado de derecho del consumidor en el Perú*. Lima: USMP.

ESPINOZA, Juan

2013 *Derecho de la responsabilidad civil*. Séptima edición. Lima: Rodhas.

EYZAGUIRRE, Hugo

2007 «Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal». En PÉREZ, Gabriela y otros. *El derecho de la competencia desleal*. Lima: UPC, pp. 59-74.

EZCURRA, Huáscar y Christian CHÁVEZ

2007 «La cláusula general prohibitiva». En PÉREZ, Gabriela y otros. *El Derecho de la competencia desleal*. Lima: UPC, pp. 79-117.

FERNÁNDEZ, Marisol

2006 «La imagen de la mujer en la publicidad comercial». *Revista Foro Jurídico*. Lima año III, número 5, pp. 141-146.

FERNANDEZ, Carlos

1989 «La Interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad». En FERNÁNDEZ, Carlos y otros. *Estudios de derecho de la publicidad: Homenaje a Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra*. Santiago de Compostela: USC, pp. 57 y ss.

FRANQUET, Teresa

2003 *El contrato de licencia de Personality Merchandising*. Tesis doctoral. Tarragona: Universitat Rovira I Virgili, Doctorado en el Departament de Dret Privat, Processal i Financer.

FUSARO, Arianna

2002 *I diritti della personalità del soggetti collettivi*. Padova: CEDAM.

GARCÍA, Sebastián Alfredo

2004 *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

GARCÍA, Víctor

2008 *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista.

GONZALES, Leah

2013 «The sportswear company's latest outdoor campaign in Amsterdam features a 3-D display of their latest sneaker». PSFK. Consulta: 17 de agosto de 2013. <http://www.psfk.com/2013/04/nike-hologram-ad.html>.

GORE, Georgiana

2010 «Flash Mob Dance and the Territorialisation of Urban Movement». *Revista Anthropological Notebooks*. Ljubljana, volumen 16, 3, pp. 125-131. Consulta: 18 de agosto de 2013.

http://www.drustvo-antropologov.si/AN/PDF/2010_3/Anthropological_Notebooks_XVI_3_Gore.pdf

GUZMÁN, Christian

2012 «Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N.º 1044». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, tomo II, número 10, pp. 247-257.

KEMELMAJER, Aida

1994 «Publicidad y consumidores». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe, número 5.

LEMA, Carlos

2007 *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid: Marcial Pons.

LOAYZA, Lina

2010 *El Derecho, la prensa y las comunicaciones en el Perú*. Lima: ANR.

T-MOBILE LIFEFORSHARING (TML)

2009 *The T-Mobile Dance* [videograbación]. Liverpool. Consulta: 18 de agosto de 2013. <http://www.youtube.com/watch?v=VQ3d3KigPQM>

MEDIA METRICA LTD (MML)

2013 Comentario a «Renew London». *Renew*. Consulta: 17 de agosto de 2013. <http://renewlondon.com/información>

MAGUIÑA, Ricardo y Alex SOSA

2013 *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI.

MENENDEZ, Aurelio

1988 *La Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

MORALES, Félix

2012 «Un gran poder conlleva una gran responsabilidad». Los superhéroes y el Derecho». *Foro Académico – Revista Foro Jurídico*. Lima, año X, número 12, pp. 325-334.

MURILLO, Javier André

2013a «Ponderación contra Fundamentalismo: una voz razonable: Los polémicos casos de la publicidad de comida chatarra, las cuotas de artistas nacionales en la radio y la publicidad sexista». *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, número 237, pp. 282-300.

2013b

«Las voces opacadas, los gritos no escuchados: La errónea concepción sobre la represión de la publicidad sexista en la normativa peruana». *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, número 230 pp. 349-368.

2013c «*El Product Placement* al descubierto. Los actos de competencia desleal y el uso de marca en el guión o secuencias de películas, series de televisión y programas». *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 180, pp. 269-286.

MUÑOZ, Antonio

2006 «Análisis del principio de autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano». AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Lima: Rodhas, pp. 168-207.

NIHOUL, Paul

2005 *Introducción al derecho de la competencia*. Traducción de Andrés Aguayo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

OTAMENDI, Jorge

2011 *Derecho de Marcas*. Octava Edición. Buenos Aires: Abelardo Perrot.

PALOMINO, Marco Antonio y Abraham GARCÍA

2007 «INDECOPI, ¿Censor de moralidad? Reflexiones sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales mediante la publicidad comercial». *Derecho & Sociedad – Revista D&S*. Lima, año XVIII, número 28, pp. 109-115.

PERLA, Ernesto

1944 «El derecho a la propia imagen». *Revista Derecho PUCP*. Lima, número 1, pp. 31-39.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

2013 *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima tercera edición. Madrid. Consulta: 18 de agosto de 2013.
<http://www.rae.es>

RÍOS, Wilson

2011 *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Temis.

RIVERA, Gustavo

2011 «Introducción al derecho de la competencia desde la perspectiva del fútbol». *Revista Foro Jurídico*. Lima, año IX, número 11, pp. 138-143.

RODRÍGUEZ, Gustavo

2012 «Luces y Sombras en el régimen de la Publicidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor». *Círculo de Derecho Administrativo – Revista de Derecho Administrativo*. Lima tomo II, número 10, pp. 103-112.

RUBIO, Marcial

2007 El sistema jurídico. *Introducción al Derecho*. Novena Edición. Lima: Editorial, p. 73.

RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES

2011 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.

RUIZ, Melissa y Emma CANCHARI

2007 «Perspectivas en torno a las funciones del INDECOPI. Entrevista a Jaime Thorne León». *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, año XVIII, número 28, pp. 15-23.

SHARK TEAM

2013 «Hologramas publicitarios». *SharkMotions*. Consulta: 17 de agosto de 2013.
<http://sharkmotions.com/servicios/hologramas-publicitarios.html>.

SIFUENTES, Guillermo

2006 «Los anuncios». AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Lima: Rodhas, pp. 31-41.

SOLORZANO, Raúl

2005 «La esponsorización como mecanismo de publicidad comercial». *Revista Ius Et Veritas*. Lima, año 15, número 30, pp. 52-59.

STUCCHI, Pierino

2007 «La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados». *Revista Themis*. Lima, época 2, número 54, pp. 287-308.

TATO, Anxo

1996 *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons.

TORRENT, Lluís

2013 «¿Qué es el Harlem Shake? el baile del ridículo o el nuevo fenómeno viral». *United Explanations*. Consulta: 18 de agosto de 2013.
<http://www.unitedexplanations.org/2013/03/13/que-es-el-harlem-shake-el-baile-ridiculo-o-el-nuevo-fenomeno-viral/>

TRIVIÑO, Ezequiel

2012 *Diccionario LID Marketing Directo e Interactivo*. Madrid: Editorial LID.

VILDOSOLA, Mario

2011 *Comportamiento del consumidor*. Lima: UNMSM.

VIVES, Federico

2009 *Derechos de propiedad intelectual*. Buenos Aires: ADHOC.

COMENTARIOS

Moisés Rejanovinschi Talledo

Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Siempre es encomiable poder revisar una publicación de un exalumno, la cual denota un esfuerzo para mostrar las distintas vertientes jurídicas de la publicidad. La publicidad, como manifestación para persuadir en la contratación de productos y/o servicios se encuentra presente en diversas actividades, particularmente en medios de comunicación masiva. Internet no ha sido ajeno a este fenómeno, pues incluso en bases de datos musicales que realizan *streaming* como el conocido programa *Spotify* podemos escuchar mensajes publicitarios de manera aleatoria dentro de un *setlist* de canciones escogidas.

Comentaremos algunos aspectos sobre la propaganda y la publicidad institucional. En primer lugar se indica que la publicidad se desarrolla constitucionalmente de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de expresión, según la Resolución N.º 1857-2012/SCI-INDECOPI, que analiza la denuncia de la publicidad del diario *El Bocón*. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, particularmente considero que lo que distingue la publicidad frente a la propaganda¹ es que esta última se deriva de la libertad de expresión. En el último semestre hemos sido testigos de una campaña política en materia de elecciones de gobiernos locales y regionales. Algunos candidatos podrían realizar «una obra por día». A diferencia de los agentes económicos que concurren en el mercado, la afirmación «una obra por día» bajo el amparo de la propaganda no contará con una sanción económica pues carecen de «ánimo mercantil» (Indecopi 1996: Numeral III.2).

Asimismo la publicidad institucional tampoco cuenta con ánimo mercantil y, por tanto, no se analiza bajo los criterios establecidos a la publicidad. Sin embargo, teniendo en cuenta que un aviso institucional, como una campaña de salud, busca crear un prestigio en la persona que efectúa dicha afirmación. En términos de propiedad intelectual una publicidad institucional podría contribuir al prestigio de una marca o *goodwill*. (Fernández 1978: 33-66) A su vez, como lo indica la misma Resolución N.º 096-96-TDC, el que no califique como publicidad comercial no es obstáculo para su análisis de las normas de competencia desleal.

El artículo cuenta con una metodología adecuada, es de clara lectura, menciona ejemplos actuales de formas publicitarias como los *flashmob*, o parafraseando el título, presenta los nuevos modos o «rostros» de la publicidad.

¹ A manera de ejemplo, el término «Propaganda Fide» pertenece a una congregación de la Iglesia Católica que realizaba actividades misioneras, o de propagación de la fe en diversas partes del mundo. Consulta: 15 de agosto de 2014.
<http://www.jstor.org/stable/25011717>

Alfredo Maraví Contreras

Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia y
abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Confieso que al principio no estaba muy convencido que se pudiera decir mucho sobre el concepto de Publicidad Comercial en Competencia Desleal. En mi mente se formulaban las siguientes preguntas luego de leer el título de la investigación ¿La definición no es lo suficientemente clara?, ¿dónde estará la polémica? ¿Qué tanto va a poder profundizarse en la investigación?

Ahora, luego de leer el documento, concluyo que el autor ha realizado un destacado esfuerzo por abordar al máximo el tema, incluyendo bastante doctrina y jurisprudencia. Aunque efectivamente no hay grandes aportes, lo bueno del texto es que se ha expresado de manera clara y didáctica, haciendo un buen repaso por los cambios que han ocurrido entre la legislación previa y la vigente. Esto es particularmente importante en el área de Represión de Competencia Desleal, donde existen textos sobre temas puntuales, específicos y, generalmente, complejos; es decir, son textos que apuntan a un público objetivo: abogados o estudiantes formados en el área de Represión de Competencia Desleal. Sin embargo, los textos más básicos, necesarios para formar la base del conocimiento, son escasos o no se encuentran actualizados.

En consecuencia, felicitamos al autor por haber realizado un documento claro y didáctico, que aborda buena parte del tema de Publicidad Comercial.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una parte en la que discrepamos con el autor, en el punto IV «El objeto de la Publicidad Comercial: ¿imagen, marca, producto o servicio?». En su postura, el alumno Murillo señala que no se encuentra conforme con cierta parte de la definición brindada en la ley, la cual indica que la publicidad es toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios.

Desde el punto de vista del autor, la mención general al producto o servicio debería ser especificada pues, según textualmente dice, «no servirá de nada promocionar un producto o servicio como género sin mención de algún signo distintivo».

Si bien es cierto que lo normal es tener mencionados tanto el signo distintivo como el producto o servicio, consideramos peligroso cuando por vía legal o interpretativa se trata de establecer parámetros muy estrictos para una manifestación tan rica, compleja y cambiante como lo es la publicidad.

En consecuencia, no nos encontramos de acuerdo con lo expresado con el alumno Murillo pues, a nuestro modo de ver, aunque no es lo usual, sí podría existir publicidad comercial que mencione solamente el producto o servicio, sin hacer referencia expresa a algún signo distintivo.

Para ilustrar nuestra manera de pensar, vamos a inspirarnos en la famosa campaña «Got Milk» y la adecuaremos a nuestra realidad y al supuesto que estamos explicando.

Imaginemos que, para incrementar la cantidad de peruanos que asisten al cine, la industria (no solo una empresa) de las salas de cine decide realizar un comercial donde se ven las caras de los espectadores de una película, quienes están riendo, llorando, gritando, etc. Luego de esta secuencia de imágenes solo se muestra la frase: «La emoción es parte de la experiencia, de la vida en 3D, ve al cine, no te pierdas una experiencia irrepetible». Los comerciales podrían ser puestos en una campaña, donde la frase cambia con regularidad.

Bajo el caso mencionado, es difícil pensar que estamos ante algún signo distintivo por lo siguiente:

- No se mencionan marcas de las empresas ni de la asociación ni tampoco la frase es una marca (ni podría serlo, porque su estructura no parece responder a la distintividad marcaria, sería interpretada por los consumidores como algo parecido a un eslogan).
- No puede ser un lema comercial porque no está asociado con una marca, además sería una frase de autoalabanza simple, que no se puede registrar.
- ¿Podría ser un nombre comercial que identifique una actividad empresarial? Podría ser, pero también es argumentable que induce a error al consumidor respecto a que todas las salas son 3D y, si bien eso solo impide el registro pero no su uso, en lo personal, me resisto a creer que cumple con su función identificadora (distintiva) cuando se induce a error.

Finalmente, no obstante las dificultades para identificar algún signo distintivo en el caso, no cabe duda que nos encontramos ante una comunicación pública que se encuentra dirigida a promover el consumo de un servicio.

Bibliografía:

FERNÁNDEZ, Carlos,
1978 «Las funciones de la marca», en *Actas de Derecho Industrial*. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, pp. 33-66.

INDECOPI
1996 *Resolución N.º 096-96-TDC*. 23 de diciembre.

RESPUESTA DEL AUTOR

Si no eres una marca, serás una mercancía
Philip Kotler

Primero debo agradecer mucho los amables comentarios, críticas y observaciones del profesor Maraví y del profesor Rejanovinski. Ambos docentes universitarios han sido mis mentores a lo largo de la carrera en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; de sus valiosas lecciones he aprendido mucho y lo sigo haciendo. En honor a esto, me corresponde replicar y complementar los comentarios de la manera más diligente y profunda que pueda lograr, como me han enseñado siempre.

Primero replicaré la discrepancia del profesor Maraví sobre mi comentario a la mención legal específica que señala que la Publicidad Comercial es aquella «[...] objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, [...] *productos o servicios* de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional [...]» (Las cursivas son nuestras) del inciso d) del artículo 59 del Decreto Legislativo N.º 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este caso, en principio, preciso que mi comentario no limita la definición a la colocación de un signo distintivo, sino más bien va dirigido a que la Publicidad Comercial necesita como mínimo una indicación del origen empresarial que se busca promover a través de:

- Algún signo distintivo (marca, nombre comercial, lema comercial, enseña, nombre de dominio, indicación geográfica, entre otros);
- El nombre y apellido de una persona natural;
- La denominación o razón social de una empresa o entidad; o
- La imagen o la voz de una persona natural.

A esta conclusión llego pensando lo siguiente: si la finalidad y función de la publicidad es promover la contratación o la realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales, en un ámbito de competencia, entonces, debe existir el cambio en la posición en el mercado de cierto o ciertos agentes. Como hemos señalado en el artículo, la Publicidad Comercial como acto *concurrential* es una actividad dotada de trascendencia externa, que puede mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente o agentes que lo realizan, siguiendo el razonamiento del Tribunal de Indecopi en la Resolución N.º 473-2012/SCI-INDECOPI, Caso Construcciones Tolentino S. A. C. contra Pontificia Universidad Católica del Perú.

El propio profesor Maraví señala en su comentario, colocando un ejemplo «imaginemos que, para incrementar la cantidad de peruanos que asisten al cine, *la industria (no solo una empresa) de las salas de cine* decide realizar un comercial (...)» (Las cursivas son nuestras). Cuando se menciona «la industria», ¿a quién o quiénes estamos haciendo referencia? ¿Un

conjunto de empresas no identificables? ¿A qué empresa debe contratar el consumidor? ¿Qué posición en el mercado cambia intencionalmente con este anuncio? Y, finalmente, ¿si hay un acto contrario a la buena fe empresarial, a quién sanciono?

Es muy relevante la mención al caso «Got Milk?» (California Milk Processor Board), que constaba de un anuncio emitido desde 1993 en California, Estados Unidos; en efecto, se trata de un anuncio que no cuenta con identificación de una empresa en concreto. Sin embargo, la entidad detrás de la emisión de estos programas fue la California Milk Processor Board, una entidad sin fines de lucro, fundada por los productores de leche del Estado de California y administrada por el California Department of Food and Agriculture (CDFA), entidad del Gobierno de California en Estados Unidos. Era una campaña finalmente promovida desde el Estado en colaboración con los productores de leche de California; sin embargo, los consumidores no tenían por qué saber todos estos datos con la sola emisión del anuncio. En concreto, había cómo identificar a los empresarios (en términos coloquiales de la palabra) que estaban detrás del anuncio, pero no se producía persuasión de contratar el servicio de un agente o agentes determinados.

Igualmente, como era inevitable, es posible observar que existen marcas registradas, la más antigua de 1995, en distintas clases en Estados Unidos sobre las denominaciones «Got Milk?» y «Toma leche»; de esta manera, citamos las más importantes:

Cuadro N° I.

Titular	Marca	Clase	Registro	Fecha de Registro
California Fluid Milk Processor Advisory Board State Agency (también conocido como California Milk Processor Board)	got milk?	35	1903870	04/07/1995
California Milk Processor Board State Instrumentality	toma leche	35	3198506	16/06/2007

Trademark Electronic Search System (TESS) - United States Patent and Trademark Office

En otras palabras, la campaña inicial que se hizo sin aparente origen empresarial, luego tuvo la necesidad de incluir un signo distintivo que relacione el anuncio con todos los fundadores de la California Milk Processor Board, quienes eran productores de leche del Estado de California. A eso va precisamente mi punto, finalmente, son estos productores (orígenes empresariales determinados) quienes terminaron utilizando un signo distintivo, el cual fue una marca registrada a nombre de una asociación sin fines de lucro o pudo haber sido una marca colectiva. Como era inevitable, se registró la marca del eslogan utilizado tanto en inglés («Got Milk?») como en español («Toma leche»), suponemos por el crecimiento de la población hispana en Estados Unidos.

Ahora, el ejemplo que el profesor Maraví trae a colación es muy similar. En efecto, si la industria del cine hace y emite el anuncio, es precisamente para promover la posición en el mercado de las empresas que dan el servicio de salas de cine frente a competidores de servicios sustitutos como los canales de televisión, los productores de teatro, los dueños de discotecas, entre otros. Si nos concentramos en el ámbito local, el anuncio del ejemplo del profesor Maraví

hace referencia a las tres grandes cadenas del sector de salas de cine en el Perú (Cineplanet®, Cinemark® y UVK Multicines®) y podrían incluir a otras empresas más pequeñas (Cineplaza Jesús María, Multicines Cinestar o Multicines Cinerama, entre otras locales). ¿Qué posición en el mercado cambiará si se está promoviendo a todas las cadenas de cine? Y, en caso de ocurrir un acto contrario a la buena fe empresarial, ¿a quién o quiénes sancionamos? ¿A los más grandes?, ¿a todos?

El más grave problema de admitirse que los anuncios que promocionan genéricamente productos o servicios entren dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal— es el de determinar quién es el «anunciante» en un anuncio como el que plantea el profesor Maraví.¹ El fin de aplicar el régimen de represión de la competencia desleal es precisamente, desincentivar, mediante sanciones, los actos contrarios a la buena fe empresarial; sin embargo, dicho fin sería imposible de cumplir si no tenemos a quién sancionar por la emisión de un anuncio como el de la «industria del cine» si comete un acto de competencia desleal.

Igualmente, así como no hay movimiento en la posición del agente sobre su propia competencia directa; el efecto de la Publicidad genérica es bastante contraproducente para la diferenciación de la marca, tal como señalan Messer, Kaiser y Schulze: «Si el paralelismo se mantiene, este tipo de programas probablemente sean altamente exitosos y populares, ya que los niveles más altos de financiación de la publicidad genérica pueden conducir a niveles más altos de la demanda, los precios y los beneficios para los productores».² En efecto, los niveles de todo un bloque de agentes se dispara, pero se genera mayor igualdad de *goodwill* en las marcas. Así, señalan Chakravarti y Janiszewski,

Es importante reconocer que la publicidad genérica puede influir independientemente en la diferenciación de productos y precios de respuesta. Nos parece que la publicidad genérica de un atributo del producto disminuye el acceso a la información sobre los atributos del producto no publicitados. Como consecuencia, la publicidad genérica puede aumentar o disminuir la diferenciación de marca. La capacidad de la publicidad genérica, para disminuir el acceso a la información acerca de los atributos no publicitados, también se traduce en un aumento de la importancia del precio. Como consecuencia, la publicidad genérica conduce a una mayor capacidad de respuesta a cambios en el precio.³

1 Debe pensarse que según el artículo 23 del Decreto Legislativo N.º 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal—, la responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal, a través de la publicidad, corresponde, en todos los casos, al anunciante.

2 Traducción libre de:

«if parallelism holds, such programs are likely to be highly successful and popular, since higher levels of funding for generic advertising can lead to higher levels of demand, price and profits for producers». Meser, Kent D.; Kaiser, Harry, M.; y Schulze, William D. "The Problem of Generic Advertising: an Experimental Analysis" [en línea]. Research Gate (WEB). Consulta: 14 de diciembre de 2014. Department of Applied Economics and Management, Cornell University. Nueva York, 2004, pp. 23-24.
<http://www.researchgate.net/publication/238621789_The_Problem_of_Generic_Advertising_An_Experimental_Analysis>

3 Traducción libre de

It is important to recognize that generic advertising can independently influence product differentiation and prices responsiveness. We find that the generic advertising of a product attribute decreases Access to information about nonadvertised product attributes. As a consequence, generic advertising can increase or decrease brand differentiation. The ability of generic advertising to decrease access to information about non advertised attributes also results in an increased importance of price. As a consequence, generic advertising leads to increased responsiveness to changes in price. (Chakravarti Janiszewski 2004: 501)

Como señala Calfee sobre porqué las empresas se molestan en hacer publicidad si no hay un significativo cambio demostrado en el mercado; este autor señala que «cada empresa promociona sus marcas con la creencia —casi totalmente cierta— de que dejar de hacer publicidad significa ceder el mercado a la competencia. El resultado puede ser fácilmente considerado un punto muerto con tantas disputas por las cuotas de mercado y ningún efecto en la demanda total del mercado» (Calfee 2013: 111). Siendo este el panorama, ¿conviene hacer publicidad genérica de productos o servicios? Creo que no.

Cabe también precisar que también existe el supuesto de la Publicidad Conjunta o en común; en nuestro país ha sido evaluada en virtud de la Libre Competencia, Indecopi a través de la Resolución N.º 276-97/TDC-INDECOPI del famoso Caso de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otras, aprobó lo siguiente en el precedente de observancia obligatoria:

Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia: Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia, en los siguientes casos:

(...)

ii) cuando tengan como único objeto la realización de publicidad en común sobre determinados productos de una rama o identificados por una marca común. Sin embargo, puede existir una restricción de la competencia cuando constituye un mecanismo para facilitar la puesta en práctica de acuerdos de fijación de precios o de otras prácticas restrictivas, o cuando se impida a las empresas llevar a cabo individualmente su propia publicidad o cuando se les impongan otras restricciones

De esta manera, la Publicidad Conjunta o en común es *prima facie* un fenómeno permitido; por ejemplo, tendríamos los anuncios que emite la Sociedad Nacional de Industrias, promoviendo el consumo de determinados bienes o servicios; o los que emite la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, promoviendo el consumo de productos o servicios de sus asociados. Lo importante es que el origen empresarial de las ofertas, en este caso, sea determinable por el consumidor a través de lo consignado (sea una marca, nombre societario u otros). Lo que suele suceder es que las asociaciones, federaciones o gremios de empresarios de algún sector lanzan publicidad conjunta o en común, lo cual implica que los orígenes empresariales de los miembros están siendo identificados; como he señalado en mi concepto final de Publicidad Comercial en el artículo, lo que se requiere es un mínimo, no un máximo. Así, es necesario que el anuncio difundido «tenga como mínimo el nombre y apellido del anunciante o la denominación o razón social de la empresa o entidad»; sin embargo, lo ideal es que se muestre un signo distintivo, la voz o la imagen que designe o indique el origen subjetivo del anuncio con relación a productos y/o servicios.

Igualmente, existe otro grupo de casos, como sucede en «Got Milk?», donde una entidad estatal emite un anuncio promoviendo el consumo de cierto tipo de productos o cierto tipo de servicios. Pongamos dos ejemplos: la promoción del consumo de anchoveta por el Ministerio de Producción y la promoción del servicio de turismo a destinos nacionales por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. ¿Existe aquí promoción de productos o servicios genéricos? En nuestra opinión, no. La naturaleza de estos anuncios, en nuestra opinión, se realiza desde las facultades de promoción de ciertos bienes habilitados por la Constitución, las leyes o normas reglamentarias con base en las funciones de cada ministerio.

Por complementar los ejemplos brindados, creemos que la promoción de ciertos productos o servicios no viene con ánimo mercantil, tal como ha señalado el profesor Rejanovinski, sino que viene determinado por el cumplimiento de funciones públicas. Por un lado, tenemos que el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2002-MINCETUR, señala en el inciso b) de su artículo 4 que es un fin del sector la promoción del desarrollo sostenible de la actividad turística, contribuir a la generación de empleo y reducción de la pobreza; y, por otro lado, según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Producción, aprobado por Resolución Ministerial N.º 343-2012-PRODUCE, en el inciso s) del artículo 10 se establece que es función del Viceministerio de Pesquería promover el consumo de recursos hidrobiológicos y de aquellos derivados con valor agregado.

De esta manera, si el Ministerio de Cultura, siguiendo el ejemplo del profesor Maraví hiciera una promoción del servicio de salas de cine, estaría motivado por la función pública de fomento y promoción de las artes y las industrias culturales, promoviendo el acceso a estas manifestaciones culturales, las iniciativas privadas y propiciando el fortalecimiento de la identidad nacional, como lo señala el inciso 13 del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2013-MC.

Ahora bien, pasando al comentario del profesor Rejanovinski, es correcta la diferenciación de la situación fenomenológica que nos presenta la Publicidad Institucional y la Propaganda, como bien lo señala. Existen tres claros supuestos diferentes:

- En la *Publicidad Comercial*, como señalo en la definición final a la que arribo en el artículo, uno o más agentes (como en el caso de la Publicidad Conjunta o en común, traída a debate a raíz del comentario del profesor Maraví) deben buscar la promoción de la contratación o realización de transacciones para satisfacer intereses empresariales, lo que demuestra la finalidad persuasiva de la Publicidad Comercial;
- Por otro lado, en la *Propaganda* se busca difundir ideas de distinto ámbito como político, filosófico, moral, social o religioso; y,
- Finalmente, en la *Publicidad Institucional* se busca enaltecer conductas de relevancia social, tales como temas ambientales, ecológicos, de recaudación fiscal, ahorro de energía, entre otros.

También, como señala el profesor Rejanovinski, creemos que cierto tipo de Publicidad Institucional podría crear aumento del goodwill o reputación en la compañía o, ciertamente, disminuirlo. Como señalamos en el artículo, coincidimos con que los signos distintivos cuentan con función publicitaria, criterio que ha asumido el Tribunal de Indecopi en la actualidad, y que bastaría con la exposición de estos para configurarse Publicidad Comercial. En efecto, si consideramos la responsabilidad social empresarial en temas de relevancia general (medio ambiente, protección a los animales, etcétera), las empresas son más atractivas para ciertos consumidores por estas características, las cuales se traducen en persuasión y, por lo tanto, podríamos hablar de supuestos de Publicidad Institucional que bordean y entran dentro de la función típica de la Publicidad Comercial.

De esta manera, creemos correcta la mención del profesor Rejanovinski respecto a que cierta publicidad institucional, fenomenológicamente hablando, sí cuadre dentro del concepto jurídico de Publicidad Comercial; por ende, sí podría estar dentro del ámbito de aplicación de las normas de Represión de la Competencia Desleal.

Pensemos, por ejemplo, en una campaña publicitaria de protección del medio ambiente emitida por televisión con una marca de bebidas alcohólicas; recordemos que en esta materia tenemos una condición restrictiva en los incisos 2 y 3 del artículo 8 de la Ley N.º 28681 —Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas—,⁴ la cual impone la obligación, a los anunciantes de este tipo de productos, de colocar una frase «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino» por un espacio no menor de tres (3) segundos en las modalidades audiovisuales y radiales. Si no se hiciera notar esta frase, estaríamos cometiendo Actos contra el Principio de Legalidad fijados en el inciso 2 del artículo 17 del Decreto Legislativo N.º 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal— que señala que «constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto a su contenido, difusión o alcance».

En efecto, la publicidad del ejemplo planteado entraría dentro del concepto fenomenológico de Publicidad Institucional porque está haciendo difusión de una idea con relevancia social, como lo es el cuidado del medio ambiente, pero está emitiéndose sin cumplir una restricción de emisión, de fondo y de forma (como se ejemplificó en el artículo sobre la estructura de la comunicación publicitaria) en la emisión del anuncio.

Como ha quedado demostrado, la Publicidad Comercial es un fenómeno del cual se pueden desprender diversos temas que son susceptibles de investigación en el futuro próximo y lejano; ¡Qué duda cabe de que hay publicidad para rato! Sin embargo, debemos recalcar que es muy importante haber iniciado el estudio del concepto jurídico de este fenómeno, para observar si nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de las normas de represión de la competencia desleal, un área que cobra importancia en un mundo globalizado, donde ya podemos observar a un consumidor global que puede comprar del extranjero haciendo click a un anuncio visto por Internet o una red social.

4 Ley N.º 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco
Artículo 8 – De los Anuncios Publicitarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre publicidad, la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones: [...]

2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7º de la presente Ley, por un espacio no menor de tres (3) segundos.

3. Cuando se trate de publicidad radial, al final del anuncio se deberá expresar en forma clara y pausada la frase: «Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino» [...]

Bibliografía

CALFEE, John E.

2013 *Miedo a la persuasión*. Traducción de Gustavo Rodríguez García. Lima: Themis.

CALIFORNIA MILK PROCESSOR BOARD

2014 *Got Milk?*. Consulta 3 de diciembre de 2014.
<http://www.gotmilk.com/>

CHAKRAVARTI, Amitav y Chris JANISZEWSKI

2004 «The influence of Generic Advertising on Brand Preferences». *Journal of Consumer Research*. Volumen 30, número 4.
<http://warrington.ufl.edu/departments/mkt/docs/janiszewski/abstracts/GenericAdvertisingAbstract.pdf>

MESER, Kent D.; Harry M. KAISER y William D. SCHULZE

2004 *The Problem of Generic Advertising: an Experimental Analysis*. Nueva York: Department of Applied Economics and Management, Cornell University. Consulta: 14 de diciembre de 2014. http://www.researchgate.net/publication/238621789_The_Problem_of_Generic_Advertising_An_Experimental_Analysis

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE

2014 *Trademark Electronic Search System (TESS)*. Consulta 3 de diciembre de 2014.
<http://tmsearch.uspto.gov/bin/gate.exe?f=searchss&state=4803:42jo0.1.1>

SECCION III
DERECHO LABORAL

LA PROTECCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES: LOS CASOS PERUANOS

Miguel F. Canessa Montejo

Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid y profesor del Departamento Académico de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo ha trasladado el énfasis en la protección de los derechos laborales a los sistemas universales y regionales de derechos humanos. Cada vez más, los pronunciamientos de los órganos de control internacional y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos se centran en la materia laboral. El sistema interamericano de derechos humanos no se encuentra ajeno a ese proceso. Muestra de ello son las últimas sentencias de los casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se pronuncia sobre la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de sindicalistas, la libertad sindical, las pensiones de jubilación, los despidos o las destituciones, entre otros. Sin embargo, hay una completa ausencia de conocimiento entre los laboristas peruanos sobre el funcionamiento del sistema interamericano. El presente estudio, que pretende aliviar esa carencia, se ha dividido en tres secciones. En primer lugar, se analizan los instrumentos interamericanos de derechos humanos que consagran los derechos laborales, de modo que se puedan establecer con precisión las obligaciones internacionales que se desprenden de ellos. En segundo lugar, se examinan los procedimientos de control del sistema interamericano y se enfatizan los aspectos que correspondan a los derechos laborales. En tercer lugar, se estudian los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana en materia de derechos humanos laborales, para resaltar los aspectos sustanciales de manera que se puedan derivar sus consecuencias jurídicas también sobre los ordenamientos nacionales.

I. Introducción

En los últimos años, se ha producido un notable avance en la protección de los derechos laborales dentro del sistema de protección interamericano. Fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Baena Ricardo y otros del 2 de febrero de 2001 referido al despido de 270 trabajadores estatales panameños la que marcó una línea divisoria en este proceso. A partir de esta sentencia, el sistema interamericano ingresa a una nueva etapa en materia laboral y los pronunciamientos de los órganos de control

interamericano —la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), respectivamente— amplían los temas litigiosos. Los pronunciamientos ya no se reducen a la condena por los asesinatos de sindicalistas, entendible por el período álgido de dictaduras que sufrió la región, sino que también abordan la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la discriminación laboral, los despidos o las destituciones injustificadas, el pago y reajustes de pensiones de jubilación, etc.

Sin embargo, este proceso se ha mantenido ajeno en el mundo laboral nacional, a pesar de que un significativo número de los casos contenciosos laborales ventilados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos son peruanos y que las sentencias del tribunal internacional son obligatorias. Existe la errónea imagen de que estos casos no son relevantes para el ordenamiento nacional o que simplemente no protegen derechos laborales, sino la violación de una garantía judicial o el debido proceso.

En realidad, estas críticas no prestan atención al propio diseño normativo del sistema interamericano de derechos humanos y asumen que se reproduce a nivel regional la estructura normativa de los estados nacionales. Se trata de un desconocimiento del modelo normativo y las obligaciones provenientes del sistema interamericano de derechos humanos. Por eso, resulta importante analizar los pronunciamientos de la Comisión Interamericana o las sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana y considerar la forma en que se encuentran consagrados los derechos humanos laborales dentro de los instrumentos regionales y en qué consisten los procedimientos de control del sistema interamericano.

Tomando en consideración lo señalado, el presente estudio pretende incorporar esta perspectiva en el análisis del sistema interamericano y la protección de los derechos humanos laborales. Por ello, se ha sido dividido el estudio en tres partes. En primer lugar, se analizan los instrumentos interamericanos de derechos humanos que consagran derechos laborales, de modo que se puedan establecer con precisión las obligaciones internacionales que se desprenden de ellos. En segundo lugar, se examinan los procedimientos de control del sistema interamericano y se enfatizan los aspectos que correspondan a los derechos laborales. En tercer lugar, se estudian los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana en materia de derechos humanos laborales relacionados con nuestro país y se resaltan los aspectos sustanciales de manera que se puedan derivar sus consecuencias jurídicas sobre nuestro ordenamiento nacional.

Se ha decidido restringir el análisis del estudio solo a los pronunciamientos de casos laborales peruanos, reconociendo que esta decisión metodológica le hace perder riqueza jurídica a la actuación de los órganos de control interamericano, ya que existen importantes pronunciamientos en materia laboral sobre otros países. No obstante, la justificación de esta restricción reside en que se busca profundizar el impacto de los pronunciamientos en nuestro ordenamiento y resaltar la falta de defensa de los derechos laborales en el Perú.

2. Los derechos humanos laborales en los instrumentos interamericanos

En el interior del sistema interamericano de derechos humanos existe una serie de instrumentos interamericanos que consagran un conjunto de derechos laborales, elevados a la cúspide normativa, con su correspondiente prioridad protectora en el hemisferio. A continuación, se hace un recorrido por esos instrumentos regionales.

2.1. La Carta de la Organización de los Estados Americanos

La OEA se estableció en abril de 1948 durante la Conferencia de Bogotá, en la que participaron 21 estados del hemisferio. La OEA entró en funciones en diciembre de 1951 cuando se alcanzó el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigencia de su Carta.

En la Carta original se establecieron disposiciones sobre derechos sociales «como son las contenidas en los capítulos IV denominado “Normas sobre educación, ciencia y cultura” y VI denominado “Normas sociales”. Por último en el capítulo VII se identificaron metas hacia las cuales deberían orientarse las políticas económicas de los estados, y en el IX se estableció el compromiso que éstos asumen en materia de educación, ciencia y cultura» (CEPAL e IIDH 1997: 21).

La Carta de la OEA ha sido reformada en cuatro ocasiones por medio de los Protocolos de Buenos Aires (febrero de 1967), Cartagena de Indias (diciembre de 1985), Washington (diciembre de 1992) y Managua (junio de 1993).

El Protocolo de Buenos Aires de 1967 incluyó el capítulo VII sobre desarrollo integral dentro de la Carta de la OEA, en el que se ubican los artículos que recogen los derechos laborales. En el artículo 34 se establecen como metas básicas: salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos. Asimismo, el artículo 45 dispone la aplicación de principios y mecanismos, tales como: el trabajo es un derecho y un deber social, que incluye salarios justos (inciso b); el derecho a la asociación (que incluye la sindical), el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia (inciso c) y el desarrollo de una política eficiente de seguridad social (inciso h). A esto debemos agregar el principio de no discriminación recogido en su artículo 3.1 que tiene aplicación en el ámbito de las relaciones laborales.

Estos derechos laborales recogidos en la Carta revelan la importancia adquirida por esta materia dentro del contexto hemisférico. En resumen, la Carta de la OEA no es tan solo un tratado internacional de constitución de un organismo internacional, sino que también recoge un pequeño listado de derechos obligatorios para sus estados miembros.

2.2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Simultáneamente a la constitución de la OEA, los estados americanos reunidos en la Conferencia de Bogotá adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH). Esta Declaración Americana se adoptó meses antes de que la Asamblea de Naciones Unidas aprobase la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración se divide en dos capítulos: Derechos y Deberes, respectivamente. Los derechos laborales recogidos en la Declaración Americana son: el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación (artículo II), el derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), el derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), el derecho a la seguridad social (artículo XVI) y el derecho de asociación que incluye la sindical (artículo XXII). En el plano de los deberes, el artículo XXXVIII establece el deber de trabajar a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

La DADH es el inicio del sistema de protección de los derechos humanos dentro del continente y fue el pilar de la normativa internacional hemisférica por un prolongado tiempo

hasta la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se ha discutido sobre el valor jurídico que goza la Declaración Americana, especialmente desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se pronunciase al respecto en su Opinión Consultiva OC-10 del 14 de julio de 1989.

La opinión consultiva se inició con la consulta de Colombia a la Corte Interamericana sobre el valor jurídico de la Declaración Americana y si la Corte tenía jurisdicción para interpretar la Declaración al amparo del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹ La Corte señala que la Declaración Americana «no fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado» (Corte IDH 1989: párrafo 34). No obstante esto, apoyándose en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia,² la Corte subraya que no es a la luz del momento de la redacción de la Declaración Americana —1948— que debe ser analizado el estatus jurídico del instrumento internacional, «sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que hoy es el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración» (Corte IDH 1989: párrafo 37). Luego, resalta que los artículos 112 y 150 de la Carta de la OEA atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y estos no son otros que los enunciados en la Declaración Americana (Corte IDH 1989: párrafo 41). Asimismo, que la Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los estados miembros (Corte IDH 1989: párrafo 42). Para concluir que «los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Corte se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA» (Corte IDH 1989: párrafo 43). Bajo estos argumentos, la Corte Interamericana resuelve que para los estados miembros de la OEA, «la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales» (Corte IDH 1989: párrafo 44), y, aunque la Declaración no sea un tratado, no debemos concluir que «carezca de efectos jurídicos, ni que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto» (Corte IDH 1989: párrafo 45).

La opinión consultiva de la Corte Interamericana sigue similares argumentos a los que se plantea respecto al carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos como complemento e interpretación de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos (Canessa 2008: 43 y ss.). En este caso, la Declaración Americana es el complemento y la interpretación de la Carta de la OEA.

Hay que agregar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ya se había pronunciado con anterioridad sobre la obligatoriedad de la Declaración

1 El artículo 64 establece: «1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

2 Se refiere a la Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las «Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad» de la Corte Internacional de Justicia.

Americana.³ Su pronunciamiento cuenta con el respaldo de su propio estatuto. En primer lugar, el artículo 1 del estatuto establece que la CIDH es el órgano responsable en materia de derechos humanos dentro de la OEA, entendiéndose que son los derechos consagrados en la Declaración Americana en relación con los estados miembros que no son partes en la Convención Americana. En segundo lugar, el artículo 20, inciso a del estatuto señala: «En relación con los Estados Miembros de la Organización que no son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre». A esto debemos agregar el artículo 51 del Reglamento de la Comisión:⁴ «La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación a los estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos». Con lo que la Comisión IDH tiene la responsabilidad de velar por la observancia de la Declaración Americana que realicen los estados miembros de la OEA.

En resumen, aunque la Declaración Americana no es un instrumento internacional sujeto a ratificación de los estados, los órganos de control del sistema interamericano —la Corte y la Comisión—, han interpretado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones para los estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos, en razón a su estrecho vínculo con la Carta de la OEA y a la práctica reiterada de los estados americanos.

2.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia de San José. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978 al superar el número de ratificaciones exigidas por el texto internacional (artículo 74, párrafo 2).⁵

La Convención Americana es un tratado regional sujeto a ratificación o adhesión de los estados del hemisferio (artículo 74) y se enmarca en los principios ya consagrados por la Carta de la OEA, la DADH y la Declaración Universal de Derechos Humanos. El mandato de la Convención Americana proviene de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria que resolvió elaborar una convención interamericana de derechos humanos que incluyese la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados en derechos humanos.

La Convención Americana reconoce un listado de derechos humanos, especialmente en la categoría de derechos civiles y políticos, al considerar que los derechos económicos, sociales y educacionales han sido ya incorporados en la Carta de la OEA. Sin embargo, la propia CADH

3 «La Comisión Interamericana analizó la obligatoriedad de la Declaración en una decisión adoptada en 1981, concluyendo que la Carta de la OEA toma obligatorios, tanto la Declaración Americana de 1948, como el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. La respuesta de los Estados al examen de denuncias y a otras investigaciones de la Comisión confirma la obligatoriedad de la Declaración» (O'Donnell 1989: 24).

4 La última reforma del Reglamento de la Comisión Interamericana entró en vigencia el 1 de agosto de 2013.

5 Hasta agosto de 2013 lo han ratificado 24 Estados americanos y se han presentado dos denuncias: Trinidad y Tobago (26 de mayo de 1998) y Venezuela (10 de septiembre de 2012).

recoge dentro de su listado de derechos civiles y políticos un conjunto de derechos humanos laborales: la prohibición de la discriminación (artículos 1 y 24); la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 6,1); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (art. 6, 2 y 3); la libertad sindical (art. 16,1); y la protección al menor trabajador (art.19).

Posteriormente, se evaluó que se requería un protocolo adicional a la Convención que incluyese los derechos económicos, sociales y culturales, porque existían agudos problemas de protección. Como bien afirma el juez Cançado (1994: 48): «El respeto de estos derechos quedó así desprovisto de un sistema eficaz de control, por cuanto las disposiciones de la Carta de la OEA no tenían como objeto la protección o la garantía de los derechos humanos, sino más bien a definir para los Estados miembros objetivos y líneas de conducta en materia económica, social y cultural».

La Convención Americana establece dos reglas diferentes dentro de su texto en cuanto a la obligación de la aplicación de los derechos. Por un lado, la regla general de los artículos 1 y 2 del instrumento regional; y, por otro lado, la regla especial para los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26. Los derechos humanos laborales se ubican en ambos espacios normativos.

2.3.1. Las reglas generales de aplicación (artículos 1 y 2)

La Convención Americana establece en su artículo 1, párrafo 1 que: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Conforme a este artículo de la Convención existirían cuatro obligaciones precisas para los estados partes. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH.⁶ En segundo lugar, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH.⁷ En tercer lugar, la obligación de establecer recursos jurídicos efectivos que aseguren la protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana, conforme lo establece el propio instrumento internacional en su artículo 25. En cuarto lugar, la obligación de no discriminar a las personas que se encuentren en el territorio o en la jurisdicción del estado parte en el cumplimiento de las obligaciones señaladas.

El artículo 2 de la Convención establece: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

6 «La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo (la Corte alude al artículo 1 de la Convención), es la de respetar los "derechos y libertades reconocidos" en la Convención (el paréntesis es mío)» (Corte IDH 1988: párrafo 165).

7 «La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» (Corte IDH 1988: párrafo 166).

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Se trata del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, ya sea para derogar normas nacionales que resulten incompatibles con los derechos de la Convención o para elaborar normas que hagan efectivos los derechos en el ámbito nacional.⁸

Las reglas generales de la Convención Americana de Derechos Humanos corresponden en el ámbito de los derechos humanos laborales a los derechos que expresamente han sido recogidos: la prohibición de la discriminación, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical y la protección al menor trabajador. En otras palabras, estos derechos humanos laborales se rigen por el marco general de obligaciones de la CADH.

2.3.2. La regla especial de aplicación de los derechos sociales (artículo 26)

El tratamiento normativo que se realiza sobre los derechos económicos, sociales y culturales se ubica en el artículo 26 de la Convención. Dicho artículo recoge el criterio del desarrollo progresivo de este tipo de derechos: «Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

Con ello, el artículo 26 establece la obligación de los estados partes de adoptar providencias o medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. La interpretación del artículo 26 me conduce a cuatro materias que pretendo abordar. En primer lugar, cuál es el significado del compromiso de adoptar providencias. En segundo lugar, cuáles son los derechos humanos laborales contenidos en la Carta de la OEA a los que se les aplica el presente artículo. En tercer lugar, cómo afectan los recursos disponibles de los estados partes a su obligación de adoptar medidas respecto a los derechos humanos laborales. En cuarto lugar, cómo debe interpretarse el carácter progresivo de estos derechos.

Respecto a la obligación de adoptar providencias establecido en el artículo 26 de la CADH, consiste en que el Estado tome las necesarias acciones para cumplir con las normas del instrumento internacional. Esto significa, en mi opinión, que serían cuatro obligaciones precisas. En primer lugar, la obligación de que cualquier medida adoptada debe respetar el principio de no discriminación. En segundo lugar, la obligación de derogar la legislación interna que no se encuentre conforme con los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA y sustituirla por una legislación acorde con dichos derechos. En tercer lugar, la obligación de establecer los

8 La Corte Interamericana lo ha expresado en los siguientes términos: «El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías» (Corte IDH 1999: párrafo 207).

recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la justiciabilidad de los derechos. En cuarto lugar, la obligación de satisfacer los niveles esenciales de cada uno de los derechos sociales recogidos en la Carta de la OEA. El fundamento de estas obligaciones proviene de la propia interpretación que ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al artículo 2, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC),⁹ que es similar a la regulación de la Convención Americana.

En cuanto al listado de derechos humanos laborales recogidos en la Carta de la OEA, como se ha señalado previamente, son: el principio de no discriminación en el ámbito laboral (artículo 3.1); salarios justos; oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos (artículo 34); el derecho al trabajo; la libertad sindical; el derecho a la negociación colectiva; el derecho a la huelga; el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia; y el derecho a la seguridad social (artículo 45).

Sobre los recursos disponibles como limitante para la adopción de providencias, sin duda, esta variable resulta importante respecto de los derechos más difíciles de materializar, porque se tratan de obligaciones de cumplir, como en el caso del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social, porque en el caso de los restantes derechos se tratan más de obligaciones de respetar —como la libertad sindical y el derecho a la huelga— u obligaciones de proteger —la prohibición de la discriminación en las relaciones laborales o la protección de las organizaciones sindicales—, las cuales no se encuentran condicionadas o limitadas a los recursos disponibles, por lo que no existen impedimentos para su aplicación. Para los derechos que suponen una obligación de cumplir, el instrumento internacional es más flexible para su cumplimiento progresivo, pero se deben garantizar los niveles mínimos de cada uno de ellos.

Finalmente, el carácter progresivo de realización de los derechos enunciados dentro del marco del artículo 26 ha sido interpretado por la Corte Interamericana en diversas sentencias, aunque destacan los casos *Cinco Pensionistas vs. Perú* y *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, respectivamente. En la primera de las sentencias, la Corte establece que los derechos económicos, sociales y culturales tienen tanto una dimensión individual como colectiva. Su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos en general sobre el conjunto de la población, teniendo presente los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (Corte IDH 2003a: párrafo 147). Esto significa que la progresividad de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se materializa en su creciente cobertura sobre el conjunto de la población dentro del marco de la equidad social y no en función de la específica situación de un determinado grupo o de un individuo.¹⁰ En la segunda sentencia, la Corte señala que

9 Es importante resaltar que 25 Estados americanos han ratificado tanto la Convención Americana como el PIDESC.

10 La interpretación de la Corte sobre esta sentencia ha recibido serias críticas: «Tal interpretación no puede inferirse del texto de la norma, ya que no hay mención alguna a la verificación de una situación generalizada para que se configure el supuesto de regresividad. Por ello, creemos equivocado excluir el alcance de la norma a aquellos casos que afectan a un sector determinado de la población, e incluso, a víctimas individuales. Es obvio que los supuestos de violaciones de derechos sociales pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo y en algunas oportunidades como afectaciones de toda la población. A nuestro entender, el cumplimiento de la obligación de no regresividad debe medirse precisamente en situaciones particulares las que, por otra parte, podrán comprender la afectación de derechos de grupos determinados o en ocasiones de toda la población. De lo contrario, la aplicación de esta norma se vería notablemente restringida, contrariando su letra y espíritu y dejando un amplio margen a los Estados para adoptar disposiciones peyorativas que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Por lo demás, la interpretación efectuada por la Corte no se compadece con los estándares

el carácter progresivo de los derechos le otorga cierta flexibilidad en su cumplimiento, ya sea por las dificultades en materializarlo en un breve período de tiempo como por las dificultades que implica su efectividad en cada país.¹¹ Aunque esto no supone restarle la obligatoriedad que tiene el derecho, es decir, en «adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido». Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos (Corte IDH 2009b: párrafo 102). En la misma sentencia, la Corte señala que existe un deber condicionado de no regresividad en el cumplimiento del derecho social, por lo que la regresividad resulta justiciable (Corte IDH 2009b: párrafo 103).

Así, para los derechos humanos laborales ubicados en el marco del artículo 26 de la Convención americana, los estados partes se han comprometido a adoptar providencias que respeten el principio de no discriminación, armonicen su derecho interno con ellos y otorgue la debida protección jurídica, para así lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos dentro de un marco de equidad social, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. No se admite la regresividad en el cumplimiento del derecho, salvo que esté debidamente justificado y se evidencie el aprovechamiento de los recursos que el Estado disponga para su cumplimiento. En todo caso, la regresividad está sujeta a ser justiciable ante los órganos de control del sistema interamericano.

Antes de concluir con el análisis de la regla especial de aplicación del artículo 26, quiero destacar que la libertad sindical se ubica tanto en el marco de los artículos 1 y 2 como en el artículo 26. Es decir, la libertad sindical se encuentra recogido expresamente en el artículo 16.1 de la Convención Americana y, a la vez, en el artículo 45 inciso c) de la Carta de la OEA con lo que está dentro del marco del artículo 26 de la CADH. ¿Qué consecuencia jurídica provoca esta doble presencia en la Convención Americana? En principio, la libertad sindical estaría doblemente protegida por ambos marcos de aplicación, aunque las obligaciones de los artículos 1 y 2 de la CADH son más precisas y por ende muestran con mayor exactitud las obligaciones de los estados partes en la materia.

2.4.El Protocolo de San Salvador

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (en adelante, Protocolo Adicional) fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 para los estados americanos que lo han ratificado.¹² El sustento jurídico

que vienen desarrollando el Comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales lo que no está dentro de su limitada competencia» (Rossi y Abramovich 2004: 468-469). Cfr. Courtis 2006: 44-52.

11 Estos dos criterios expuestos por la Corte provienen de la Observación General N°. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC 1990: párrafo 9).

12 Solo pueden ser Partes en el Protocolo los estados que han ratificado la Convención Americana. Hasta agosto de

del Protocolo Adicional proviene del artículo 31 de la CADH que dispone: «Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 26 y 77».

La ausencia de derechos económicos, sociales y culturales en la redacción de la Convención Americana provocó la necesidad de elaborar un tratado complementario sobre la materia. En una de sus consideraciones, el Protocolo Adicional resalta:

Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente sus riquezas y recursos naturales

Asimismo, en otra de sus consideraciones se reconoce la interdependencia entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Dentro de este marco normativo, hay un significativo número de derechos laborales que son consagrados como derechos humanos en el sistema interamericano por medio de este Protocolo Adicional, siguiendo la línea ya formuladas por la Carta Americana de Garantías Sociales de 1947 y la Carta de la OEA. El Protocolo de San Salvador recoge en el plano individual los siguientes derechos humanos laborales: el derecho al trabajo (artículo 6), el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7), el derecho a una remuneración mínima (artículo 7, inciso a), la libertad de trabajo (artículo 7, inciso b), la promoción en el empleo (artículo 7, inciso c), la estabilidad laboral (artículo 7, inciso d), la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 7, inciso e), la prohibición del trabajo nocturno o labores insalubres o peligrosas para los menores de 18 años de edad (artículo 7, inciso f), la prohibición de trabajos que pongan en peligro la salud, seguridad o moral de menores de 16 años de edad (artículo 7, inciso f), la limitación de la jornada de trabajo (artículo 7, inciso g), el derecho al descanso (artículo 7, inciso h), las vacaciones pagadas (artículo 7, inciso h), la remuneración de los días feriados (artículo 7, inciso h) y derecho a la seguridad social (artículo 9). En el caso de los derechos colectivos, el Protocolo reconoce los derechos sindicales en el artículo 8 y exige que los estados partes garanticen: el derecho a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (inciso a, párrafo 1), el derecho a la huelga (inciso b, párrafo 2) y nadie podría ser obligado a pertenecer a un sindicato (párrafo 3).

Con la ratificación o adhesión de un Estado americano al Protocolo Adicional, se le impone una serie de obligaciones exigibles establecidas en el instrumento internacional. En

2013 lo han ratificado 16 estados americanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

primer lugar, la obligación de adoptar determinadas medidas. En segundo lugar, la obligación de adoptar disposiciones en el derecho interno. En tercer lugar, la obligación de garantizar la no discriminación en la titularidad, el goce y el ejercicio de los derechos enunciados en el Protocolo Adicional. Dichas obligaciones son exigibles sin que medie ningún impedimento o condicionamiento para su cumplimiento.

La primera obligación es la adopción de medidas que se encuentra recogida en el artículo I del Protocolo Adicional, que señala:

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo.

La segunda obligación es la adopción de disposiciones de derecho interno que se encuentra recogido en el artículo 2 del Protocolo Adicional, que señala: «Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos».

Esta obligación se complementa con lo señalado en el primer artículo del Protocolo. La obligación de adoptar medidas necesarias incluye la adopción de disposiciones de derecho interno que aseguren la efectividad de los derechos recogidos en el Protocolo Adicional. Asimismo, este artículo es similar al artículo 2 de la Convención Americana, por lo que debería seguirse la interpretación que ha formulado al respecto la Corte Interamericana. Es decir, significan dos obligaciones. Por un lado, la supresión de las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en el instrumento regional. Por otro lado, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte IDH 1999: párrafo 207).

La tercera obligación está establecida por el principio de no discriminación,¹³ que se encuentra recogido en el artículo 3 del Protocolo Adicional, que señala: «Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Esta obligación general ha sido analizada por la Corte Interamericana. De ella se desprenden tres obligaciones específicas para los estados partes. En primer lugar, la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias. En segundo lugar, la obligación de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio. En tercer lugar, la obligación de combatir las prácticas discriminatorias (Corte IDH 2003b: párrafo 88).

En breve, el significado de estas tres obligaciones reseñadas para los derechos humanos laborales del Protocolo de San Salvador se resumen en que los estados deben adoptar las

13 La Corte Interamericana ha definido la discriminación «para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos» (Corte IDH 2003b: párrafo 84).

medidas necesarias para garantizar su plena efectividad dentro de los ordenamientos nacionales, lo que puede representar la derogación o modificación de las normas laborales vigentes para su adecuación al Protocolo o la promulgación de normas. Asimismo, la adopción de estas medidas necesarias incluye la prohibición de introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las existentes y especialmente combatir las prácticas discriminatorias en las relaciones laborales.

2.5. Otros instrumentos regionales de derechos humanos

Luego de la elaboración del Protocolo de San Salvador, el sistema interamericano de derechos humanos ha ingresado a una etapa en la que los nuevos instrumentos regionales tienen una naturaleza temática que refuerza y complementa a los anteriores. En el presente estudio se destacan aquellos que recogen derechos humanos laborales.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o «Convención de Belém do Pará» fue adoptada el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 5 de marzo de 1995.¹⁴ La Convención define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 1). De acuerdo con esta definición, la Convención se aplica cuando una mujer sufre violencia dentro de las relaciones laborales, con independencia de que se desenvuelva en la administración pública o en el sector privado. Asimismo, la Convención establece el acoso sexual en el lugar de trabajo como uno de los supuestos de violencia contra la mujer (artículo 2, inciso b).

La Convención subraya que la mujer goza del listado de derechos humanos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre la materia, y destaca dentro de ellos la libertad de asociación (artículo 4 inciso h) y el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país (artículo inciso j). Asimismo, se resalta el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, incluida la que se produzca en materia laboral (artículo 6 inciso a).

Entre las obligaciones principales establecidas en la Convención, una de ellas consiste en que los estados partes deben adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (artículo 7). A partir de una lectura del instrumento regional se pueden precisar las siguientes políticas para el caso de la protección de la mujer trabajadora. En primer lugar, abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la trabajadora y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación. En segundo lugar, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia de la mujer en el mundo del trabajo. En tercer lugar, incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en el mundo del trabajo y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. En cuarto lugar, adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la trabajadora de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad. En quinto lugar, tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para

¹⁴ Hasta agosto de 2013 lo habían ratificado 32 estados americanos y es uno de los instrumentos regionales de derechos humanos que ha recibido el mayor número de ratificaciones o adhesiones.

modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la trabajadora. En sexto lugar, establecer procedimientos legales justos y eficaces para la trabajadora que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. En séptimo lugar, establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la trabajadora objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. En octavo lugar, adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue adoptada el 7 de junio de 1999 y entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.¹⁵ Se define la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (artículo I.1). Asimismo, se entiende por discriminación contra las personas con discapacidad toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (artículo I.2).

La Convención establece como una obligación del estado parte adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole para eliminar este tipo de discriminación contra las personas con discapacidad (artículo III.1). Estas medidas deben ser adoptadas por las autoridades gubernamentales y por las entidades privadas en el empleo (artículo III.1.a), por lo que la responsabilidad corresponde tanto al Estado como a los empleadores privados. Asimismo, es una obligación del Estado trabajar prioritariamente en la formación ocupacional para las personas con discapacidad (artículo III.2), de modo que puedan acceder a puestos de trabajo.

La Carta Democrática Interamericana fue adoptada el 11 de setiembre de 2001 y, aunque no tiene carácter vinculante para los estados americanos, es un instrumento regional que relaciona el respeto de los derechos humanos con el proceso de consolidación de la democracia representativa en el hemisferio. En una de sus consideraciones se reconoce «que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la realización de los ideales democráticos».

La Carta señala que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana (artículo 9). Asimismo, en su artículo 10 establece que:

La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de las normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio.

¹⁵ Hasta agosto de 2013 lo habían ratificado 19 estados americanos.

Recientemente, se han adoptado dos importantes convenciones interamericanas contra la discriminación, aunque todavía no han entrado en vigor, merecen ser destacadas porque incorporan los avances jurisprudenciales y doctrinales producidos en la materia.

La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia fue adoptada el 5 de junio de 2013. La Convención define la discriminación como «cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes». Otro de los aportes de la Convención es ampliar y dejar abierto el listado de causales de discriminación:

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra (Artículo I, numeral 1).

Asimismo, añade las nociones de discriminación múltiple o agravada (numeral 2), la discriminación indirecta (numeral 3) y la intolerancia (numeral 5); exceptúa de la noción de discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas (numeral 4).

La Convención utiliza el término «ser humano» —que sustituye al término «persona»— para referirse a los sujetos protegidos por el instrumento regional. Con esto se buscaría evitar distinciones axiológicas que desvirtúen la universalidad de la protección. Así, el artículo 2 establece: «Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada». De este modo, se refuerza la aplicación del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral. El artículo 3 señala: «Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo».

La Convención establece como obligaciones de los estados partes prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia en el goce de los derechos humanos —incluidos los laborales— consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos (artículo 4, numeral viii) y en la denegación del acceso a cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 4, numeral xii). Además, existe la obligación de formular y aplicar políticas públicas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades de carácter laboral o social para todas las personas.

Hay que resaltar el artículo 7 que ordena:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia, aplicable a todas las autoridades públicas, así como a todas las personas naturales o físicas, y jurídicas, tanto en el sector público como privado, en especial en las áreas de empleo, [...], protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros; y a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia.

Se trata de plasmar claramente la obligación estatal en legislar sobre la prohibición de la discriminación, incluida la materia laboral.

También la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia fue adoptada el 5 de junio de 2013. La singularidad de esta Convención respecto a la anterior es que busca ser más precisa sobre una de las modalidades de discriminación. Así, define la discriminación racial y establece que puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico (artículo 1, numeral 1). Asimismo, define como racismo «cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial». La Convención condena el racismo por ser contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y es condenado por los estados partes.

La aplicación de esta Convención se plantea tanto en el ámbito público como privado y es obligación del Estado asegurar su cumplimiento en ambas esferas. Asimismo, establece las mismas obligaciones reseñadas en la anterior Convención, por lo que su exigencia corresponde también en materia laboral.

A lo largo de esta primera parte, se ha analizado la naturaleza jurídica de los instrumentos regionales de derechos humanos que recogen derechos humanos laborales, así como las obligaciones que se imponen a los estados. En primer lugar, la obligación de respetar los derechos y libertades recogidas en el instrumento internacional. En segundo lugar, la obligación de proteger los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. En tercer lugar, la obligación de no discriminar en la titularidad, goce y el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. En cuarto lugar, la obligación de adoptar medidas para hacer efectivo los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. La adopción de las medidas debe producirse dentro de un plazo de razonable desde la entrada en vigencia del instrumento regional en el ordenamiento interno. Las medidas deben derogar, modificar o reformar la legislación para que concuerde con los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. Las medidas deben aprobar la legislación que asegure el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. Las medidas deben suprimir las prácticas que entrañen una violación de los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional. En quinto lugar, la obligación de ofrecer recursos jurídicos internos efectivos que aseguren la protección de los derechos y libertades consagrados en el instrumento regional.

Este conjunto de obligaciones cubren las relaciones laborales tanto en el sector público como en el sector privado. Asimismo, su protección alcanza tanto los actos cometidos por los agentes del Estado como por las personas particulares y las entidades privadas.

Queda claramente establecido el carácter obligatorio de los instrumentos regionales de derechos humanos. Si con esto se ha reafirmado el carácter obligatorio de los derechos humanos laborales en el hemisferio americano, lo que sigue es estudiar los procedimientos de control implementados en el sistema interamericano de derechos humanos.

3. Los procedimientos de control interamericanos y los derechos humanos laborales

En esta parte se presentan brevemente los procedimientos de control interamericanos establecidos por los instrumentos regionales de derechos humanos. El sistema interamericano cuenta con tres tipos de procedimientos de control: el sistema de reportes, el sistema de peticiones y los casos contenciosos ante la Corte Interamericana. En el presente estudio nos concentraremos en los dos últimos.

3.1. El sistema de peticiones

Tomando como criterio la violación de algún derecho recogido en un instrumento interamericano de derechos humanos, existen seis clases de peticiones o denuncias. En primer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 51 del Reglamento de la CIDH). En segundo lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Convención Americana (artículos 44 y 45 de la CADH). En tercer lugar, las peticiones dirigidas por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación recogido en el Protocolo de San Salvador (artículo 19, párrafo 6 del Protocolo Adicional). En cuarto lugar, las peticiones dirigidas por la violación de algún derecho de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 12 de la referida Convención). En quinto lugar, las peticiones dirigidas por la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 8 y 16 de la referida Convención). En sexto lugar, las peticiones dirigidas en las que se alegue la desaparición forzada de personas (artículos XIII y XIV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Hay que tener presente que las dos convenciones interamericanas sobre discriminación también incluyen un sistema de peticiones que se pueden presentar ante la CIDH que contengan denuncias o quejas por su violación.

En el presente estudio, nos centraremos en estudiar los cuatro primeros sistemas de peticiones, porque en ellos pueden ventilarse violaciones a los derechos humanos laborales consagrados en instrumentos regionales.

El primer tipo de peticiones que se presentan por la violación de algún derecho de la Declaración Americana se encuentra amparado en el artículo 49 del Reglamento de la Comisión Interamericana, que señala que la CIDH recibe y examina la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la DADH en relación con los estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana.¹⁶

Como se señaló anteriormente, el establecimiento de peticiones sobre violaciones de derechos de la DADH es uno de los argumentos para sostener el carácter obligatorio del

16 Hay 11 estados miembros de la OEA que no han ratificado o no se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que pueden ser denunciados con esta modalidad: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago y Venezuela (los dos últimos Estados denunciaron la Convención).

instrumento internacional para los estados del hemisferio.¹⁷ Asimismo, este primer sistema de peticiones está dirigido a aquellos países que no han ratificado o no se han adherido a la Convención Americana, lo que asegura que existe una base mínima de protección de los derechos humanos en el hemisferio. También debe mencionarse que la Declaración Americana recoge indistintamente derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales en su listado; en tanto que la Convención se concentra mayoritariamente en los derechos civiles y políticos. Aunque el número de derechos humanos y la precisión en el contenido de los derechos se encuentran mejor expresados en la Convención en comparación con la Declaración; sin embargo, esto no le resta importancia a este sistema de peticiones.

En el caso de los derechos humanos laborales, hay que subrayar que salvo la prohibición de la discriminación y la libertad sindical, los derechos recogidos en la Declaración Americana no coinciden con los de la Convención Americana, lo que de alguna manera impide gozar de una uniformidad en la verificación de los derechos entre los distintos estados.

El segundo tipo de peticiones que se presentan por la violación de algún derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dividen en función al denunciante. En primer lugar, las que son presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización contra un estado parte de la Convención (artículo 44 de la CADH). En segundo lugar, las que son presentadas por un estado parte contra otro por violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, siempre que ambos estados —denunciante y denunciado— hayan reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar dichas peticiones (artículo 45, párrafos 1 y 2).

En el primer caso, el artículo 44 de la Convención Americana otorga una potestad amplia para presentar peticiones, porque no exige a los denunciantes —cualquier persona o entidades no gubernamentales— que sean víctimas directas de la violación. Así, el derecho de acceso ante la Comisión (*jus standi*) es abierto. Esta potestad amplia ha sido uno de los principales aportes del sistema interamericano a la protección de los derechos humanos y la masiva práctica en el hemisferio ha permitido consolidar el sistema de peticiones.

En cambio, en el segundo caso, las peticiones entre los estados partes del artículo 45 de la Convención Americana han sido prácticamente nulas. Ya sea por la escasez de estados que han aceptado la competencia de la CIDH para recibir y examinar dichas peticiones,¹⁸ o porque entre los estados que la han aceptado simplemente se prefiere evitar su ejercicio.

El tercer tipo de peticiones que se presentan por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación se encuentran amparadas en el artículo 19, párrafo 6 del Protocolo de San Salvador,¹⁹ que señala que el procedimiento se asemeja al sistema de peticiones

17 «El hecho de que las denuncias de violaciones a la Declaración Americana sean tratadas, en términos generales, de la misma manera que las relativas a la Convención, es decir, como denuncias de violación al Derecho internacional, es una práctica que contribuye a la “cristalización” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, o al menos de algunas de sus disposiciones, como Derecho internacional consuetudinario» (Nikken 1998: 29).

18 Solo diez estados han reconocido dicha competencia: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela, aunque este último por su denuncia a la CADH condiciona la competencia a los casos que se ventilen sobre hechos previos al 10 de setiembre de 2013.

19 El artículo 19 párrafo 6 del Protocolo de San Salvador señala: «En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podrá dar lugar, mediante la participación de la Comisión

individuales del artículo 44 de la CADH. Así, cualquier persona o entidad no gubernamental puede presentar una denuncia ante la CIDH por la violación de la libertad sindical o el derecho a la educación contra un estado parte del Protocolo Adicional.

Merece mencionarse que algunas peticiones individuales son formuladas con el apoyo de la Carta de Garantías Sociales, por ejemplo, la petición contra el gobierno de Venezuela por la violación del artículo 39 que obliga a los estados a tomar medidas efectivas para preservar las culturas indígenas y evitar las incursiones ilegales en sus territorios, aunque la petición se sustentaba principalmente en el retraso procesal injustificado en la causa seguida en el país, lo que significaba una violación de la CADH (Ávila y otros 1999: 422). Este tipo de peticiones que se fundamentan también en la Carta de Garantías Sociales, le permiten al instrumento internacional ponerse de relieve en la aplicación de los derechos humanos en el hemisferio. Así, tanto la CIDH como la Corte Interamericana pueden apoyarse en la Carta para interpretar los derechos humanos en las peticiones y en los casos contenciosos u opiniones consultivas, respectivamente.

El procedimiento de las peticiones tiene una parte general que se aplica a las tres clases de denuncias estudiadas y se encuentra regulado en los artículos 22 al 44 y 47 al 50 del Reglamento de la CIDH. A su vez, esta regulación se encuentra complementada por los artículos 46 al 51 de la Convención Americana para el segundo y el tercer tipo de peticiones. Finalmente, para los casos que luego son sometidos a la Corte Interamericana, se aplican los artículos 45 y 46 del Reglamento de la CIDH.

La parte general del procedimiento se inicia con la recepción de la petición por la CIDH, quien evalúa la admisibilidad de la petición, traslada la comunicación al Estado denunciado y le solicita la información que considere necesaria para su evaluación. Recibida la respuesta del Estado, la CIDH verifica si se han interpuesto y cumplido con el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, salvo las excepciones dispuestas por el artículo 31 del Reglamento.²⁰ Asimismo, verifica el cumplimiento del plazo para la presentación de denuncias (dentro de los 6 meses contados del agotamiento de los recursos internos) y verifica que no exista duplicación de procedimientos. Si la CIDH se pronuncia a favor de la admisibilidad de la petición, esta se registra como caso y el órgano de control se aboca al estudio del fondo del asunto.

Con la apertura del caso, la CIDH invita a los peticionarios a que presenten sus observaciones adicionales, las cuales son transmitidas al Estado para que también formule las suyas. Asimismo, si la CIDH lo considera necesario puede solicitar al Estado el consentimiento para realizar una investigación in loco. Luego, la Comisión elabora un informe sobre el fondo del caso, que es el resultado del debate y la votación entre sus miembros. Si se establece que

Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

20 El artículo 31 del Reglamento de la CIDH establece:

«1. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.
2. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; o c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.
3. Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente».

no hubo violación, la CIDH lo manifiesta en su informe, que es transmitido a las Partes y se publica en su informe anual. En cambio, si se establece la violación de uno o más derechos, la CIDH prepara un informe preliminar, en el que presenta sus proposiciones y recomendaciones que trasmite al Estado y fija un plazo para que el Estado adopte las medidas que permitan cumplir las recomendaciones.

Si en el plazo de tres meses desde la comunicación del informe preliminar al Estado, el asunto no ha sido solucionado, la CIDH puede emitir por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que contenga su opinión, las conclusiones finales y sus recomendaciones. Dicho informe definitivo es remitido a las partes, quienes dentro de un plazo fijado por el órgano de control deben comunicar sobre su cumplimiento. Asimismo, la CIDH lo incluye dentro de su informe anual para la Asamblea General de la OEA.

Cabe mencionar que a lo largo del procedimiento, por solicitud de cualquiera de las Partes o por iniciativa de la CIDH, se puede llegar a una solución amistosa sobre la petición o caso. Si se logra un acuerdo entre las partes, la solución amistosa se aprueba en el informe de la CIDH con una breve exposición de los hechos y la solución lograda. En todos los casos, la solución amistosa debe fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos regionales (la Declaración Americana, la Convención Americana y otros instrumentos aplicables).

Una vez publicado el informe sobre la solución amistosa o sobre el fondo de la petición, la CIDH puede tomar las medidas que considere oportunas para el seguimiento de sus recomendaciones.

Los estados no cumplen con las recomendaciones del informe en los casos que se ubican dentro del segundo y tercer tipo de peticiones –violaciones al CADH y violaciones a la libertad sindical o al derecho a la educación del Protocolo Adicional–, la CIDH podrá someter el caso a la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya reconocido la jurisdicción contenciosa del tribunal internacional. Asimismo, el propio Estado interesado que ha aceptado la jurisdicción contenciosa puede también someter el caso ante la Corte Interamericana.

Existe división de opiniones sobre el carácter obligatorio para los estados denunciados de las recomendaciones formuladas por la CIDH ante los casos que se establece la violación de uno o más derechos. Por un lado, autores como Nikken, sostienen que si bien el segundo Informe de la Comisión no tiene la misma fuerza vinculante de una sentencia de la Corte Interamericana, el incumplimiento del Estado supone una infracción del derecho internacional.²¹ Por otro lado, autores como Pinto, sostienen que la recomendación carece de fuerza vinculante para los estados, pero no se puede aceptar que carezca de efectos.²²

21 «Cabe destacar que, si bien el segundo informe de la Comisión no tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia de la Corte, el Estado que lo desacate está infringiendo el derecho internacional, obligado como está a cooperar para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrezca la debida protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta última publicación tiene, pues, un efecto de condena a ese desacato, de carácter moral y político frente a la comunidad interamericana y frente a la opinión pública. Lamentablemente, las resoluciones de la Comisión sobre peticiones individuales no han tenido, en su conjunto, una gran repercusión en la Asamblea General de la OEA y su trascendencia pública ha sido limitada» (Nikken 1998: 34-35).

22 «El carácter no vinculante de una recomendación se impone por evidente. Si bien ello es así, no resulta menos evidente que el principio del efecto útil conduce a sostener que entre la interpretación de la norma que lo priva de sentido y aquélla que se complace con el orden jurídico, debe preferirse la última. Por ello, dado el consentimiento del Estado para respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana, y su observancia del sistema de peticiones, no puede aceptarse que el pronunciamiento de la Comisión carezca de efectos. Por el contrario, debe asumirse que el informe de la CIDH vincula al Estado concernido en la petición en

La Corte Interamericana ha fijado su posición al señalar que «el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria» (Corte IDH 1995: párrafo 67).²³

Luego, la Corte ha matizado su interpretación por medio de otra sentencia, en la que señala:

En virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos» en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte «para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes», por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (Corte IDH 1997b: párrafos 80-81).

Finalmente, el cuarto tipo de peticiones se encuentra establecido en el artículo 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Conforme a dicha regulación, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la OEA, puede presentar a la CIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de la violación de algunas de las obligaciones provenientes de la Convención (artículo 7) cometidas por un estado parte. Le corresponde a la CIDH evaluar su trámite de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento de peticiones señaladas anteriormente.

En resumen, el sistema de peticiones individuales se ha convertido en el más importante mecanismo de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano. En

cuanto a lo que manifiesta respecto de la compatibilidad o incompatibilidad con las normas de la Convención aun cuando nadie cuestione que las medidas que recomiende para superar la violación de los derechos protegidos sean sólo recomendaciones» (Pinto 1998: 177).

23 La sentencia de la Corte Interamericana ha recibido fundadas críticas, un buen ejemplo la fórmula Krsticevic (1998: 423-424):

«La sentencia de la Corte pone mayor énfasis en el significado ordinario del término recomendaciones que en el significado corriente de la letra del artículo 51.2, el cual exige que el Estado tome las medidas necesarias para remediar la violación al tratado. Así el art. 51.2 reza: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”. De este modo, la Corte desvirtúa el principio de progresividad y pro hominis propios de la interpretación de los tratados de derechos humanos. paradójicamente, la propia Corte –en una composición anterior a la que falla el caso Caballero– parece brindar un argumento adicional en favor de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión basado en las particularidades de la estructura del sistema interamericano. En la Opinión Consultiva 13/93, la Corte explica cómo la Convención Americana prevé atribuciones particulares a la Comisión en la tramitación de los casos y la supervisión de la ejecución de las decisiones del sistema a falta de un Comité de Ministros –como establece el sistema europeo que sirvió de modelo del interamericano».

el caso específico de los derechos humanos laborales, estos se ven protegidos en función del instrumento interamericano que lo recoge, por lo que cualquiera de los cuatro tipos de peticiones estudiados puede ser implementado para su defensa. Asimismo, hay que resaltar que el sistema de peticiones individuales, salvo el primero de los estudiados, puede ampliar su protección más allá de las recomendaciones que formula la CIDH, en tanto que las peticiones pueden ser sometidas como casos contenciosos ante la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya reconocido la jurisdicción contenciosa del tribunal internacional.

3.2. Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme a la Convención Americana, solo los estados partes y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, siempre que se haya agotado el procedimiento del sistema de peticiones (artículo 61) y el estado parte haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (artículo 62, párrafos 1 y 2).²⁴ A diferencia del sistema de peticiones, el derecho a acceso a la Corte (*jus standi*) se restringe a la CIDH y a los estados partes, por lo que quedan excluidas las víctimas, las personas en general o las entidades no gubernamentales de presentar directamente una denuncia.

En el caso de la CIDH, el órgano de control interamericano somete un caso a la Corte Interamericana cuando el estado parte no ha cumplido con las recomendaciones establecidas en su informe, salvo que la decisión mayoritaria absoluta de sus miembros considere lo contrario.

Si bien la Convención Americana no ha regulado los criterios que debe seguir la CIDH para someter un caso a la Corte Interamericana, es decir, cuáles son los casos que habiendo declarado la violación de un instrumento regional de derechos humanos deben ser sometidos a la Corte y cuáles deben concluir en el sistema de peticiones; el artículo 45 del Reglamento de la CIDH marca unas pautas al respecto.²⁵

Sometido el caso ante la Corte Interamericana se inicia el proceso ante el tribunal internacional que consta de dos grandes etapas: el procedimiento escrito y el procedimiento oral. En el primero, se hace un examen preliminar de la demanda para observar el cumplimiento de los requisitos. Se notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes para que puedan presentar sus escritos a la Corte. Se notifica al Estado denunciado para que presente su contestación, que puede incluir excepciones preliminares. En el caso de la presentación de excepciones preliminares, la Corte puede fijar una audiencia especial al respecto y puede resolverla en una sola sentencia con el fondo del caso. En el segundo, se fijan

24 Hasta agosto de 2013 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Trinidad y Tobago (mayo de 1998) y Venezuela (setiembre de 2012) denunciaron la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo que incluyó la competencia de la Corte IDH.

25 El artículo 45 del Reglamento señala:

«1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. 2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular; fundada entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y, e) la calidad de la prueba disponible».

las audiencias necesarias para el cabal cumplimiento del proceso. Se cumplen con las diligencias probatorias.

En cualquier momento del proceso, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte —presentado por la CIDH— puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes (artículo 63, párrafo 2 de la CADH).

La sentencia que resuelva el caso contencioso debe ser motivada, pudiendo cualquiera de los jueces agregar al fallo su opinión disidente o individual (artículo 66 de la CADH). La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance de la sentencia, la Corte puede interpretarla a solicitud de cualquiera de las partes (artículo 67 de la CADH). La Corte, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad, puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Asimismo, la Corte puede ordenar las reparaciones por las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada (artículo 63, párrafo 1 de la CADH).

En cuanto a la ejecución de la sentencia, la Convención Americana ha establecido claramente su obligatoriedad. Así los estados partes del instrumento internacional están comprometidos a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68, párrafo 1) y que la parte del fallo donde se disponga una indemnización compensatoria se pueda ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68, párrafo 2).

La Corte goza de la potestad de supervisar el cumplimiento de la sentencia y solo después de su cumplimiento es que se dará por concluido el caso. Esto se encuentra amparado por el mencionado artículo 63, párrafo 1 de la Convención Americana, conforme lo resalta la propia Corte (Corte IDH 2003c: párrafos 63-64). Este criterio quedó claramente establecido por la Corte cuando vinculó el cumplimiento de la sentencia con el derecho al acceso a la justicia:

Para satisfacer el derecho al acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en el cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho al acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho (Corte IDH 2003c: párrafo 82).

En caso de incumplimiento de la sentencia por parte del Estado denunciado, la Corte lo somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, con las recomendaciones pertinentes (artículo 65 de la CADH). Sin embargo, no se ha establecido qué tipo de medidas puede adoptar la Asamblea contra el Estado que desacata el fallo.²⁶

Hasta aquí, se ha hecho un breve repaso de los procedimientos de protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano. Lo sustancial para la investigación es

26 «No se ha establecido el tipo de medidas que podría adoptar la Asamblea General, ni tampoco se han indicado los mecanismos coactivos que ella estaría en condiciones de utilizar para lograr el cumplimiento de la sentencia; sin embargo, hay que admitir que, en ciertos casos, la mera posibilidad de que ese asunto pueda ser debatido ante una instancia internacional podría, por sí sola, actuar como disuasivo para el incumplimiento de los fallos de la Corte» (Faúndez 2009: 916).

evaluar los pronunciamientos que se han emitido para la protección de los derechos humanos laborales; esto se desarrolla dentro del análisis de los dos órganos de control.

4. Los pronunciamientos en materia laboral de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia laboral de la Corte Interamericana

Conforme lo señala el artículo 33 de la CADH: «Son competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos». A continuación, analizaremos los dos órganos de control en referencia a sus pronunciamientos en materia laboral.

4.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Carta reformada de la Organización de Estados Americanos establece en su artículo 106 del Capítulo XV la conformación de la CIDH y señala como su función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Su creación se remonta a la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile (1959). Inicialmente, era una organización autónoma de la OEA. Su estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960 y se instaló el 3 de octubre de 1960. Posteriormente, con el Protocolo de Buenos Aires (1967) se incluyó a la CIDH como órgano principal de la OEA por medio de la reforma de la Carta de la OEA.

La Comisión está compuesta por siete miembros (artículo 34 de la CADH), quienes distribuyen sus labores en relatorías por los países monitoreados y por los temas especiales que ha considerado la propia CIDH. Entre las relatorías temáticas merece destacarse aquellas que son competentes sobre algunas de las materias laborales: la Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas (1994); la Relatoría sobre los derechos de la mujer (1994); la Relatoría sobre los trabajadores migrantes y miembros de sus familias (1996); la Relatoría sobre los derechos de la niñez (1998); la Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad (2004); y la Relatoría sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial (2005). Asimismo, en el 2012 se constituyó la Unidad de derechos económicos, sociales y culturales que «tiene el mandato de colaborar en el análisis y evaluación del goce de estos derechos en las Américas, asesorar a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en la materia, realizar visitas a los estados, y elaborar estudios e informes» (CIDH 2012: párrafo 142).

En el marco de las atribuciones reseñadas de la CIDH, este organismo elabora tres clases de informes: anuales, de países y temáticos.²⁷ En ellos se pronuncia sobre los casos de violaciones de derechos humanos sometidos a su competencia y sobre la situación de los derechos humanos en los estados miembros de la OEA.

Los informes anuales se encuentran dispuestos por el inciso g) del artículo 41 de la Convención Americana. Estos informes evidencian las labores cumplidas durante el último

²⁷ En realidad, el informe anual contiene dentro de sus capítulos los informes por países y los informes temáticos, pero en razón a su extensión y especificidad han adquirido autonomía.

período anual de actividades de la CIDH y se presenta a la Asamblea General de los Estados Americanos.

El primer informe anual se elaboró en 1970 con la finalidad de mostrar el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados en la Declaración Americana, tomando en consideración que todavía la Convención Americana no estaba en vigor. El informe contiene una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y formular las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquiera otra información que la Comisión tenga a su alcance (CIDH 1970: párrafo 4). Ese primer informe anual se pronuncia en su acápite 6 sobre el derecho al trabajo y a una justa distribución, lo que evidencia la importancia que goza la materia laboral en la protección de los derechos humanos en el hemisferio.

Los casos individuales en el sistema de peticiones tienen por sustento el ya mencionado artículo 44 de la Convención Americana para los estados partes y el artículo 20 del Estatuto de la CIDH para los estados que no son partes en la Convención.

Aquí nos centramos en los pronunciamientos de la CIDH, en especial las denuncias contra Perú sobre violaciones a los derechos laborales consagrados en los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

4.1.1. Los casos de ejecución extrajudicial o desaparición forzada de sindicalistas

Desde el inicio de sus actividades, la CIDH enfrentó denuncias sobre el asesinato o la desaparición de sindicalistas, mayormente durante las dictaduras militares del hemisferio. Ante estos hechos, la CIDH cumplió una valiosa labor y se pronunció en reiteradas ocasiones respecto a las graves violaciones que se cometían. En la actualidad, el hemisferio cuenta con gobiernos democráticos y han disminuido considerablemente este tipo de violaciones, pero lamentablemente se siguen produciendo estas graves violaciones.

En primer lugar, podemos señalar su pronunciamiento sobre el asesinato de Pedro Huilca Tecse, máximo dirigente de la Confederación General de Trabajadores del Perú, ocurrido en diciembre de 1992. Los familiares de la víctima presentaron la denuncia contra el Estado peruano por el referido hecho (Caso 11768). La CIDH sometió ante la Corte Interamericana el caso por ejecución extrajudicial el 12 de marzo de 2004, al considerar la ausencia de una investigación completa, imparcial y efectiva sobre los hechos aunada a actos, más bien, tendientes a encubrir la verdad y a los responsables de la ejecución (CIDH 2004a: párrafo 433).

Otros casos muy graves fueron las desapariciones de sindicalistas peruanos. El caso 10820 de Américo Zavala, delegado sindical de la empresa contratista «Benavides-Gutiérrez» que realizaba obras para la empresa estatal Centromin-Perú, fue detenido por efectivos militares y desde su detención continúa desaparecido. La CIDH concluye que el Estado peruano es el responsable de la desaparición del referido trabajador (CIDH 2000: párrafo 69). El caso 10879 de Zenón Huamaní, dirigente del sindicato de profesores de Ayacucho (Perú) recogido en el Informe N°. 54/99, donde la CIDH concluye que las fuerzas públicas del Estado peruano procedieron a detener arbitrariamente y desaparecer al dirigente sindical (CIDH 1999: párrafo 152).

4.1.2. La protección del debido proceso laboral

Hay una serie de casos laborales peruanos ventilados ante la Comisión que se producen por el incumplimiento de sentencias judiciales o por violación del debido proceso, mayormente sufrido por trabajadores estatales despedidos durante la década de los noventa bajo el gobierno de Fujimori.

Los casos acumulados 11830 y 12038 de los 257 trabajadores despedidos del Congreso peruano, sobre los que la CIDH concluyó que el Estado peruano es responsable de la violación al derecho de la protección judicial, a las garantías judiciales y al deber de adoptar disposiciones en el derecho interno, al haberse procedido a despedir a este grupo de trabajadores sin respetar estos derechos (CIDH 2005: párrafo 25).

El caso 12084 sobre los trabajadores despedidos de la Municipalidad de Lima y de la Empresa de Servicios Municipales por el incumplimiento de las sentencias judiciales que ordenan su reincorporación a sus puestos de labores y el pago de los beneficios sociales correspondientes. La CIDH concluyó que el gobierno peruano es responsable de la violación al derecho a la protección judicial, además de dejar sin efecto las reducciones de remuneraciones y exigió el cumplimiento de los pactos colectivos de trabajo (CIDH 2003c: párrafo 18).

El caso 12319 presentado por la Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú ante el incumplimiento de la sentencia judicial que ordena el pago de sus beneficios sociales que es declarado admisible por la Comisión (CIDH 2001b: párrafo 40).

El caso 12357 de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú por el incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que ordena el pago de las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los trabajadores en actividad a favor de los jubilados (CIDH 2008b: párrafo 21).

El caso 12384 del sindicato SIFUSE de la empresa pública SEDAPAL, cuyos trabajadores afiliados fueron afectados por la aplicación peyorativa y retroactiva de la legislación sobre su escala salarial, sin permitirles el Estado peruano contar con un recurso judicial efectivo para la defensa de sus derechos (CIDH 2010b: párrafo 18-19).

En estos casos, la CIDH se pronunció a favor de los peticionarios y concluyó que el Estado peruano había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A pesar de las recomendaciones formuladas por la Comisión, el Estado peruano no cumplió con sus obligaciones internacionales dentro del plazo fijado, por lo que en la mayoría de estos casos la Comisión resolvió presentar la respectiva demanda ante la Corte Interamericana, que posteriormente analizaremos.

4.1.3. La seguridad social

Una de las materias que ha merecido la atención del procedimiento de control del sistema interamericano ha sido el pago y reajuste de las pensiones de los jubilados o cesantes. Estas controversias sobre la seguridad social se han sustentado en la violación del artículo 21 de la CADH (derecho de la propiedad privada) y los artículos XVI (derecho a la seguridad social) y XXIII (derecho de propiedad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El caso 12670 de los trabajadores jubilados peruanos contra Perú por la afectación de sus pensiones a raíz de la reforma constitucional de 2004 que modifica su régimen. Los peticionarios sostuvieron que la reforma constitucional afectó los derechos adquiridos en la fijación de sus pensiones, en tanto su régimen pensionario se establecía por medio de la nivelación de este en función de la remuneración del funcionario en actividad que desempeñase la misma o análoga función a la que desempeñó el pensionista al momento de su retiro o cese. Asimismo, los peticionarios resaltaron que la nivelación de sus pensiones forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, por lo que la reforma constitucional violó este derecho por no respetar el beneficio adquirido e incorporado al patrimonio de los pensionistas (CIDH 2009c: párrafos 24-45). El estado peruano expresó que la modificación constitucional sustituye la teoría de los derechos adquiridos por la teoría de los hechos cumplidos, lo que permite que las reformas legislativas se apliquen de manera inmediata al personal activo y a los pensionistas. También alegó que la reforma constitucional no implica la eliminación o supresión del derecho a la pensión o sus elementos intrínsecos, ni tampoco se trata de una reforma peyorativa, sino el cambio de ciertas condiciones en la prestación pensionaria y en el modo de disponer la forma de la nivelación. Además, la reforma constitucional se cumplió dentro del marco normativo establecido por la propia Constitución de 1993 (CIDH 2009c: párrafos 46-61).

La CIDH concluyó en este caso que el derecho de las pensiones forma parte del derecho de propiedad de los pensionarios, siguiendo lo señalado por la jurisprudencia de las cortes interamericana y europea sobre la materia (CIDH 2009c: párrafo 103). Sin embargo, caben restricciones al derecho de propiedad en tanto no es absoluto y está subordinado al interés social, pudiendo el Estado reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y respetando la proporcionalidad entre las demandas del interés social con los requisitos de la protección de los derechos individuales (CIDH 2009c: párrafos 106-111). La Comisión concluyó que la reforma constitucional es una restricción válida al derecho de pensión de los peticionarios, porque se produce dentro del marco de la legalidad peruana, cumpliendo un fin legítimo y de manera proporcional sin afectar el contenido esencial del derecho, además que no constituye una medida regresiva en cuanto al desarrollo de la seguridad social en el Perú (CIDH 2009c: párrafos 113-147). Este pronunciamiento de la CIDH es relevante en diversos aspectos. En primer lugar, asienta el reconocimiento de que la pensión de los trabajadores se ubica dentro del derecho de propiedad con las consecuencias jurídicas que se derivan de ello. En segundo lugar, los derechos laborales que no gozan de carácter absoluto pueden ser restringidos o limitados válidamente por la legislación nacional. En tercer lugar, la restricción o limitación de un derecho social no significa necesariamente el carácter regresivo de dicho derecho.

A partir de estos casos debemos destacar dos aspectos. Por un lado, la mayoría de los casos laborales se suelen resolver a favor de los peticionarios y se condena la violación de los derechos humanos laborales. Estos pronunciamientos reflejan que el ordenamiento nacional y el organismo judicial peruano no suele proteger debidamente a los trabajadores nacionales, por lo que se ven obligados a recurrir a una instancia internacional para proteger sus derechos violados. Por otro lado, los pronunciamientos de la CIDH ponen en evidencia que la indefensión en la protección de los derechos laborales —tanto en las relaciones particulares como con los servidores públicos— configura una violación de la Convención Americana, lo que genera una responsabilidad internacional del estado peruano. En realidad, se consolida el criterio de que la protección interamericana de los derechos laborales se logra también de una manera indirecta en los casos donde se ha producido la violación del debido proceso en los procedimientos internos (administrativos y judiciales).

4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana estableció la competencia de la Corte Interamericana en los artículos 62 párrafo 3 y 64. En el primero, se establece la competencia contenciosa²⁸ y en el segundo se establece la competencia consultiva de la Corte.²⁹ Asimismo, la Convención Americana le otorgó la capacidad a la Corte para que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, pueda tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los asuntos que esté conociendo. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (artículo 63, párrafo 2).

La Corte Interamericana se instaló oficialmente el 3 de septiembre de 1979 en San José de Costa Rica, lugar designado de residencia de la Corte. Se encuentra conformada por siete jueces de los estados miembros de la OEA.

La CIDH o los estados partes son los únicos que pueden someter un caso a la decisión de la Corte. En el caso específico de la Comisión, se han señalado los criterios que suelen usar para decidir cuáles casos deben enviarse a la Corte: la jerarquía del derecho violado, el impacto para el sistema en su conjunto, la riqueza del expediente, los recursos humanos y materiales que tiene la Comisión y, la distribución de casos por países o por temas (Grossman 1998: 159-160).

Al igual que la CIDH, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre temas laborales, pero en una menor proporción que la Comisión. Inicialmente, la mayoría de los casos judiciales en los que se encontraban involucrados los trabajadores, resultaban siendo resoluciones de la Corte en las que se condenaban a los estados por detenciones y desapariciones de dirigentes sindicales. Posteriormente, cuando disminuyeron sustancialmente estas violaciones más graves en el hemisferio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos inició la presentación de demandas sobre otras materias consagradas en la CADH, especialmente los temas laborales, con lo empezó una nueva etapa de la protección de los derechos humanos laborales dentro del sistema interamericano. A continuación analizaremos los casos y las sentencias de la Corte que abordan nuestra materia de estudio.

4.2.1. Los casos de ejecución extrajudicial o desaparición forzada de sindicalistas

El estrecho vínculo entre el derecho a la vida y la libertad sindical está claramente establecido por los órganos de control internacional. A modo de ejemplo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT sostiene: «el derecho a la vida es el presupuesto básico del ejercicio de los derechos

28 El artículo 63, párrafo 3 de la CADH establece: «La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por la declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial»

29 El artículo 64 de la CADH establece:

«1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados internacionales a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que le compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

consagrados en el Convenio núm. 87. La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y la seguridad de la persona» (CLS 2006: párrafos 42-43). Por ello, el asesinato o la desaparición de un sindicalista se ubican entre las violaciones más graves de los derechos humanos laborales.

Se han seleccionado dos emblemáticos casos peruanos ventilados ante la Corte, en los que se analiza la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de dirigentes sindicales. A través de estos casos se puede conocer el proceso de evolución jurisprudencial que la Corte ha tenido sobre la interrelación entre ambos derechos fundamentales dentro del sistema interamericano.

El primer ejemplo es el Caso *Huilca Tecse vs. Perú*. El caso consiste en la demanda de la CIDH por la ejecución extrajudicial de Pedro Huilca Tecse, secretario general de la Confederación General de Trabajadores del Perú, ocurrida el 18 de diciembre de 1992 y se presume que la ejecución fue llevada a cabo por miembros de un escuadrón vinculado al servicio de inteligencia del ejército peruano denominado «Grupo Colina». Asimismo, la CIDH demanda por la falta de presunta investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos por parte del estado peruano. La Corte sobre la base de las manifestaciones de las partes y ante la aceptación de los hechos en el allanamiento efectuado por el estado peruano, considera que no existe controversia en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso (Corte IDH 2005: párrafo 63). En este caso, la Corte sí se aboca a analizar la violación de la libertad de asociación por la alusión de los representantes —porque la CIDH no lo consideró en su demanda— y de la cual el Estado reconoció su responsabilidad internacional (Corte IDH 2005: párrafo 67). Aquí me interesa destacar los siguientes aspectos de la sentencia de la Corte.

En primer lugar, al interpretar el artículo 16.1 de la CADH, la Corte señala que la protección se produce en dos planos: individual y colectivo. Por un lado, «el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo». Por otro lado, «gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad». De allí que la Corte afirme: «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» (Corte IDH 2005: párrafo 69).

En segundo lugar, se desprende de la sentencia que la Corte vincula la libertad de asociación y el ejercicio de esa libertad por medio de cualquier medio lícito entre los que se incluiría el derecho de huelga. La Corte sostiene: «la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio aprobado para ejercer esa libertad» (Corte IDH 2005: párrafo 70). Aquí, la Corte sigue al Comité de Libertad Sindical de la OIT cuando afirma interpretando el Convenio núm. 87: «La libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales» (CLS 2006: párrafo 495). Evidentemente, una de esas actividades lícitas es el ejercicio del derecho de huelga. Con esto se supera la

interpretación criticada previamente a la CIDH, en la que no se vinculaban ambos derechos laborales.

En tercer lugar, el Estado tiene la obligación de «garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses» (Corte IDH 2005: párrafo 77).

Finalmente, en cuarto lugar, considera la Corte que Huilca Tecse sufrió la represalia fatal en razón al ejercicio legítimo del derecho de libertad de asociación, en materia sindical, por lo que hay una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana y, que la ejecución extrajudicial tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho (Corte IDH 2005: párrafo 78). De este modo, queda asentado que el asesinato o la desaparición de un sindicalista supone también la violación de la libertad de asociación, en materia sindical (artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El segundo ejemplo es el Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. La CIDH demanda ante la Corte por el secuestro y la ejecución extrajudicial del dirigente sindical minero Saúl Isaac Cantoral Huamaní y Consuelo Trinidad García Santa Cruz el día 23 de febrero de 1989, sin que el Estado peruano después de 17 años de transcurrido los hechos haya sancionado a los responsables. En esta demanda, la CIDH incluyó al artículo 16 de la CADH entre los derechos violados, recogiendo la pauta definida por la Corte con el Caso Huilca Tecse.

El Estado peruano reconoció parcialmente su responsabilidad internacional. Por un lado, no reconoció su responsabilidad por el secuestro y el asesinato de las víctimas, pero, por otro lado, sí lo reconoció respecto a las infructuosas investigaciones implementadas por la policía y el Ministerio Público (Corte IDH 2007a: párrafos 22-23).

Sobre la base de los hechos reconocidos y probados, la Corte considera que las víctimas sufrieron el atentado sobre su integridad personal y vida motivado por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación en materia sindical (Corte IDH 2007a: párrafo 147). Se trata de una profundización en la argumentación que la Corte desarrolló en el Caso Huilca Tecse. En el anterior caso, la ejecución extrajudicial significaba también la violación de la libertad sindical y con el Caso Cantoral se pone el énfasis en que el legítimo ejercicio de la libertad sindical se convierte en la causa de las ejecuciones extrajudiciales.

Estos casos reseñados evidencian la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el vínculo entre el derecho a la vida (artículo 4), el derecho a la integridad personal (artículo 5), el derecho a la libertad personal (artículo 7) y las garantías judiciales (artículo 8) con la libertad de asociación en materia sindical (artículo 16 de la CADH) cuando se produce la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de sindicalistas.³⁰

30 La Corte ha fundamentado similar criterio también para el asesinato de defensores de derechos humanos, como en el Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, en el que la Corte afirma: «en la sentencia emitida por este Tribunal en los casos *Huilca Tecse Vs. Perú* y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, se reconoció que la libertad de asociación sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garantice plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. En este sentido, una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una violación del artículo 16.1 de la Convención, cuando la misma haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima» (Corte IDH 2009a: párrafo 150).

4.2.2. Los casos de debido proceso laboral (la protección contra el despido)

Como mencionamos en los casos ventilados ante la Comisión, la mayoría de ellos se produjo por el incumplimiento de sentencias judiciales o por la violación del debido proceso sufrido por los trabajadores despedidos que no obtuvieron la correspondiente protección en la jurisdicción nacional, lo que les condujo a recurrir al sistema de protección interamericano de derechos humanos. Se trata de una protección indirecta del despido, que cobró mayor importancia desde la sentencia del caso Baena Ricardo y otros cuando la Corte ordenó la reposición de los trabajadores despedidos.

Se han seleccionado seis casos contenciosos, en lo que la Corte Interamericana se pronunció por la violación del debido proceso ante despidos o destituciones de funcionarios o trabajadores, la mayoría de los casos se produjeron contra Perú.

El caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú es una demanda presentada por la CIDH ante la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional del Perú. El Congreso peruano destituyó a los magistrados por considerar presuntas irregularidades en la tramitación de la aclaratoria a la sentencia que declaró la inaplicabilidad de la Ley N°. 26657 que permitía la segunda re-elección del presidente Fujimori. Para la CIDH, la decisión del Congreso vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la CADH), el derecho al debido proceso (artículo 8) y la garantía de permanencia en las funciones públicas (artículo 23). La Comisión solicitó, como parte de la reparación, la indemnización de los beneficios salariales que las víctimas dejaron de percibir desde su destitución hasta su efectiva reincorporación.

La Corte consideró sobre la base de los hechos probados que la destitución de los magistrados fue la aplicación de una sanción del Poder Legislativo en el marco de un juicio político, sin respetar las garantías del debido proceso legal y la imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención, lo que produjo la consiguiente restricción del derecho de defensa de los magistrados. La Corte concluyó que el estado peruano violó el derecho a las garantías judiciales de los magistrados destituidos (Corte IDH 2001: párrafos 68-85). En cambio, la Corte no consideró que se había violado la garantía de la permanencia en las funciones judiciales, en razón de que los tres magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Corte IDH 2001: párrafo 103). La Corte ordenó como parte de la reparación a los magistrados que el estado peruano pague los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que en conformidad con su legislación les corresponda (Corte IDH 2001: párrafo 130). La Corte no ordenó la reposición de los magistrados porque antes de la promulgación de la sentencia, el propio Congreso peruano anuló la destitución y se reinstaló a los magistrados en el contexto de la recuperación de la democracia en el Perú.

El caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú consiste en la demanda presentada por la CIDH contra el estado peruano por la violación de la protección judicial (artículo 25, 2, c de la CADH) ante el incumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de Lima y el Tribunal Constitucional del Perú, que ordenaron la reincorporación de los trabajadores despedidos de la Municipalidad de Lima y el pago de las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, gratificaciones y demás beneficios que les fueron reconocidos al sindicato en sus convenios colectivos entre 1989 a 1995.

En el caso de los trabajadores municipales merece destacarse dos aspectos. En primer lugar, la Corte señala que: «el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento

jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes» (Corte IDH 2006a: párrafo 219). Aquí, la Corte pone el énfasis en que el incumplimiento de las sentencias significa una indefensión para los trabajadores municipales. En segundo lugar, la Corte rechaza el argumento del Estado de condicionar el cumplimiento de las sentencias a la disponibilidad de los recursos económicos y las plazas para los trabajadores despedidos. Afirma el tribunal internacional que las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias (Corte IDH 2006a: párrafo 225). La falta de reparación de la violación de un derecho humano no puede fundamentarse por la ausencia de recursos materiales, es decir, la escasez no es un argumento para justificar el incumplimiento de una obligación.

De allí que la Corte resuelve: «En el caso del cumplimiento de las sentencias que ordenen reponer a trabajadores en sus cargos o similares, en el plazo de un año, el Estado debe restablecer en dichos puestos a las víctimas que se encuentren con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. Si no fuera posible reponer en sus puestos o en otros similares a los trabajadores, el Estado debe proceder, en el plazo de un año, al pago de una indemnización por concepto de terminación de las relaciones laborales por causa injustificada» (Corte IDH 2006a: párrafo 318). Así, la Corte resuelve que el principio *restitutio in integrum* es el principio apropiado para la reparación del daño sufrido por los trabajadores despedidos: la reincorporación a su puesto de labores.

El Caso de los trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú fue la denuncia presentada por la Comisión contra el Estado peruano por su responsabilidad en la violación del derecho a la protección judicial (artículo 25.1 de la CADH), al derecho a las garantías judiciales (8.1) y al deber de adoptar disposiciones del derecho interno (artículo 2), en perjuicio de 257 trabajadores cesados del Congreso. En efecto, el estado peruano mediante resoluciones administrativas cesó a 1.110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales se encuentran los 257 trabajadores, con el argumento de la reestructuración del personal del Congreso y la prohibición expresa de la posibilidad de interponer la acción de amparo contra los efectos del mismo. A pesar de ello, los trabajadores cesados presentaron acciones de amparo contra las referidas resoluciones administrativas, pero estas fueron denegadas judicialmente.

La Corte recuerda que:

Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia. (Corte IDH 2006b: párrafo 107).

Es dentro de ese marco que la Corte se pronunció sobre el caso y tomó en consideración las circunstancias en que ocurrieron los hechos, es decir, en un escenario en el que el gobierno de Fujimori cometió numerosos ceses irregulares en el sector público. Asimismo, la Corte resaltó que durante ese período no existió una independencia e imparcialidad judicial.

Concluyó la Corte que el cese de los trabajadores del Congreso se produjo en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una ausencia generalizada de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso, por lo que el Estado peruano violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de los 257 trabajadores (Corte IDH 2006b: párrafos 129-132).

Sin embargo, a diferencia de los dos últimos casos analizados, la Corte varió de criterio y decidió que:

La reparación consecuente con las violaciones declaradas es disponer que el Estado garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados, a través del efectivo acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas. (Corte IDH 2006b: párrafo 148).

De este modo, la Corte no ordenó la reposición de los trabajadores cesados, a pesar de que el cese fue violatorio de la Convención Americana. En la sentencia no hay una justificación de este cambio de criterio, aunque menciona que la aplicación del principio *restitutio in integrum* debe ser en lo posible la forma de reparación del daño ocasionado por la infracción.

Podría haber adoptado la Corte esta modalidad de reparación en el presente caso al tomar en cuenta tres factores específicos. En primer lugar, el compromiso del estado peruano en constituir una comisión multisectorial que revise los respectivos ceses. En segundo lugar, el estado peruano publicó tres listados de ex trabajadores públicos cesados irregularmente, los cuales ascendían a 28.123 personas. La comisión multisectorial revisaría esos listados. En tercer lugar, el estado peruano alegó que se había reincorporado a 2.229 trabajadores cesados irregularmente, estando pendientes otras 6.981 personas y que se habían realizado pagos de compensación económica a 16.681 extrabajadores. De este modo, la Corte podría haber evaluado qué este tipo de reparación en su sentencia beneficiaría a un mayor número de trabajadores peruanos.

Finalmente, el Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú consiste en la demanda presentada por la CIDH ante la violación del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) en perjuicio de 233 miembros del sindicato de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), debido a que el estado peruano no les habría proveído un recurso efectivo frente a la aplicación retroactiva de leyes que entre 1991 y 1992 eliminaron el sistema de escala salarial que los regía (artículo 25 de la CADH). Durante el proceso los peticionarios solicitaron a la Corte que se declare la responsabilidad del Estado por violación del artículo 21 (derecho a la propiedad privada), en razón que las referidas normas tuvieron consecuencias sobre las remuneraciones percibidas por las víctimas y se materializó con la apropiación de dichos bienes en uso y disfrute.

El estado peruano reconoció su responsabilidad internacional al haberse afectado la protección judicial de los trabajadores al aplicarse retroactivamente el Decreto Ley 27586 de manera peyorativa, rebajar las remuneraciones de los trabajadores, aplicar la rebaja sobre las remuneraciones ya pagadas y no aplicar, a partir de julio de 1992, el incremento de las

remuneraciones mensuales.³¹ Sin embargo, el estado peruano no se allana sobre la demanda de los peticionarios de haberse violado el artículo 21 de la CADH (Corte IDH 2011: párrafos 17-25).

La Corte se concentra en evaluar si la aplicación retroactiva de esta norma tuvo como consecuencia que las víctimas dejaran de recibir el monto total de su remuneración, toda vez que sufrieron descuentos y omisiones de incrementos que les correspondían. A partir del concepto amplio de propiedad que está desarrollando la jurisprudencia interamericana, la Corte considera que estos hechos tuvieron efectos negativos sobre derechos adquiridos de los trabajadores en relación con la remuneración que había ingresado a su patrimonio (Corte IDH 2011: párrafos 81-82).

La Corte precisa:

Que el sistema de reajuste que tenían las víctimas antes de la aplicación del Decreto Ley No. 25876 había generado un aumento en las remuneraciones que ingresó a su patrimonio, lo cual implicó que pasara a ser un derecho adquirido por las mismas. Cabe aclarar que no se trata de un derecho adquirido respecto a la aplicación del sistema de ratios salariales. El derecho adquirido en cuestión hace referencia a los montos que ya habían ingresado al patrimonio de los trabajadores, así como a los incrementos al salario que se hubieran establecido bajo el sistema de ratios hasta antes de su derogación. La Corte considera que este derecho adquirido se vio afectado por la aplicación retroactiva del referido Decreto Ley, la cual, según el allanamiento del Estado, fue hecha en forma contraria al derecho interno y sin que las víctimas contaran con protección judicial. La afectación patrimonial también se configuró por el descuento porcentual en las remuneraciones mensuales que se impuso a las víctimas. En conclusión, las víctimas no pudieron gozar integralmente de su derecho a la propiedad sobre sus remuneraciones. (Corte IDH 2011: párrafo 84).

Por ende, el estado peruano también violó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas sentencias de casos contenciosos ante la Corte Interamericana retratan que la protección por la violación de un derecho humano laboral —por ejemplo, el despido o la destitución injustificada, la disminución de las remuneraciones, etc.— se produce de manera indirecta. Los casos se ventilan por la violación a las garantías judiciales (artículo 8), al derecho de propiedad privada (artículo 21) o a la protección judicial (artículo 25) consagrados en la Convención Americana. Esto se explica porque solo la prohibición de la discriminación laboral, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical y la protección al menor trabajador están consagrados en la Convención.

Asimismo, la Corte ha establecido que la reparación del daño causado por la violación requiere su plena restitución, de modo que el objetivo sería restablecer la situación previa al daño. Así, la Corte Interamericana aplica el principio *restitutio in integrum* como la forma de reparación apropiada para estos casos. Si en los casos laborales que ventilan el despido o la destitución de trabajadores, la Corte concluye que existe la violación de la CADH, la aplicación del principio significa la nulidad del despido o de la destitución, con la consiguiente reposición del trabajador afectado.

31 Resulta ilustrativa la sentencia del 21 de julio de 1999 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Perú para justificar la aplicación retroactiva del Decreto Ley 25786. Para la Sala, la norma tiene carácter interpretativo, razón por la cual podría entrar en vigor en una fecha anterior a pesar de haberse emitido en una fecha posterior (Citado en Corte IDH 2011: párrafo 74).

Finalmente, el amplio contenido del derecho a la propiedad privada (artículo 21 de la CADH) formulada por la Corte le otorga una mayor cobertura de protección a los derechos laborales con carácter pecuniario. Esto se profundiza en el siguiente acápite, que analiza los casos sobre el pago y reajuste de pensiones de jubilación.

4.2.3. Los casos de seguridad social

El pago de las pensiones y sus reajustes ha sido uno de los temas laborales que ha abordado la Corte Interamericana sustentado en el incumplimiento de las sentencias judiciales nacionales. Se han producido dos casos contenciosos contra Perú sobre esta materia. Por un lado, el caso de los cinco pensionistas y, por otro lado, el caso Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la Contraloría). Asimismo, hay que tener presente en esta materia el caso 12670 ante la CIDH que abordó este tema y fue analizado previamente.

El caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú aborda el tema del pago de las pensiones de jubilación y el incumplimiento de sentencias judiciales que ordenan su correcto pago. La CIDH sometió el caso ante la Corte (4 de diciembre de 2001) alegando que se habían violado los artículos 21, 25 y 26 de la CADH en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y 2 del tratado internacional. La Corte se pronunció en su fallo del 28 de febrero de 2003, en el que señaló que efectivamente se le habían violado a los peticionarios una serie de derechos recogidos en la CADH. La importancia de la sentencia reside en tres aspectos.

En primer lugar, la Corte analizó si el derecho a la pensión de jubilación puede considerarse un derecho adquirido. Conforme a su interpretación del artículo 21 de la CADH (derecho a la propiedad privada), cuando una persona recibe una pensión de acuerdo con la legislación interna, esta se trata de un derecho adquirido y por ende se incorpora al patrimonio de la persona (Corte IDH 2003a: párrafo 102). No obstante, los estados pueden establecer limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. «En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados» (Corte IDH 2003a: párrafo 116). En el presente caso, el estado peruano modificó arbitrariamente el monto de las pensiones de los peticionarios y tampoco dio cumplimiento a las sentencias judiciales que amparaban a los peticionarios (Corte IDH 2003a: párrafo 121).

En segundo lugar, la Corte abordó el tema del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales establecido por el artículo 26 de la Convención Americana. La CIDH y los representantes de las presuntas víctimas alegaron que al reducir el Estado peruano las pensiones, se estaría incumpliendo el artículo 26 por no cumplir con el deber de dar el desarrollo progresivo de los derechos sociales. La Corte discrepó con el criterio expuesto por la CIDH respecto a la aplicación del artículo 26 de la Convención Americana en el presente caso. Para el tribunal internacional, en general, el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de su creciente cobertura y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (Corte IDH 2003a: párrafo 147).

En tercer lugar, aunque se aleja de la materia laboral que es el tema de interés del estudio, se analiza si se pueden incorporar otros derechos distintos de los ya comprendidos en la demanda presentada por la CIDH a la Corte. El tribunal internacional resuelve que goza de la facultad de analizar la violación o no de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de la demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda, con base en el principio *iura novit curia*. Sostiene la Corte que los peticionarios pueden invocar estos derechos porque son los titulares de todos los derechos consagrados en la CADH y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH 2003a: párrafos 155-156).

El caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú consiste en la demanda de la CIDH por el incumplimiento del estado peruano sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional del Perú que ordena que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los 273 cesantes y jubilados las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad que desempeñan cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron ellos. Al igual que en el caso anterior, la CIDH considera que la falta del reajuste en las pensiones significa la violación del derecho a la propiedad privada (artículo 21 de la CADH) y el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano significa la violación de la protección judicial (artículo 25 de la CADH). En el presente caso continuaremos abordando las dos principales materias resueltas por el tribunal internacional proveniente del caso cinco pensionistas: la protección de las pensiones por el derecho de propiedad privada y el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, comprendidos en el derecho a la seguridad social (artículo 26 de la CADH).

En primer lugar, la Corte reitera que el derecho de propiedad protegido por el artículo 21 de la CADH abarca el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, esta protección incluye a los derechos adquiridos en tanto se han incorporado al patrimonio de las personas. Siguiendo su sentencia del caso cinco pensionistas, la Corte señala que se produce una violación del artículo 21 cuando se incumplen sentencias que pretenden proteger el derecho a una pensión —derecho que ha sido adquirido por las víctimas de conformidad con la normativa interna— (Corte IDH 2009b: párrafos 84-85). Por lo que concluye que el estado peruano viola el referido artículo 21 cuando de manera prolongada e injustificada incumple las resoluciones judiciales internas (Corte IDH 2009b: párrafos 90-91). En líneas generales, no hay una sustancial modificación sobre el criterio de la Corte Interamericana en reconocer que el pago y reajuste de las pensiones es un derecho adquirido por los jubilados protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana.

En segundo lugar, la Corte considera pertinente subrayar la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Asimismo, la Corte resalta la ubicación del artículo 26 de la CADH dentro del instrumento regional de derechos humanos en la Parte I, titulado «Deberes de los Estados y Derechos Protegidos», por lo que los estados partes están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 del Convenio (Corte IDH 2009b: párrafos 100-101). De este modo, la Corte despeja cualquier cuestionamiento que le reste obligatoriedad dentro del sistema interamericano a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Corte reconoce la particularidad de los derechos sociales por el carácter progresivo de su cumplimiento. Esto le otorga una flexibilidad en su cumplimiento en tanto puede lograrse de manera paulatina en el tiempo, reconociendo que los países pueden sufrir dificultades para asegurar su efectividad. Sin embargo, esto no le resta obligatoriedad en tanto los estados deben adoptar las providencias y brindar los medios y recursos necesarios para garantizar su efectividad. Esta obligación de hacer —aunque no es la única— significa que el Estado debe rendir cuentas sobre el cumplimiento del derecho y puede ser exigido ante los órganos de control en caso de violación. Existe entonces un deber condicionado de no regresividad en el cumplimiento del derecho social que resulta justiciable (Corte IDH 2009b: párrafos 102-103). Así, la Corte contextualiza el escenario del carácter progresivo de un derecho social en el marco de su cumplimiento y excluye una lectura que pretenda restarle su obligatoriedad o ubicarlo como un derecho programático.

De acuerdo con esta construcción teórica, la Corte Interamericana pudo concluir: «Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento» (Corte IDH 2009b: párrafo 106).

En ambas sentencias, la Corte expuso que el derecho adquirido por los pensionarios al pago y su reajuste está definido por la norma que gozan al momento de acceder a la pensión, y que la pensión se incorpora al patrimonio de las personas y está protegida por el derecho de propiedad privada del artículo 21 de la CADH. A lo largo de la jurisprudencia revisada, la Corte ha ampliado el contenido del derecho de propiedad privada, lo que le permite proteger de mejor forma el menoscabo que puedan sufrir las víctimas. Asimismo, la Corte resalta que el derecho de propiedad privada tiene límites, los cuales pueden ser formulados por el Estado siempre que se sustente en razones de utilidad pública o interés social y se produzca respetando la vía legal adecuada para formularlos.

5. Reflexión final

Este recorrido por el sistema interamericano de derechos humanos nos muestra el redimensionamiento del derecho internacional del trabajo y deja a un lado la errónea idea de que se reduce al ámbito protector de la OIT. En realidad, los derechos laborales están protegidos en los diversos sistemas normativos del derecho internacional donde se encuentran consagrados, siendo uno de ellos el sistema interamericano.

A lo largo del estudio se ha podido mostrar que los derechos humanos laborales en el sistema interamericano son un ordenamiento regional debidamente estructurado y que se encuentran protegidos por los procedimientos de control. Asimismo, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana sobre los casos laborales peruanos retratan la indefensión que sufren los trabajadores en el interior del sistema normativo nacional. Esa situación explica por qué se recurre de manera permanente a los procedimientos de control interamericano y, en la gran mayoría de los casos, se condena al Estado peruano por la violación de un derecho consagrado en la Convención Americana.

Si bien en la mayoría de los casos analizados, la jurisprudencia interamericana condena al Perú por la violación de las garantías judiciales (artículo 8 de la CADH) o de la protección judicial (artículo 25 de la CADH), en vez de sustentarlos en los propios derechos laborales sustantivos. Esto se explica, porque la mayoría de estos derechos se encuentran recogidos en el Protocolo Adicional de San Salvador y no en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —el instrumento regional principal del sistema de protección interamericano—. Sin embargo, como hemos visto, esto no le ha impedido a la Comisión y a la Corte lograr resguardar los derechos laborales por la indefensión que se sufre en el país.

6. Bibliografía

a) Libros y artículos

ÁVILA, R., I. CALIXTO y otros

1999 «Venezuela». En *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CANÇADO, Antonio Augusto

2000 «Reporting in the Inter-American system of human rights protection». En ALSTON, Philip y James CRAWFORD (Editores). *The future of UN human rights treaty monitoring*. Cambridge: University Press.

1998 Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. En MÉNDEZ, Juan E. y Francisco COX (editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1996 «La protección de los derechos humanos en el sistema de la Organización de Estados Americanos y el derecho interno de los estados». En *Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1994 «La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales». En *Estudios básicos de derechos humanos I*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos.

CANESSA, Miguel F.

2008 *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

CARRILLO, Juan Antonio

1999 *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Editorial Trotta.

COURTIS, Christian

2006 «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios». En COURTIS, Christian (compilador). *Ni un paso atrás*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

FAÚNDEZ, Héctor

2009 *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. 3ª. edición reimpressa. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos,

GROSSMAN, Claudio

1998 «Palabras del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la CIDH, en la sesión inaugural del 95º período ordinario de sesiones de la CIDH». En MÉNDEZ, Juan E. y Francisco COX (editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

KRSTEVIC, Viviana

1998 «Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema». En MÉNDEZ, Juan E. y Francisco COX (editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

NIKKEN, Pedro

1998 «Perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos sin reformar el Pacto de San José». En MÉNDEZ, Juan E. y Francisco COX (editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

O'DONNELL, Daniel

1989 *Protección internacional de los derechos humanos*. 2ª. edición. Lima: Comisión Andina de Juristas.

PINTO, Mónica

1998 «Las relaciones entre los órganos del sistema». En MÉNDEZ, Juan E. y Francisco COX (editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ROSSI, Julieta y Víctor ABRAMOVICH

2004 «La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos». En MARTÍN, Claudia, Diego RODRÍGUEZ y José A. GUEVARA (coordinadores). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Universidad Iberoamericana.

SZABO, Imre

1984 «Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores». En VASAK, Karel (editor general). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. París: Serbal/UNESCO, volumen I.

TIRADO, Álvaro

2001 *Avances, fortalezas y desafíos del sistema interamericano de derechos humanos.* Washington, D.C.: Organización de los Estados Americanos.

URQUILLA, Carlos Rafael

2001 «Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de los derechos humanos». *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* San José, IIDH, número 30-31.

b) Documentos e informes

CEPAL e IIDH

1997 *La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

2012 *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

2011 *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

2010a *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

2010b *Demanda ante la Corte Interamericana por el Caso del Sindicato de SEDAPAL vs. Perú (16 de enero de 2010).* Washington, D.C.: OEA.

2009a *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

2009b *Informe N.º. 38/09 Caso Asociación Nacional Ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social del Perú y otras vs. Perú (27 de marzo de 2009).* Washington, D.C.: OEA.

2008a *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

2008b *Demanda ante la Corte Interamericana por el Caso Trabajadores cesados de la Contraloría General de la República vs. Perú (1 de abril de 2008).* Washington, D.C.: OEA.

2005 *Demanda ante la Corte Interamericana por el Caso Trabajadores del Congreso de la República vs. Perú (4 de febrero de 2005).* Washington, D.C.: OEA.

2004a *Informe anual.* Washington, D.C.: OEA.

- 2004b *Informe N.º 78/04 Caso Trabajadores cesados del Congreso de la República vs. Perú (19 de octubre de 2004)*. Washington, D.C.: OEA.
- 2003 *Demanda ante la Corte Interamericana por el Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (25 de junio de 2003)*. Washington, D.C.: OEA.
- 2002 *Informe anual*. Washington, D.C.: OEA.
- 2001 *Informe N.º 86/01 Caso FEMAPOR vs. Perú (10 de octubre de 2001)*. Washington, D.C.: OEA.
- 2000 *Informe N.º 44/00 Caso Américo Zavala vs. Perú (13 de abril de 2000)*. Washington, D.C.: OEA.
- 1999a *Informe N.º 54/99 Caso Zenón Huamaní y Otros vs. Perú (13 de abril de 1999)*. Washington, D.C.: OEA.
- 1999b *Informe anual*. Washington, D.C.: OEA.
- 1998 *Informe N.º 55/98 Caso Pedro Huilca Tecse vs. Perú (25 de setiembre de 1998)*. Washington, D.C.: OEA.
- 1970 *Informe anual*. Washington, D.C.: OEA.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (CDESC)
- 1990 *La índole de las obligaciones de los Estados (Observación General N.º 3)*. Ginebra, Naciones Unidas
- COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT (CLS)
- 2006 *La Libertad Sindical (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada.

c) Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- 2011 *Sentencia del Caso Abril Alosilla y Otros vs. Perú*. 4 de Marzo. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 223
- 2009a *Sentencia del Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. 3 de Abril. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 196.
- 2009b *Sentencia del Caso Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú*. 1 de Julio. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 198.

- 2007a *Sentencia del Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.* 10 de Julio. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 167.
- 2007b *Sentencia de interpretación del Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú.* 30 de Noviembre. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 174.
- 2006a *Sentencia del Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.* 7 de Febrero. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 144.
- 2006b *Sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú.* 24 de Noviembre. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 158.
- 2005 *Sentencia del Caso Huilca Tecse vs. Perú.* 3 de Marzo. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 121.
- 2003a *Sentencia del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.* 28 de Febrero. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 96.
- 2003b *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados».* 17 de Septiembre. San José: Secretaria de la Corte, serie A, N.º 18.
- 2003c *Sentencia de Competencia en el Caso Baena Ricardo y Otros vs Panamá.* 28 de Noviembre. San José: Secretaria de la Corte, Serie C, N.º 104.
- 2001 *Sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* 31 de Enero. San José: Secretaria de la Corte, serie C, N.º 71.
- 1999 *Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* 30 de Mayo. San José: ecretaria de la Corte, serie C, N.º 52.
- 1989 *Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.* 14 de Julio. San José: Secretaria de la Corte, serie A, N.º 10.

COMENTARIOS

Edgardo Balbín

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

No queda más que destacar la enorme utilidad y consistencia de la contribución que nos ofrece el profesor Canessa. Se trata no solo de un texto riguroso por la pulcritud en la organización de la información y por la calidad del trabajo de síntesis, sino, sobre todo, de un texto oportuno, porque se presenta en circunstancias en las que algunas causas relativas a algunos derechos humanos laborales que quedaron o parece que quedarán sin tutela apropiada en la jurisdicción nacional, son o serán tramitados ante el sistema interamericano (se encuentra en trámite, por ejemplo, el cuestionamiento al régimen laboral especial para el sector agrario establecido por la Ley N° 27360). Pero, más allá de estos comentarios generales —que bien pueden ser extendidos a todo los aportes que el autor viene realizando— centraré mis breves apreciaciones en tres aspectos del texto: a) las relaciones entre el sistema interamericano y el sistema de la OIT; b) la progresiva ampliación de los temas abordados por el sistema interamericano; y c) el uso de los pronunciamientos por los operadores jurídicos nacionales.

En primer lugar, el texto de Canessa plantea ideas interesantes sobre las relaciones entre el sistema interamericano y el sistema de la OIT, que pueden resultar útiles en las estrategias de defensa de los derechos humanos laborales en el ámbito internacional. Como señala el autor, en el sistema interamericano los instrumentos de referencia son más genéricos en comparación con lo detallado que suelen ser los convenios y recomendaciones de la OIT, que además cuentan con órganos de control especializados que desarrollan con relativa agilidad la labor de precisar el sentido de sus disposiciones. Esto ha llevado a la Comisión y a la Corte a dar contenido a las disposiciones genéricas de los instrumentos del sistema interamericano con los instrumentos de la OIT y con los pronunciamientos de sus órganos de control, sobre todo en lo que refiere al derecho de libertad sindical (puede verse, por ejemplo, la sentencia del caso Pedro Huilca Tecse). De esta forma, recurrir a los órganos de control de la OIT no solo puede ser útil para activar una vía internacional que evita el agotamiento de los recursos internos, sino también porque en la eventualidad de mantenerse la conducta renuente del Estado y de tener que recurrirse a la vía del sistema interamericano, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT orientarán el análisis que la Comisión o la Corte Interamericana realicen. Cabe observar, al mismo tiempo, que el uso por la Corte de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT les otorga una indiscutida naturaleza obligatoria para el Estado, que deja de lado cualquier discusión acerca de su carácter meramente referencial, derivado del hecho de que en el sistema de la OIT ni la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones ni el Comité de Libertad Sindical constituyen jurisdicción internacional. En los mismos casos, en lo que refiere a los mecanismos para asegurar el cumplimiento de los pronunciamientos, los de la Corte —poco difundidos pero muy efectivos en muchos casos—

sumarían su potencia a los que despliegan los órganos de control de la OIT. En suma, a la afirmación de que el sistema de protección de los derechos humanos laborales no se agota en la OIT y tiene en el sistema interamericano un sólido pilar, debe agregarse que, incluso, este puede aportar a la efectividad de las normas del sistema de la OIT el indiscutido carácter obligatorio de los pronunciamientos de la Corte y sus mecanismos de seguimiento para el cumplimiento de las sentencias.

En segundo lugar, Canessa destaca que desde la sentencia recaída en el caso *Baena vs Panamá* se ha producido en el sistema interamericano una ampliación de temas laborales litigiosos que se expresaría en dos tendencias: la primera, el tratamiento de nuevas causas relativas a derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tradicionalmente no eran objeto de denuncia, como ocurre con la prohibición de trabajo forzoso que en nuestro caso constituye un problema de gran magnitud frente al cual la respuesta de política pública prevista (Decreto Supremo N°0002-2013-TR) no recibe ningún impulso del gobierno; y, la segunda, la vía de la tutela de ciertos derechos consagrados en el Protocolo Adicional de San Salvador mediante su vinculación a derechos o garantías procesales claramente previstas en la Convención Americana (como ocurre con la tutela de la seguridad social y pensiones por su vinculación con el derecho de propiedad o de los despidos por afectación de garantía procesales), supuesto este último en el que diversos casos peruanos se muestran como ejemplo (caso cinco pensionistas y otros vs Perú, o *Aguado Alfaro y otros vs. Perú*). A estas dos tendencias habría que sumar una tímida pero reconocible tercera tendencia a la ampliación del contenido protegido de ciertos derechos humanos laborales, tal como ocurre con el derecho de asociación para fines profesionales (libertad sindical), supuesto en el cual Canessa destaca una interesante evolución de la Corte que va desde la inicial condena de asesinatos de sindicalistas debido a la vulneración del derecho a la vida, a la explícita condena de estos asesinatos por afectación a la libertad de asociación sindical, y señala que este derecho no solo exige garantizar la existencia de la organización, sino también el desarrollo por esta de todas las actividades lícitas que resulten apropiadas para cumplir sus fines (otra vez, caso *Huilca Tecse vs Perú*). De esta forma, aunque los artículos 62°, párrafo 3 y 64° de la Convención Americana establecen los límites claros a la competencia de la Corte en materia de libertad sindical, lo señalado en el caso *Huilca* parece indicar que determinadas afectaciones (calificadas) a los derechos de actividad sindical podrían merecer un pronunciamiento de esta instancia. En todo caso, será interesante profundizar el criterio comentado con miras a la eventual tramitación de denuncias por la afectación a los derechos de negociación colectiva de los empleados públicos por la Ley del Servicio Civil, en caso el TC no acoga las demandas de inconstitucionalidad.

Finalmente, señala Canessa que en nuestro medio existe desconocimiento del modelo normativo y las obligaciones provenientes del sistema interamericano de derechos humanos, que en mi opinión deriva en la subutilización de los criterios jurídicos que este aporta por parte de los operadores jurídicos nacionales. En efecto, el uso de las normas internacionales del trabajo y de los pronunciamientos de sus instancias de seguimiento o interpretación es todavía mínimo o deficiente por parte de jueces y abogados y, si bien destacan algunos interesantes ejemplos (sobre todo en el ámbito del TC), estos suelen limitarse al uso de las normas del sistema de la OIT y los pronunciamientos de sus órganos de control, siendo mucho menos frecuente el uso de las normas y sentencias del sistema interamericano. A pesar de que las normas internacionales forman parte del derecho interno y se integran a la Constitución, el

predominio de una visión que identifica el derecho laboral con la ley laboral nacional impide el manejo y la aplicación de un importante bagaje de criterios contenidos en opiniones consultivas o sentencias, que contribuirían a una lectura de las leyes nacionales a partir de la Constitución y los tratados. Evidentemente, el texto de Canessa aporta en esta segunda dirección consciente de la necesidad de reafirmar la efectividad de los derechos humanos como límite al poder político y mecanismo directo para el logro de la igualdad sustancial.

RESPUESTA DEL AUTOR

¿LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL INTERAMERICANA AL DERECHO DE HUELGA?

Agradezco al profesor Edgardo Balbín por sus comentarios al estudio y aprovecho una de las interrogantes que me formuló en el evento de presentación de la investigación para abordarla en esta replica. El profesor Balbín me preguntaba si en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte cabría evaluar la violación del derecho de huelga.

El profesor Balbín plantea su interrogante teniendo presente lo estipulado en el Artículo 19, numeral 6 del Protocolo de San Salvador, que regula los medios de protección de los derechos recogidos en el instrumento internacional.

En efecto, conforme al referido artículo, se señala que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8¹ —el derecho de sindicalización— y en el artículo 13 —el derecho de educación— si fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del Protocolo pueden someterse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de aplicación del sistema de peticiones individuales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, el Protocolo de San Salvador expresamente habría dejado de lado al derecho de huelga de dicha protección, en razón de que este derecho se encuentra recogido en el párrafo b) del artículo 8.

Una interpretación literal y sistémica del Protocolo nos llevaría a responder prima facie que la violación del derecho de huelga por un Estado Parte no podría ser sometido por la Comisión a la Corte Interamericana en el marco del sistema de peticiones individuales. Sin embargo, en mi opinión, esto sería una respuesta incompleta.

La libertad sindical no solo se encuentra recogida en el mencionado artículo 8 del Protocolo de San Salvador. Como se mencionó en el presente estudio, la libertad sindical se encuentra recogida dentro del derecho de asociación del artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la libertad de asociación del artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ninguno de esos artículos expresamente se menciona el derecho de huelga, pero esto no ha sido un obstáculo para que la Corte se pronuncie de manera indirecta sobre este derecho humano.

En el caso Baena y otros vs. Panamá, la sentencia del 2 de febrero de 2001 la Corte Interamericana analizó el contenido de la libertad sindical recogido en el artículo 16 de la Convención Americana y señaló con precisión lo siguiente: «La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y

¹ Artículo 8. *Derechos sindicales.*

I. Los Estados Partes garantizarán:

a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y a asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

poner en marcha su estructura interna, actividades y *programas de acción*, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho». (Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2001: Pág. 156) (Las cursivas son nuestras)

En realidad, la Corte Interamericana adopta el concepto de libertad sindical proveniente del Convenio N.º 87 de la OIT. Dentro de este concepto, se destaca la mención a la formulación de los programas de acción. ¿En qué consiste la formulación de los programas de acción? La respuesta la encontramos en la interpretación del artículo 3 del Convenio N.º 87, que establece que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho a organizar su administración, sus actividades y formular su programa de acción.

La Comisión de Expertos de la OIT precisa el contenido de este derecho:

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben tener derecho a organizar sus actividades y formular sus programas de acción con plena libertad, de modo que puedan defender los intereses profesionales de sus miembros dentro del respeto de la legalidad. Ello abarca, en particular, el derecho a celebrar reuniones sindicales, el derecho de los dirigentes a tener acceso a los lugares de trabajo, mantener contactos con los miembros de la dirección, y el *derecho a organizar acciones reivindicativas*, así como ciertas actividades políticas. (Organización Internacional del Trabajo 2012: Pág. 115)(Las cursivas son nuestras).

El derecho de los trabajadores a organizar sus acciones reivindicativas vincula estrechamente el derecho de huelga —que es una de sus plasmaciones— al propio ejercicio de la libertad sindical. Como la propia Comisión de Expertos resalta: los trabajadores y sus organizaciones gozan del derecho de huelga como un medio de acción para defender sus intereses. (Organización Internacional del Trabajo 2012: Pág. 117)

Por ello, resulta difícil postular que el contenido esencial de la libertad sindical adoptado por la Corte Interamericana termine excluyendo el derecho de huelga.

Esta interpretación se consolida con la previamente mencionada sentencia de la Corte Interamericana en el Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, en la que el Tribunal Internacional profundiza su análisis sobre el artículo 16 de la Convención Americana y sostiene: «En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que *comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad*»(Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005 párr. 70) (Las cursivas son nuestras).

Sin aludir expresamente al derecho de huelga en su pronunciamiento, la Corte Interamericana lo considera inseparable al contenido de la libertad sindical reconocido en el artículo 16 de la Convención Americana. Si seguimos el razonamiento de la Corte, la violación del derecho de huelga significaría inseparablemente violar también la libertad sindical.

No obstante el estrecho vínculo entre la libertad sindical y el derecho de huelga del artículo 16 de la Convención, el Protocolo de San Salvador los reconoce de manera diferenciada dentro de su artículo 8 y excluye que se pueda acudir a la Corte por la específica violación del derecho de huelga.

Lo que no prohíbe ni restringe el artículo 19 numeral 6 del Protocolo es que la Corte sea competente en el caso de violación a la libertad sindical que incluya dentro de sus materias controversiales el derecho de huelga. En otras palabras, la Corte Interamericana es competente de analizar la violación del derecho de huelga, cuando esta violación se produce en un caso contencioso sobre libertad sindical.

La restricción del Protocolo se refiere solo a la presentación de una denuncia ante la Corte por la singular violación del derecho de huelga. Nada le impide que por medio de la exigibilidad indirecta pueda abordarlo. Es decir, al existir un obstáculo legal que impide la tutela judicial directa del derecho de huelga, a este se le puede proteger indirectamente a través del artículo 16 de la Convención Americana.(Abrahimovic y Courtis 2002: 168 y ss.)²

En el Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, una de las materias controversiales aludían al derecho de huelga. Los trabajadores de la Municipalidad de Lima Metropolitana fueron despedidos por participar en una huelga declarada ilegal. Los tribunales nacionales declararon sin efecto las resoluciones que declararon ilegal la huelga y ordenaron la reposición de los trabajadores despedidos. Sin embargo, las sentencias judiciales no fueron respetadas por el Estado peruano. La Corte Interamericana en su pronunciamiento declara violado el derecho al debido proceso del artículo 25 de la Convención Americana por el incumplimiento de las referidas sentencias nacionales. Si bien en sus considerandos no valora la declaratoria de nulidad de la ilegalidad de la huelga, se apoya en estas sentencias nacionales para declarar la violación de la Convención Americana.(2006 pár. 246-259) La Corte no se declaró incompetente para evaluar la nulidad de la huelga, simplemente la consideró innecesaria para la pertinencia del caso contencioso. Su interés se centró en el incumplimiento de la ejecución de las sentencias nacionales. En consecuencia, este ejemplo muestra que el Tribunal Internacional no está impedido de abordar esta materia.

En conclusión, si bien el artículo 19 numeral 6 del Protocolo de San Salvador impide que singularmente se pueda someter a la Corte Interamericana la violación del derecho de huelga (artículo 8, párrafo b del Protocolo), la Corte es competente para evaluar la violación de este derecho por medio del artículo 16 de la Convención Americana, siempre que se le presente en el contexto de un caso más amplio de violación a la libertad sindical.

Bibliografía

a) Libros y artículos

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS
2002 Los derechos sociales como exigibles. Madrid: Editorial Trotta.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.
2012 Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

b) Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
2006 Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C, N.º 144

2 Donde se plantea una noción de la exigibilidad indirecta de protección de los derechos sociales.

- 2005 Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Serie C, N.º 121
- 2001 Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, N.º 72

La Haya, junio de 2015

LA CONFIGURACIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO: DEFINICIONES, OMISIONES Y PROPUESTAS

Renato Antonio Constantino Caycho

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP

Saulo Galicia Vidal

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y
adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP

Categoría Alumnos

Este trabajo desarrolla el novedoso concepto de ajuste razonable en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho concepto responde a las necesidades especiales que tienen las personas con discapacidad al ser incluidas en el ámbito laboral. Si bien la figura está reconocida en el ámbito internacional y nacional, este artículo señala los vacíos y las omisiones de las normas y las confronta con la realidad propia de las relaciones laborales.

Al momento de realizar el análisis, los autores apuestan por la inclusión de las personas con discapacidad en consonancia con los principios de igualdad y no discriminación. A partir de dicho marco conceptual evalúan las implicancias del establecimiento de ajustes razonables, así como la forma en que se debe determinar la existencia de la carga indebida. Asimismo, el artículo apunta a una expansión de varios conceptos que no han sido debidamente desarrollados en la norma actual, como son los beneficiarios de los ajustes razonables, así como los obligados a realizarlos. Tal expansión es necesaria a fin de conseguir una sociedad plenamente inclusiva y acogedora de las diferencias.

I. Introducción

La situación laboral de las personas con discapacidad en nuestro país es poco alentadora. La Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad del 2012 (ENEDIS 2012)¹ muestra que la población de personas con discapacidad suele mantenerse fuera de la población económicamente activa (PEA) por situaciones de discriminación estructural en el mercado laboral (Maldonado 2006: 230).

¹ Solo el 21,7 % de las personas con discapacidad es parte de la PEA. De ese porcentaje, más del 10 % está desempleada (ENEDIS 2012). La ENEDIS 2012 se encuentra publicada en INEI (2012).

Se ha tratado de abordar tales problemas con la promulgación de la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD), cuyas disposiciones se enmarcan en lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD). Si bien en materia laboral el debate se ha centrado en el establecimiento de una cuota laboral dirigida a las personas con discapacidad que los empleadores privados estarían obligados a cumplir, otro tema que también es necesario debatir es el establecimiento de ajustes razonables, es decir, las modificaciones y adaptaciones necesarias para que la persona con discapacidad pueda cumplir con su trabajo. Esto resulta particularmente importante porque la inclusión laboral plena se da solamente cuando se otorgan los ajustes razonables que permitan que la persona con discapacidad pueda desenvolverse en su puesto de trabajo de la manera más satisfactoria posible.

Este trabajo apunta a dilucidar las dudas existentes con respecto al establecimiento de los ajustes razonables, planteando los alcances, límites y vacíos de la norma peruana y tratando de determinar de manera prístina el significado del vocablo «razonable». Este nuevo concepto va a interactuar con otros conceptos jurídicos. Analizar los resultados de tales encuentros también es uno de los objetivos de este artículo.

2. Una nueva visión de la discapacidad

Este trabajo se enmarca en lo que hoy se conoce como modelo social de la discapacidad (Palacios 2008). Tradicionalmente se ha entendido la discapacidad como el conjunto de impedimentos físicos, sensoriales o mentales que tienen ciertas personas. Es decir, al definir la discapacidad, se ponía énfasis en una condición que se encontraba en la persona y que le impedía realizar determinadas actividades. No obstante, hoy en día se entiende que la discapacidad no es una circunstancia natural, sino que se presenta de acuerdo con un espacio social. Es así que, en realidad, una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de barreras (Barnes 2009: 104). Este cambio de paradigma se debe a la introducción teórica del modelo social de la discapacidad que alcanza consagración normativa en la CDPD.² Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el modelo social entiende que «la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 133).

Este nuevo modelo reemplaza a las concepciones anteriores sobre la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico. El primero de ellos establecía la inutilidad total de la persona con discapacidad, por lo cual lo mejor era eliminarlo o apartarlo de la sociedad (Palacios 2008: 38-39). La idea de hospitales psiquiátricos en los cuales se confinan a personas con discapacidad mental responde a esta concepción. El segundo, el modelo médico, establece que la discapacidad está en la persona, por lo cual esta deberá esforzarse en superarla para poder actuar en la sociedad (Palacios 2008: 80-81).

No obstante, el modelo social señala que la discapacidad no existe simplemente por la persona, sino que surge de la interacción que se establece entre la deficiencia de la persona y

2 Adoptada el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor para el Perú y el resto de países que ratificaron el tratado el 3 de mayo de 2008.

las barreras que establece la sociedad (Palacios 2008: 122). Dichas barreras pueden ser «entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas».(Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 133). Bajo este modelo, la discapacidad surge de las barreras que crea la sociedad, y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se consigue a través de la destrucción de esas barreras. En ese sentido, podríamos decir que una deficiencia es el no poder caminar, pero la discapacidad solo se presentará cuando, ante la «inexistencia de rampas» (barrera), una persona en silla de ruedas no pueda ejercer libre y autónomamente su derecho al libre tránsito. Por otro lado, es posible señalar que no poder ver es también una deficiencia, pero la discapacidad solo aparecerá si una persona con discapacidad visual no puede acceder a información en formatos alternativos (por ejemplo, texto escrito en el sistema braille).

Es por esto que la sociedad debe realizar y promover políticas públicas y actitudes que ayuden a eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad. En ese sentido, la no discriminación de las personas con discapacidad no involucrará únicamente la abstención estatal de generar impedimentos, sino que también requerirá que el Estado tome las medidas pertinentes para lograr la inclusión social de las personas con discapacidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012: Pár. 134). Entre tales medidas, podemos encontrar que el establecimiento de ajustes razonables es una forma de asegurar una verdadera inclusión laboral.

Respecto a esta última idea, es necesario precisar la importancia de aplicar medidas. En muchas ocasiones, se entendió que la garantía de la igualdad era la abstención estatal. No obstante, en el caso de las personas con discapacidad se refleja nítidamente la idea de «tratar de manera desigual a los desiguales». El concepto de ajuste razonable, planteado como una modificación a lo usual, es una aplicación práctica de tal principio y es una garantía real de la posibilidad de una real igualdad para las personas con discapacidad.

3. El concepto de ajuste razonable

La tarea de definir este vocablo parece simple en tanto es posible encontrar definiciones establecidas en la CDPD y también en la LGPCD.(Congreso de la República 2012) La definición internacional señala:

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (CDPD, artículo 2)

La CDPD (artículo 2), adicionalmente, señala que la denegación de estos ajustes razonables constituye una forma de discriminación. Por tanto, su aplicación no es optativa, sino que se deriva de la obligación general de todos los estados de no discriminar ni permitir la discriminación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003: Pár. 104) Como se puede apreciar, dicho enunciado apunta a una definición general que incluye, de manera no exclusiva, el goce o ejercicio del derecho al trabajo. Por otra parte, la definición de la normativa peruana apunta a los ajustes requeridos en una relación laboral.

La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad. (LGPCD, artículo 50.2)

Finalmente, la definición que ofrece el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad (RLGPCD)³ regresa al enfoque internacional e independiza el término de su aplicación en el ámbito laboral:

Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (RLGPCD, artículo 3.2)

Consideramos que las definiciones brindadas por los tres instrumentos normativos se complementan; no obstante, aún es necesario clarificar algunos términos particularmente complicados al momento de hablar sobre ajustes razonables.

3.1. El ajuste razonable como una forma de igualdad

La concepción del ajuste razonable está íntimamente ligada a la posibilidad de ejercer los derechos de manera igualitaria. En estos casos, la forma efectiva de hacer que eso se cumpla es otorgar un trato diferente a las personas en razón de sus diferencias. Y es que en el caso de la discapacidad es posible ver cómo un trato igualitario desde una perspectiva meramente formal termina siendo injusto dadas las condiciones reales de nuestra sociedad y las barreras que establece para las personas con discapacidad. Y es que, en ocasiones, es necesario «un tratamiento desigual a las personas atendiendo a que estas pueden encontrarse en una situación de diferencia o desigualdad, que les resulte desfavorable o perjudicial» (Rubio; Eguiguren, y Bernales 2011: 146). Como resulta entendible, este tratamiento diferenciado no es una forma de discriminación hacia las personas sin discapacidad, sino la posibilidad de hacer efectivo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

3.2. Ajustes razonables y accesibilidad: una relación complementaria

Al plantear el tema de la discapacidad, se suele vincular este inmediatamente con las rampas. Muchos empleadores podrían asumir que instalar rampas para un trabajador con discapacidad podría constituir un ajuste razonable. Al respecto, cabe distinguir dos obligaciones distintas: la accesibilidad y los ajustes razonables.

La accesibilidad es un principio de adaptación del entorno. A partir de dicho principio se establece un derecho que obliga a los estados a tomar medidas para lograr la plena accesibilidad «al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos

3 Aprobado por Decreto Supremo 002-2014-MIMP. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 8 de abril de 2014.

al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales» (CDPD, artículo 9).⁴ En ese sentido, la obligación de la accesibilidad se da principalmente con respecto a los entornos, los servicios y los sistemas de información y comunicación, y tienen una vocación de generalidad. Los ajustes razonables, en cambio, son adaptaciones que se realizan de manera especial para cada caso. Según Pérez Bueno (2012: 161), estos términos se complementan de dos maneras: a) se utilizarán ajustes razonables cuando no se haya conseguido la accesibilidad al reconocer que es un objetivo de difícil consecución; b) se utilizarán ajustes razonables al reconocer que incluso en entornos accesibles, no se puede terminar de satisfacer todos los requerimientos de las personas con discapacidad.

Pasaremos a ejemplificar cada uno de los puntos propuestos. En un mundo en el que el principio de accesibilidad hubiese sido respetado cabalmente, las personas con discapacidad visual contarían con cédulas de votación en el sistema braille que les permitirían votar sin mayor complicación. No obstante, si ello no ocurriese, sería necesario permitir que las personas con discapacidad visual acudan a la cámara secreta con un acompañante aunque la legislación general no lo permitiese. En este caso, el uso del sistema braille representa la aplicación del principio de accesibilidad, y la adaptación de la normativa electoral para permitir un acompañante es un ajuste razonable. Si el entorno fuese completamente accesible, no habría necesidad del ajuste; pero son pocas las veces que se puede lograr dicho contexto.

Como situación que ejemplifica el segundo caso, podemos encontrar la evaluación de estudiantes con discapacidad visual en la universidad. Si bien es posible que se les entreguen los exámenes en formatos accesibles que puedan ser escuchados a través de un lector de pantalla, podría seguir siendo necesario que la persona cuente con más tiempo para la resolución de la prueba. En este caso, el examen en formato virtual cumple con el principio de accesibilidad, pero tal aplicación es insuficiente por lo que se hace necesario el ajuste razonable de otorgar más tiempo para la realización de la prueba. La lógica del ejemplo mencionado nos permite abordar una cuestión general sobre la accesibilidad y el ajuste razonable. La accesibilidad es un principio y una precondition, por lo cual se brinda de manera general y previa; en cambio, el ajuste razonable se configurará ante la necesidad particular de la persona con discapacidad. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: Pár. 24-26)

En el ámbito laboral habría que distinguir ambas obligaciones. En ese sentido, el empleador no podrá señalar que realiza ajustes razonables cuando aplique el principio de accesibilidad si es que ello ya está previsto en otra disposición normativa. Así, por ejemplo, no podrá señalarse que hay un ajuste razonable cuando se cumpla con lo señalado por el Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA,⁵ Reglamento Nacional de Edificaciones, que en su norma A.120 establece que toda edificación pública, sea estatal o privada, debe cumplir con los requisitos de accesibilidad desarrollados por ella. Sí podrá argumentarse ello cuando hablemos sobre una modificación de accesibilidad que no se encuentre presente en dicha normativa o alguna futura de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, cabe resaltar que la obligación de accesibilidad, a pesar de referirse a las posibilidades del ejercicio de libertades civiles o políticas, tiene un fuerte contenido de progresividad.⁶ Por tanto, las obligaciones de accesibilidad independientes —como las del Reglamento Nacional de Edificaciones— no podrán considerarse ajustes

4 Véase también LGPCD, artículo 15.

5 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 6 de mayo de 2006.

6 Los derechos civiles y políticos también pueden tener mandatos progresivos. Véase Bregaglio (2010: 49).

razonables; en cambio, aquellas que no estén contempladas de manera independiente, sí podrán ser ajustes razonables. (Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: Pár. 26)

3.3. La finalidad del ajuste razonable y su determinación

Como se ha señalado, la idea de ajuste responde a modificaciones o a cambios de «la cultura, las políticas y las prácticas» que se dan en las instituciones encargadas de ciertos derechos. Recogiendo parte de la definición de Pérez Bueno (2012: 166), podemos señalar que un ajuste razonable se compone de:⁷

- Conducta positiva de actuación de transformación del entorno (elemento fáctico de cambio);
- Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (elemento de individualización y satisfacción de las particularidades);
- Que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (elemento de subsidiariedad); (...) y en todo caso,
- Su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad).

Los dos primeros elementos se refieren a la modificación de un entorno. Como hemos señalado previamente, esto es insuficiente. En ocasiones, las modificaciones podrán ser de las prácticas o políticas. El tercer elemento se refiere a la vinculación con la accesibilidad. El ajuste razonable se dará cuando la accesibilidad prevista no sea suficiente. Finalmente, el ajuste tiene que permitir un ejercicio de derechos en igual condición que el resto.

Con respecto a este tercer elemento, es importante resaltar que el ajuste es razonable cuando es efectivo (De Campos Vehlo Martel 2011: 107). Es decir, su razonabilidad está determinada por la posibilidad de que el ajuste sirva para que la persona pueda ejercer el derecho del que se está hablando; en este caso, el empleo. Es así que un ajuste dejaría de ser razonable cuando no tenga vinculación alguna con el empleo. Para determinar ello, será necesario verificar si el ajuste colabora o no con la consecución de los deberes esenciales de cada trabajo (LPCL, artículo 61). Así, por ejemplo, no sería razonable realizar un ajuste que permita un mayor número de ausencias no compensadas; puesto que, en este caso, no se estaría cumpliendo con los deberes del trabajo. Para determinar qué es un deber esencial, podemos acudir al reglamento interno de trabajo y al contrato laboral. Además, se puede acudir a la opinión del empleador sobre qué deberes son esenciales; a la descripción del trabajo hecha en la publicidad o en las entrevistas; al tiempo que se pasa realizando tal función; a las consecuencias de que no se realice tal función; a lo estipulado en algún convenio colectivo; a

⁷ En esta definición hemos decidido omitir la referencia a la carga desproporcionada en tanto no coincidimos con su inclusión dentro de la figura propia de ajuste razonable por motivos que explicaremos en la siguiente sección

la experiencia de antiguos trabajadores, y a la experiencia de quienes tengan trabajos similares (Dwoskin y Squire 2013: 5).

Es a partir de la efectividad que se podrá decir que un ajuste es razonable. La efectividad se debe analizar a partir de la posibilidad de realizar los fines que el ajuste razonable busca. Estos son: la consecución de las labores esenciales del empleo y la inclusión real de la persona con discapacidad en la sociedad. Esto quiere decir que al establecer ajustes no solamente tenemos que pensar en cómo realizará sus labores el trabajador, sino también en cómo evitar el estigma de la discriminación (Sunstein 2007: 15).

Al respecto, es relevante el caso *Zande Vande (Corte Suprema de los Estados Unidos 1945)* resuelto por el célebre profesor y juez Richard Posner. En este caso, una mujer con discapacidad física que utilizaba una silla de ruedas solicitó que se le acomodase el lavabo a una altura adecuada para que ella pudiese lavar su taza de café. El razonamiento de la Corte en dicho caso fue que tal ajuste no era necesario en tanto ella contaba con un lavatorio en el baño accesible con el que ella contaba. Al momento de realizar el análisis de razonabilidad en este caso, no se tomó en cuenta la estigmatización que podía sufrir la demandante al tener que lavar su taza en un espacio apartado del resto (Sunstein 2007: 3-5).

La aplicación de ajustes razonables tiene que permitir una inclusión real en el empleo. Esto significa que la persona con discapacidad debe trabajar en pie de igualdad que sus compañeros y, al mismo tiempo, disfrutar de las mismas opciones de esparcimiento e interacción que el resto de trabajadores. Si los ajustes razonables no permiten una verdadera inclusión social, es decir, si no permiten que personas con discapacidad y personas sin discapacidad interactúen de manera igualitaria y horizontal sin rasgos de exclusión o paternalismo; entonces, no se ha alcanzado la efectividad requerida.

Por tanto, cuando la LGPCD afirma que se deben hacer ajustes razonables en «el entorno de trabajo», se debe entender que esto no solamente implica el espacio físico en el que se realiza el trabajo, sino también otros ambientes como son las áreas de esparcimiento, los comedores, los servicios higiénicos o los lactarios.

3.4. La interacción entre ajuste razonable y carga indebida

Finalmente, es necesario determinar la relación que existe entre ajuste razonable y carga indebida. La doctrina identifica que puede haber tres tipos de relaciones entre ambos términos:

- a) El ajuste será razonable si no impone dificultades o costos excesivos a quien detenta el deber de ajustar. Es usual que la lectura sea acompañada por un test más riguroso, la carga desproporcionada. Asimismo, un ajuste podrá ser considerado como no razonable sin que ni siquiera se haya aplicado el patrón de la carga. O, muy rara vez e incluso difícil de concebir, podrá ser razonable e implicar una carga indebida;
- b) El ajuste será razonable si es efectivo, o sea, si deja al individuo que lo solicitó en condiciones de realizar las actividades que dieron origen al pedido. Como defensa, el sujeto pasivo de ajuste puede alegar carga indebida o desproporcionada;
- c) El ajuste será razonable si es efectivo para el titular del derecho y no impone inconvenientes o costos excesivos al sujeto pasivo (Waddington, citado por De Campos Vehlo Martel 2011: 103-104).

Este artículo se enmarca en la segunda concepción de la relación de artículos. Consideramos que es posible sustentar otras posturas (Weber 2010); no obstante, a partir de la redacción de la sección anterior, opinamos que la concepción del ajuste razonable debe leerse separadamente del concepto de carga indebida. Es posible que existan casos en que el ajuste sea razonable para dos casos similares; no obstante, podría constituir carga indebida en uno de ellos y no en el otro por diferentes motivos.⁸

Es así que el concepto de carga indebida constituye una defensa del empleador para no realizar un ajuste razonable que resulte demasiado complejo u oneroso. Así, de haber alguna controversia judicial, el empleado deberá probar que el ajuste que propone es razonable, es decir, que es efectivo. Por otro lado, el empleador tendrá la carga de probar que dicho ajuste configuraría una carga indebida.

Es en estos momentos que resulta útil pasar a realizar un análisis económico de las implicancias de los ajustes razonables como un factor relevante para poder determinar si existe o no una carga indebida. Si bien el análisis a realizarse variará caso a caso, (Corte Suprema de los Estados Unidos 1996) es posible reconocer los elementos que deberán tomarse en cuenta: inicialmente el costo del ajuste y los beneficios que produce. Por tanto, no habrá carga cuando los costos no sean claramente desproporcionados a los beneficios que produce (Corte Suprema de los Estados Unidos 1995). No obstante lo anteriormente mencionado, discrepamos con el texto de la ley que señala que la defensa contra el ajuste razonable es la «carga económica excesiva» (LGPCD, artículo 50.3), pues el criterio económico no es el único que se ha de tomar en cuenta.

Al momento de determinar la carga indebida es necesario evaluar cuánto cuesta realmente un ajuste razonable. Siguiendo a Stein, es posible identificar dos clases de costos: los fijos y los indeterminables.⁹ Los costos fijos serán aquellos que involucren cambios directamente cuantificables a través del precio; por ejemplo, la instalación de un programa lector de pantalla en las computadoras de la empresa. En cambio, los costos indeterminados tendrán que ver con modificaciones en las prácticas o en los procedimientos de trabajo; por ejemplo, la alteración de los horarios de trabajo o de los sistemas de rotación laboral. También podemos mencionar las sesiones de capacitación que requerirá el personal para adaptarse a los ritmos de trabajo de una persona con discapacidad intelectual. En ese caso, la cuantificación será complicada en tanto se tendrían que agregar horas de capacitación a futuros trabajadores indeterminados. Será difícil cuantificar estos costos al momento de determinar los costos del ajuste; no obstante, si se desea probar la existencia de una carga indebida, se tendrá que probar ello.

Adicionalmente al aspecto económico, hay otros elementos que deben valorarse al momento de realizar el ajuste razonable. En el caso canadiense se han señalado como factores que considerar los siguientes: los costos financieros; el impacto en acuerdos colectivos conquistados por trabajadores; las cuestiones relativas a la disposición y al ánimo del empleado para el trabajo; la permutabilidad de la estructura material del trabajo y de la organización de los trabajadores; los medios del empleador, y la seguridad (Canada Supreme Court 2011: 99). Adicionalmente, podemos mencionar la salud e integridad de los compañeros de trabajo u otras personas que pudieran verse afectadas.¹⁰ Finalmente, como se mencionará al final del

8 Estos podrían ser el tamaño de la empresa, el presupuesto, el número de trabajadores u otros factores que reseñaremos más adelante.

9 Stein (2003: 88) utiliza los términos «soft» y «hard».

10 En este punto nos referimos a los riesgos o peligros que se podrían generar en la seguridad, salud e integridad

artículo, cabría evaluar si acaso la afectación a los derechos de otras personas también puede ser un criterio que tomar en cuenta

Por otra parte, se habla muy poco de los beneficios que involucra la contratación de personas con discapacidad. Entre los beneficios se puede señalar que las personas con discapacidad suelen tener una rotación menor en el mercado laboral, lo cual ahorra costos futuros de entrenamiento; además, se ha identificado que tienen una productividad por encima del promedio (Stein 2003: 104-106). Cabe resaltar que la contratación de personas con discapacidad también suele tener beneficios en la imagen pública de la empresa (De Campos Vehlo Martel 2001: 108) y, en el caso peruano, hay que señalar que la LGPCD establece una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad¹¹ y sobre los sueldos pagados a personas con discapacidad.¹² Adicionalmente, a pesar de los problemas de valoración, hay que tomar en cuenta el beneficio social de incluir laboralmente a las personas con discapacidad. Este podría intentar cuantificarse, de manera inicial e incompleta, por la contribución impositiva que hace la persona con discapacidad (Stein 2003: 141-142). Por tanto, todos estos elementos deberán ser evaluados por el funcionario público o por el juez para determinar si existe o no una carga indebida.

Una vez que se produzca este análisis, existen cuatro resultados posibles (Stein 2003: 88):

- a) *La productividad del trabajador (DP) con discapacidad es mayor o igual que la productividad del trabajador promedio (AP) $\rightarrow DP \geq AP$*
- b) *La productividad del trabajador con discapacidad es menor que la del trabajador promedio pero los beneficios siguen superando los costos $\rightarrow AP > DP \geq 0$*
- c) *La productividad del trabajador no genera beneficios al empleador pero sí existe un beneficio social (BS) en el empleo de la persona con discapacidad $\rightarrow BS > 0$*
- d) *La productividad del trabajador no genera beneficios al empleador ni tampoco un beneficio social que supere los costos $\rightarrow BS < 0$*

No se puede argumentar la carga indebida en el caso 1. Además, es claro que en el caso 4 la carga indebida es manifiesta. Es así que los casos discutibles serán el 2 y el 3. En esos casos hay que resaltar que cuando haya ajustes razonables casi siempre habrá un costo. Como señala De Campos Velho Martel: «[c]arga habrá. Es el costo de proteger los derechos fundamentales y de diseñar una sociedad inclusiva» (2011: 100). Por tanto, los empleadores no pueden aducir una productividad menor o incluso una pérdida al momento de negarse a realizar ajustes

de los compañeros de trabajo u otras personas, con la realización del ajuste solicitado por el trabajador con discapacidad.

11 Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad.-

50.2 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

12 Artículo 47. Medidas de fomento del empleo.-

47.2 Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría que emplean a personas con discapacidad tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a estas personas, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

razonables. Dicha pérdida tendrá que ser desproporcionada para poder aducir la existencia de una carga indebida. Es complicado determinar qué es una carga indebida para todos los casos. En ese sentido, la argumentación será casuística porque la carga indebida es un «concepto jurídico indeterminado». Hacemos una analogía con el principio de no confiscatoriedad, dado que también «su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso». (Tribunal Constitucional 2004: Pár. 19) Las líneas anteriores, no obstante, han buscado delimitar los argumentos que pueden presentar las partes en una controversia.

4. Los titulares del ajuste razonable

Luego de definir la naturaleza del ajuste razonable, es necesario establecer quiénes son los titulares de este derecho. Como es evidente por el fraseo de la CDPD y la LGPCD, los beneficiarios directos son las personas con discapacidad.

No obstante, en la realidad podríamos ver que no solamente estas personas requerirían de un ajuste razonable. En esta sección pasaremos a demostrar que también los familiares de personas con discapacidad y las personas de minorías religiosas requieren de ajustes razonables en el empleo. Asimismo, veremos que otros autores reclaman su expansión hacia otros grupos más como adultos mayores, mujeres embarazadas o personas de origen nacional distinto (Waddington 2011: 186-198).

Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la no discriminación «también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad)». (Comité de Derechos Económicos Sociales Y Culturales 2009: Pár. 16). Es evidente que, dada la falta de servicios especializados en el cuidado de personas con discapacidad, muchas personas que tienen familiares con discapacidad tienen que hacerse cargo de su cuidado.¹³ En muchas ocasiones, esto tiene como consecuencia dificultades en los centros de trabajo, puesto que estos cuidados consumen tiempo. Por ejemplo, un padre de familia que tenga que llevar a rehabilitación a su hijo dos veces a la semana por las mañanas tendrá que modificar su horario o verse forzado a incurrir en tardanzas para no descuidar a su hijo. La incapacidad para poder combinar ambas labores ha generado que, en la actualidad, más de 170 000 personas en el Perú dejen de trabajar por cuidar a un familiar (ENEDIS 2012).

En ese sentido, la LGPCD incurre en una omisión que resulta perjudicial para las personas con discapacidad. Tal omisión ha tratado de ser subsanada a través de otros proyectos legislativos; no obstante, ninguno de esos esfuerzos ha tenido una visión sistemática de los ajustes razonables y se han limitado a proponer la consagración normativa de ciertos ajustes razonables específicos para algunos pocos grupos.¹⁴ Sin embargo, es posible recurrir a un

13 Los autores han podido conocer casos referentes a la necesidad de ajustes razonables que requieren los padres de personas con discapacidad a través de la labor en la Clínica Jurídica en Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sección Discapacidad.

14 Al respecto, se cuenta con la Ley 29992, Ley que modifica la Ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de febrero de 2013. Adicionalmente, se cuenta con diferentes proyectos de ley, entre los cuales podemos destacar los siguientes: Proyecto de Ley 01527/2012-CR, Ley que concede el derecho de licencia por asistencia familiar a los trabajadores de la actividad pública y privada; Proyecto de Ley 01577/2012-CR, Ley que promueve la

instrumento internacional para subsanar dicha omisión. El Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo¹⁵ responde a las necesidades de trabajadores con responsabilidades familiares. Dado su carácter de tratado de derechos humanos, se puede reconocer el rango constitucional de sus disposiciones, (Tribunal Constitucional 2006: Pár. 22) por lo cual el accionar estatal debería estar orientado a la efectiva cristalización de esta normativa.¹⁶ El Ministerio de Trabajo ha dado pasos alentadores con respecto a la implementación de estas disposiciones (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2013).

En dicho tratado se busca proteger a los trabajadores «con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella». (Organización Internacional del Trabajo 1983: Art. 1) Resulta claro que los padres de familia que se encargan de hijos con discapacidad ingresan en dicha categoría. También se incluye a trabajadores que cuiden a «otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén» (1983: Art. 2). En ese sentido, les corresponde que el Estado tome todas las medidas necesarias para que «puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo». De dicho fraseo es posible deducir que los ajustes razonables serían una medida adecuada para que se mantengan en el empleo. Más importante es señalar que el Convenio establece que la responsabilidad familiar no puede ser una causa justificada para terminar una relación laboral. (1983: Art. 8)

Finalmente, otro grupo que tendría derecho a los ajustes razonables serían las personas pertenecientes a minorías religiosas. Al respecto, cabe señalar que la Ley 29635 Ley de Libertad Religiosa establece que se debe armonizar la práctica de las festividades religiosas con los derechos de los trabajadores.¹⁷ En relación con ello, es pertinente resaltar que, con anterioridad a la promulgación de dicha norma, el Tribunal Constitucional (2002) había establecido el derecho de un médico adventista a no trabajar los sábados.

Asimismo, existe un colectivo específico cuya prestación de servicios, a pesar de cumplir en la realidad con los elementos que configuran una relación laboral (esto es, la subordinación, la remuneración y la prestación personal), se encuentra legalmente excluido del régimen laboral general: los beneficiarios de las modalidades formativas laborales.

Las modalidades formativas laborales, reguladas por la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales¹⁸ y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 007-2005-TR,¹⁹ son «tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico

reducción en la jornada laboral de padres de niños con discapacidad física o mental; Proyecto de Ley 02291/2012-CR, Ley que concede el derecho de licencia al Padre Trabajador por nacimiento de hijo con síndrome de Down; y Proyecto de Ley 02381/2012-CR, Ley que autoriza la reducción en la jornada laboral de padres de niños con síndrome de Down.

15 Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. En vigor para el Perú desde 1986.

16 Con respecto al rango de los tratados en el Perú, véase Vásquez (2013: 89-108), y con respecto a la aplicación inmediata de normas internacionales, véase Bregaglio (2012: 168 - 183).

17 Artículo 3. Ejercicio individual de la libertad de religión.-

La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos:

f. Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley.

18 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de mayo de 2005.

19 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de septiembre de 2005.

mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional». ²⁰ En estos casos, los «beneficiarios» pueden acogerse a un tipo de modalidad formativa específica para que empleen, en la práctica, los conocimientos aprendidos en sus propios centros de estudios.

Como la realidad muestra, quienes se acogen a las modalidades formativas laborales, realizan labores tan igual que los trabajadores y se encuentran en situaciones de hecho bastante similares. Por lo tanto, cabe preguntarse si es que a este colectivo específico también le correspondería la titularidad del derecho a realizar ajustes razonables cuando se trate de beneficiarios con discapacidad.

Al respecto, somos de la idea de que la titularidad de dicho derecho es aplicable al colectivo señalado; pues, como hemos dicho, en la realidad, quienes se acogen a las modalidades formativas también ofrecen su fuerza de trabajo de manera subordinada a cambio de una contraprestación en específico. Por lo tanto, si para ejercer dicha prestación requieren de algún ajuste en su centro de trabajo, el empleador estaría en la obligación de realizarlo. Lo señalado encuentra fundamento en la redacción misma del artículo 50 de la LGPCD, la cual establece que «*la persona con discapacidad* tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo [...]» (Las cursivas son nuestras). Así, la norma no restringe la titularidad de dicho derecho a las personas con discapacidad que ostentan una relación laboral, sino que permite que otras personas con discapacidad que se encuentran en situaciones de hecho similares a aquellas puedan gozar de tal derecho, como es el caso de los beneficiarios de modalidades formativas.

Con esto no estamos abriendo la puerta a que los derechos laborales típicos de los trabajadores les sean aplicados a los beneficiarios de las modalidades formativas, pues somos conscientes de la exclusión legal que existe en la actualidad. Sin embargo, recordemos que los ajustes razonables encuentran su origen en el efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, derecho que no puede ser ajeno a los beneficiarios con discapacidad que requieran de estas modificaciones.

Ahora bien, cabe resaltar que no es la primera vez que el goce de derechos fundamentales destinados a los trabajadores (como lo es la libertad sindical) se extiende hacia los beneficiarios de las modalidades formativas. El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que las personas contratadas bajo las modalidades formativas también deberían tener el derecho a organizarse colectivamente. ²¹

5. Los sujetos obligados a realizar el ajuste

Cuando se habla de los sujetos obligados a realizar los ajustes razonables en el empleo, lo más probable es que se identifique, automáticamente, al empleador; sin embargo, consideramos que la lectura sobre tales sujetos deberá hacerse atendiendo a la posibilidad y efectividad de realizar los ajustes razonables y, en función a ello, qué sujetos deberán cooperar, como describiremos en este apartado.

²⁰ Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, artículo 1.

²¹ Así lo ha señalado el Comité en la Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 1796 (1996) y en la Recomendación en el Caso 2575 (2009).

5.1. El empleador directo

Resulta claro que si es que el empleador se beneficiará, al final, del producto del trabajo de la persona con discapacidad, deba recaer sobre aquel la obligación de realizar los ajustes razonables necesarios para que el trabajador se desempeñe de la mejor manera posible.

En ese sentido, el artículo 50 de la LGPCD establece, por un lado, que «las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el centro de trabajo [...]»; y, por otro, que «[...] *los empleadores realizan los ajustes razonables*, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva [...]» (Las cursivas son nuestras).

Como se puede observar de la cita de la norma, esta reconoce, en un primer momento, el derecho de las personas con discapacidad a que se realicen los ajustes razonables necesarios y, en un segundo momento, la obligación de los empleadores de realizar estos ajustes, salvo que demuestren la carga económica excesiva o, como ya hemos destacado en los puntos anteriores, la carga indebida. Cabe resaltar que la norma no hace distinción entre empleadores públicos y privados, por lo que estarán obligadas tanto las personas jurídicas y naturales del sector privado que funjan como empleadores como las entidades del Estado que empleen personal con discapacidad.

Ahora bien, habiendo identificado al sujeto naturalmente obligado a realizar los ajustes razonables, cabe preguntarse si es que habrá otros sujetos que, sin ser empleadores directos, podrían estarlo.

5.2. Tercerización e intermediación

Existen situaciones en las que un empleador se vale de terceros para la ejecución de etapas enteras —o parte de ellas— de su propio proceso productivo. A este fenómeno en especial se le denomina «proceso de descentralización productiva». La descentralización productiva es una forma de

organización del proceso de elaboración de bienes y/o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (Cruz 1994: 8).

La descentralización productiva se manifiesta, por lo general, en «el suministro de personal para servicios temporales, los grupos de empresas, el trabajador autónomo, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y la subcontratación de obras o servicios» (Ugaz 2010: 301).

De los supuestos descritos, para los fines de este apartado, nos centraremos en las manifestaciones que consisten en la tercerización de servicios (conocida, también, como subcontratación o outsourcing) y la intermediación de servicios (denominada, también, services). La regulación de ambos fenómenos, mediante la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización²² (LRST) y la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores,²³ está orientada a velar por los derechos laborales

22 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008.

23 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2002.

de los trabajadores que, sin llegar a ser contratados directamente por la empresa que recibirá el servicio de la tercerización o intermediación, podrían llegar a desempeñarse dentro del mismo centro de trabajo o ámbito de producción de aquella empresa.

En la tercerización de servicios, el empleador desprende una etapa de su proceso productivo para que el contratista la desarrolle de manera autónoma e integral. La intermediación de servicios puede presentarse de dos formas: en la primera, la empresa intermediadora provee personal a otra, personal que realizará, temporalmente, actividades calificadas como «principales» (aquellas cuya interrupción afecte determinadamente el giro del negocio del empleador)²⁴ de la empresa que recibe el servicio. La segunda forma de intermediación de servicios se presenta cuando una empresa encarga a la empresa intermediadora la realización de determinadas actividades que gozan del carácter de complementarias o de alta especialización.²⁵

Otra diferencia que existe entre ambos fenómenos se da respecto del nombre que se le otorga a la empresa que recibe el servicio: en el caso de la tercerización de servicios, a la empresa que recibe el servicio se le denomina «empresa principal» y, en el caso de la intermediación de servicios, se le denomina «empresa usuaria». A modo de ejemplo, la tercerización de servicios puede presentarse cuando una empresa minera decide que una etapa de su proceso productivo la desarrolle otra, como podría serlo la actividad de exploración y extracción de los minerales. En cambio, la intermediación de servicios se puede presentar cuando se requiere contratar a un empleado temporalmente, pues quien ocupaba el puesto se encuentra de licencia o, también, cuando se le encarga a un tercero realizar el servicio de limpieza o seguridad, siempre y cuando el giro del negocio de la empresa usuaria no sea, justamente, la limpieza o seguridad.²⁶

Ahora bien, podría darse el caso de que los trabajadores destacados al centro de trabajo de la empresa principal o usuaria sean personas con discapacidad y que, en algún momento, requieran que se realicen ajustes razonables para que puedan desarrollar su labor sin problemas. En estos supuestos consideramos que la empresa principal o usuaria, dependiendo del tipo de descentralización productiva que se emplee, tendrá un deber de cooperación a fin de permitir que el empleador real o directo realice los ajustes razonables necesarios; salvo un supuesto específico, que es el caso de la intermediación de servicios consistente en la provisión de personal para actividades principales, pero temporales.

En primer lugar, señalamos que surge un deber de cooperación y no el mismo deber de realizar los ajustes razonables porque resulta razonable que la carga recaiga sobre el empleador directo que se beneficia del trabajo de la persona con discapacidad y no sobre la empresa principal o usuaria; ya que, si bien esta se beneficiará también de la labor de la persona con discapacidad —pues el trabajo de esta persona contribuirá con la realización del servicio esperado por aquellas empresas—, dicha empresa se ha desprendido válidamente. Ello tiene correlato con el hecho de que es el mismo empleador directo (la empresa que brinda el

24 El artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR establece que «constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo».

25 El artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR establece, en el caso de la actividad complementaria, que «es de carácter auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal, tal como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza» y, en el caso de la actividad de alta especialización, que es «aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados».

26 Si es que el giro principal de la empresa usuaria sería la limpieza o seguridad, no nos encontraríamos ante una actividad complementaria o de alta especialización.

servicio de tercerización o intermediación) el que está en la posibilidad de realizar los ajustes razonables. Por ejemplo, si el trabajador con discapacidad requiere que se modifique el horario de trabajo, tal ajuste no podrá solicitarlo a la empresa principal o usuaria, sino que deberá solicitarlo a su real empleador.

Así, la realización del ajuste razonable dependerá, por lo general, del mismo empleador directo. Sin embargo, puede que para realizar efectivamente tales ajustes se requiera de la colaboración o cooperación de la empresa principal o usuaria. Por ejemplo, si la empresa principal ha cedido algunas computadoras a la empresa tercerizadora para que realice el servicio encomendado y esta cuenta con personal invidente, puede darse el caso de que tal personal requiera que se instale un software especial para desempeñar sus propias labores. La realización del ajuste razonable solicitado requerirá, además de los gastos necesarios para instalar el software, que la empresa principal permita que tal sistema se instale en sus computadoras.

Bajo nuestro punto de vista, la empresa principal no podrá negarse a realizar tales ajustes razonables por dos razones. En primer lugar, los ajustes razonables a los que tienen derecho las personas con discapacidad no se limitan al ámbito de control de su empleador (del cual escaparían las computadoras que no son de su propiedad), sino que abarcan todos los elementos ligados a la prestación de sus servicios. En esa línea, el artículo 50 de la LGPCD establece, sin distinción alguna, que

[...] la persona con discapacidad tiene *derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo*.

Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad. (Las negritas son nuestras)

De esa manera, la negativa de la empresa principal a colaborar para realizar el ajuste razonable vaciaría de contenido el derecho reconocido a las personas con discapacidad; de lo contrario, ¿qué sentido tendría que se reconozca tal derecho si es que en los casos que su realización dependa de la cooperación de terceros estos podrían negarse a tal cooperación?

En segundo lugar, consideramos que la empresa principal o usuaria no puede negarse a cooperar para realizar los ajustes razonables por el mismo deber de diligencia que surge en las relaciones jurídicas de naturaleza civil. En ese sentido, Gastón Fernández señala que el deber accesorio de diligencia se manifiesta de dos formas: a) en aquellos deberes que coadyuvan a la realización del deber central; y b) en los deberes que tienen la función específica de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación (estos últimos deberes son los denominados, también por la doctrina, «deberes de protección») (2005: 159).

Así, de acuerdo con el primer tipo de deber de diligencia, las partes deberán llevar a cabo aquellas acciones necesarias para realizar el deber central comprometido entre ellas. En este caso, si es necesario instalar el software para que el personal invidente pueda desempeñar sus labores y, con ello, la empresa de tercerización pueda prestar el servicio, la empresa principal, en virtud del deber de diligencia, deberá cooperar a fin de que tal servicio se pueda realizar. Claro está que no se podrá exigir que la empresa principal o usuaria coopere bajo todos los supuestos, sino solo en aquellos en los que los ajustes razonables hayan pasado sus propios límites: la razonabilidad o efectividad y la carga indebida, puesto que en estos casos tal análisis deberá tomar en cuenta, también, el impacto que genere en el tercero (la empresa principal o usuaria) a fin de que los ajustes puedan proceder.

Ahora bien, al inicio de la explicación de este supuesto mencionamos que en el caso de la intermediación de servicios consistente en la provisión de personal para actividades principales, pero temporales, la empresa usuaria no solo tendría el deber de cooperación, sino que también podrá tener el deber mismo de realizar el ajuste razonable. Y es que en estos supuestos la empresa usuaria fungirá, durante un corto tiempo, como el empleador de tal personal, y si es que esta es una persona con discapacidad que requiere de ajustes razonables en su centro de trabajo, el empleador virtual (que será la empresa usuaria) tendrá la obligación de realizar tales ajustes. Justamente, en estos casos, la realización de los ajustes razonables podría depender de la misma empresa usuaria, como sería la modificación del horario de trabajo, las variaciones del entorno de trabajo o de las mismas maquinarias y herramientas que se empleen. Sostener lo contrario llevaría a supuestos en los que los ajustes razonables dependan íntegramente de la empresa usuaria (pues es esta la que ostenta el poder de organización en dicho centro de trabajo), pero como esta no estaría obligada, tales ajustes no podrán realizarse, y se tomará ineficaz al derecho a los ajustes razonables.

En suma, consideramos que, como regla general, en la tercerización e intermediación de servicios la empresa principal o usuaria tendrá un deber de cooperación para realizar los ajustes razonables y, en el caso de la intermediación por provisión de personal para actividades principales pero temporales, la misma empresa usuaria podría llegar a tener, en algunos supuestos, la misma obligación de realizar los ajustes razonables. En lo referido a la asunción del costo del ajuste, en tanto no existe una remisión legal expresa, la empresa intermediadora deberá seguir siendo la que asuma el costo.

6. Los momentos del ajuste

Hemos explicado la importancia de los ajustes razonables para una plena inclusión en el empleo; no obstante, de la redacción de la norma no queda claro en qué momento se debe realizar el ajuste razonable. Esto tiene un impacto evidente porque podría ser que las personas con discapacidad no puedan acceder a un empleo debido a que las modalidades de selección y evaluación lo impiden.

6.1. El acceso al empleo

La LGPCD señala que deben existir ajustes —no señala su razonabilidad— en los procedimientos de selección y evaluación de las entidades públicas.²⁷ No obstante, no hay mayor referencia a si esto resultaría necesario en el caso de los empleadores privados. De hecho, la norma legal solo establece la obligatoriedad de los ajustes razonables en el lugar de trabajo. Se puede especular que la inclusión de los ajustes en los procedimientos de selección públicos se debe a la influencia del caso de Edwin Béjar, abogado con discapacidad visual que fue impedido de postular en el concurso público para fiscales.²⁸ No obstante, la omisión que señalamos genera

27 Artículo 48. Bonificación en los concursos públicos de méritos.-

48.2 Las entidades públicas realizan ajustes en los procedimientos de selección y evaluación para garantizar la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

28 Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco. Proceso de amparo. Caso Edwin Béjar. PJ 2009-01890. Al

un vacío normativo que termina siendo perjudicial para las personas con discapacidad. Si los procesos de selección no se ajustan a las personas con discapacidad, estas no podrán participar de manera igualitaria en la búsqueda de un empleo. Así, por ejemplo, ¿cómo podrá una persona con discapacidad visual realizar la usual tarea de hacer el dibujo de una persona bajo la lluvia? ¿Cómo deberá plantearse la entrevista que se le hace a una persona con discapacidad intelectual? Una interpretación correcta de la norma nos obligaría a señalar que el acceso al empleo también es susceptible de ser afectado por los ajustes razonables en el ámbito público y privado. La norma nacional debería leerse junto con el artículo 27.a de la CDPD, que establece la prohibición de la discriminación «con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables». Es así que las obligaciones de ajuste se extienden a diversas situaciones relacionadas con el empleo. Por ejemplo, en Estados Unidos, se reconoció el derecho de una persona sorda a contar con un intérprete de señas durante el entrenamiento previo a la contratación, lo cual, como es evidente, le impidió seguir avanzando en el proceso de postulación. (Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica 2012)

Consideramos que el Reglamento de la LGPCD contribuye con tal interpretación; pues establece, en su artículo 57, que una de las finalidades de los ajustes es facilitar el acceso al puesto de las personas con discapacidad.

Asimismo, consideramos que esta interpretación encuentra respaldo en la obligación que tienen los empleadores de garantizar la participación efectiva de las personas con discapacidad en los procesos de evaluación, establecida en el numeral 1.4 del artículo 56 del Reglamento. Así pues, se unifica el criterio respecto a la posibilidad de solicitar los ajustes razonables en el acceso al empleo tanto en el sector público como en el privado.

6.2. El desarrollo de la relación laboral

Además de los ajustes en la postulación o en el acceso, las personas con discapacidad tienen derecho a que se realicen los ajustes razonables durante el desarrollo de su relación laboral. De esta manera, la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como los cambios en la organización del trabajo y el horario de trabajo, son aplicables en dicho momento de la relación laboral.

Como hemos señalado en puntos anteriores, realizar dichos ajustes requiere analizar la procedencia de estos, esto es, verificar su razonabilidad y no considerarlos una carga indebida para el empleador. Adicionalmente, la negativa injustificada a realizar los ajustes se configura como un acto discriminatorio; por tanto, proscrito por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 8 de la LGPCD.

En tal sentido, la LGPCD modificó la relación de actos de hostilidad equiparables al despido en dos términos. El régimen laboral de la actividad privada ya reconocía como un acto de hostilidad a los actos discriminatorios; sin embargo, a fin de evitar una interpretación restrictiva de los motivos prohibidos, la LGPCD especificó que la condición de discapacidad era un motivo prohibido más y añadió el término «cualquier otra índole»,²⁹ permitiendo también

respecto, véase Olivera y Villarreal (2013).

29 La Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD modificó el inciso f) del artículo 30 del Decreto

que otros colectivos tradicionalmente segregados pudieran ser incluidos en dicha disposición. En segundo lugar, la LGPCD añadió un supuesto más dentro del listado de actos de hostilidad, y estableció así como un acto equiparable al despido «la negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad».³⁰

En suma, la LGPCD especificó que la discriminación basada en la discapacidad era un acto de hostilidad equiparable al despido y, además, añadió un supuesto más: la negativa injustificada de realizar los ajustes. Ahora bien, teniendo en cuenta que ya un acto de hostilidad es aquel que sea discriminatorio y recordando que la misma LGPCD estableció que la negativa injustificada de realizar los ajustes se considera un acto discriminatorio, tal supuesto hubiese sido considerado un acto de hostilidad por el solo hecho de ser discriminatorio, y hubiese encajado en el inciso f) del artículo 30 de la LGPCD. Sin embargo, en tanto la LGPCD ha establecido que la negativa de realizar los ajustes razonables es un acto de hostilidad distinto a los actos discriminatorios, la inspección del trabajo, cuando tenga que constatar tal infracción, deberá sancionar tal negativa solamente en función a esta última infracción y ya no en función a la relativa a los actos discriminatorios, a fin de evitar caer en una doble infracción.

6.3. La extinción de la relación laboral

Otra innovación de la LGPCD en esta materia es el establecimiento del cumplimiento de dos requisitos previos para poder despedir a alguien por deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas, supuesto establecido en el literal a) del artículo 23 de la LPCL.

Luego de la modificación realizada por la LGPCD, la redacción de dicho artículo ha quedado de la siguiente manera:

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, *realizados los ajustes razonables correspondientes*, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.³¹ (Las cursivas son nuestras)

De esta manera, cuando el empleador pretenda despedir a un trabajador con discapacidad por tales motivos, deberá realizar los ajustes razonables necesarios para que esta persona pueda laborar en dicho puesto de trabajo. En este punto, consideramos que solo cuando el ajuste no haya pasado el examen de procedencia señalado en los puntos anteriores de este trabajo, podrá considerarse que tales deficiencias del trabajador «impiden el desempeño de sus tareas».

Supremo 003-97-TR, Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), estableciendo el siguiente enunciado: «Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole». La regulación anterior no contemplaba la discapacidad como un motivo prohibido ni el término *cualquier otra índole*.

30 La Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD añadió un supuesto más de actos de hostilidad al régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

31 La Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la LGPCD modificó el literal a) del artículo 23 de la LPCL.

Si es que los ajustes que requieren los trabajadores con discapacidad no son procedentes, el empleador deberá observar un segundo requisito: el cambio de puesto de trabajo, cuando exista alguna vacante, y siempre y cuando no afecte la seguridad y salud del trabajador o de terceros. La duda que puede plantearse en este punto es si en el nuevo puesto de trabajo al que podrían cambiar al trabajador con discapacidad también es necesario realizar los ajustes razonables. Al respecto, consideramos que la respuesta es afirmativa, pues el análisis que el empleador deberá realizar a fin de que el trabajador sea compatible con el nuevo puesto de trabajo implica, justamente, la posibilidad o no de realizar algún ajuste razonable. Si bien lo más adecuado hubiese sido que la LGPCD, al modificar la LPCL, contemplara específicamente este supuesto, no consideramos que exista algún inconveniente con la interpretación propuesta.

Cabe resaltar que, a pesar de la distinción, el cambio de lugar de trabajo también constituiría una forma de ajuste razonable. No obstante, este ajuste razonable podría tener implicancias con respecto a otros trabajadores si es que el cargo fuese superior. Por ejemplo, podemos pensar en una persona encargada de labores de limpieza que se accidenta y pierde movilidad física. Al no poder encontrar ajustes razonables, el empleador decide trasladarlo al puesto de supervisor, el cual es superior. Esto afectaría los legítimos intereses de sus compañeros si es que acaso estuviesen más calificados para el cargo. La redacción de la norma parece indicar que si se le puede trasladar, debe trasladársele. Esto querría decir que si cumple con los requisitos del puesto superior, debería ingresar al puesto vacante incluso si hubiese otros trabajadores con más méritos para ocupar dicho cargo. En Estados Unidos se decidió de manera distinta; se señaló que contravenir la política de ascensos y promociones era una carga indebida. (Corte Suprema de los Estados Unidos 1996) No obstante, es necesario reconocer que, si bien existe una carga, no atenta contra el disfrute de derechos de otras personas; visto ello, sí procedería un ascenso incluso ante la presencia de trabajadores mejor calificados.

7. El conflicto de derechos

Como se ha mencionado, los ajustes razonables pueden implicar costos. De hecho, lo más probable es que sea así en muchas ocasiones. Tales costos pueden ser de diversa índole. No obstante, cada caso es distinto. Y estos pueden ser difíciles de establecer o cuantificar. A pesar de ello, es importante resaltar que la intención de los ajustes razonables es posibilitar la inclusión real de las personas con discapacidad en los diferentes aspectos de la vida, incluido el ámbito laboral.

Como hemos podido observar previamente, la inclusión laboral de personas con discapacidad puede ser beneficiosa para el empleador, para el ambiente de trabajo y para la sociedad en su conjunto. En ese sentido, la lectura de la disposición constitucional sobre la protección del «impedido [sic] que trabaja»³² debe leerse como la búsqueda de una igualdad real de todas las personas sea que tengan discapacidad o no. Esto puede generar la necesidad

32 Artículo 23. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

de tomar medidas especiales como son los ajustes razonables, pero no se puede pensar en una sociedad realmente democrática e inclusiva en la cual la discapacidad sea un motivo de exclusión permanente de la posibilidad de ser parte de la «dignidad creadora del trabajo».³³ Al respecto, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional, incluso previamente a la adopción de la CDPD, señaló que debe haber medidas de «discriminación positiva que exige la cláusula de la igualdad jurídica consagrada en el artículo 2, inciso 2)».³⁴ En tanto hay una disposición constitucional de igualdad, esta debe seguirse siempre y cuando no involucre un perjuicio desmedido —carga indebida— sobre alguien.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la obligación de realizar los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad implica, de alguna manera, una interferencia en el poder de organización que tienen los empleadores y, en concreto, en el poder de dirección de estos.

En el caso de los empleadores privados, se sostiene que el poder de dirección es el «poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva» (Luque 1999: 30). En esa línea, el poder de dirección del empleador encuentra su fundamento en la libertad de empresa (Valverde 1992: 201), derecho fundamental reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, cuyo contenido esencial ha sido descrito bajo las siguientes manifestaciones: «(i) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; (ii) la libertad de organización; (iii) la libertad de competencia; y, (iv) la libertad para cesar las actividades» (Kresalja y Ochoa 2012: 452). Como se podrá observar, es de la segunda manifestación descrita, la libertad de organización, de donde proviene este poder que ostenta el empleador en el desarrollo de la relación laboral.

Sin embargo, recordemos que también existen empleadores públicos, esto es, las entidades estatales. En esos casos, el poder de dirección no proviene de la libertad de empresa, sino de la potestad de organización que ostenta el Estado.

Sin perjuicio de ello, existe un consenso sobre el **contenido** del poder de dirección. La doctrina, tradicionalmente, ha entendido que esta es una situación jurídica de contenido complejo, pues está compuesta por tres facultades específicas: a) la facultad de **dirigir** o **dictar** instrucciones generales o específicas respecto a la prestación del servicio del trabajador; b) como correlato del punto anterior, se reconoce la facultad de **controlar** y **fiscalizar** el cumplimiento del trabajador de las directrices establecidas, y c) de constatarse el incumplimiento de tales obligaciones, se le reconoce al empleador la **facultad** de sancionar al trabajador por el incumplimiento detectado (Neves 2012: 36; Villalón 2008: 163; entre otros).

Ahora bien, consideramos que los ajustes razonables, en tanto derechos de las personas con discapacidad o de otros sujetos de la relación laboral, influyen, en alguna medida, en el poder de organización que tienen los empleadores. Y es que justamente tal derecho genera en el empleador la obligación de realizar modificaciones tanto en el centro de labores como en el tiempo de trabajo, modificaciones que, inicialmente, no había previsto. Por ejemplo, el empleador podría haber determinado que uno de los turnos de trabajo se realice desde las 6:00 horas hasta las 14:00 horas; pero podría darse el caso de que uno de los trabajadores que deba trabajar cuente con una discapacidad y que su rehabilitación solo pueda realizarse entre las 7:00 horas y las 9:00 horas. El trabajador, como estipula el artículo 50 de la LGPCD, tendrá

33 Constitución Política del Perú de 1979. Preámbulo.

34 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 324-99-AA/TC. *Caso César Augusto Zevallos Eyzaguirre*, párrafo 8.

el derecho a que tal factor se modifique (con los límites que se describen en este trabajo); en este caso, el horario de trabajo, a fin de que pueda seguir desempeñando sus labores adecuadamente.

Inclusive, hay modificaciones que van más allá del poder de dirección y que se centran exclusivamente en el poder de organización (más amplio que el primero); por ejemplo, las relacionadas con la modificación de maquinarias de trabajo o herramientas. En este caso, no estamos ante el ámbito concreto del poder de dirección (que implica dirigir, fiscalizar y sancionar), sino ante el poder que tiene el empleador de utilizar los instrumentos que considere adecuados para realizar el producto o servicio final que ofrece al mercado.

En el caso de los empleadores privados, podrían alegar que la realización de los ajustes razonables, en alguna medida, restringe la libertad de empresa que ostentan (en su manifestación de organización). Frente a ello, el Tribunal Constitucional ha recurrido a un test de ponderación entre ambos derechos (libertad de empresa y derechos fundamentales del trabajador). Por ejemplo, en el caso *Lucio Valentín Rosado Adanaque*, resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 0895-2001-AA/TC, un trabajador, médico de EsSalud, solicitó no laborar los sábados, pues su religión implicaba que dedique tal día al culto a la Iglesia. En dicho caso, el Tribunal concluye, luego de una ponderación de los intereses en juego, que EsSalud no aportó «razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa».

Si aplicáramos tal razonamiento al caso de los ajustes razonables de las personas con discapacidad, podríamos concluir que el análisis de la procedencia de los ajustes razonables es, justamente, una ponderación entre los intereses en juego. Cuando se mide de un lado los beneficios que los ajustes implican y los costos y su carga indebida, se están ponderando ambos derechos.

Nuestra propuesta en este punto es que, a la hora de realizar el análisis de procedencia de los ajustes razonables, se ponderen los intereses tanto del trabajador con discapacidad, del empleador y de terceros ajenos a ese vínculo directo pero que podrían verse afectados en alguna medida.

Al final, los ajustes razonables observan, además de los costos económicos generados a los empleadores, la posible afectación a otros sujetos. Por ejemplo, en el caso Rosado Adanaque, el Tribunal pretendió tomar en cuenta el interés de los usuarios del servicio de salud. Así pues, dependiendo de cada caso concreto, la procedencia de los ajustes razonables puede llegar a implicar, además de los costos económicos generados al empleador, el impacto de la medida en otras personas. Esta interpretación no deberá emplearse como un instrumento para que los empleadores se nieguen constantemente a realizar los ajustes, sino que debe permitir poder tomar en cuenta todos los intereses en juego detrás de un ajuste.

Así, si la autoridad encargada de evaluar la procedencia del ajuste encuentra que el empleador pretende justificar su negativa a realizar los ajustes en la afectación a terceros sin ningún fundamento o sin criterios razonables, tales argumentos no podrán tomarse en cuenta.

8. Otros aspectos problemáticos en la relación laboral

Este trabajo ha querido evidenciar las amplias posibilidades que tiene el ajuste razonable para permitir que las personas con discapacidad accedan al mercado laboral y permanezcan en él

satisfactoriamente a fin de desarrollarse. No obstante, también se ha reparado en las muchas carencias de la actual normativa, la cual, a pesar de lo mencionado, es un avance significativo en los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, hay elementos que no han sido materia del análisis en este artículo, pero que consideramos importante tener en cuenta para una verdadera inclusión laboral. Además de los ajustes razonables en el entorno laboral, se debe tener en cuenta que su aplicación se debe extender a todos los aspectos de la relación laboral. Así, por ejemplo, también debe haber ajustes razonables cuando se piense en traslados, (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas 2012: Pár. 22.e) los ascensos e incluso las bonificaciones. Si bien la literalidad de la norma no ha apuntado a ello, es necesario que la práctica y la jurisprudencia apunten a un fin que conlleve a una verdadera inclusión laboral que genere, a la larga, una sociedad plenamente inclusiva.

9. Conclusiones

- a) Los ajustes razonables son adaptaciones que se deben realizar para permitir el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Su alcance no se limita al derecho al trabajo, pues abarca desde el derecho a la educación, a la salud, así como a los demás derechos humanos y libertades fundamentales.
- b) Debe distinguirse entre accesibilidad y ajustes razonables. Mientras que el primero es la obligación de adaptación del entorno, servicios y sistemas de información con vocación de generalidad; el segundo concepto está ligado a una evaluación especial de cada caso en concreto.
- c) Los conceptos descritos se complementan de la siguiente manera: a) se utilizarán ajustes razonables cuando no se haya conseguido la accesibilidad al reconocer que es un objetivo de difícil consecución; y b) se utilizarán ajustes razonables al reconocer que incluso en entornos accesibles no se puede terminar de satisfacer todos los requerimientos de las personas con discapacidad.
- d) Los ajustes razonables en el empleo son un nuevo límite al poder de dirección del empleador; toda vez que este deberá variar, de alguna manera, la forma de organización de su centro de trabajo tal como la había concebido antes.
- e) La finalidad de los ajustes razonables en el empleo es permitir la inclusión efectiva de las personas con discapacidad y el real goce por parte de estos de su derecho al trabajo, sin que la condición de discapacidad limite su desempeño.
- f) De esa manera, la razonabilidad del ajuste deberá medirse como efectividad en la consecución del fin establecido mediante el ajuste propuesto.
- g) Frente a la efectividad del ajuste, la carga indebida es un mecanismo de defensa del empleador para poder rechazar la solicitud de la realización de los ajustes.
- h) Si bien es cierto que todo ajuste generará una carga, no toda carga será indebida. El análisis para determinar cuándo se está frente a una carga indebida es un análisis de costos y beneficios, donde los beneficios deberán observarse de la manera más amplia posible: los beneficios económicos derivados de la productividad de la persona con discapacidad, los beneficios derivados de la buena imagen e impacto que genera en la sociedad la contratación de personas con discapacidad y todos los demás beneficios que se generen con la realización del ajuste.

- i) Debe tomarse en cuenta que no todos los beneficios son cuantificables ni encuentran siempre una justificación económica. Probablemente la principal manifestación de ello será el beneficio social que genera la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Sin embargo, la dificultad en su cuantificación no justifica que no se tome en cuenta a la hora de determinar si la carga es indebida o no.
- j) El criterio económico no debe ser el único que debe evaluarse al momento de determinar si la carga se configura como indebida o no.
- k) Si bien la titularidad de los ajustes razonables en el empleo, de acuerdo con la LGPCD, recae sobre las personas con discapacidad, deberá tenerse en cuenta que los trabajadores con cargas familiares de personas con discapacidad también podrían ser titulares de tal derecho, en virtud de una interpretación conjunta del derecho a la igualdad de oportunidades y del Convenio 56 de la Organización del Trabajo.
- l) Los sujetos obligados a realizar el ajuste razonable serán, en un primer momento, los empleadores directos de las personas con discapacidad. Las empresas principales y usuarias tendrán el deber de cooperar con el fin de que el ajuste sea realizado y, en los casos de la intermediación de servicios por la provisión de personal, la misma empresa podría llegar a tener la obligación de realizar el ajuste solicitado.
- m) Los ajustes razonables no solo son exigibles durante el desarrollo de la relación laboral, sino también durante la etapa de postulación y durante el proceso de extinción de la relación laboral.
- n) Finalmente, los ajustes razonables deben expandirse para adaptar todos los aspectos relacionados con la relación laboral a fin de conseguir una verdadera inclusión.

10. Bibliografía

a) Libros y artículos académicos

- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS
2012 *Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad. Al HRC/22/25.* 2012.
- BARNES, Colin
2009 «Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?». En BROGNA, Patricia (compiladora). *Visiones y revisiones de la discapacidad.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 101 - 122.
- BREGAGLIO, Renata
2012 «La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal». En MONTROYA, Yván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú.* Lima: IDEHPUCP/Open Society, pp. 165-183.
- 2010 *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de*

los tratados. Tesis de maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

CRUZ, Jesús

1994 «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, número 13, pp. 7-33.

CRUZ, Jesús

2008 *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

DE CAMPOS VEHLLO, Leticia

2011 «Ajuste razonable: un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva». Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo, volumen 8, número 14, pp. 89 - 115.

DWOSKIN, Linda y Melissa SQUIRE

2013 «Reasonable Accommodation Under the New ADA: How Far Must Employers Go?». *Employee Relations Law Journal*. Aspen, volumen 38, número 4, pp. 3-27.

FERNÁNDEZ, Gastón

2005 «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». *Advocatus*. Lima, número 13, pp. 143-161

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMACIÓN (INEI)

2012 *Encuesta Nacional Especializada en Discapacidad (ENEDIS 2012)*. Consulta: 14 de mayo de 2014.
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/07/resultadosinei.pdf>

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LUQUE, Manuel

1999 *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch.

MALDONADO, Stanislao

2006 *Trabajo y discapacidad en el Perú: mercado laboral, políticas públicas e inclusión social*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2013 *Informe N.º 29-2013-MTPE/2/15.1*. Informe elaborado a solicitud de la Clínica Jurídica 2013 Discapacidad. Consulta: 14 de mayo de 2014.
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/06/Carta-del-MTPE-sobre-ajustes-razonables.pdf>

NEVES, Javier

2008 *Introducción al derecho laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

OLIVERA, Jean Franco y Carla VILLARREAL

2013 «Caso Edwin Béjar: denegación de ajustes razonables como vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación». En BARIFFI, Francisco (coordinador). *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos. Algunas experiencias de Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, pp. 381 - 396.

PALACIOS, Agustina

2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.

PÉREZ, Luis

2012 «La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables». En PÉREZ BUENO, Luis (director). *2003- 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Cinca, pp. 159 -182.

RUBIO, Marcial; Francisco EGUIGUREN, y Enrique BERNALES

2011 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

STEIN, Michael

2003 «The Law and Economics of Disability Accommodations». *Duke Law Journal*. Duke, volumen 53, número 1, pp. 79 - 191.

SUNSTEIN, Cass

2007 «Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms». *University of Chicago, Public Law & Legal Theory Working Paper* número 149.

UGAZ, Mauro

2010 «La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad sindical». En IUS ET VERITAS (Compilador). *Derecho colectivo del trabajo*. Lima: Jurista Editores, pp. 215-318.

VALVERDE, Antonio y otros

1992 *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

- VÁSQUEZ, Piero
2013 «La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno». *Thémis. Revista de Derecho*. Lima, número 63, pp. 89-108.
- WADDINGTON, Lisa
2011 «Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?». *NTM|NJCM-Bulletin*, Volumen 36, número 2, pp. 186-198.
- WEBER, Mark
2010 «Unreasonable Accommodation and Due Hardship». *Florida Law Review*. Gainesville, volumen 62, pp. 1119 - 2010.

b) Pronunciamientos internacionales

- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES
2009 *Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, Comité DESC, E/C.12/GC/20, 2 de julio.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
2014 *General Comment N.º 2. Article 9: Accessibility*. CRPD/C/GC/2.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
1996 *Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 1796*.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
2009 *Recomendación del Comité de Libertad Sindical formulada al Perú en el Caso 2575*.

c) Normativa internacional

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
2006 *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Nueva York, 13 de diciembre.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
1981 *Convenio 156. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares*. Ginebra, 23 de junio.

d) Normativa nacional

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2013 *Ley 29992. Ley que modifica la Ley 26644 estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad*. Lima, 7 de febrero.

- 2012 Ley 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, 24 de diciembre.
- 2010 Ley 29635. Ley de Libertad Religiosa. Lima, 21 de diciembre.
- 2008 Ley 29245. Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 24 de junio.
- 2002 Ley 27626. Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores. Lima, de enero de 2002.

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

- 2006 *Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA*. Lima, 6 de mayo.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

- 2014 *Decreto Supremo 002-2014-MIMP*. Lima, 8 de abril.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 1997 *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728*. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR. Lima, 27 de marzo.

e) Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2012 *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto, serie C N.º 246, párrafo 133.
- 2003 *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados»*. 17 de Septiembre. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 18.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

- 2012 *EEOC vs. Creative Networks LLC*. 2:09-CV-02023, D. Ariz., Sept. 20, 2012.
- 1996 *U.S. Airways, Inc. vs. Barnet*. N.º C-94-3874, N.D. Cal. July 29, 1996.
- 1995 *Vande Zande vs. Wisconsin Dep't of Admin.* 44 F.3d 538, 7th Cir. 1995.

CORTE SUPERIOR DEL CUSCO

- 2009 *Caso Edwin Béjar*. PJ 2009-01890. Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco. Proceso de amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2006 *Expediente 0047-2004-AI/TC*. Sentencia: Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). 24 de abril.

- 2004 Expediente 0004-2004-AI/TC y acumulados. Sentencia: Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros. 21 de septiembre.
- 2002 Expediente 0895-2001-AA/TC. Sentencia: Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque. 19 de agosto.
- 1999 Expediente 324-99-AA/TC. Sentencia: Caso César Augusto Zevallos Eyzaguirre.

COMENTARIOS

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Doctor por la Universidad de Cádiz y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Me complace mucho compartir mis reflexiones sobre la base del trabajo de dos alumnos, como Renato y Saulo, a quienes aprecio mucho y conozco desde hace mucho tiempo. *La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas* toca un tema esencial en la ejecución de las líneas principales de nuestro Estado constitucional de derecho. Es un tema actual y complejo, ya que mezcla la temática constitucional y la laboral.

En primer lugar, quiero rescatar una idea importante que se rescata del texto. «El ajuste razonable no se puede reducir a una fórmula de cuotas para el ingreso a laborar de una persona discapacitada». El ajuste razonable debe extenderse a las pruebas de ingreso a los trabajos. Está bien que un empleador quiera cumplir con el 3 % de trabajadores discapacitados que le impone la ley; sin embargo, tomar pruebas que descarten de plano a los discapacitados de hecho transforma en permanente la exclusión de estas personas. Si las pruebas generales se adecuaran para discapacitados y no discapacitados, entonces todos tendrían igualdad de oportunidades. Esto es muy importante porque cuestiona las decisiones empresariales de cumplir con el número mínimo que impone la ley, sin incluir realmente a los discapacitados.

En segundo lugar, imaginemos que procede el ajuste razonable. Siento que ello abre las puertas a un sinnúmero de modificaciones contractuales que pueden ser objeto de estudio desde una visión típicamente laboralista. Esta ha sido una omisión relevante en el trabajo. Por ejemplo, si el empleador realiza un ajuste razonable en la prestación de trabajo de un trabajador al que sobreviene una discapacidad, ¿podrá luego modificar el lugar de trabajo pactado en el contrato? O, en el mismo caso, ¿podrá reducir la categoría o la remuneración o los horarios y las jornadas? Esto no se ha abordado desde el prisma laboral y, al contrario, muchos de estos comportamientos podrían calificarse como «hostilidad laboral» según el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El problema es que los eventuales perjuicios que sufra el empleador (gastos económicos) por el ajuste razonable del puesto o la afectación de los derechos de terceros no van a valorar los sufridos por el trabajador. Es verdad que el trabajador discapacitado está manteniendo su puesto de trabajo y no lo está perdiendo; sin embargo, ello tampoco permite al empleador una libertad ilimitada para hacer las modificaciones contractuales que considere convenientes. Será importante analizar el límite de la razonabilidad caso por caso. Imagino que la razonabilidad es importante, pero también lo será el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Lo único importante no es mantener el trabajo, sino incorporar medidas que respeten su dignidad.

Hace falta una regulación específica de la «hostilidad laboral» para el caso de discapacitados. Por ejemplo, ¿un empleador podría «saltarse» los procedimientos de ascenso para satisfacer un

ajuste razonable? ¿Y el principio de igualdad de los demás trabajadores? Por otra parte, si lo que corresponde es una reducción de categoría, ¿puedo reducir la remuneración del trabajador? Entiendo que con la legislación actual no se podría; sin embargo, el ajuste razonable puede entrar a cuestionar las líneas de regulación de los actos hostiles en el Perú.

En tercer lugar, ahora pongámonos en el caso que según el empleador no procede el ajuste razonable, razón por la cual el contrato laboral del discapacitado termina. El trabajador puede no estar de acuerdo con la decisión de la empresa y tener pocas herramientas para forzar un ajuste razonable. Y digo esto porque el empleador podría alegar la discapacidad como causa de despido, señalar que el despido es arbitrario, y pagar la indemnización de sueldo y medio por año trabajado hasta un tope de doce remuneraciones. No obstante, ¿no debería existir una indemnización cuya tasación sea más alta en casos de discapacidad? Es más, si se demostrara que la negligencia del empleador es la que ha generado la discapacidad en el trabajador, con mayor razón se debería crear un sistema indemnizatorio de responsabilidad objetiva.

En el trabajo de Renato y Saulo hay que resaltar que un mecanismo que puede forzar el ajuste razonable es el despido fraudulento. En caso de que el empleador no llegue a probar que la discapacidad sobreviniente es determinante para cumplir las labores en el puesto de trabajo o que no pruebe el fracaso del ajuste razonable, es importante explorar la vía del despido fraudulento. Con esta protección se permitiría que un juez reponga al trabajador en la empresa, y será el juez el que obligue al empleador a efectuar el ajuste razonable pertinente.

Finalmente, en cuarto lugar, se menciona el test de ponderación, pero no se explica ni se especifican sus pasos. La explicación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto es esencial en la exposición metodológica del trabajo. Un punto más al respecto. El test de ponderación en el marco de la relación laboral tiene especificidades muy fuertes. Creo que el rasgo específico más relevante es que la libertad de empresa representada por el poder de dirección empresarial se condiciona totalmente por lo pactado en el contrato. La libertad de empresa no es ilimitada, sino que solo puede extenderse hasta el límite que le impone el contrato laboral. Así, si el contrato solo permite que el trabajador labore en un centro de trabajo específico, el poder de dirección no puede pasar por alto el contrato laboral.

Esta constatación es importante, porque el test de ponderación en el ámbito laboral no solo toma como límite el derecho fundamental del trabajador que entra en conflicto, sino también lo pactado en el contrato de trabajo.

Espero que este aporte académico, valioso en varios sentidos, se plasme cuanto antes en reformas legislativas que vayan perfilando el ajuste razonable del trabajador discapacitado.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Queremos empezar agradeciendo los valiosos comentarios que el profesor Elmer Arce tuvo a bien realizar a nuestro trabajo. Como él bien ha señalado, hemos sido sus estudiantes y hemos tenido oportunidad de conocer y aprehender su pasión por el derecho laboral y la defensa de quienes están en una situación de desventaja.

Dicho esto, deseamos formular una pequeña precisión terminológica. Hemos usado en todo el texto la formulación «persona con discapacidad» y no «discapacitado» como hace el profesor Arce. Esto se debe a que, de acuerdo con el modelo social, creemos que la discapacidad no es una situación personal, sino que aparece por las barreras que presenta la sociedad. En tal sentido, la persona no es naturalmente discapacitada, por lo que el término más adecuado es «persona con discapacidad» o, incluso, «persona en situación de discapacidad», atendiendo a que es un concepto móvil.

Pasando a los comentarios, como primer punto que resaltar, el profesor Arce coincide con nosotros en la necesidad de considerar que los ajustes razonables en el empleo son exigibles al inicio de la relación laboral, esto es, durante la etapa de postulación del trabajador. En ese sentido, cuando un trabajador con discapacidad postule a un puesto de trabajo, las pruebas de ingreso deberán adaptarse con la finalidad de que la discapacidad del trabajador no impida una adecuada postulación. Ello se encuentra reconocido también en el mismo Reglamento de la LGPCD, (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables 2014) ya que en el numeral 4 de su artículo 56 se establece que los empleadores deberán garantizar «que los procesos de evaluación específicos permitan la efectiva participación de las personas con discapacidad que postulen».

De esta manera, la obligación de realizar ajustes razonables al inicio de la relación laboral (la cual vela por la igualdad de oportunidades) también cuenta con un reconocimiento legal explícito. Adicionalmente, queremos recordar que los ajustes razonables también son plenamente exigibles en las otras etapas de la relación laboral: el desarrollo y el término, como veremos más adelante.

Como segundo comentario, el profesor Arce plantea una interrogante relacionada con qué pasará luego de que el ajuste razonable haya sido declarado procedente. Es decir, una vez que el empleador decida acoger la solicitud del trabajador para realizar el ajuste, ¿puede aquel realizar una serie de modificaciones —inclusive arbitrarias— a fin de atender el ajuste? El profesor Arce advierte que eso podría llevar, por ejemplo, a que el empleador imponga modificaciones a la jornada de trabajo, a la prestación misma del servicio o al lugar de trabajo e, inclusive, a una rebaja de categoría acompañada de una reducción de la remuneración del trabajador con discapacidad. Todas estas modificaciones, señala el profesor Arce, encajarían en la categoría de actos de hostilidad, proscritos por nuestro ordenamiento.

Al respecto, consideramos que si bien la procedencia del ajuste razonable podría hacer pensar que el empleador ve una puerta abierta para realizar distintas modificaciones, ello se salva con la configuración misma de los ajustes razonables. En nuestro trabajo hemos explicado

que la «razonabilidad» del ajuste debe entenderse como «adecuación», esto es, como un requisito esencial para que el ajuste solicitado por el trabajador sea efectivo. Así, el trabajador con discapacidad, antes de solicitar el ajuste, evalúa cuál de todas las modificaciones posibles es la que más le conviene a fin de que la modificación permita, efectivamente, que la persona con discapacidad pueda trabajar. Ello nos lleva a un escenario en el que el empleador, cuando decida conceder el ajuste, deberá limitarse a la modificación que el trabajador ha solicitado voluntariamente.

En ese sentido, la «puerta abierta» de posibles modificaciones por parte del empleador se cierra, pues el ajuste solo podrá consistir en aquello que el trabajador ha solicitado. Por ejemplo, si es que el trabajador solicita un cambio de horario de trabajo, el empleador no puede, so pretexto de dicha solicitud, conceder el cambio de horario, pero con la condición de modificar el lugar de trabajo. El ajuste, en tanto derecho del trabajador, no puede emplearse como una herramienta para perjudicarlo.

Resulta interesante que siempre se haya pensado en la estabilidad del contrato como una defensa en contra del abuso del poder de *ius variandi* del empleador.¹ No obstante, en este caso particular, la modificación de los términos originales del contrato es necesaria para que el trabajador con discapacidad pueda ejercer su derecho al trabajo. Como hemos señalado, estas modificaciones nacen de la solicitud del trabajador y deben analizarse bajo ese cristal.

Consideramos que el caso de una posible rebaja de categoría acompañada de una reducción de remuneración producto de un ajuste razonable merece una consideración adicional. En primer lugar, para que dicho escenario se cumpla, el ajuste razonable solicitado por el trabajador deberá consistir en el cambio de puesto de trabajo y que dicho cambio solo sea posible a uno de menor categoría. Para que ello suceda, deberíamos estar ante un caso de discapacidad sobreviniente, ya que hasta antes de la discapacidad el trabajador podía desempeñar su puesto actual, pero luego del surgimiento de la discapacidad, ello ya no será posible. Podemos advertir que dicho escenario es similar al caso regulado por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783 (Congreso de la República 2011), en su artículo 76, según el cual los trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional podrán ser transferidos a otro puesto de trabajo sin menoscabo de sus derechos remunerativos.

En el caso que nosotros planteamos, el supuesto es similar. Si bien puede que la discapacidad no se produzca por un accidente de trabajo o por una enfermedad ocupacional, el supuesto es similar: el trabajador que no puede seguir desempeñando sus funciones en el puesto actual solicita una modificación del puesto, la cual no podrá generar una variación de su remuneración. De esta manera, mediante una analogía, podríamos concluir que el trabajador que solicita una modificación de puesto de trabajo no tendría que sufrir una reducción de su remuneración. Con ello evitamos, nuevamente, que el ajuste razonable se emplee como una herramienta para perjudicar al trabajador.

Adicionalmente, el profesor Arce resalta un punto sumamente interesante: qué sucede cuando el ajuste genera un conflicto con los derechos de los demás trabajadores. El profesor Arce propone el ejemplo de un ajuste que implique un ascenso en los puestos de trabajo que conlleve a «saltarse» los procedimientos para dicho ascenso. Tal situación, según el profesor Arce, afectaría en alguna medida el derecho de igualdad de los demás trabajadores.

Este dilema plantea tres posibles soluciones: a) si es que el ajuste menoscabara derechos de otras personas (sean los otros trabajadores o los usuarios del servicio) distintas al empleador, el

¹ Así lo ha señalado también el profesor Arce en Arce (2013: 471-483).

ajuste no procederá; b) el ajuste procede sin importar que terceros se vean perjudicados, y c) el ajuste puede proceder o no, dependiendo del grado de menoscabo de los derechos, lo cual será analizado en el test de procedencia del mismo ajuste.

Nosotros nos inclinamos por el tercer supuesto. En nuestro trabajo señalamos (en el punto 7 «El conflicto de derechos») que el análisis de procedencia del ajuste razonable requiere, a la hora de evaluar la carga indebida, sopesar los costos y perjuicios que implicarían para el empleador, pero también para terceros; sean, por ejemplo, los usuarios del servicio que brinda el empleador o los mismos compañeros de trabajo. De esta manera, cuando se evalúe la procedencia del ajuste, se deberá tener en cuenta cómo es que dicho ajuste afecta al resto de trabajadores, a fin de ponderar ambos intereses y encontrar una solución adecuada. En nuestra investigación citamos el caso *U.S. Airways, Inc. vs. Barnett*, N.o C-94-3874, (N.D. Cal. July 29, 1996), en el cual un trabajador requería de un cambio de puesto de trabajo permanente hacia una categoría mayor, es decir, requería de un ascenso. Sin embargo, la empresa tenía una política de ascenso bastante compleja que regía desde mucho tiempo atrás. El Tribunal norteamericano decidió, en primera instancia, negar dicho ajuste, dado que modificar las políticas de ascenso sería «irrazonable». Si nos quedáramos con solo tal apreciación, podríamos ver que el análisis de procedencia del ajuste queda corto, dado que la permanencia de una política no es un fin en sí mismo, sino que debe analizarse en función a los fines que cumplen y lo que representa para el resto de trabajadores. De esta manera, cuando existan más intereses en juego, todos estos deben entrar a tallar dentro de la evaluación que se realice para determinar la procedencia del ajuste.

Hasta ahora hemos trabajado sobre los comentarios del profesor Arce ligados a dos momentos de la relación laboral: a) el inicio y b) el desarrollo. Sin embargo, el profesor Arce también realizó apreciaciones ligadas a los ajustes en la extinción de la relación laboral. Según el profesor Arce, en caso de que el ajuste no resulte procedente, la consecuencia natural será la terminación del vínculo laboral. En ese escenario, el trabajador que no estuviera de acuerdo con tal decisión tendría pocas herramientas para cuestionar dicha decisión. Punto seguido, el profesor Arce sugiere que en los casos de despido arbitrario por causa de discapacidad la tasa de indemnización debería ser mayor. Luego, señala que en caso de que el empleador no pueda probar que la discapacidad sobreviniente fue un factor determinante para que no pueda cumplir con sus labores, entonces el despido entraría en la categoría de despido fraudulento.

Contestaremos los comentarios del profesor Arce en el orden el que fueron elaborados. En primer lugar, recordemos que para que el empleador pueda despedir a un trabajador por un motivo relacionado con la discapacidad, debe cumplir primero con dos requisitos: a) la realización de un ajuste razonable; y b) el cambio de puesto de trabajo. Nótese que la normativa (literal a) del artículo 23 de la LPCL busca proteger de forma especial el derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Ahora bien, el caso que el profesor Arce plantea implica que ningún ajuste fue procedente y que, aun buscando un nuevo puesto de trabajo, no fue posible insertar adecuadamente al trabajador con discapacidad. En ese escenario, el profesor Arce señala que el trabajador con discapacidad cuenta con pocas herramientas para poder impugnar dicha decisión. Creemos que primero debe diferenciarse qué es lo que pretendería el trabajador: a) si cuestionar la procedencia del ajuste para que, luego, se realice el ajuste solicitado; o b) si cuestionar la procedencia del ajuste para señalar que el despido fue de carácter ilegal. En el primer caso, el Ministerio de Trabajo ha planteado en una propuesta de normativa (Ministerio de Trabajo 2014) que el trabajador con discapacidad pueda iniciar

un procedimiento de verificación ante la no realización del ajuste. En dicho caso, el Ministerio evaluaría si es que efectivamente el ajuste no debió concederse o si, en todo caso, amerita la imposición de una sanción. En este punto, el límite de la Administración Pública abarca al hecho de que no pueden conminar acciones, solo pueden inducir las mediante medidas correctivas. De esta manera, si el trabajador desea un mecanismo más efectivo, puede solicitar judicialmente que se realice el ajuste.

En el segundo supuesto, estamos frente a lo señalado por el profesor Arce. Si es que el trabajador fue despedido por causa relacionada con la discapacidad, aludiendo que al ajuste razonable era impracticable, el trabajador tiene dos alternativas: *a)* solicitar la indemnización por despido arbitrario (alegando que la causa no se configuró, ya que el ajuste sí era procedente); o *b)* solicitar una reposición y, además, la realización del ajuste razonable (dado que el argumento principal era que el ajuste sí era procedente. En el caso *a)*, consideramos que sí sería adecuado elevar la tasa de indemnización, dado que es un despido abiertamente lesivo (vulnera, además del derecho al trabajo, el derecho a la no discriminación) y debe desincentivarse.

En el caso *b)*, el profesor Arce plantea que podríamos emplear la figura del despido fraudulento, alegando que no se puede probar que el ajuste razonable no era procedente (o el fracaso del ajuste, en términos del profesor Arce). Al respecto, consideramos que la categorización propuesta es correcta, dado que justamente los hechos en los que recaería el despido son falsos. Sin embargo, tal despido también entraría en el concepto de un despido nulo por discriminación, categoría recogida en el literal d) del artículo 29 de la LPCL. Recordemos que la misma LGPCD ha establecido que la negación de un ajuste razonable es equiparable a un acto de discriminación; asimismo, dicho cuerpo normativo extendió el listado de motivos prohibidos regulados en el literal d) del artículo 29 de la LPCL. De esta manera, el despido nulo es una alternativa eficaz ante el despido relativo a la discapacidad de un trabajador en el que se denegó injustamente el ajuste razonable.

Finalmente, el profesor Arce señala la necesidad de especificar los pasos del test de ponderación como forma de ejecutar un ajuste razonable. Al mencionar esto, señala que se debe entender que la libertad de la empresa ya está limitada por lo pactado en el contrato. Al respecto, es necesario señalar que es cierto que no se pudo hacer más explícito el test de ponderación debido al límite de páginas permitido para esta publicación. No obstante, aprovecharemos este espacio para poder extendernos al respecto.

Como se sabe, el test de ponderación es un ejercicio jurídico que busca determinar la prevalencia (o coordinación) de derechos o bienes jurídicos que entran en conflicto. Se realiza con la siguiente estructura: test de idoneidad, test de necesidad y test de proporcionalidad (en sentido estricto). Aplicados al caso del ajuste razonable, en primer lugar, el ajuste deberá tener relación con un fin constitucionalmente legítimo. En el caso del ajuste razonable laboral será la igualdad material para el ejercicio del derecho al trabajo. En segundo lugar, se deberá analizar si no hay mejores medidas (que también sean idóneas) para asegurar la igualdad. Finalmente, hay que analizar si, con el ajuste, las ventajas son superiores a los sacrificios (De Asís 2015: 112). Así, podrían presentarse casos en los que los sacrificios (económicos, de derechos de otros trabajadores, de funcionamiento de la empresa) puedan superar a la ventaja de buscar una igualdad real para el trabajador con discapacidad. Esta última parte del test puede resultar complicada, pues hay muchos intereses, derechos y bienes jurídicos en juego por lo que tiene que haber una justificación muy fina sobre la realización (o no) del ajuste razonable.

Caben varias reflexiones sobre el ejercicio del test de ponderación en los casos de ajuste razonable. En primer lugar, es posible apreciar cómo el ajuste puede afectar incluso a otros trabajadores (como ya desarrolló líneas arriba). También es importante hablar sobre el contrato como espacio limitante del ajuste razonable. Creemos que el profesor Arce considera que esto es una forma de proteger al trabajador. No obstante, en el caso de la discapacidad, el no poder escapar de los límites del contrato podría implicar que el trabajador con discapacidad no pueda ejercer su derecho al trabajo. Siguiendo con el ejemplo del profesor Arce sobre el cambio de local de trabajo, plantearemos dos casos. En el primer caso, un trabajador de una cadena de supermercados adquiere una discapacidad física, y en su contrato se señala que debe rotar entre los diferentes locales de la compañía. Como ajuste, solicita no tener que rotar y hacer su prestación únicamente en el local más cercano a su casa. En este caso, el empleador limita su poder para dirigir la prestación y el ajuste se realiza en el marco del contrato. En el segundo caso, un trabajador adquiere una discapacidad y su contrato señala que debe cumplir con su jornada laboral en un distrito alejado de su hogar. El trabajador solicita como ajuste que se le cambie el lugar de la prestación a un local cercano a su hogar y al centro donde realiza su terapia. En este segundo caso, el ajuste razonable se daría fuera del marco del contrato laboral. No obstante, nos sigue pareciendo procedente, pues la limitación del contrato pareciera ser únicamente para el empleador. Sin embargo, queremos proponer una situación problemática más: ¿qué pasa si, en el test de necesidad, el empleador señala que considera un ajuste razonable una medida no solicitada por el trabajador? Es decir, para seguir con el ejemplo, ¿qué pasa si el empleador, por diversas razones, señala que es imposible cambiar al trabajador al local más cercano a su hogar pero que sí puede modificar su horario de entrada y salida para que pueda asistir a terapia sin problemas e incluirlo en el servicio de transporte de la empresa? En este caso, el cambio de la prestación no sería como lo solicitó el trabajador. No obstante, si la justificación es suficiente, creemos que la propuesta del empleador podría ser válida. Y es que el ajuste razonable como derecho puede ir más allá de los límites del contrato laboral. En tal sentido, quizá también cabría pensar que el ajuste razonable (sea que se realice por consenso, vía administrativa o judicial) también es una fuente de derecho y, por tanto, puede prevalecer por encima del contrato.

Bibliografía

a) Libros y artículos académicos

ARCE, Elmer

2013 *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Segunda edición.* Lima: Palestra Editores.

DE ASÍS, Rafael

2015 «Lo razonable en el concepto de ajuste razonable». En SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 99 -118.

b) Normativa nacional

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2011 *Ley 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 20 de agosto.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

2004 *Decreto Supremo 002-2014-MIMP. Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*, 8 de abril.

MINISTERIO DEL TRABAJO

2014 *Resolución Ministerial 162-2014-TR*. Disponen la prepublicación en el portal institucional del Ministerio de proyectos «Normas complementarias para la aplicación y fiscalización de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados» y «Normas para el diseño, implementación y ejecución de los ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado», 9 de agosto.

c) Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

1996 *U.S. Airways, Inc. vs. Barnett*. N.o C-94-3874, N.D. Cal. July 29, 1996.

SECCION IV

DERECHO CONSTITUCIONAL

MEDICIÓN INFERENCIAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE INDICADORES

Victorhugo Montoya Chávez

Magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Categoría Profesores

Tomando en cuenta las dinámicas políticas, jurídicas, sociales, culturales y académicas que rodean la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto ser un órgano especial de justicia, es preciso dotarle a los jueces que lo componen la suficiente independencia para que decida de acuerdo a Derecho. Para determinar cómo actúa cada magistrado se hace imprescindible medir cuán independiente es. En el presente trabajo se propone una medición basada en cinco indicadores, interpretándose los resultados obtenidos en función de la contrastación de la teoría analizada con la práctica que se refleja en resoluciones concretas, a través del uso de la técnica de casos paradigmáticos. Dichos indicadores son la normalidad procesal «que incide sobre el trámite de los expedientes»; la consistencia individual —que incide en la evolución de los votos particulares de los magistrados—; la consistencia interna —que incide en cómo ha fundamentado la resolución—; la consistencia temporal —que incide en si el Tribunal es coherente con su jurisprudencia—; y, la corrección argumentativa —que incide en la injerencia directa de agentes externos para torcer la *decisum* final.

I. Introducción

Según el artículo 201 de la Constitución, el Tribunal Constitucional (TC) es independiente del resto de poderes y órganos constitucionales. La pregunta inicial entonces es, ¿qué significa que sea independiente?, sin embargo, entender el alcance de lo que implica la categoría jurídica de «independencia judicial»¹ no es empresa sencilla, menos aún en una institución como el TC. Definir independencia encierra tal complicación conceptual que su significado se vuelve escurridizo e inaprensible; es como descubrir una «caja negra» (Schedler 2000: 393).

Sin embargo, en términos genéricos, independencia indica la capacidad del juez de resolver un conflicto de su competencia, sin interferencias en su razonamiento. Incluye una dimensión como autonomía, que desarrolla la posibilidad de decidir libremente de acuerdo

¹ Ante todo se le exhibe como una garantía de la función jurisdiccional (artículo 139.I de la Constitución). Se presenta como una categoría necesaria dentro del moderno Estado social y democrático de derecho.

con su conocimiento del Derecho (Ríos-Figueroa 2011)², lo cual define la ausencia de vínculos de sujeción política, económica o jerárquica (fundamento 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional - STC 0023-2003-AI/TC). En el caso del TC, el artículo I de la Ley n.º Orgánica del TC y el artículo I de la Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, 28301, Reglamento Normativo del TC, señalan que este solo se encuentra sometido a la Constitución³ y a su Ley Orgánica.

Para que exteriorice su verdadera *vis expansiva*, debe presentarse antes que como privilegio del juez, como una «garantía orgánica y funcional»⁴ a favor de las instituciones y jueces a quienes se ha confiado la prestación de la tutela jurisdiccional (fundamento 11 de la STC 2852-2010-PA/TC),⁵ solo así se preserva al juez de cualquier intromisión a la hora de decidir,⁶ implicando la capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos constitucionales (fundamento 11 de la STC 2851-2010-PA/TC).

A través de la independencia, por ende, se podrá asegurar el rendimiento político de cuentas, expandir la representación de grupos de interés y contribuir a fomentar gobernabilidades democráticas estables (Peretti 2003: 102).⁷ Acudir a un juez, especialmente un tribunal, «permite que los perdedores en los procesos políticos apelen a los jueces y no al cielo... Si la vida, la libertad y la propiedad dependiesen del resultado de la siguiente elección, los ciudadanos pensantes podrían ser renuentes a aceptar tal proceso de toma de decisiones, a menos que estuviera fundado en una cultura política que limitara el poder y garantizara oportunidades permanentes para la participación política» (Murphy 2001: 15). Esta idea refuerza la confianza que debe tenerse en el juez democrático y su capacidad de control del poder, incluso del que ostenta el órgano con mayor legitimación que puede existir (representantes elegidos democráticamente) a través de los procesos que son vistos en su sede (inconstitucionalidad, conflicto de competencia, amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento).⁸

Más allá de estas pinceladas conceptuales, a la hora de analizar si en una situación concreta se ha vulnerado la independencia de cualquier juez —especialmente uno constitucional—, es preciso el uso de indicadores a fin de evitar subjetivismo en el análisis. Medir significa expresar

2 A juicio de este autor, también cuenta como una dimensión de poder o eficacia, según la cual se permite la posibilidad de emitir decisiones.

3 Es decir, «se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución» (fundamento 2 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros).

4 Se le trata también como función y garantía (Diez Picazo 1992).

5 También como garantía, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo c/ Venezuela. Sentencia de fondo, de 17 de septiembre de 1997.

6 Sobre la base de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, el concepto de independencia se optimiza gracias a su desarrollo en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1); la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, de Montreal, 1983; los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas 40/32 y 40/146, de 1985; y, la Carta Democrática Interamericana, de 2001.

7 Concluye su razonamiento de esta forma: «Es además consecuente con el sistema de interdependencias y estrechamientos mutuos que intencional y sabiamente crearon los padres de la Constitución».

8 Como una ley tiene la finalidad de que sus efectos se concentren en grupos con los que pueden tener poder político, el papel de un juez constitucional es esencial «pues a partir de sus razonamientos y precedentes jurisprudenciales tendrá la capacidad de influir en las posturas políticas de un momento coyuntural determinado» (Safar Díaz 2009: 189), aparte de declararla inconstitucional si es contraria a los valores y principios de la Constitución.

un fenómeno en términos de comparación, a través de clases asignadas a las observaciones con reglas de interpretación empírica aplicables uniformemente a todas las observaciones, además de expresar relaciones entre clases (Przeworski y Teune 1970: 93). Sobre la base de indicadores, se transformará una proposición normativa en una positiva, un cambio de plano: del «deber ser» se pasa al del «ser» (Linares 2003: 109). Siguiendo esta metodología de medición, el presente trabajo, por tanto, busca formular una propuesta para determinar el grado de independencia judicial de un TC.

2. Independencia judicial de un tribunal constitucional como variable dependiente

En primer término, corresponde analizar qué significa la independencia judicial de este tribunal, en tanto esta se presenta como la variable dependiente a ser estudiada. El Estado democrático requiere de mecanismos de vigilancia y responsabilidad entre los órganos estatales, situación de la cual se deriva una posición expectante de los jueces constitucionales, a quienes corresponde actuar con independencia para cumplir con las funciones que les asigna la Norma Fundamental.

2.1. El tribunal constitucional como controlador del poder

La Constitución aparece, no como el «centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger» (Zagrebelsky 1995: 14). Entendida como límite al poder político que garantiza libertades, la Constitución posibilita la institucionalización de los acuerdos políticos, sociales y económicos presentes en una asamblea constituyente, donde los diversos sectores colectivos concilian sus intereses y los desarrollan, previa aceptación de los límites a los que se sujetan — pacto o contrato social—. ⁹ Todos los miembros de la comunidad, por tanto, están obligados a respetar, cumplir y defender la Norma Fundamental (artículo 38 de la Constitución). ¹⁰ Para lograrlo se requieren mecanismos procesales específicos tendentes a asegurar su vigencia.

Frente a la propuesta estadounidense de la *judicial review*, en la Europa continental de inicios del siglo pasado se promovió el surgimiento de un órgano especializado en la tutela de la jerarquía normativa de la Constitución. De ser el mero controlador de constitucionalidad de las leyes (Kelsen 1989 [1934]), hoy es el responsable de la garantía y actualización de la Constitución como contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle 2004: 124), encargado de resguardarla y controlar los abusos del resto de poderes públicos. Este nuevo diseño institucional del Estado deriva en una relectura de la clásica doctrina del *balance of powers*.

9 Se formula un «derecho sobre el derecho», vínculo ineludible entre normatividad y su observancia real (Ferrajoli 2002), concepto recibido por la jurisprudencia, entendiéndola como «Derecho de la Constitución», conjunto de valores, derechos y principios que limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (STC 5854-2005-PA/TC).

10 La Constitución es fuente de derecho en sí misma, pero sobre todo es la fuente de fuentes que regula la producción normativa (STC 0047-2004-AI/TC), y su efecto invade todas las esferas del poder, no solo del formal sino también del informal.

A partir de los límites propuestos a la soberanía regia británica del siglo XIII, retomando el pensamiento aristotélico, en el ámbito europeo se promovieron «poderes estancos» (tradicional división de poderes de Locke 2004 (1680) y Montesquieu 1987 (1748))¹¹ que fueron institucionalizados, superados y constitucionalizados en el ámbito estadounidense a través del *checks and balances*. Visto así, el poder del Estado —limitado, en principio— se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas (Schmitt 1982: 138).¹² Si bien en un modelo democrático, las elecciones son el mecanismo primario para disciplinar a los máximos funcionarios del Estado es necesario que los *checks and balances* actúen en toda su dimensión (Persson et al. 1997). Aunque se plantee que el «monopolio judicial... merma el número de escenarios en el que ocurre el diálogo constitucional (y) resulta corrosivo para la ilustración constitucional» (Finn 2001: 41-58), el control dentro del Estado, es necesario para fortalecer la rendición de cuentas, tanto de forma vertical (Estado-sociedad) como desde el punto de vista horizontal, donde la *accountability* es producto de «redes» de órganos estatales que incluyen en su cúspide a los tribunales (O'Donnell 1997: 158). Tal esquema obliga al TC a ser el guardián de la Constitución,¹³ controlando los excesos que se puedan presentar en el ámbito estatal y en el privado. Colabora así con la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y desarrollo.

Una visión elitista del juez constitucional podría excluir a los ciudadanos y a sus representantes electos de la labor legítima de elegir, modelar y remodelar nuestros valores e ideales fundamentales (Finn 2001: 57-58); la «empresa constitucional» debería considerarse, por el contrario, un asunto ampliamente democrático, y requiere del TC que se ubique en el lugar preciso que le corresponde en el nuevo diseño del Estado.¹⁴ Su importancia capital para el funcionamiento de la vida pública y privada, sin embargo, no puede ser confundida con el otorgamiento de atribuciones excesivas. El supremo intérprete de la Constitución¹⁵ debe actuar según sus atribuciones, moderación que también ha de orientar la actuación de los magistrados, para que participen de la «cooperación material en el consenso básico».¹⁶ Sería contraproducente que el TC sea un órgano sin controles o superior al resto o, peor aún, que actúe sometido a las órdenes de quienes debe controlar.

En general, los poderes del Estado, antes omnímodos, hoy están sometidos a la Constitución. Las democracias liberales se basan en la afirmación de que cuentan con procedimientos

-
- 11 Asimismo, Loewenstein 1976 postuló los clásicos «exámenes interorgánicos» entre los poderes públicos.
- 12 La división de poderes evita el monopolio del poder, para evitar los costes de transacción elevados que provocan los afectantes de la toma de decisiones (Posner 2007); y si bien, podría considerarse que la fusión de los poderes públicos en un solo órgano puede llegar a ser eficiente, la desconcentración del poder crea una división de labores entre los poderes estatales, asegurándose la ejecución de políticas públicas, más allá del término del mandato y con un control más efectivo de la burocracia. En tal sentido, existe la «necesidad de crear reglas constitucionales de incentivo al autocontrol y a la incorporación del bienestar general dentro de la función de utilidad que da el ejercicio del poder» (Safar Díaz 2009: 184). En este esquema, el tribunal se convierte en un mecanismo de restricción, racionalización y control del poder estatal y social (Häberle 2004).
- 13 Gargarella no es tan optimista sobre el rol que debe cumplir un TC a la hora de controlar las leyes (1997: 55 y ss.).
- 14 Es incontestable su rol «in the establishment and maintenance of constitutional democracies» (Epstein et al 2000: 155).
- 15 Del control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución), se deriva su consideración como máximo órgano de interpretación constitucional (artículo 1 de su ley orgánica y su reglamento normativo).
- 16 El TC es la autoridad judicial que interpreta y aplica las normas constitucionales, teniéndolas presentes al analizar las leyes ordinarias «y vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución» (Calamandrei 1962: 181). Resuelven como órganos independientes los conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aún cuando sea de derecho objetivo, en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada (Favoreu 1994: 31).

accesibles y arraigados para proteger las libertades de los ciudadanos (Ware 2000). Dicha protección no puede limitarse al poder estatal, sino también al fáctico, pues la *drittwerking* (eficacia horizontal) de los derechos fundamentales importa un límite a quienes actúan fuera del marco constitucional, incluso lejos del ámbito público. La democracia «no es dualista, es monista; no reconoce límites válidos o distinciones entre la esfera pública y la privada» (O'Donnell 1997: 148). El TC, entonces, se encuentra habilitado para hacer que cualquier actor externo al proceso respete el marco constitucional y no solo los poderes formales.

2.2. Independencia judicial como condición para su actuación

Las Constituciones son contratos incompletos. Su apertura interpretativa no puede avalar abusos de poder, incluso en contra del propio Tribunal. El juez constitucional *ergo* debe estar protegido de influencias insanas, para que actúe jurisdiccionalmente bajo criterios racionales y objetivos. Cuando actúa, la ética, la independencia y la idoneidad son una triada que lo ha de orientar (Bidart Campos 1998). No puede vigilar el correcto funcionamiento de los actores externos si estos gobiernan las decisiones del TC. El juez constitucional debe resolver las controversias, asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Constitución.

La esencia misma del *checks and balances* constriñe que cada órgano del Estado tenga los mecanismos normativos e institucionales para evitar las injerencias indebidas del resto de poderes (Hamilton, Madison y Jay 1961 [1788]). En la actualidad, la independencia del TC es un requisito *sine qua non* de las democracias, sobre todo si toma en cuenta la importancia y los efectos que tienen las decisiones jurídicas en la política (Shapiro 1993). Asimismo, es considerado como adalid del paradigma contramayoritario en la academia legal (Rubin 2002: 56, ss.).

La independencia judicial se exhibe como una metarregla: «la regla de seguir las reglas» (Schedler 2000: 392). No obstante, el juez constitucional actúa no solo gracias al texto de una norma que lo ampara —esto es, la fuerza normativa o eficacia del derecho deriva del poder efectivo de los jueces (Binder 2001)—, sino por un conjunto de recursos fácticos (económicos, persuasión, organización, coacción) que complementan su actuación. La independencia, por tanto, se inserta en las interconexiones entre unidades gubernamentales (Rubin 2002: 91), al surgir como una aversión a la injerencia de los otros poderes públicos, incluso los fácticos, en su ejercicio funcional.¹⁷ Como a veces el sistema «puede facilitar que un partido, una facción o una coalición de intereses no muy recomendables pueda controlar el Poder Judicial, o puede promover una autodefinition privilegiada y arcaica del cuerpo judicial» (O'Donnell 1997: 164), es preciso que el juez —especialmente dentro del Tribunal Constitucional— tenga un poder de hecho, no solo de derecho, para que los terceros no sean los que resuelvan los conflictos en vez de aquel.

Aun cuando la independencia judicial es un medio, no un fin en sí mismo,¹⁸ cabe responder para qué es necesaria la independencia, máxime si lo que está en juego es que el TC cumpla

17 La función de control de los poderes públicos es inherente a los jueces dentro de un Estado de Derecho (Pizzorusso 1990: 3).

18 La independencia no puede ser entendida como una categoría de valor absoluto. Se justifica como condición para

las funciones asignadas constitucionalmente.¹⁹ La interrogante parece ser más compleja de lo que parece, habiéndose esgrimido razones de las más diversas. Entre otras se plantea: (i) que una justicia independiente puede reducir los riesgos de las partes cuando varíen las preferencias políticas agregadas;²⁰ (ii) que a través de la resolución de conflictos, sin interferencias de terceros, se propicia el desarrollo económico de un país;²¹ y, (iii) que promueve la tutela de derechos, especialmente en el ámbito procesal.²² Es complicado encontrar la *leitmotiv* de la independencia, pero, si de las fuentes del derecho se deriva una posible decisión, sin interferencias de terceros, es probable que el sistema de justicia constitucional se fortalezca y la esencia misma del mismo se vea consolidada.

Desde el modelo de separación de poderes (similar al *attitudinal model*), en el juego de pesos y contrapesos, el Tribunal requiere decidir bajo criterios eficientes.²³ No hay construcción teórica válida donde no se proponga que el TC deba ser independiente para poder cumplir el objetivo que la Constitución le asigna. Es una institución referente por su trascendencia en el momento de cumplir a cabalidad los postulados teóricos del *balance of powers* —que ella misma está obligada a respetar y salvaguardar— (Breyer 2007). Cumplir su función termina siendo una incomodidad para el *establishment*, al identificar las falencias del sistema y de sus instituciones (Toro Ochoa et al. 2008: 11, 15),²⁴ pero es ineludible.

Es por ello que para cumplir su cometido, los tribunales requieren de protecciones que no son ni necesarias ni suficientes para asegurar la independencia judicial (Cameron 2002: 140). En este sentido, la «independencia estructural» (Salzberger 1993) se presenta como una garantía que el propio ordenamiento brinda tanto en el ámbito personal, colectivo —a la judicatura en su conjunto— e interno —dentro de la propia organización judicial— (Díez Picazo 1992), es decir, trasladándola al TC, de todos los miembros frente al poder externo y los jueces frente al

conseguir determinados objetivos. Es así como se exhibe como una manifestación del principio de separación de poderes y la imparcialidad y, a través de ellos, de la seguridad jurídica y previsibilidad (Martínez Alarcón 2004: 69). La idea es contar con jueces libres de sometimientos para que su actuación quede únicamente supeditada a lo que dicta el Derecho, única forma para lograr la seguridad jurídica (Valldecabres Ortiz 2004: 136).

19 Artículo 202 de la Constitución.

20 Las partes que no cumplen sentencias adversas, contrarias al poder dominante, se exponen a represalias cuando varíen las inclinaciones políticas del país (Stephenson 2003).

21 En vista de que la independencia es parte de la institucionalidad, como uno de los pilares de la competitividad mundial, recientemente se ha afirmado que «*the political dependence of the judicial system impose significant economic costs to businesses and slow the process of economic development*» (WEF 2010: 4). Sin embargo, por ejemplo, el caso japonés ha llegado a demostrar que «la independencia judicial no es una condición necesaria para la estabilidad o para el desarrollo (económico)», toda vez que el país asiático no es precisamente un ejemplo de independencia judicial (Kornhauser 2002: 45-52).

22 Por más que a veces se avale esta ligazón en vista de una comprobación estadística significativa (Cameron 2002: 144), los nexos parece que son más bien tentativos y parciales, tal como lo comprueba la Corte Suprema estadounidense —con un alto grado de independencia— por las sentencias emitidas durante las eras McCarthy (Vid. *Barrenblatt versus United States*, 360 U.S. 109 [1959]) o del New Deal (entre otras, *San Antonio Indep. Sch. Dist. versus Rodríguez*, 411 U.S. 1 [1973]), poco proclives a la tutela de derechos (Yamanishi 2000). Por ello se concluye que «Las libertades se protegen mejor por medio de procesos democráticos deliberativos que a través de cortes independientes actúan de acuerdo con determinados fines» (Peretti 2003: 87).

23 Muchas veces se cuestiona que a través de sus sentencias se convierta en un policy-maker informal (Epstein et al. 2000: 4).

24 La politización de la justicia implica la posibilidad de proteger a las minorías frente a los abusos de las mayorías, razón por la cual la independencia del juez —especialmente, la constitucional— es condición indispensable para ratificar la reserva de la racionalidad que representa el derecho (Ansolabehere 2005: 43).

colegiado. Nunca podría contarse con un TC idóneo si es que sus miembros están sometidos a poderes fácticos o públicos que imposibilita el cumplimiento de sus funciones.

Según el propio TC, al asumir el «rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado» (fundamento 7 de la STC 5854-2005-PA/TC), esta institución debe hacer frente muchas veces a los conflictos de la más alta trascendencia social y política, puesto que las decisiones jurisdiccionales que adopte tendrán un impacto en los medios académicos y de comunicación social. No obstante, el reconocimiento del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución) como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales. «La argumentación constitucional es en este contexto el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía, logrando de este modo adhesiones; persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural» (fundamento 2 y 3 de la STC 0048-2004-AI/TC).

2.3. Determinación de elementos integrantes

Lo real y concreto es que «*the actual existence or degree of dependence or independence of judges is impossible to detect. It is something conscience or unconscience in the mind of judges*» (Salzberger 1993). Se identifica la independencia con diversos términos con los que puede entremezclarse y confundirse —entre ellos, la imparcialidad—,²⁵ requiriéndose superar la variabilidad conceptual para que sea útil en una investigación (Kornhauser 2002: 46). No es admisible estiramientos conceptuales o la utilización del mismo vocablo con contrastes semánticos. Es preferible, por tanto, identificar sus elementos para ir conociendo su real dimensión. El siguiente nivel de la construcción conceptual implica una referencia al sujeto, los actores externos y la ausencia de injerencias, que son los que integran la «independencia judicial».

2.3.1. Sujeto tutelado (J)

La independencia permite una protección a favor de quienes se encuentran dentro de la administración de justicia, en este caso, dentro de la justicia constitucional. En este punto, es imprescindible definir a quién exactamente resguarda. Caben cuatro opciones (Linares 2003: 110): a la propia institución —en este caso, el TC—,²⁶ a los jueces que la integran —magistrados constitucionales—; a las decisiones que emiten —sentencias constitucionales—; o al proceso mismo.

25 Para Otto y Pardo, la independencia se presenta como arquitectura al servicio de la imparcialidad, aunque no basta con su presencia para garantizar esta última (1989: 63, ss.). Al entender de Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez, tal independencia es el «presupuesto de la necesaria colocación de los jueces en condiciones de ejercer su cometido de manera imparcial» (1986: 29).

26 Se ha logrado analizar el grado de independencia de un tribunal constitucional como si toda ella fuese un solo juez y no magistrados individualmente considerados (Toro Ochoa et al. 2008: 21).

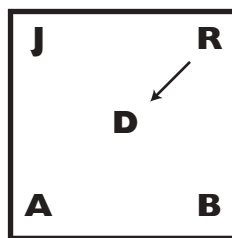
Por utilidad metodológica, el centro del examen debe encontrarse en el juez, exactamente en cada uno de los jueces. La independencia «no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez» (Pásara 2007) y se exterioriza como un conjunto de aseveraciones normativas y empíricas sobre los jueces en sus relaciones con los otros (Peretti 2003: 83). Pero todas las opciones planteadas se encuentran interrelacionadas entre sí, y no pueden estudiarse por separado porque sus atributos podrían solaparse.

La institución es la suma de la actuación de los jueces que conforman un tribunal; sus decisiones expresan un producto intelectual de quien resuelve (muy especialmente en el presente estudio que usa los casos paradigmáticos como principal insumo para el análisis); y, el proceso, el manejo que de este hace el juez. Como es el juez el sujeto de la independencia, elemento caracterizado por «J», cuando se mida el grado de independencia del TC, el examen se debe centrar en actuaciones de magistrados concretos, a través tanto de forma particular como a través de un colegiado.

Como a través de la independencia del juez constitucional trata de brindársele todas las garantías posibles para resolver el conflicto que se le somete, suele confundírsele con otros conceptos, como la integridad (Rossen 1987) —autonomía funcional del juez—, elemento proveniente de la doctrina de la separación o distribución de poderes; la insularidad, conjunto de garantías institucionales que la aseguran la neutralidad (Cappelletti 1988); o, más preciso, la imparcialidad, al ser presentada como un concepto que es el soporte básico de cualquier sistema de justicia, por provenir del concepto mismo de justicia (Salzberger 1993: 372).²⁷

Sin lugar a dudas, la relación más sólida se da con la imparcialidad judicial. Siguiendo un modelo cognitivo idealizado, Schedler define a esta como un elemento de la independencia judicial (2000: 392), en vista de que un juez solo podrá jactarse de ser independiente cuando resuelve el conflicto jurídico sobre la base de fuentes del derecho, sin nada ni nadie que obstaculice su razonamiento. Dos partes en conflicto (A y B) requieren de un actor heterónimo para que les administre justicia (C), quien resolverá a través de una *decisum* (D) impuesta a partir de un conjunto de reglas (R).²⁸

Gráfico N° I. Modelo analítico de imparcialidad



Schedler 2000

27 Es en el juez donde se puede demostrar la existencia de preferencias preconcebidas hacia alguna de las partes o intereses personales en el resultado (Toharia 1999; Schedler 2003). Por eso, la imparcialidad es un componente de la independencia interna (Méndez, 2000: 8) o de la funcional (fundamento 15 de la STC 2852-2010-PA/TC; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Pullar c/ Reino Unido, de 10 de junio de 1996).

28 En el caso de un TC, R es la Constitución y las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, además de otras fuentes de derecho admisibles (Vid. precedentes).

Se presenta como utópico pensar en la objetividad total del magistrado, pero no puede entenderse en el sentido de que *prima facie* los jueces no deben ser imparciales.²⁹ De hecho, deben serlo, están obligados a serlo. Más allá de cuestiones que pueden poner un cierto grado de subjetivismo las decisiones que tomen, la forma de actuación de un magistrado ha de ser honesta, pues, bajo un principio de responsabilidad constitucional, los jueces constitucionales buscan la protección de la Norma Fundamental, la cual guía su actuación. Lo que sí se puede exigir a un juez es que sea consecuente con su pensamiento y leal a la hora de resolver. Debe ser honesto tanto con la propia Constitución como con el órgano al cual pertenece.

Un juez debe seguir las reglas que el derecho le impone para poder resolver el caso. Únicamente resuelve un conflicto con las reglas que el ordenamiento jurídico establece, sobre la base de hechos probados. A través de su razonamiento (*ratio decidendi*) —guiado por normas, sentencias, principios generales, doctrina o costumbres—, arribará a una decisión final. También influyen en él elementos axiológicos y de conducta estratégica. Por eso, es indispensable que no haya agente alguno, extraño o no al proceso constitucional, que le impida cumplir su función de administrar justicia.

2.3.2. Actores externos (ÆAE)

El segundo componente de la independencia judicial son los actores externos («ÆAE»). Estos son aquellas personas u organizaciones que podrían interferir en la actuación del juez a la hora de resolver. La independencia actúa frente a ellos, por tener intereses manifiestos y subrepticios al proceso, interviniendo a través de una serie de acciones para conseguir un resultado judicial distinto al que correspondería si se siguiera criterios estrictamente jurídicos. La expresión simbólica «Æ» indica que en cada caso de afectación de independencia existe por lo menos un «ÆE» inmiscuyéndose.

La palabra «actor» precedida del adjetivo «externo» tiene una doble connotación. En primer lugar, incluye a quienes se encuentran fuera de la institución —independencia externa—. He aquí donde se encuentran tanto los poderes formales —en el caso nacional, referido a los tres poderes clásicos, más los órganos constitucionalmente reconocidos—, como los fácticos —grupos de poder económicos, medios de comunicación social, instituciones sociales como la Iglesia, las organizaciones no gubernamentales (ONG) o el público en general—.³⁰ Las partes si no actúan dentro de los parámetros establecidos por la normatividad, también pueden convertirse en actores externos.

En segundo lugar, también son ÆE aquellos que se encuentran dentro de la propia institución, léase, el resto de jueces. Esto es lo que viene a denominarse «independencia interna» (Pásara 2007: 316). Si bien en el Poder Judicial, por su estructura, pueden existir jueces de distintos niveles que tengan intereses en la decisión que toma uno de ellos; en el caso del TC, por la organización horizontal que tiene, un juez del colegiado o de la sala también puede influir en algún(os) de sus colegas.³¹

29 Así se configura constitucionalmente la necesidad de la existencia de jueces autoconscientes de su condición personal y de la representación diversa de las opciones políticas en una sociedad democrática, como elementos esenciales para acercarse lo máximo posible a la razón jurídica. Por ello, el fin colectivo del TC es la primacía de la Constitución (Montoya Chávez 2011).

30 La independencia excluye la injerencia tanto del Gobierno como de cualquier otro actor (Rossen 1987).

31 Como se deja sentado en el propio TC peruano, la injerencia prohibida es la de «extraños», es decir, «otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial» (STC 0023-2003-AI/TC).

2.3.3. Ausencia de injerencias (~I)

El último elemento de la independencia es el tipo de relaciones entre sujeto y actores externos. Implica una ausencia o amenazas de injerencias vedadas (Staats 2003) que haga posible una «privación de vínculos indebidos». El símbolo «~I» implica que el juez pueda cumplir con las funciones que tiene asignado, resolver el conflicto con las fuentes del derecho y con los hechos, sin que nada irregular y externo intervenga en su razonamiento.

La independencia exige la desaparición de cualquier poder distorsionador. El poder es la relación causal entre las preferencias y resultados (Cameron 2002: 135): un sujeto tiene poder sobre otro cuando hace que este se conduzca de modo que observe sus intereses. Aplicando este concepto al caso judicial, hay injerencia cuando los actores externos tienen el suficiente poder para que el juez resuelva sin tomar en cuenta la propia preferencia. De forma metafórica, y contraponiéndolo a sometimiento, Stephenson presenta la injerencia judicial como un caso de «personas con armas y dinero voluntariamente sometándose a personas armadas únicamente con un mazo» (2003). En las grandes cuestiones jurídicas es imposible que no existan intereses que busquen socavar la independencia del juez, por lo que a este solo le corresponde «rechazarlos y paralizarlos» (Landa Arroyo 2010).

No toda intervención es negativa. Por ejemplo, la influencia de las partes es indispensable para resolver el caso (aporta pruebas o intenta convencer al juez de sus argumentos); asimismo, los legisladores están capacitados para dictar normas relativas a la actuación de los jueces como parte de sus atribuciones. Solo será inadmisibles la intervención que a juicio de las normas sea ilegal o ilegítima: sobornos, amenazas, coacción, manipulación ideológica o lealtades políticas.

En conclusión, de lo que se ha podido observar, la independencia judicial, a ser aplicada al Tribunal Constitucional, debe ser presentada a través de la siguiente fórmula:

$$\exists AE \sim \underline{I} J$$

Esto es, la independencia implica que cualquiera de los actores externos está impedido de interferir en la actividad resolutoria del juez.

3. Método de medición

Antes de establecer cómo medir, debe definirse sobre qué medir. El carácter especial del TC implica el uso de un tipo de datos también especiales que permitan en qué nivel se halla su independencia. Es así como se ha decidido utilizar la estrategia de recolección de datos de casos paradigmáticos, los cuales se verán contrastados por información adicional.

3.1. Medición inferencial

La medición se centra en indicadores pues si bien estos traen consigo un margen de error, este es superable a través del *criterion validity*. Corresponde ahora, tras conocer qué medir, determinar las pautas de medición adecuadas y la operacionalización de los indicadores, siendo

cuidadosos para que no exista *conflation* (superposición de los índices en la fase de agregación) o sobreespecificación de los componentes del marco referencial del concepto.

Ya se señaló que el concepto «independencia judicial» es uno de difícil aprehensión. Los jueces, y en especial los constitucionales, no pueden ser tan ingenuos a la hora de demostrar una posible intromisión que afecta su independencia, suelen disfrazarla para que no sea fácil de descubrir. Determinar «~!» no es una labor sencilla ni mecánica, por lo que los indicadores que se elijan son de delicada observación.³²

Cuando la identidad de los actores coincide —por ejemplo, en una inconstitucionalidad planteada por un ente del Estado, el demandado puede ser el Congreso de la República— o cuando esto no concurre pero ambos tienen poder —empresas privadas nacionales frente al Estado—, es difícil distinguir quién tiene más capacidad de influencia en el juez. Determinar quién ocupa en cada espacio y en cada tiempo el papel de \exists AE no es tarea fácil, por lo que los indicadores que se utilicen deben tratar de ser omnicomprensivos para que abarque todas las posibilidades de injerencia en el TC.

En tal entendido, solo cabe realizar una medición inferencial o indirecta. La complejidad de la actividad analítica de la independencia judicial de un tribunal como el constitucional así lo exige. Solo cabe recurrir a ciertas inferencias asociativas (con base en términos probabilísticos, según Przeworski y Teune 1970: 94), las mismas que han de ser interpretadas a través de determinadas hipótesis descriptivas o causales. Nadie puede imaginarse que si un político quiere influir en un juez va a proporcionar a un investigador una copia filmográfica del hecho. La interferencia en la labor jurisdiccional se puede dejar sentada a través de alguna mínima irregularidad en el trámite del expediente, de un problema argumentativo en una sentencia o en un cambio de posición ya sea de un magistrado concreto o de todo el colegiado (sala o pleno) con relación a sentencias o resoluciones emitidas con anterioridad.

3.2. Uso de la técnica de casos paradigmáticos

La medición de la afectación de la independencia del TC se centra en el estudio de casos paradigmáticos, pues los jueces hablan a través del producto de su actividad jurisdiccional, pero no de todas las resoluciones emitidas, sino solo gracias a las de relevancia institucional (Shapiro 1993; Linares 2003: 161). Los procedimientos y sentencias selectas muestran qué ha estado pasando dentro de la administración de justicia a la hora de resolver un conflicto pues únicamente a través de un grupo de ellas la injerencia será visible o dejará algún tipo de huella.

Los jueces que usan su libertad de decisión están cumpliendo con su obligación democrática. En los casos difíciles, o con texto normativo vago o ambiguo, solo puede resolverse el caso a través de argumentos lógicos y axiológicos, forma de fundamentación que es importante resaltar también en casos paradigmáticos. Debería exhibirse continuidad valorativa en la resolución de casos análogos (los valores se mantendrían constantes en el tiempo);³³ si esto no se da, entonces habría dudas claras acerca de la falta de independencia del juez —en este

32 De esta forma se podrá medir lo que pasa en la mente del juez —o su manera de razonar—, cómo hacerlo con las simpatías preconcebidas, las lealtades, coerciones o injerencias impropias (Kornhauser 2002: 53).

33 Es por ello que para Linares «no deberíamos encontrar diferencias relevantes o cambios bruscos en las concepciones o decisiones de un juez en materias donde los valores en juego son los mismos. Cualquier cambio de este tipo podría ser «sospechoso» de parcialidad o dependencia» (2003: 134).

caso, de los magistrados constitucionales—. La inconstancia puede provenir de la falta de independencia o de otros factores. Por ello es necesario descubrir la causa.

El juez constitucional no deja de ser independiente en todos los casos, sino en momentos específicos, cuando las presiones fluyen. Por eso es innecesario estudiar toda la jurisprudencia emitida por un tribunal con una carga procesal tan alta (sería prácticamente imposible). En el caso peruano, por ejemplo, como el TC desde 1996 hasta la actualidad ha emitido decenas de miles de sentencias,³⁴ la cuestión para cualquier examen de independencia está en determinar, a priori, en qué casos han podido intervenir las presiones. Los fuertes ataques a la independencia judicial ocurren esporádicamente y por buenas razones. Son las expresiones típicas de un profundo conflicto al interior del sistema político acerca de qué valores y políticas públicas deben primar. «En la medida en que sobrevenga un diálogo político productivo y se alcance un consenso, tales ataques pueden servir a propósitos públicos más amplios. Durante tales periodos el judicial no deja de contar con sus aliados en la academia y en el ejercicio del derecho, a los que puede enfiar a su lado» (Peretti 2003: 102).

El sinnúmero de causas, sin embargo, no significa que siempre el TC está resolviendo casos novedosos, sino por el contrario, muchos de ellos solo implican una reiteración de la jurisprudencia ya emitida, sin desarrollo de nuevos criterios³⁵ o un análisis de cuestiones de mera procedencia o admisibilidad.³⁶ Lo realmente significativo para una investigación son aquellos casos en que algún AE haya tenido capacidad de influencia en la resolución del conflicto, por lo que el problema se traslada a definir cuáles han de ser estos casos.

La forma de determinarlos no puede hacerse de forma antojadiza sino gracias a lo que los expertos puedan determinar, los medios de comunicación hayan indagado o el investigador pueda explorar por su cuenta. Solo en un grupo determinado de ellos podrá establecerse la existencia de injerencias indebidas de agentes externos.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que los «estudios de caso» constituyen un «método necesario y suficiente para algunas importantes tareas de investigación en las ciencias sociales», y que se defiende muy bien cuando se le compara con otros de la amplia variedad que ofrece la metodología de investigación de las ciencias sociales (Flyvbjerg 2005: 586). Por más críticas que pueda existir por su alcance (no es una muestra significativa), es adecuado la utilización de los casos paradigmáticos, pues desde otro punto de vista se plantea que la «judicatura tiene que saber diferenciar entre los casos sólidos y legítimos, y aquellos que son débiles o que esconden motivaciones políticas» (Rose-Ackerman 2007: 16), por lo que es preciso fijarnos en los primeros. Es así como se presenta complicada la realización de la traducción numérica

34 Hasta el 2010 había emitido 64,000 resoluciones (TC 2011: 181). En los últimos años ha empezado a reducir la carga del TC, pues el tribunal diseñó una estrategia para combatir la gran cantidad de causas que le llegaban, tanto emitiendo precedentes vinculantes, restringiendo los amparos laborales y pensionarios y los cumplimientos (casos Baylón —STC 0206-2005-PA/TC—, Anicama —STC 1417-2005-PA/TC— y Villanueva —STC 0168-2005-PC—), o tratando de crear una especie de certiorari a través de una reinterpretación del sentido del RAC (primero en una sentencia —Caso Lagomarcino, STC 2877-2005-PHC/TC— y luego en una modificación de su RNTC —artículo 11—, para que reinterpretar en una sentencia con calidad de precedente vinculante —STC 0987-2014PA/TC—).

35 Tomando un día al azar, la revisión de las 82 sentencias o resoluciones publicadas en la página web del día 17 de junio de 2011, (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/17062011w.html>), se observa que más de 30 fueron relativas al tema pensionario y más de 30 al tema laboral, que no hacen más que remitirse a la línea jurisprudencial establecida.

36 Según el mismo TC, por ejemplo, en el año 2010, se emitieron 4,127 decretos, 4,312 autos, 289 aclaraciones, 37 admisibilidades y 51 nulidades (2011: 133, 134).

de los resultados que se obtengan, y por más que luego utilice el método de ponderación agregada de resultados, dejando sentada la dificultad de su utilización, en vista del uso de la técnica de casos paradigmáticos y no de estadísticas genéricas.

3.3. Recolección de datos de contrastación

Los casos paradigmáticos no pueden ser el único elemento a utilizar. Estos deben ser determinados, a la vez que interpretados y complementados, por otros tipos de datos. Para ello aparece como pertinente utilizar entrevistas, encuestas y revisión de archivos periodísticos, así como informes y estudios sobre los casos seleccionados.

3.3.1. Informantes

La forma de conocer cuáles son los casos paradigmáticos es, aparte de indagar sobre las sentencias en que hay incoherencias internas, conversando con aquellos que conocen del funcionamiento del TC y lo estudian. Aba/Ceeli 1999 y Hambergren 2001 proponen las valoraciones de expertos como una forma de fijar el grado de independencia judicial.

En el caso de la justicia constitucional, un control privilegiado de la misma se encuentra en el rol crítico de la comunidad jurídica, resaltado por Nogueira Alcalá 2004: 90. El control de los excesos expresados en sentencias no es responsabilidad exclusiva del TC o del juez sino una a ser controlada por los poderes, no solamente públicos, sino también —y sobre todo— por la opinión pública (Landa Arroyo 2010).

Solo así se logra así contar con una versión acerca de las preferencias reales de los actores, difícilmente expresables de otro modo. La utilidad de este tipo de datos es alta. Para ello se puede contar con la opinión de litigantes, miembros del propio Tribunal, investigadores, miembros de otras entidades públicas, entre otros.

3.3.2. Documentos

La recolección de datos también debe ser realizada de forma documental. Es la forma que *prima facie* parece la más sencilla de realizar, en vista de que no hay muchos estudios que hayan tratado sobre la independencia judicial de los TC. Por eso, quise diversificar la fuente de datos: documentos periodísticos, informes y últimamente, lo que abundan, los blogs sobre la materia, sin contar los clásicos estudios de revistas y libros (estos últimos sirven sobre todo para ver la coherencia interna de las sentencias o resoluciones).

Cada vez cobran mayor importancia instituciones como las ONG dedicadas a la observación y control del proceso de elección de los magistrados por parte del Congreso, aunque no muestran una incidencia real (Toro Ochoa et al. 2008: 23).

De otro lado, la información brindada por los mass media juega un papel trascendental en la investigación. En esta línea, algunas opiniones, presentadas en diarios, revistas o blogs, pueden complementar los datos conseguidos gracias a los informantes.

3.3.3. Percepciones

También es preciso utilizar otro tipo de datos como son las percepciones. La técnica de encuestas se puede utilizar dependiendo del nivel de medición y de los sujetos indagados: jueces, ciudadanos, usuarios expertos o usuarios no expertos, así como de otros agentes del sistema de justicia (Linares 2003). Esta sirve para complementar datos puramente objetivos. Los actores judiciales (no solo incluye a «J», sino también a las partes, sus abogados y la comunidad jurídica) tienen una opinión sustentada de cómo funciona la institución y cada juez.

La validez de las percepciones, vale señalar, es más indirecta que el resto de datos recolectados. No resulta difícil descubrir que cualquier juez reciba valoraciones de baja confianza o impresiones negativas por parte de la población así no lo merezca (Hammergren 2001: 7). Si bien las percepciones pueden no reflejar adecuadamente la realidad, también mide la impresión externa sobre temas específicos; solo que debe ser mirada con cierta cautela.

4. Diferenciación de indicadores de las variables explicativas

Pese a que se han planteado innumerables propuestas sobre la medición de la independencia, poco se ha investigado con respecto a las conexiones causales entre las variables (Cameron 2002: 144). Incluso las «explicativas»³⁷ han sido presentadas en algunas oportunidades como indicadores de la independencia judicial, pero sería un error tomarlas así porque desvirtuarían la medida requerida, por eso, tras definir el método de medición es preciso descartar qué no debe computarse para definir el grado de independencia de un Tribunal Constitucional.

No es fácil identificar tales variables explicativas, pero a veces se las presenta como garantías para la independencia. Dichas variables no pueden ser consideradas indicadores de la independencia como muchos estudios lo proponen, sino que son variables que explican —o facilitan— la existencia de un J suficientemente fuerte para actuar ~I. Por eso, el diseño institucional, los magistrados y su elección, así como la estabilidad del mandato no requieren ser medidos para ver si un TC es independiente o no.³⁸ Se puede actuar con independencia pese a las condiciones más inconvenientes para serlo y, alternativamente, puede ser que no se actúe independientemente, a pesar de estar rodeado de condiciones favorables para la independencia.

4.1. Diseño institucional

Esta variable otorga una amplia o debilitada seguridad al juez, en el ámbito de sus atribuciones o competencias, las condiciones estructurales de su funcionamiento y su posición dentro de la institución.³⁹ Supone una «connotación fundamental de no intromisión» (Burgos Silva 2007: 7).

37 El término correcto, desde el punto de vista de la metodología de la investigación, es el de «variable independiente». Sin embargo, como esta se encuentra en relación directa con la variable dependiente «independencia judicial», es preferible llamarla «explicativa» para evitar un efecto cacofónico (y confundible en la lectura del texto).

38 Si lo que se desea medir es cómo actúa un juez, es necesario encontrar otros tipos de indicadores. La independencia solo puede ser medida en el producto del juez o tribunal, no en las condiciones que rodean su actuación.

39 Es por ello que «judicial decision-makers are supposed to be deaf to the calls of instrumental rationality... while the strategic calculus of jurisprudential success under given constraints may be compatible with the demands of impartiality...»

Los estudios han medido sus competencias estipuladas en la Constitución (*Jure Index of Judicial Independence* de Feld y Voigt 2002); las variaciones que esta ha sufrido o la ley que la desarrolla (Voigt 2000; Linares 2003); el tipo de jurisdicción establecida (Aba/Ceeli 1999; Hammergren 2001); la forma en que está regulada la separación de poderes (Blasi y Cingranelli 1995; Camp Keith 2001); o, el tipo de salvaguardias frente a influencias impropias (Aba/Ceeli 1999). Esto se ha planteado así en vista de que quien crea las normas que rige el proceso ante el TC y su organización administrativa tiene capacidad de influir en el tribunal (Smithey e Ishiyama 2000). En general, «todo puede afectar potencialmente a la independencia: un intento de reforma procesal, una simple reorganización de la oficina judicial... o una evaluación del rendimiento» (Toharia 1999: 23).

Se ha puesto mucho énfasis en lo relativo a la forma en que se brindan las condiciones para la actuación de los jueces, ligándolo al ámbito económico de la institución (sobre los recursos, Hammergren 2001), el presupuesto asignado a la institución y su relación con el presupuesto general (Aba/Ceeli 1999; Voigt 2000), la constancia de los salarios de los jueces constitucionales (Aba/Ceeli 1999), la cantidad de dinero asignado al área administrativa (Linares 2003), o a la educación y entrenamiento de los jueces y el personal de apoyo (Aba/Ceeli 1999).

Un eficiente diseño institucional debería reducir al mínimo la posibilidad de realizar cálculos estratégicos a la hora de resolver y se aminoraría así la capacidad de influencia de los «AE» sobre él. Las normas permiten la independencia pero si el operador quiere maximizarla está en él hacerlo o claudicar en nombre de intereses o ventajas individuales.

Un diseño institucional en sí mismo no es importante para la existencia de una independencia judicial, pues en algunos países los jueces son independientes sin un diseño que lo avale (Salzberger y Fenn 1999). Esto tiene sentido en vista de que ningún conjunto de normas institucionales puede superar el obstáculo de una judicatura carente de integridad personal y respeto por el argumento jurídico (Rose-Ackerman 2007: 20).

Se da por hecho que algunos países dan a su rama judicial más independencia de la que es estrictamente requerida por las restricciones formales relevantes (Stephenson 2003). Se puede considerar aleccionadora la experiencia británica, pues en esta democracia parlamentaria no hay separación de poderes y tiene una alta Corte que por lo menos de manera formal es una mera dependencia parlamentaria, «los jueces británicos son generalmente considerados como independientes; tal independencia está sustentada tanto por la ley como por las culturas políticas y legales» (Kornhauser 2002: 47). Asimismo, Cameron rechaza las protecciones estructurales como simples «barreras de arena contra un agresivo ejecutivo o legislativo» (2002: 138).

En el caso nacional, el TC peruano por su parte ha utilizado la autonomía procesal constitucional para reforzar su relevancia dentro del Estado. A partir de ella fue creando figuras propias para resolver las causas que llegan ante él, con el fin de presentarla como una especie de «sacrificio de las formas procesales», en pos de la tutela de los derechos (STC 4119-2005-PA/TC). Se valió de ella para establecer figuras, entre otras, como la del *amicus curiae*, el litisconsorte facultativo o el partícipe (STC 0020-2005-PI/TC); para darle un sentido novedoso al recurso de agravio constitucional (STC 2877-2005-PHC/TC), determinando la apelación *per saltum* (STC 0004-2009-PA/TC) y consolidando en su momento el recurso a favor del precedente (STC 4853-2004-AA/TC). Pero no solo ello, sino que incluso figuras clásicas como la del control difuso fue ampliada para permitir su utilización en la sede administrativa (STC 3741-2004-AA/TC).⁴⁰

the consequentialist calculus of personal benefit is not» (Schedler 2003: 15).

40 Recientemente se ha dado un paso atrás al respecto (Vid. STC 4293-2012-PA/TC).

4.2. Elección de magistrados

El nivel de los jueces es otra variable que influye en la independencia de un órgano jurisdiccional. La forma de elección de los miembros del órgano jurisdiccional deviene en trascendente por diversos motivos: qué órgano es el encargado del nombramiento,⁴¹ cómo es el procedimiento —sería relevante medir cuántas veces ha sido cambiada la conformación del pleno (Voigt 2000)—, cuánto demora, bajo qué criterios lo realiza. Ahora bien, que los jueces constitucionales deban ser elegidos por un Parlamento, con un partido dominante, no supone necesariamente que luego el juez pueda decidir los casos en función de las órdenes que reciba del Poder Legislativo (Toharia 1999). También es importante determinar qué actores participan en la elección (Smithey e Ishiyama 2000), reflexiones solo aplicables parcialmente al TC.

El examen principal apunta a estipular cómo ha sido realizado el proceso de selección, si utiliza criterios de profesionalidad —esto es, atendiendo a los méritos— o por filiación partidaria (Rose-Ackerman 2007; Hammergren 2001; Toro Ochoa et al. 2008; Blasi y Cingranelli 1995; Camp Keith 2001; Aba/Ceeli 1999; Herron y Randazzo 2003; Iure Index of Judicial Independence de Feld y Voigt 2002).⁴² Se busca la elección de jueces independientes y honestos consigo mismos y con la población para que de esta forma el tribunal pueda tener reconocimiento público. La independencia depende de la calidad moral y de las virtudes cívicas de quien opera como magistrado, más allá de quién, cómo o por cuánto tiempo se elige.⁴³

La responsabilidad política de los legisladores a la hora de escoger sus integrantes determinará un buen TC, tal como sucede en otras partes del mundo,⁴⁴ responsabilidad que en los últimos años no ha tenido el Congreso peruano. Debido a que los patrones ideológicos usualmente son aparentes en el historial de decisiones de los nominados, quienes «seleccionan a los jueces son alentados y capacitados para que encausen el rumbo futuro de las políticas judiciales» (Peretti 2003: 90). Para Stephenson (2003), la elección de un alto funcionario del Estado (como los magistrados del TC) a través de otros órganos políticos —en este caso, el Congreso— se da a través de la fórmula:

$$tE_{D,t} = V^{D,E(Xt)\alpha D} + E_{D,t,d}$$

41 Pensando en el Poder Judicial, se proponen fórmulas para mayor independencia de los jueces. En efecto, en el Derecho comunitario europeo, el Comité de los Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la independencia, la eficacia y el rol de los magistrados, está buscando la eliminación de cualquier influencia de parte del Ejecutivo en la nominación de los jueces (Recomendación R[94]12). Se indica una regla general que expresa que «La autoridad competente en materia de selección y carrera de los jueces debería ser independiente del Gobierno y de la Administración».

42 Esto deriva en medir la legitimación que tiene la persona en el cargo (*Index of Judicial Independence de Feld y Voigt 2002*).

43 No parece que haya existido una intención clara del Congreso peruano de cumplir con su responsabilidad frente al país, pues a diferencia de la comisión seleccionadora Pease —que finalmente eligió a Landa, Vergara y luego de un tiempo a Mesía—, las comisiones Pastor —designó a Beaumont, Eto, Álvarez y Calle— y La Madrid —eligió únicamente a Urviola—, al igual que la comisión Islas —que no eligió a ningún magistrado—, han dejado mucho que desear y han estado envueltas en cuestionamientos, que incluso llevó a la anulación de dos elecciones (hace un par de años se dejó sin efecto la designación de Galindo, Eguiguren, Mayorga, Sousa, Sardón y Blume, aunque los dos últimos fueron electos otra vez el año pasado).

44 Un buen ejemplo se puede encontrar en la elección de los jueces de la Corte Suprema norteamericana. No basta haber escrito un libro o ser docente, sino tomar en cuenta el verdadero símil que tiene la persona en el mundo jurídico, político o social.

Donde X es la variable que indica la tendencia de la política pública del partido de Gobierno (si se trata el partido I, su valor tiende a 0; si se trata del partido D, su valor tiende a 1; indica el nivel de aversión al riesgo del partido; y E es la variable exógena aleatoria. Este modelo fue propuesto para cuando el Presidente propone que el Legislativo escoja. Lo importante es que en el caso peruano del TC, es un solo actor (con 130 cabezas) el que elige a los magistrados, aunque sí es una dificultad que el cargo no sea vitalicio. El planteamiento funciona bajo consideraciones o supuestos especiales, a saber: la existencia de dos postulados políticos opuestos, denominados de derecha (D) y de izquierda (I); los postulados políticos (Dol) se materializan en la existencia de dos partidos; cada uno de los partidos compite por el control de la política pública a lo largo de diferentes períodos $t \in \{0, 1, 2, \dots\}$; durante cada período el partido que detenta el poder controla la política de gobierno con una probabilidad p ; para cada período de gobierno, se valoran unas utilidades para los partidos.

4.3. Estabilidad del mandato

Esta variable está definida por dos elementos: la existencia de un periodo (in)determinado en el que el juez ejerza su función; y, la posibilidad de revocatoria de su mandato. También se presenta la correspondencia del cargo con los períodos del presidente (Toro Ochoa et al. 2008: 24).

Se analiza la estabilidad o tiempo del mandato (*Index of Judicial Independence* de Feld y Voigt 2002; Rose-Ackerman 2007; La Porta et al. 2002; Toro Ochoa et al. 2008; Linares 2003; Smithey e Ishiyama 2000). Voigt (2000) además estima que debe examinarse el tiempo efectivo de mandato, o su desviación frente al establecido en la ley.

Se propone un nuevo consenso valorativo o de políticas para obtener una aprobación amplia representada en otro conjunto de jueces ideológicamente correctos, con cargos vitalicios (Peretti 2003: 91). Sin embargo, «el hallazgo empírico definitivo de la ciencia política que debe examinarse aquí es que la independencia judicial no se garantiza por protecciones estructurales de carácter formal como el cargo vitalicio» (Peretti 2003: 97).

Aparte del plazo establecido de funcionamiento, es importante la capacidad de remover a los magistrados constitucionales (Blasi y Cingranelli 1995; Smithey e Ishiyama 2000; Linares 2003), pues una de las garantías procesales de la independencia judicial está en la capacidad de remoción por el Ejecutivo o el Legislativo (Guastini 2001: 66),⁴⁵ lo cual está en relación directa con el sistema disciplinario que se haya podido adoptar (Voigt 2000). También se plantea como parte de esta variable independiente el estatus que posee cada magistrado: un nivel que le permita ejercer el cargo con tranquilidad.⁴⁶ Todas estas condiciones sin lugar a dudas facilitan la independencia.

45 Al respecto, Cameron señala que si bien los jueces ingleses que fallan contra el Gobierno serán apoyados en menor medida que aquellos que no lo hacen, en Argentina, los «*fuertes ejecutivos han despedido magistrados de altas corte a voluntad, pese a las prohibiciones legales en contrario*» (Cameron 2002: 138, 139).

46 Quienes ejerzan el oficio de juez deben tener un nivel social acorde con el que su profesión representa. El nivel social decoroso se obtiene acorde a una remuneración adecuada. «La consecuencia ideal del anterior planteamiento es que los magistrados de la Corte Constitucional no tengan incentivos para desviar su actuación en pro de la consecución de beneficios de carácter económico que tiendan a mejorar su nivel de vida y el de su familia» (Toro Ochoa et al. 2008).

En el caso peruano, los magistrados tienen proscripción de mandato imperativo,⁴⁷ pero sus cargos no son vitalicios (duran cinco años). Se destaca el uso de las acusaciones constitucionales contra los magistrados del TC pues, si bien es una medida reconocida normativamente, puede ser vehículo de una presión indebida. Un caso ya apuntado lo explicará con más claridad.

El testeo de la conformación primigenia del Tribunal se pudo encontrar en el famoso caso de la reelección fujimorista. La Ley 26657⁴⁸ permitía una nueva postulación del ex gobernante; al Tribunal le correspondía determinar si ello era o no constitucional. Tras idas y vueltas en el debate del colegiado,⁴⁹ finalmente se decidió por declarar fundada la demanda que cuestionaba dicha ley, con tres votos a favor y cuatro abstenciones. En la STC 002-96-I/TC, S-322, de enero de 1997, Rey, Revoredo y Aguirre Roca, en una arriesgada apuesta⁵⁰ acordaron resolver la inaplicabilidad de la ley.⁵¹ Solicitada una aclaración, los magistrados firmantes, con pleno conocimiento del pleno, señalaron que no había nada que esclarecer. Por la decisión adoptada, el Congreso inició un procedimiento de acusación constitucional por infracción a la Constitución⁵² contra los tres magistrados firmantes. Superado el íter parlamentario,⁵³ tras un debate en el pleno durante 14 horas, en mayo de 1997, con 52 votos a favor, 33 en contra y una abstención, se decidió su destitución y su inhabilitación por diez años (Resoluciones Legislativas 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR).⁵⁴ Los depuestos plantearon acciones de amparo y la respuesta de parte de sus excolegas, a excepción de Nugent, importó una convalidación de la decisión congresal (Vid. STC 358-98-AA/TC; STC 340-98-AA/TC), lo que permitió llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que consideró que el procedimiento parlamentario no se había realizado con imparcialidad.⁵⁵ Paralelamente, luego de asumir la

47 Según el artículo 201 de la Constitución y el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los magistrados gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los congresistas (artículo 93 de la Constitución).

48 Buscaba explicar el artículo 112 de la Norma Fundamental, a través de una «interpretación auténtica».

49 La audiencia se llevó a cabo el 20 de noviembre, votándose por la ponencia que se decantaba por la inaplicabilidad con cinco votos a favor y dos en contra. Luego de una campaña de presión contra los firmantes, ni bien iniciado el 2007, los magistrados Nugent y Díaz Valverde solicitaron una nueva votación, en la cual ellos se abstuvieron de votar por haber adelantado opinión, retirando sus firmas (no se apartaron del proceso para hacer posible la emisión de la sentencia), mientras que Acosta Sánchez y García Marcelo se reservaron la opinión. A mediados de enero, cuarenta congresistas de la mayoría parlamentaria remitieron una carta al TC solicitando se declare fundada o infundada la demanda pero no su inaplicabilidad.

50 Decisión muy discutible desde el punto de vista procesal constitucional. Entre muchos estudios sobre la materia (Vid. Bustamante Alarcón 2003; Neira 2001; Paniagua Corazao 1999).

51 Nunca iban a llegar a los seis votos necesarios, pues tres de los miembros eran leales al fujimorismo.

52 Procedimiento previsto en los artículos 99 y 100 de la Constitución y el artículo 89 del Reglamento del Congreso para altos funcionarios del Estado, entre los que se encuentran los magistrados del TC. Amplia explicación sobre su contenido en Montoya Chávez 2005.

53 En mayo de 1997, una Subcomisión Acusadora presentó una denuncia constitucional ante la Comisión Permanente, tanto por presentar una simple ponencia como si fuera sentencia como por haber emitido una resolución a nombre del TC (en el caso de la aclaración). Los magistrados acusados señalaron que la acusación era una represalia por la sentencia emitida. En mayo de 1997 además remitieron el acta del pleno en que constaba que estaban autorizados para emitir la aclaración. La Comisión Permanente se inclinó por la acusación, además de incluir al presidente Nugent por facilitar la alegada actuación ilegal.

54 El caso de Nugent regresó a la comisión investigadora. Nunca se eligió a los reemplazantes de los destituidos.

55 En la mencionada Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú), de 31 de enero de 2001, Serie C-71, se consideró que los congresistas que participaron en la investigación no eran imparciales pues habían enviado comunicaciones al TC en 1997. Además, la Corte cuestionó la normatividad reglamentaria por prohibir a los miembros de las

presidencia del Congreso, tras la fuga de Fujimori y el cambio en las riendas parlamentarias, se sometió a debate la restitución de los destituidos, la cual fue aprobada por 57 votos a favor, 6 en contra y 5 abstenciones (Resolución Legislativa 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000). Los hechos relatados muestran que una figura como la acusación constitucional puede tener un uso perjudicial si subyacen intereses subrepticios.

5. Definición de los indicadores de la variable dependiente

Definidas las variables explicativas, es preciso centrarnos en la independencia judicial del Tribunal Constitucional, en cuanto a la variable dependiente, que requiere indicadores propios. Comparto algunos criterios con los utilizados para los jueces del Poder Judicial (PJ) pero requieren algunas precisiones. Como la teoría cuando presenta diversas propuestas está pensando en los jueces del Poder Judicial, se requiere presentar un modelo propio, indispensable para que no se mida lo que no se debe medir, ni se deje de medir lo que se debe medir.⁵⁶

La medición de la independencia del TC debe tomar en cuenta sus especiales características. En vista de que «las Cortes existen propiamente dentro de un sistema de interdependencias mutuas» (Peretti 2003: 101), las irrupciones a la independencia son altamente probables, razón por lo cual debe captarse cómo es la dinámica del sistema político general. La importancia de las sentencias que emite hace que los conflictos constitucionales impacten sobremanera en la vida social, política y económica del país o que los altos intereses puestos en juego, cuando resuelven, definan su especial naturaleza. Su posicionamiento institucional urge ser medido.⁵⁷ «En muchas ocasiones nos encontramos que los conceptos complejos pueden desdoblarse en distintas dimensiones que necesitan de operacionalizaciones sucesivas para ser directamente observables» (Anduiza Perea et al. 2009: 44).

Medir \sim I no puede considerarse una tarea sencilla, por lo que habrá que hacer un trabajo de filigrana para que los resultados que se presentan a continuación no puedan ser considerados subjetivos (aunque es imposible que el investigador no juegue un papel especial), basándose en indicadores indirectos como son los que se van a utilizar. En virtud de tal necesidad, la medición a realizarse ha de tomar en cuenta las particularidades del TC, órgano colegiado, sin instancias y con un número de jueces reducido (en el caso peruano, siete).

Los conceptos y explicaciones brindadas con anterioridad han permitido que se vaya perfilando un nuevo modelo propuesto a fin de apreciar, de la mejor manera posible, la independencia del TC peruano. Por eso, se propone un examen inferencial sobre la base de cinco indicadores:

- Normalidad procesal, que mide la tutela procesal efectiva en un expediente.
- Consistencia individual, que mide la correlación de votos particulares de cada magistrado.

comisiones acusatorias participar en la votación a fin de lograr la destitución.

56 Además, no se toman en cuenta otras variables alternativas. Por ejemplo, si falla sistemáticamente a favor de un determinado AE «revocando» sentencias de un tribunal inferior que decidía en su contra (Vid. Helmke 1998).

57 Para postular los indicadores corresponde distinguir tres grupos de factores: los epistémicos (cómo el juez conoce la realidad: reglas lógicas, cognitivas y conocimientos); axiológicos (valoraciones o principios previos); y, *ad hoc* (Wroblewski 1987: 18).

- Consistencia interna, que mide la argumentación de la propia sentencia o resolución.
- Consistencia temporal, que mide la coherencia entre la sentencia o resolución con relación a la jurisprudencia emitida previamente por el TC.
- Corrección argumentativa, que mide la posible resolución de conflictos según mandatos de agentes externos.

Por más que se han encontrado estudios específicos sobre la medición de la independencia del TC (*Vid.* para el caso colombiano, Toro Ochoa *et al.* 2008), en esta investigación se considera pertinente utilizar otros tipos de indicadores, pues evaluarían de mejor manera la unidad de medición.

5.1. Normalidad procesal

Uno de los criterios para fijar $\sim I$ en un proceso es ver qué trámite ha seguido un expediente dentro de la institución judicial. Este es el indicador llamado «normalidad procesal», el cual se plantea bajo las siguientes proposiciones.⁵⁸

Cuadro N° I
Proposiciones del indicador *normalidad procesal*

Proposición general	El TC debe respetar la tutela procesal efectiva en el trámite del expediente.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Los procesos constitucionales no han realizado el trámite establecido de forma regular.
Regla de inferencia	Todos los procesos que respeten las garantías de la tutela procesal efectiva es probable que hayan sido sustanciados por un juez independiente.
Indicador de refutación	En determinados casos, se observa la existencia de violaciones a estas garantías.

Elaboración propia.

Presentada como una inferencia de la dimensión positiva, Linares (2003), Camp Keith (2001) y Aba/Ceeli (1999) consideran que el estudio del proceso se puede realizar a través de la legalidad del proceso, el cumplimiento de las sentencias o la transparencia del proceso. También se ha presentado como propuesta de medición el grado de ejecución de las sentencias. Toda resolución que emite el órgano constitucional debe ser cumplida por todo operador jurídico. Pero no cumplir las sentencias, ¿realmente significa falta de independencia? Se han usado como indicadores, el número de veces que otras ramas de gobierno no actuaron para hacer efectiva una decisión judicial (Voigt 2000) o la posibilidad de que las sentencias que declaran la constitucionalidad de las normas puedan ser revocadas por otros actores (Smithey e Ishiyama 2000). La prohibición legal de revisión de decisiones por parte de otros poderes

⁵⁸ Se sigue el modelo de análisis de indicadores utilizado por Linares 2003.

del Estado ha sido un indicador inquietante, pues en el caso específico de Colombia no existe certeza que la Corte Constitucional sea en realidad la última instancia del proceso (Toro Ochoa et al. 2008).

La independencia del TC también se relaciona con la publicidad procesal: mientras mayor sujeción al control público de las sentencias, menos capacidad de intervención de AE y más fácil es el accountability, el escrutinio público de su función. Esta publicidad también se considera un indicador, tanto en términos generales (Feld y Voigt 2002), como en la asignación de casos (en el mismo *lure Index* y en *Aba/Ceeli* 1999) y en las audiencias (Blasi y Cingranelli 1995). De otro lado, también se plantea analizar la cuestión de la administración interna de la institución como una forma de control de su independencia (Hammergren 2001).⁵⁹

5.2. Consistencia individual

En un colegiado, especialmente en casos donde funcionan salas de tres miembros, el voto de solo uno de ellos puede definir el resultado deseado. Por eso, es necesario analizar la «consistencia individual» de cada uno de los jueces, bajo el siguiente esquema de proposiciones:

Cuadro N° 2
Proposiciones del indicador *consistencia individual*

Proposición general	El juez no independiente emite votos particulares a favor de sujetos que ejercen injerencia impropia.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Existen casos en que el juez resuelve de una manera distinta a la usual en él.
Regla de inferencia	Los casos resueltos que registren una ruptura en el razonamiento histórico del juez demuestran que dependen de agentes externos.
Indicador de refutación	Que no haya coherencia resolutoria demuestra, en ciertas sentencias, que agentes externos han interferido en las decisiones del juez.

Elaboración propia

Ahora toca el turno de revisar el ámbito axiológico de la actitud de los jueces, es decir, los valores de los magistrados (*Aba/Ceeli* 1999). Este indicador puede ser seguido a través de los votos particulares emitidos por los jueces que actúan en un colegiado como lo es el TC, así se podrá seguir su posición a lo largo de los años y cómo han podido variarla en algún caso concreto.

⁵⁹ Se deben analizar las condiciones laborales de los jueces (*Aba/Ceeli* 1999).

Medir este tema es relevante en vista de que el juez debe decidir si mantienen constantes sus actitudes axiológicas con respecto a los hechos y las fuentes del derecho⁶⁰ (Cameron 2002: 134).⁶¹ Es de esta forma que se comparan las decisiones con las preferencias de cada juez. Especialmente cuando hay lagunas normativas, un juez que se jacte de ser independiente debe resolver de conformidad con los valores que racionalmente defiende. Es necesario observar si exhibe un patrón axiológico común para, a partir de allí, determinar si en un caso concreto se aleja de él. El voto singular o el fundamento de voto (englobado genéricamente bajo el término de «voto particular»)⁶² implica una posición axiológica específica del juez. Si este ha tenido varios casos —inclusive uno— en que un juez mantiene una posición específica y la cambia sin justificarlo, ello exterioriza que algo le ha impedido resolver de acuerdo con su perspectiva personal.⁶³

Los jueces son elegidos por sus ideas y para que las realicen (Toharia 1999). Lo que de ellos se espera no es que no tengan ideas, valores o creencias, o que los escondan, sino que los expliciten y actúen de conformidad con ellos.⁶⁴ La identificación de un específico juez con determinados valores o preferencias políticas es un predictor bastante fiable de su conducta judicial. En el *attitudinal model*, la conducta judicial está determinada por las «actitudes» axiológicas o valores políticos subyacentes (Spaeth y Segal 1993).⁶⁵ En cuanto tienen oportunidad, los jueces resuelven según sus criterios axiológicos e ideológicos.

El problema de este indicador es que es difícil que estén establecidas *ex ante* cuáles son los valores del juez y qué jerarquía tienen los mismos para resolver este caso; no es sencillo que un juez lo haga público. Sin embargo, los votos particulares hacen explícito el valor axiológico de los jueces que lo emiten.

60 El propio TC ha explicado cuáles son estas fuentes en el ordenamiento peruano (Vid. STC 0047-2004-AI/TC).

61 Debería observarse también la relevancia del caso que se está resolviendo. Por ejemplo, casos en que se resuelve en contra del Gobierno, sobre todo en inconstitucionalidad de decretos (Helmke, 1998),

62 En los casos se presentan dos tipos de votos particulares: (i) los disidentes o discrepantes, que en la jurisprudencia peruana son conocidos como «votos singulares», referidos a cuando el magistrado no está de acuerdo con el *decisum* del colegiado; y, (ii) los concurrentes, que en el país se llaman «fundamentos de voto», relacionados con una discrepancia con la argumentación (todos o parte de los fundamentos de la sentencia o la resolución) pero no con el fallo.

63 Dentro del marco institucional establecido, existen un conjunto de premios y castigos que pueden, de algún modo, interferir sobre el juez. Este hace cálculos estratégicos, por ejemplo, según la duración del mandato («¿qué haré después?»). Sin embargo, estos cálculos pueden disminuir: «*the judge is expected to purposefully ignore the personal benefits he/she may reap as a result of his/her decision, or the damages she may suffer, be it in terms of income, career prospects, prestige, or physical integrity*» (Schedler 2003: 15).

64 De acuerdo con el positivismo legal del siglo XIX, a una decisión judicial se llegaba a través de un silogismo: una premisa mayor (norma general), una premisa menor (la constatación de un hecho) y una consecuencia (la sentencia). Esta es la visión francesa del papel del juez en los sistemas jurídicos romano-canónicos (para Montesquieu, «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*»). Los jueces no podían tener ideología o esta no podía trasladarse. Sin embargo, incluso los jueces más conservadores (legalistas) se ven influenciados por sus creencias y deciden entre varias posibilidades —incluso sobre las políticas públicas del Gobierno— y debe aplicar el test de proporcionalidad, ponderando los valores en juego.

65 Según este modelo, «*holds that judges decide disputes in light of the facts of the case vis-a-vis their sincere ideological attitudes and values*» (Segal 1997: 28).

5.3. Consistencia interna

Ahora se busca analizar si el producto de los agentes judiciales es coherente con la argumentación que la sentencia misma encierra, según las fuentes jurídicas que posee para resolver. Una sentencia puede demostrar que la fundamentación exhibida no puede llevar a una conclusión como a la que arriba. Esto es lo que se denomina una afectación a la «consistencia interna».

Cuadro N° 3
Proposiciones del indicador *consistencia interna*

Proposición general	El colegiado debe ser coherente en la argumentación de la sentencia o resolución emitida por haber una influencia externa por influencias externas.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	En las sentencias o resoluciones el TC no coincide la parte argumentativa con el fallo.
Regla de inferencia	Esta falta de coherencia se justifica por la interferencia de agentes externos.
Indicador de refutación	Que el fallo de una sentencia o resolución no se condice con la fundamentación es una muestra de interferencia

Elaboración propia

En la actualidad, el juez posee capacidad interpretativa y aplica la regla decisoria bajo libertad de argumentación. Es un razonamiento lógicamente encadenado «precedido de un sinnúmero de decisiones parciales relativamente libres» (Linares 2003: 125). Debe mostrar una interpretación coherente cuando resuelve un caso. Se mide la sentencia con las fuentes del derecho. De lo observado en el gráfico I, R no es un mecanismo causal directo, sino más bien un dato con diversas posibilidades de decisión. Sobre la base de lo planteado por Schedler (modelo cognitivo idealizado), es posible plantear un análisis centrado en las decisiones. Para ello habla Ferejohn del concepto de «independencia resolutoria»: ser «libres de decidir el caso antes (que ellos), y sin miedo o expectación ante castigos o recompensas (ilegítimas)», lo cual se diferencia de la independencia institucional, referida al sometimiento al Presidente y al Congreso gracias a la jurisdicción, reglas y ejecución de órdenes judiciales (1999: 355).

Este indicador no debería ser tan fácil contrastarlo con casos. Rara vez puede ser tan burdo un tribunal para que al haber intereses de por medio justifique inadecuadamente su sentencia o resolución. No obstante ello, pueden encontrarse casos paradigmáticos cuya argumentación es discutible.

Es aconsejable utilizar este indicador en casos donde la capacidad decisoria del juez no tiene muchas opciones. Aun cuando el significado de la ley interpretada es vago o ambiguo.

Caso a caso el investigador debe fijarse en las características que presenta la sentencia o la resolución analizada. Tanto para este indicador como para los siguientes, se requiere de un investigador que conozca suficientemente bien el derecho —en el caso del TC, el Derecho Constitucional—, y aunque incorpore un sesgo subjetivo en su evaluación, este debe tratar de eliminarse (Linares 2003: 131). Existe otro problema (el de la «validez» de las inferencias), también aplicable a los dos indicadores que aún faltan explicar. Una sentencia mal sustentada puede significar dos cosas: que el juez no es independiente y que, al mismo tiempo desconozca las normas. Para prevenir este riesgo es mejor un cotejo entre indicadores (Schedler 2003: 11).

5.4. Consistencia temporal

Ahora corresponde medir cómo se ha estructurado la sentencia, no con relación a la coherencia en sí misma, sino con la jurisprudencia que previamente ha emitido el propio TC. Por eso se ha planteado indicadores como la forma en que se deben dar las decisiones finales (Camp Keith 2001) y cómo debe plantear la existencia de un regla obligatoria de precedente (La Porta et al. 2002). El indicador es presentado como «consistencia temporal».

Cuadro N° 4
Proposiciones del indicador *consistencia temporal*

Proposición general	El TC debe respetar la jurisprudencia obligatoria previa, salvo que argumente por qué se aparta de ella.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Existen casos en que las salas o el pleno ha resuelto sin tomar en cuenta sus precedentes u otras sentencias de obligatorio cumplimiento.
Regla de inferencia	Que no se hayan observado estas sentencias significa la falta de independencia del colegiado.
Indicador de refutación	En ciertas sentencias, el no respeto de fallos anteriores demuestra que el TC ha sido influido por agentes externos.

Elaboración propia.

Se exigía que los jueces individualmente sean coherentes con los votos particulares que hubiesen emitido. Ahora es necesario que esta imperativo se traslade al colegiado como tal. Así como son importantes las normas en el ordenamiento peruano, básicamente de origen civil-romano, cada vez cobra más fuerza la existencia del precedente,⁶⁶ propia del *common law*, o

⁶⁶ Como se dejó sentado *supra*, en el Código Procesa Constitucional, regula el precedente vinculante (artículo VII del Título Preliminar). Según este, el TC debe explicar qué parte de su sentencia constituye precedente y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo. El artículo previo (el VI del Título Preliminar) prevé la existencia de otra forma de *stare decisis*: la jurisprudencia constitucional vinculante. También causa vinculación en el TC, las

más aún se fortalece la vinculación intrínseca a los procesos de control abstracto, pues el *stare decisis* solo se aplica a casos en principio *inter partes* (amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento) para que tengan una eficacia *erga omnes*.⁶⁷

Este indicador busca analizar cómo ha resuelto el TC con relación a casos similares antes analizados por el mismo órgano, esto es el propio precedente. La vinculación a su pasado da seguridad jurídica al justiciable. De otro lado, es válido que el TC cambie de posición, y aquí la pregunta ya es otra: ¿por qué cambiar su posición y cómo fundamentar el cambio?

Una decisión, por lo visto, no es un acto genuino del juez, sino que ha de ser coherente en las sentencias que con anterioridad haya emitido («jurisprudencia dogmática»). Se presume que un juez independiente conoce su propia jurisprudencia (autoprecedente) para resolver el conflicto que se le presente,⁶⁸ y si no la sigue o no justifica su apartamiento existiría un indicio de que ha resuelto según designios de un AE.

Lo que sí debe saber distinguir el investigador es cuándo los magistrados constitucionales han resuelto en contra de la jurisprudencia, pero no por influencias externas sino por desconocimiento de su jurisprudencia. Incluso, en el caso de justificar un cambio de línea jurisprudencial —lo cual está plenamente admitido—, el argumento que utilice debe ser lo suficientemente sólido como para demostrar que no ha sido un caso *ad hoc* el que motiva dicha modificación en la lógica de sus sentencias.

5.5. Corrección argumentativa

Falta aún cubrir un aspecto a medir. Es el caso en el que la resolución de un conflicto involucra varias interpretaciones posibles, todas admisibles desde el punto de vista jurídico, pero que la influencia externa permite que el juez resuelva siguiendo la hermenéutica indicada por el AE. Esto ha sido llamado «corrección argumentativa».

Cuadro N° 5. Proposiciones del indicador *corrección argumentativa*

Proposición general	El TC no debe dejarse influir a la hora de resolver un conflicto constitucional.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Por ser una sentencia dentro de los parámetros interpretativos permitidos, se ha dejado observar la influencia de agentes externos.

sentencias de los procesos de control abstracto (competencial e inconstitucionalidad).

67 Estas sentencias equivalen a la denominación de lo que es una decisión dictada por un tribunal y que ha de ser mantenida en casos similares o análogos que se resuelvan en el futuro, es decir, *to treat like cases alike* (Montoya Chávez 2007).

68 Debido a su adherencia a las normas textuales y de precedente, los jueces independientes dan durabilidad a los privilegios establecidos en normas legales a los grupos de interés (Landes y Posner 1976: 875-901).

Regla de inferencia	La existencia de casos en que los que el juez se inclina por una determinada interpretación define una injerencia indebida.
Indicador de refutación	Los agentes externos han influido en el razonamiento de los magistrados en ciertos casos.

Elaboración propia.

¿Cómo se hace con resoluciones bien fundamentadas que se sustentan en intereses distintos al que corresponderían? Un juez inteligente, pero no independiente, trataría de no hacer una sentencia burda, sino una que tenga una cierta forma de consistencia jurídica (Schedler 2000: 395). En este tipo de resoluciones es más difícil realizar inferencias. Si el juez argumenta correctamente, en principio, la sentencia no podría ser objetada,⁶⁹ razón que motiva dejar de lado el producto que evacúa para centrarse en las motivaciones que le llevaron a decidir de tal o cual manera. Ni el procedimiento ni un voto singular, menos aún la argumentación de la sentencia, va a dejar rastros de una injerencia indebida.

Dentro del modelo de actitud, al cual se hizo referencia, «los jueces —particularmente los de Cortes de apelación— ven los casos principalmente como asuntos ampliamente políticos y socioeconómicos y... generalmente responden a estos asuntos de acuerdo con sus valores y actitudes personales» (Neubauer 1997: 410). En el TC, los magistrados tienen un amplio margen de decisión, considerablemente mayor al de los jueces del Poder Judicial, tomando en cuenta que debe interpretar un documento intrínsecamente abierto como es la Constitución.⁷⁰ En general, los jueces que siguen sus preferencias ideológicas contribuyen con la realización de una variedad de objetivos legítimos y democráticos (Peretti 2003: 90), lo cual expresan en sentencias independientes.

De todos los indicadores presentados, sin lugar a dudas este es el de más difícil valoración. Si bien he presentado algunos reparos a los cuatro anteriores, por su carácter de medición indirecta, en este son mayores pues no hay una contrastación objetiva de la falta de independencia de los magistrados. Tanto el trámite del expediente como el producto o resultado de su labor (sentencia o resolución) daban señales sobre la falta de independencia, pero en este no hay observación válida. La única razón para sostener en que hay injerencia es

69 Si una norma jurídica es de textura abierta, no siempre es posible encontrar un conjunto de reglas claras, específicas, congruentes, completas y conocidas (Schedler 2000: 392). El tema ha sido desarrollado en diversas teorías: la de la colisión de principios (Dworkin), la de la ponderación jurídica (Alexy) o la de la discreción (Hart). Un juez dependiente tiende a resolver los casos a favor de los sujetos que ejercen injerencias impropias, interpretando el caso a favor suyo.

70 ¿El derecho en este esquema simplemente justifica el activismo judicial? La norma permite ser interpretada, la misma que se realiza siguiendo determinadas preferencias. La realidad parece estar más bien entre medios de esos dos extremos: el legalismo rígido frente al activismo discrecional. Ni el juez es un títere de la ley ni es un manipulador fuera de control —a veces, sin embargo, prima un extremo sobre el otro—. Todo deriva a la fuerza del argumento (Perelman 1997: 96). La interpretación no puede ser tan absurda que haga inferir falta de independencia.

que de las varias posibilidades interpretativas con que cuentan, ha utilizado una por intereses subrepticios, no por convicción. Aun así, como todos los indicadores indirectos que se están utilizando, deberá tomarse con cautela los resultados que puedan obtenerse del análisis que se realice. Por eso se requiere formas más sofisticadas que las previstas en los demás indicadores para comprobar la existencia de una injerencia indebida en la corrección argumentativa.

En conclusión, al cruzar los resultados de los diversos indicadores, es posible disminuir el riesgo de evaluar equivocadamente un caso. Así, si a la decisión tomada sobre la base de una «textura abierta de la ley» se la cruza, por ejemplo, con el criterio de la coherencia histórica o la correlación del voto del magistrado, puede descubrirse que la inclinación de este en el caso concreto es sospechosa.

6. Interpretación de resultados del análisis de los indicadores

Los indicadores explicados sirven para determinar la existencia o no de independencia en un ente jurisdiccional como el TC, pero deben ser examinados de acuerdo con la «información contextual» sobre cada caso en el que se aplique (Burbank 2002: 9, ss.), lo cual define lo que se ha denominado la medición inferencial. De nada sirve estudiar la independencia del TC si no se concluye en una medición lo más correcta posible.

6.1. Agregación ponderada de valores cuantitativos

En primer lugar, se plantea analizar los datos recogidos, transformándolos en clave numérica, lo cual es una tarea delicada para casos paradigmáticos, pero no insostenible, tal como se pasa a explicar. Se decide utilizar para ello el modelo de agregación ponderada.

Existen diversas propuestas para medir el grado de independencia judicial de forma cuantitativa. Lo que se busca, a fin de disminuir la influencia de estimaciones subjetivas a la hora de presentar los datos, es asignar valores a los indicadores materia de análisis. La proposición que me pareció atrayente es la expresada por Burgos Silva 2007:

$$I=1-\sum_{i=1}^n (P_i V_i)$$

Donde se parte de un nivel ideal de independencia, que es al que se busca llegar, determinado en la unidad ($I=1$), luego se le resta la suma (\sum) de todas (n) de los indicadores que deben tomarse en cuenta (V_i , que es igual a $V_1+V_2+\dots+V_n$), los mismos que también tienen un valor asignado dentro de la unidad ($V_i \in [0, 1]$), y que han de ser ponderados según su nivel de influencia en la independencia ($P_1V_1+P_2V_2+\dots+P_nV_n$).

A partir de una propuesta como esta, es necesario no solo asignar un valor específico a cada uno de los indicadores formulados, sino que cada uno de ellos tenga un peso específico. Es así como, asumiendo las características explicadas y las bondades de cada indicador sobre la medición de la independencia judicial, puede plantearse un esquema como el siguiente:

Cuadro N° 6
Indicadores con peso y ponderación

Normalidad procesal	0,1	2
Consistencia individual	0,1	1,5
Consistencia interna	0,1	3
Consistencia temporal	0,1	2,5
Corrección argumentativa	0,1	1

Elaboración propia.

La explicación del por qué establecer dichos pesos relativos a cada uno de los indicadores se encuentra en lo siguiente:

- El valor tan bajo asignado a la corrección argumentativa se debe a que esta no tiene ningún tipo de base material para contrastar los datos expresados por los entrevistados o por los medios de comunicación, a diferencia de los otros cuatro indicadores. Pero es la forma más idónea para medir la afectación a la independencia de jueces, aunque cada vez los magistrados son menos groseros para demostrar una influencia externa.
- Sobre la consistencia individual decía supra que normalmente los magistrados esconden sus posiciones axiológicas a través de los votos del colegiado, antes que expresarlo en un voto particular. No obstante, existen casos en que las demuestran a través de fundamentos de voto y votos singulares. Ahora bien, lo más común es que se trasluzca la injerencia que se ejerce sobre J en votos escondidos en la decisión del pleno o de la sala y es ahí donde el voto del juez es determinante para formar la sentencia o resolución.
- Más traslúcido empieza a aparecer el indicador de la normalidad procesal. Los vicios del proceso, en donde la parte activa haya sido un magistrado, son adecuados para medir la influencia de \exists AE en la decisión del TC.
- La consistencia temporal (revisión del cambio de la línea jurisprudencial de un tribunal) puede ser una pista importante sobre cómo las injerencias indebidas pesan a la hora de resolver un conflicto de índole constitucional, alejándose de los precedentes emitidos o de lo señalado en sentencias de carácter abstracto con efectos *erga omnes*.
- Los errores en la argumentación en una sentencia o resolución (consistencia interna) es, sin pensarlo mucho, el mejor indicador de la falta de independencia de un tribunal. A través de sí, se logra expresar con relativa claridad cómo se trastoca el uso de las fuentes del derecho a fin de conseguir un resultado que conviene específicamente a un AE.

Según lo expresado, queda claro que no tiene sentido alegar que todos los indicadores tengan el mismo peso a la hora de analizar el grado de independencia judicial de un tribunal. Por eso, cada valor asignado al indicador debe ser multiplicado por el peso ponderado que este posee en la medición de la independencia.

En conclusión, por más atractivos que puedan resultar las valoraciones realizadas por tratar de dar una estimación numérica, esta siempre peca de ser algo subjetiva. Tratar de dar un valor numérico ha terminado siendo una cierta arbitrariedad de mi parte,⁷¹ porque la transformación en cifras de los resultados obtenidos en los casos paradigmáticos no es tarea sencilla. Se apela a la mayor objetividad posible para asignar valores a cada indicador.

6.2. Impacto combinado de valores cualitativos

Frente a estas interpretaciones numéricas, se ha propuesto una apreciación individual de los valores de los indicadores cotejados entre sí (Linares 2003: 121).⁷² Se asume que no solo existe un *quantum*, sino también una calidad de independencia que puede ser observada. Bajo esta lógica, habiendo analizado diversos casos en que la independencia del tribunal no se condecía con lo que se espera de una institución como la estudiada, es pertinente analizar los resultados obtenidos a partir de los tres elementos que se identificaron como parte del concepto «independencia judicial».

6.2.1. Análisis de «J» (jueces)

Se señaló al inicio de la presente investigación que el examen de la independencia no puede realizarse a través de un colegiado indisoluble sino por el contrario a través de jueces.⁷³

De los casos que se analicen, se pueden encontrar distintos niveles de actuación de los magistrados. Pueden existir hasta cuatro grupos de J.

- Jueces con alto nivel de independencia
- Jueces con mediano nivel de independencia
- Jueces con bajo nivel de independencia
- Jueces con muy bajo nivel de independencia

Puede colegirse distinto nivel de independencia en la intervención de los magistrados en los casos materia de examen. La independencia tiene mucho con quién está en el cargo. Su idoneidad, su conducta intachable, su personalidad o su capacidad son elementos a tomar en cuenta a la hora de elegir a un magistrado. Pero si todo sucede como lo conté líneas arriba, con componendas y repartijas, es muy difícil que haya jueces independientes y probos. Sin embargo, la votación conjunta de muchos de ellos ha servido para cuestionar el funcionamiento de la institución como tal.

71 La tasación efectuada por el investigador debe tratar de acercarse a la precisión objetiva. Por más que la utilización de este método haya derivado en resultados sugerentes, los resultados deben tomarse sin otorgarle un carácter absoluto.

72 Sobre el papel que estos cumplen en la judicatura (Vid. Nieto 2010).

73 Exactamente señala que «el estudio de la independencia en un país requiere un conocimiento cualitativo de los actores políticos y las materias de relevancia sobre las que se ejerce el poder».

6.2.2. Análisis de « \exists AE» (cualquier agente externo)

Definida la actuación de los magistrados, corresponde analizar los agentes externos a partir de los datos ofrecidos por los indicadores. Los AE pueden ser poderes formales (poderes del Estado y órganos constitucionalmente reconocidos), y los fácticos (medios de comunicación social, grupos de poder económicos, las ONG, las partes o el público en general). También se ha señalado que puede existir interferencia interna.

Una sola atingencia respecto de las relaciones del TC con el gobierno.⁷⁴ Nadie duda que el TC sea un ente central para la gobernabilidad de un país, por lo que puede colaborar con —o impulsar a— el Ejecutivo en la implementación de políticas públicas, por ejemplo.⁷⁵ Pero ello no puede significar una sumisión a los intereses de quien esté en el poder. La razón de ser una alta corte está en controlar los excesos especialmente de quienes están en el cúspide del poder político; en cierta forma esta es la esencia del TC, pues el carácter político de un acto «no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico» (Bachof 1985: 61).

En jurisprudencia comparada se observa la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso Guantánamo (*Hamdi et al. versus Rumsfeld, Secretary of Defense et al., 03-6696; Rumsfeld, Secretary of Defense versus Padilla et al., 03-1027; Rasul et al. versus Bush, President of the United States et al., 03-334 y 03-343, del 2004*), que rechazó la afirmación del Gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin tener acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales.⁷⁶

6.2.3. Análisis de « \sim I» (no inferencia)

A diferencia de la medición numérica de los indicadores, ahora cabe extraerse conclusiones más reflexionadas y sobre la base de criterios cualitativos, analizando a todos los indicadores en su conjunto,⁷⁷ en vista que su validez se pondría en entredicho si es que se observan por separado. Por ende, «no debemos alarmarnos por basar nuestras inferencias en semejantes hipótesis si estas se derivan de un cuerpo de conocimientos teóricos sistemático y organizado lógicamente; sin embargo, debemos ser precavidos a la hora de exponer los resultados de

74 Esto parece ocurrir en diversos países del mundo. Por ejemplo, se ha estudiado el comportamiento de los políticos japoneses para manipular a jueces de su país, a través de incentivos (Ramseyer y Rasmusen 2003).

75 El caso de las relaciones con el Poder Ejecutivo es especial. El TC ha sido claro al respecto: se debe proscribir la arbitrariedad desde los poderes públicos, especialmente desde el ámbito ejecutivo (STC 0090-2004-AA/TC). El TC debe saber hasta dónde llegar, y parece que en muchas oportunidades no sabe distinguir las fronteras de su actuación, entrometiéndose en actividades que corresponden exclusivamente al gobierno, y no al ámbito jurisdiccional. Un caso de extralimitación se podría encontrar en la dación de la STC 2945-2003-AA/TC, referido a una ampliación de la política en materia de salud, específicamente en la entrega de retrovirales en hospitales públicos.

76 Interesante análisis de este caso, en Dworkin 2004.

77 Se propone también un diseño de un método de medición de la independencia judicial que comprenda elementos objetivos y otros no tan subjetivos que permitan hacer una valoración tendiente a reconocer la realidad del estado de cosas, a través de una escala de valores, empleando conceptos propios de la matemática (Toro Ochoa et al. 2008: 9).

nuestras investigaciones: nunca podremos afirmar tajantemente a partir de este tipo de inferencias de probabilidad» (Linares 2003: 154).

El estudio de la independencia judicial del TC, ergo, requerirá una estrategia de análisis de los indicadores establecidos de forma vinculada: el «impacto combinado» (Camp Keith 2001). Únicamente una adecuada conjunción entre ellos podrá demostrar el verdadero grado de independencia que existe en la realidad, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Así como se tratará de explicar la actuación precisa de ciertos magistrados, el resultado se basará en el colegiado en sí.

De otro lado, un correcto análisis debe incluir tanto un examen institucional, formal o de *iure* como uno de prácticas, informal o de facto. La existencia de garantías institucionales no significa que necesariamente no haya prácticas informales que mellan la independencia judicial (Feld y Voigt 2002): las normas pueden ser ignoradas, violadas o manipuladas. En otros lados, por su parte, existe gran independencia sin grandes condiciones institucionales (Salzberger 1993). Entendiendo la independencia como proceso, se considera que esta debe analizarse desde factores institucionales y desde la dinámica de los actores, quienes buscan una aplicación e interpretación de la norma favorable a sus intereses (Burgos Silva 2007: 10-15), lo cual ha podido observarse en los casos paradigmáticos materia de análisis

7. Conclusiones

El Tribunal Constitucional debe resolver las controversias, asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Constitución. El juez constitucional debe tener cualidades y condiciones tendentes a la realización de su trabajo con total independencia. Solo en tanto se tomen en cuenta estos criterios y se mantengan durante el ejercicio de su función, el colegiado podrá resolver libremente cualquier caso que se le presente. El juez debe actuar lejos de cualquier apasionamiento personal y bajo criterios racionales y objetivos, como es el respeto a las normas constitucionales.

Definir la independencia judicial tiene algunos problemas conceptuales por lo que era pertinente aprovechar sus tres elementos (sujeto juez, agentes externos y no interferencia) para señalar que esta independencia implica que cualquiera de los actores externos se encuentra impedido de interferir en la actividad resolutive del juez. Su importancia adquiere un nivel superior cuando se aplica a un órgano como el TC, cuya función principal es ejercer el control del exceso del poder a través del control del respeto a la Constitución, norma jurídica suprema. Es necesario robustecer la democracia y el buen gobierno en el país con instituciones que actúen como lo indica su mandato constitucional y su posicionamiento en la organización del poder en el Estado.

Es así como debe llegar a demostrarse que si bien los jueces constitucionales han debido resolver con independencia las causas que han llegado a sus despachos, el pleno o las salas no actuaron de manera lejana a las injerencias externas, sobre la base de los indicadores presentados.⁷⁸ Al respecto se ha dicho que «*the strong variation in judicial independence found in my cases over short intervals show how sensitive constitutional courts have been to changes in their political and institutional environment*» (Dargent 2009: 277).

78 A la misma conclusión llega a propósito de su experiencia como magistrado, Landa Arroyo 2010b.

De todas estas aplicaciones corresponde determinar si un TC ha abandonado o no su función primordial, que es el control del poder. Utilizar el modelo de casos paradigmáticos sin lugar a dudas sirve para que con datos cualitativos y cuantitativos pueda estar pendiente de la situación en la que se encuentra un TC en materia de independencia. Muchas denuncias se pueden leer al respecto, pero mezclarlas con lo señalado por informantes, en clave de indicadores, puede permitir apreciar estructuradamente lo que vive la justicia constitucional de un país.

8. Bibliografía

AMERICAN BAR ASSOCIATION / CENTRAL EUROPEAN AND EURASIAN LAW INSTITUTE - ABA/CEELI

1999 «Judicial Independence: a Concept Paper». Página web de ABA. Washington D.C. Consulta: 20 de junio de 2011.
http://www.abanet.org/ceeli/publications/conceptpapers/judicialindepd/judicial_independence_concept_paper.pdf

ANDRÉS, Perfecto y Cesáreo MOVILLA

1986 *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos.

ANDUIZA, Eva *et al.*

2009 *Metodología de la ciencia política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

ANSOLABEHERE, Karina

2005 «Jueces, política y derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia». *Isonomía*. México, DF, volumen 22, pp. 39-64.

BACHOF, Otto

1985 *Jueces y Constitución*. Madrid: Cívitas.

BIDART, Germán

1998 «Justicia constitucional y reforma del Poder Judicial. La justicia constitucional a finales del siglo XX». *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*. Año VII, número 6.

BINDER, Alberto

2001 *Introducción al libro Imagen de la justicia: independencia y asociacionismo en el sector judicial nicaragüense*. Managua: Imprenta UCA.

BLASI, Gerard J. y David L. CINGRANELLI

1996 «Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?» En Cingranelli, David L. (editor). *Human Rights and Developing Countries*. Greenwich: JAI.

BREYER, Stephen

2007 «Judicial Independence». *The Georgetown Law Journal*. Georgetown, volumen 95.

BURBANK, Stephen B.

2002 «Introduction». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores). *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

BURGOS, Germán

2007 *Independencia Judicial: conceptualización y medición*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

BUNGE, Mario

1983 *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.

BUSTAMANTE, Reynaldo

2003 «El Caso del Tribunal Constitucional, a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Pensamiento Constitucional*. Lima, año XI, número 9, pp.291-337.

CALAMANDREI, Guido

1962 *Corte constitucional y autoridad judicial. Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo III.

CAMERON, Charles

2002 «How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

CAPPELLETTI, Mauro

1988 *La responsabilidad de los jueces*. La Plata: JUS - Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas.

CON NUESTRO PERÚ

2010 «Cómo el gobierno aprista perpetra el atropello contra RBC». Lima, 25 de agosto. http://173.199.130.95/index.php?option=com_content&view=article&id=12478:como-el-gobierno-aprista-perpetra-el-atropello-contrarbc&catid=31&Itemid=49

DARGENT, Eduardo

2009 «Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three “Cases” of Constitutional Courts in Peru (1982–2007)». *Journal of Latin American Studies*, Volumen 41, número 2, pp. 251-278

DE OTTO, Ignacio

1989 *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.

DIARIO CORREO

2009 «Belmont pierde el Canal 11». Lima, 12 de noviembre.

DIARIO GESTIÓN

2010a «TC coordinará con el MEF para que fallos no afecten economía». Lima, 30 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/454180/tc-coordinara-mef-evitar-que-fallos-afecten-economia>

2010b «Confirma el Apra que pedirá delimitar las funciones del TC». Lima, 20 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/453337/confirma-apra-que-pedira-delimitar-funciones-tc>

2010c «Ejecutivo insiste: presentará proyecto para fijar competencias del TC». Lima, 23 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/450983/ejecutivo-insiste-presentara-proyecto-fijar-competencias-tc>

2010d «Marcha atrás: El Ejecutivo no presentará proyecto contra el TC». Lima, 25 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/452011/marcha-atras-ejecutivo-no-presentara-proyecto-contra-tc>

2010e «El TC niega intereses en fallo sobre arancel al cemento». Lima, abril.
<http://gestion.pe/noticia/450549/tc-niega-intereses-fallo-sobre-arancel-al-cemento>

2010f «El TC pedirá a la Corte IDH precisar sus competencias». Lima, 12 de abril.
<http://gestion.pe/noticia/460346/tc-pedira-corte-idh-precisar-sus-competencias>

DIARIO LA PRIMERA

2009a «Waisman denuncia a miembro del TC». Lima, 17 de diciembre.
http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/waisman-denuncia-a-miembro-del-tc_52749.html

2009b «Mesía sigue militando en el Apra». Lima, 30 de noviembre.
<http://www.diariolaprimeraperu.com/online/noticia.php?IDnoticia=51541>

DIARIO PERÚ 21

2010a «Sentencia crea inseguridad jurídica». Lima, 25 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/451421/tcaclara-su-criticado-fallo-pide-al-ejecutivovoltear-pagina>

2010b «Ahora el TC plantea bajar gradualmente los aranceles». Lima, 16 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/447612/ahora-tc-plantea-bajar-gradualmente-aranceles>

2010c «Piden que se ponga freno al TC en materia económica». Lima, 15 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/447183/piden-poner-freno-al-tc-materia-economica>

- 2010d «El Tribunal Constitucional insiste en que puede tratar política económica». Lima, 19 de marzo. <http://peru21.pe/noticia/449051/tribunal-constitucional-insiste-que-puede-tratar-politica-economica>
- 2010e «SNI: arancel al cemento podría reducirse en negociaciones de TLC con México». Lima, 14 de marzo. <<http://peru21.pe/noticia/446899/sin-arancel-al-cemento-podria-reducirse-negociaciones-tlc-mexico>>
- 2010f «TC “aclara” su criticado fallo y pidió al Poder Ejecutivo “voltear la página”». Lima, 24 de marzo.
- 2010g «García: TC invade fueros presidenciales con su fallo arancelario». Lima, 21 de marzo. <http://peru21.pe/noticia/450060/garcia-tc-invade-facultades-presidenciales-fallo-arancelario>

DÍEZ PICAZO, Luis María

- 1992 «Notas sobre derecho comparado sobre la independencia judicial». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, número 34, pp. 19-39.

DWORKIN, Ronald

- 2004 «What the Court Really Said». *The New York Review of Books*. New York, volumen 51, número 13.

EPSTEIN, Lee et al.

- 2000 «The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government». Paper, *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Washington.

FAVOREU, Louis

- 1994 *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel.

FELD, Lars P. y Stefan VOIGT

- 2003 «Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators». *European Journal of Political Economy*. Volumen 19, número 3, pp. 197-211.

FEREJOHN, John

- 1999 «Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence». *Southern California Law Review*. California, volumen 72.

FERRAJOLI, Luigi

- 2002 *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Tercera edición. Madrid: Trotta.

- FINN, John E.
2001 «The Civic Constitution: Some Preliminaries». En: Sotirios A. Barber y Robert P. George (editores), *Constitutional Politics*. Princeton: Princeton University Press.
- FLYVBJERG, Bent
2005 «Cinco equívocos sobre la investigación basada en estudios de caso». *Estudios Sociológicos*. Volumen XXIII, número 2, pp.561-590.
- GARGARELLA, Roberto
1997 «La dificultad de defender el control judicial de las leyes». *Isonomía*, Volumen 6, pp. 55-70.
- GUASTINI, Ricardo
2001 *Estudios de teoría constitucional*. Primera edición. México D. F.: Fontamara.
- HÄBERLE, Peter
2004 «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional». En: Häberle, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra.
- HELMKE, Gretchen
1998 «Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995». Paper, *Conferencia de Estudios Científicos sobre Política de Justicia*. Michigan: Michigan State University.
- HAMILTON, Alexander, John JAY y James MADISON
1961[1788] *The Federalist Papers*. Nueva York: New American Library.
- HAMMERGREN, Linn
2001 «Diagnosing Judicial Performance: toward a tool to help guide judicial reform programs». Paper. *US Chapter of Transparency International's Ad Hoc Working Group on the Judicial Integrity*.
- HERRON, Eric y Kirk RANDAZZO
2003 «Judicial Institutions and the Evolution of Independent Courts in New Democracies». *Journal of Politics*, Volumen 65, número 2.
- KEITH, Linda
2001 «Constitutional Protections, Judicial Independence and State Repression of Personal Integrity: Is the Law a Mere Parchment Barrier to Human Rights Abuse?». Paper. *Southwestern Political Science Association Annual Meeting*. Texas.
- KELSEN, Hans
1989(1934) *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. 18ª edición. Lima: Temas.

KORNHAUSER, Lewis

2002 «Is Judicial Independence a Useful Concept?». En BURBANK, Stephen B. y Barry FRIEDMAN (editores). *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

LANDA, César

2010a «Poder Judicial y Tribunal Constitucional: independencia y control de poderes». En: *El Estado en debate: múltiples debates*. Lima: PNUD.

2010b «Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional (Entrevista realizada por Pedro Grandez)». *Boletín Informativo Mensual Palestra Biblos*, volumen I. Consulta: 23 de marzo de 2013.
<http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/ENTRELANDA.pdf>

LA PORTA, Rafael et al.

2002 «The Guarantees of Freedom». *NBER Working Paper*, número 8759.

LINARES, Sebastián

2003 «La independencia judicial: conceptualización y medición». En: Burgos, Germán (editor), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa.

LOCKE, John

2004[1680] *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.

LOEWENSTEIN, Karl

1976 *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel.

MARTÍNEZ, María Luz

2004 *La independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MÉNDEZ, Juan E.

2000 «Legislatures, judiciaries and innovations in horizontal accountability». Paper, *Conferencia Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America*. Notre Dame: Kellog Institute, University of Notre Dame.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat

1987[1748] *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

MONTOYA, Víctorhugo

2011 «Tribunal Constitucional y 15 años de relaciones con el poder». *Estado Constitucional*, número 1.

2007 «El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales». *Justicia Constitucional*. Lima: Palestra, año III, número 5, pp. 71-100.

- 2005 *La infracción constitucional*. Lima: Palestra.
- MURPHY, Walter F.
2001 «Alternative Political Systems». En BARBER, Sotirios A. y Robert P. GEORGE (editores). *Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change*. Princeton: Princeton University Press.
- NEIRA, Hugo
2001 *El mal peruano: 1990-2001*. Lima: SIDEA.
- NEUBAUER, David W.
1997 *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. Segunda edición. Fort Worth: Harcourt Brace.
- NIETO, Alejandro
2010 *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid: Trotta.
- NOGUEIRA, Humberto
2004 «La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, . Volumen 1, pp. 61-91.
- O'DONNELL, Guillermo
1997 «Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías». *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, número 152, pp. 143-167.
- PANIAGUA, Valentín
1999 «La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, número 3, pp. 181-203.
- PÁSARA, Luis
2007 «Estado de derecho y Sistema de Justicia en América Latina». *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, volumen 1, número 1, pp. 309-323.
- PERELMAN, Chaim
1997 *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Norma.
- PERETTI, Terri
2003 «Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial». En: Burgos, Germán (editor), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa.
- PERSSON, Torsten et al.
1997 «Separation of Powers and Political Accountability». *The Quarterly Journal of Economics*,. Cambridge, volumen 112, número 4, pp.1163-1202.

PIZZORUSSO, Alessandro

1990 *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Turín: Einaudi.

POSNER, Richard

2007 *Análisis económico del derecho*. Segunda edición. México D.F.: FCE.

PRZEWORSKI, Adam y Henry TEUNE

1970 *The Logic of Comparative Social Inquiry*. Florida: Krieger Publishing Company.

RAMSEYER, J. Mark y Eric B. RASMUSEN

2003 *Measuring Judicial Independence. The Political Economy of Judging in Japan*. Chicago: The University of Chicago Press.

REVISTA CARETAS

2010 «Divina comedia». Lima, 18 de marzo

<http://www.caretas.com.pe/Main.asp?T=3082&S=&id=12&idE=870&idSTo=0&idA=45416>

RÍOS-FIGUEROA, Julio

2011 «Institutions for Constitutional Justice in Latin America». En HELMKE, Gretchen y Julio RÍOS-FIGUEROA (editores). *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

ROSE-ACKERMAN, Susan

2007 «Judicial independence and corruption». En: Transparency International. Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems. Cambridge: Cambridge University Press.

ROSSEN, Keith S.

1987 «The Protection of Judicial Independence in Latin America». *The University of Miami Inter-American Law Review*. Miami, volumen 19, número 1, pp.1247-1276.

RUBIN, Edward

2002 «Independence as a Governance Mechanism». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

SAFAR, Mónica Sofía

2009 «Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública». *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, número 23, pp.175-190.

SALZBERGER, Eli M.

1993 «A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We

Have an Independent Judiciary?». *International Review of Law and Economics*, Volumen 13, pp. 349-379.

SALZBERGER, Eli y Paul FENN

1999 «Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeal». *Journal of Law & Economics*. Chicago, volumen 42, pp. 831-847.

SCHEDLER, Andreas

2003 «Judging the Judge. The Logics of Judicial Accountability». Paper, XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). Dallas.

2000 «Incertidumbre institucional e inferencias de imparcialidad: el caso del Instituto Federal Electoral». *Política y Gobierno*. México, DF, volumen VII, número 2, pp. 383-421.

SCHMITT, Carl

1982 *Teoría de la Constitución*. Primera edición, primera reimpresión. Madrid: Alianza.

SEGAL, Jeffrey A.

1997 «Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts». *The American Political Science Review*. Cambridge, volumen 91, número 1, pp. 28-44.

SHAPIRO, Martín

1993 «Public Law and Judicial Politics». En FINIFTER, Ada W. (editora), *Political Science: the State of the Discipline*. Washington: American Political Science Association, volumen I.

SMITHEY, Shannon y John ISHIYAMA

2000 «Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics». *Communist and Post-Communist Studies*. Volumen 33, número 1, pp. 163-182.

SPAETH, Harold y Jeffrey SEGAL

1993 *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*. Nueva York: Cambridge University Press.

STAATS, Joseph L.

2003 «An Analysis of Factors Contributing to Improved Judicial Performance in Latin America». Paper, XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). Dallas.

STEPHENSON, Matthew C.

2003 «“When the devil turns...”: The political foundations of independent judicial review». *Journal of Legal Studies*. Volumen 32, número 1, pp. 59- 89.

- TOHARIA, Juan José
1999 «La independencia judicial y la buena Justicia». *Justicia y Sociedad*. Número 3.
- TORO OCHOA, David et al.
2008 «La independencia judicial y su posible medición: breve aplicación caso al de la Corte constitucional colombiana». *Contexto*. Número 27.
- VALLDECABRES, María Isabel
2004 *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VOIGT, Stefan
2000 «Making Promises Credible: Introducing 2 New Indicators for Measuring Judicial Independence». Paper, *Annual Conference of the World Economic Freedom Network*.
- WARE, Alan
2000 *Political Parties and Party Systems*. Nueva York: Oxford University Press.
- WORLD ECONOMIC FORUM – WEF
2010 *The Global Competitiveness Report 2010-2011: Looking beyond the Global Economic Crisis*. Ginebra: WEF.
- WROBLESKI, Jerzy
1987 «Theoretical and Ideological Problems of Judicial Independence». En: *Los jueces en una sociedad democrática*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- YAMANISHI, David Scott
2000 «Rule of Law, Property Rights, and Human Rights: An Empirical Study of the Effects (and Non-effects) of Legal Institutions». Paper, *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Washington D.C.
- ZAGREBELSKY, Gustavo
1995 *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

COMENTARIOS

Eduardo Dargent Bocanegra

Doctor por la University of Texas At Austin, magíster en Filosofía Política por la University of York y profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo de Víctorhugo Montoya toca temas centrales en el estudio de la política de las cortes y sistemas judiciales; es un tema de mucho interés en la ciencia política. Aborda un concepto muy difícil de capturar como es la independencia judicial y propone una forma novedosa de abordarlo. Por ello, es una excelente lectura para un público interesado en el tema, tanto por ser informativa como por proponer algunas soluciones al problema de estudiar este elusivo concepto. En este breve comentario señalo dos virtudes del trabajo y una crítica.

Primero, el trabajo explica didácticamente aspectos conceptuales y metodológicos que permitirán a otros investigadores entender por qué los diversos intentos de estudiar y medir la independencia judicial son errados. Como reconoce el texto, intentar medir el grado de independencia de un tribunal pasa por reconocer los «costos» que tienen diversas estrategias que pueden aplicarse al hacerlo. Si buscamos hacer un trabajo general y que pueda ser comparado con otros casos, probablemente necesitaremos una mirada rápida a sentencias y clasificarlas de acuerdo con su resultado, sin profundizar en su contenido. Pero como sabemos bien los abogados, es muy difícil hacer clasificaciones rápidas de sentencias que pueden ser muy complejas. Deben observarse muchos detalles antes de decidir si estamos ante un fallo «independiente». Por otro lado, un estudio cualitativo, detallista y profundo, nos lleva también a problemas pues será difícil llegar a cierto grado de generalidad por el tiempo que tomará estudiar las sentencias, mucho menos si intentamos comparar varias cortes. Podemos caer también en el error de seleccionar casos que hacen mucho ruido, pero que no describen la conducta normal del tribunal, o de concluir que existe independencia tras mirar las reglas de selección y funcionamiento del tribunal, como si estas reglas no operaran en contextos determinados.

Y se suman otros problemas al definir qué estudiamos. ¿Estamos mirando la sentencia «agregada» o la independencia de los magistrados que componen el tribunal? Luego, ¿independencia con respecto a quién? Un tribunal puede ser un ejemplo de independencia política, pero no de independencia del poder económico. Asimismo, hay que ser muy conscientes de que no podemos equiparar independencia con determinadas posiciones políticas. Hay tribunales muy independientes que aplican sentencias muy progresistas y otros tribunales independientes que pueden ser muy conservadores. Puede que no nos gusten estas sentencias, pero su distancia del poder político y económico está libre de toda duda. Todos estos temas y problemas, además de otros, son tratados por el autor antes de plantear sus propios criterios de evaluación de la independencia judicial. Creo que un aporte invaluable

del texto es plantear con claridad estos aspectos conceptuales y metodológicos que resultarán muy útiles para quienes se quieran adentrar en el tema.

Segundo, el texto no se limita a criticar otros esfuerzos sino que propone indicadores interesantes para evaluar la independencia. Sabemos que la evidencia directa de subordinación al poder político o económico raramente se podrá observar, por eso, hablamos de que el autor parte de la inferencia, de la deducción de la independencia o su ausencia desde el análisis detallado de la sentencia estudiada y la jurisprudencia del tribunal en cuestión. Esta forma de proceder requiere un conocimiento profundo de la forma en que ha actuado antes este tribunal, saber qué casos son emblemáticos por el contexto que vive el país, determinar qué intereses están en juego en cada caso y los efectos de las sentencias para otros procesos en curso (no siempre evidentes en el expediente). Los indicadores propuestos son interesantes pues nacen de la pericia de un abogado constitucional, que percibe bien cuándo hay indicios razonables de que la sentencia no ha sido realizada simplemente apelando al «saber y entender» de los magistrados.

Pero este esfuerzo tiene costos y esa es mi amigable crítica al documento. Probablemente los indicadores sean tan detallados que resulte difícil pasar a un estudio general de un tribunal. Son poderosos pues muestran bien casos que difícilmente pueden justificarse por cambios en la concepción jurídica de los jueces; pero ese grado de detalle puede ser problemático en un esfuerzo de investigación, y tal vez no se pueda llegar a una generalidad suficiente en el análisis. De pronto habría que evaluar si hay indicadores que tienen más peso que otros al momento de declarar la falta de independencia y concentrarse en ellos. Supongo que su aplicación llevará a una mayor selección y precisión de los indicadores.

De cualquier modo, el texto es sin duda un gran primer paso para impulsar una comprensión seria, compleja y especialmente «real» (a diferencia de esos estudios en que se recogen indicadores que nos dicen muy poco sobre el concepto) de la independencia judicial. Un texto que permite iniciar una interesante conversación con un contenido no solo teórico sino también práctico, contribuye a incrementar la rendición de cuentas de los magistrados de las altas cortes.

César Landa Arroyo

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Alcalá de Henares y
profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Trabajos sobre la justicia en el Perú son pocos. Algunos ejemplos son los diagnósticos institucionales del CERIAJUS (2004), como producto de la transición democrática, incorporados a la Mesa de la OEA y delineados por el Acuerdo Nacional. Asimismo, también es importante mencionar el proyecto de reforma constitucional (2001-2003), que buscaba la independencia de los poderes políticos, económicos y mediáticos, pero que fue frustrado por la falta de compromiso de la Corte Suprema de Justicia con la reforma judicial. En ambos casos el objetivo principal era recobrar la independencia e imparcialidad judicial, mellada durante la dictadura de los años noventa.

El Tribunal Constitucional (TC) tampoco estuvo ajeno a la intervención gubernamental de entonces. De hecho, perdió su independencia frente al poder de turno, como se evidencia del juicio político que se llevó a cabo contra tres magistrados del TC que se opusieron a la Ley de la Rereelección del entonces Presidente Fujimori. Con la expulsión de dichos magistrados el TC se convirtió en una institución áulica; las sentencias que validaron las leyes de amnistía a favor de las fuerzas de seguridad violadoras de los derechos humanos son una muestra de ello.

Pero no solo fueron sus fallos los que involucraron la jurisprudencia constitucional, sino también las conductas judiciales de naturaleza ilícita que le valió a uno de los exmagistrados (José García Marcelo) recibir una condena de ocho años. De ahí que la transición democrática no sea un acto instantáneo, sino un proceso en el que de forma permanente se cautela la independencia, la imparcialidad y la neutralidad, es decir, se observa y analiza constantemente los argumentos y fundamentos de los votos de los magistrados.

Ahora bien, ello podría no ser una tarea exclusivamente jurídica, puesto que el TC no es solo un órgano judicial, sino también político. Por ello cabe realizar, por ejemplo, un análisis de la producción judicial constitucional desde la ciencia política. Este es el caso de Víctorhugo Montoya, quien se vale de herramientas cuantitativas provenientes de la ciencia política y que no pueden estar ajenas al análisis jurídico. El resultado es una valiosa convergencia del método de la ciencia política y del método de interpretación jurídica del Derecho Constitucional.

Lo anterior amerita dos tipos de comentarios, uno de carácter general y otro de carácter específico. Con respecto a los primeros, si bien la visión del juez parece ser normativa, ya que la garantía de su independencia es su subordinación a la ley, hay que tener en cuenta que también podría ser histórica o sociológica, dado que esa es, a su vez, la naturaleza de la Constitución. Esto implicaría contar con un juez sometido a la Carta Magna en un sentido más amplio, lo cual asegura su independencia en relación con los poderes políticos y sociales.

La independencia, por cierto, no significa dejar solo al juez frente al caso, no es razonable una visión del juez técnico alejado de la contaminación social o política, por cuanto el juez es un componedor de conflictos sociales, aunque en ocasiones actúe de espaldas a dicha responsabilidad. Un ejemplo de esto último es el caso Conga. Su responsabilidad se resume en las palabras de von Triepel: detrás de una gran cuestión jurídica, hay una gran cuestión política; por ello, la labor interpretativa de los jueces es una cuestión técnica no ajena a su impacto en la realidad, labor que se da a través de la precomprensión del problema y de la comprensión de la norma.

Con respecto al segundo tipo de comentario, quisiera referirme a algunos casos que podrían validar las técnicas utilizadas en el trabajo del profesor Montoya:

- Medición de inferencias: caso Regalías mineras, caso PUCP, caso ONG y caso Píldora del día siguiente. Estos casos permitirían examinar la influencia de los poderes políticos y sociales sobre el juez.
- Técnica de casos paradigmáticos: caso Cementos Lima, caso Chacón.
- Percepción de recolección de datos: caso IMASEN.
- Diseño institucional: No es el presupuesto económico un mecanismo de control, sino al revés. Las resoluciones con implicancia económica han sido usadas por el Tribunal Constitucional (exmagistrado Carlos Mesía) para insinuar/requerir prebendas presupuestales en el MEF, mediante los casos de los bonos de la deuda agraria, FONAVI, entre otros.

- Elección de magistrados: conocidos son los casos de la falta de transparencia y de anulación de la elección de magistrados en 2007 (Eto Cruz, Alarcón Quintana, Ríos Castillo) y 2013 (Nakazaki, Eguiguren, Sardón y Blume). En ambos casos, la opinión pública cuestionó particularmente la elección de Javier Ríos Castillo y César Nakazaki.
- Normalidad procesal: caso El Frontón y caso Tudela. Adicionalmente hay que tener en cuenta también que, por ejemplo, si bien el TC dispuso, en su página web, el registro de las visitas de las partes para asegurar la transparencia, esto no ha evitado reuniones fuera de sus instalaciones. Un caso emblemático es el de la controversia entre el Arzobispado de Lima y la PUCP, pues el abogado Natale Amprimo, representante del primero, almorzó con el entonces magistrado Carlos Mesía.
- Consistencia argumental interna: caso RBC, caso Cementos Lima y caso Chiquitoy. En estos casos se evidencia una inconsistencia entre los argumentos de un fallo y el texto de dicho fallo.
- Impacto combinado de valores cualitativos, como el análisis de agentes externos: caso Antauro Humala, en el que correspondía declarar fundado un hábeas corpus, pero el magistrado Vergara Gotelli cambió su voto, siguiendo a los magistrados Álvarez y Mesía, quienes votaron de acuerdo con la presión política y mediática.

Finalmente, debe tenerse presente que las influencias que podrían estar afectando la independencia judicial son presunciones que deben probarse, sean estas formales o informales, identificarse a los magistrados que son receptores de las mismas, así como el impacto combinado de ambas.

RESPUESTA DEL AUTOR

Ante todo un agradecimiento a Eduardo Dargent y César Landa, dos muy buenos profesionales y mejores amigos, que se dieron el trabajo de leer, analizar y comentar el pequeño documento presentado. Son generosos al resaltar el pequeño aporte que desde la multidisciplinariedad intenté presentar respecto de la independencia de jueces o tribunales. Los abogados muchas veces catalogamos a partir de la intuición o desde impresiones generales si un juez es o no independiente, y es ahí donde fallamos por ligeros. De otro lado, la independencia ha sido estudiada con mucha prolijidad desde la ciencia política —incluso desde la economía—, a través de indicadores específicos, aunque tal estudio también peca de tratar de cuantificar sin conocer la naturaleza objeto de estudio (casos constitucionales), situación que podemos revertir al saber algo sobre este tipo de procesos.

Por eso consideré pertinente, a partir de mi aproximación al Derecho Constitucional y a la justicia constitucional, incorporar elementos politológicos al estudio de la categoría «independencia de la justicia constitucional», para dotarle de cierta rigurosidad académica, y poner mi pequeña cuota para volver más ciencia al Derecho. Pero, como ya quedó sentado en el propio trabajo, deben quedar atrás impresiones o juicios sin sustento. Es preciso acudir a las variables y a los indicadores para poder encontrar resultados que se condigan con la realidad, y sean plausibles de ser comparados con otras realidades o experiencias. Aunque la labor no es tarea fácil, y sé también que la propuesta es aún incipiente.

Como bien señala Eduardo Dargent, es necesario también dotarles de peso a los indicadores porque no todos ellos miden con el mismo grado de incidencia la actuación de los jueces constitucionales en el resultado de su labor jurisdiccional (sentencias —o incluso autos—). Por eso, para que pueda medirse correctamente, se ha propuesto que el indicador normalidad procesal tenga una ponderación de 2; el indicador consistencia individual, una de 1,5; el indicador consistencia interna, una de 3; el indicador consistencia temporal, una de 2,5; y, el indicador corrección de argumentación, una de 1.

De otro lado, también es cierto lo que apunta César Landa con respecto a quién es exactamente un juez constitucional o un miembro de una alta corte. Tomando en cuenta la naturaleza de la Constitución, y en términos más precisos de los casos que pueden llegar al Tribunal Constitucional, su razonamiento no es igual al de los jueces ordinarios. Mucho se ha estudiado al respecto, centrándose específicamente en cómo la ideología de los magistrados puede llevarlos a resolver un caso concreto de una u otra forma, tal vez contradictoria, máxime si está en juego un hard case, tomando en cuenta el carácter político y la indeterminación del contenido de la Constitución. Por ello, en la metodología propuesta, a partir de casos paradigmáticos, se torna indispensable contrastar lo que nos dice la resolución emitida, además de indagar más sobre lo que sucedió (con estudios oficiales, investigaciones independientes, informes periodísticos o informantes calificados) y ver si efectivamente una sentencia o un

auto «torcida/o» es producto de una injerencia externa o, si por el contrario, solo es una demostración de una mala técnica jurídica del juez o, peor aún, de un débil conocimiento jurídico, producto de un pernicioso sistema de elección.

Pero más allá de lo señalado, ha sido un gusto analizar un tema al que estuve muy cercano en los últimos años, pero que nunca había tenido oportunidad de hacerlo hasta cuando estuve fuera del país, gracias a los interesantes y francos comentarios de Luis Pásara. Él hizo que viera un problema constitucional desde un punto de vista distinto al estrictamente jurídico. Me gustó el reto, y quedé satisfecho con el resultado del trabajo realizado por tierras salmantinas, parte del cual he presentado en el texto que acaban de leer.

SECCION V

DERECHO TRIBUTARIO

ANÁLISIS CRÍTICO DEL «CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN» SUSCRITO ENTRE PERÚ Y MÉXICO: CARACTERÍSTICAS Y PECULIARIDADES

Renée Villagra Cayamana

LLM en Tributación por la Universidad de Florida y profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

El objeto de este trabajo es analizar el convenio suscrito entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. Si bien existen modelos internacionales de CDI, como el de la OCDE y el de la ONU, los términos de cada convenio deberían responder a las necesidades de los estados contratantes y celebrarse en función a sus sistemas legislativos y flujos de intercambio entre las partes contratantes. En tal sentido, ante el CDI celebrado con México, que se encuentra en proceso de perfeccionamiento conforme lo prevé la Constitución, surge la necesidad de identificar sus características y peculiaridades con relación a la legislación interna, a los convenios preexistentes en un país o en ambos, y a los modelos internacionales. Este trabajo se aboca fundamentalmente a las peculiaridades del CDI suscrito con México, y se identifican los aspectos positivos, negativos, complejos, así como las cláusulas cuya interpretación no es clara y puede originar conflictos.

Considerando el dinamismo de la tributación, puesta de manifiesto en la legislación peruana y la convencional, es preciso señalar que este trabajo fue cerrado al 30 de octubre de 2013.

I. Introducción

Los CDI constituyen instrumentos jurídicos celebrados entre dos estados fundamentalmente para abordar la tributación del impuesto a la renta y evitar la doble imposición jurídica y económica;¹ siendo una de sus características la negociación bilateral que llevan a cabo ambos

¹ Si bien los CDI pretenden tradicionalmente eliminar la doble imposición jurídica, también tienen como objetivo eliminar la doble imposición económica. Entre otros, su artículo 9 denominado «Empresas Asociadas» tiene por objetivo eliminar los efectos de la doble imposición económica que se presenta por el ajuste de precios de transferencia. El comentario 5 al artículo 9 del MCOCDE señala «La rectificación en la contabilidad de las operaciones entre empresas asociadas en la situación contemplada en el apartado 1 puede dar lugar a una doble imposición económica (imposición de la misma renta en manos de personas diferentes) en la medida en que una

países interesados.² En tal sentido, si bien existen modelos internacionales como el de la OCDE y el de la ONU, los términos de los CDI deberían responder a las necesidades de los estados contratantes y celebrarse en función a sus sistemas legislativos y flujos de intercambio entre las partes contratantes. Por tal razón, no es posible afirmar que un CDI se celebra bajo un determinado modelo, sino que usualmente se utilizan cláusulas de los diferentes modelos dependiendo del tipo de renta de que se trate e, incluso, ambos estados pueden acordar cláusulas ajenas a los modelos.

Por esa razón, ante un nuevo CDI, es importante determinar qué características y peculiaridades presenta con relación a la legislación interna, a los convenios preexistentes en un país o en ambos, y a los modelos internacionales. En tal sentido, este trabajo aborda el análisis del convenio suscrito entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la renta el 27 de abril de 2011 en Lima; y se aboca fundamentalmente a sus peculiaridades.

Conforme a lo previsto por el artículo 56 de la Constitución Política del Perú, tal instrumento legal fue aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa 30144 publicada el 28 de diciembre de 2013,³ y ratificado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto Supremo 003-2014-EF publicado el 16 de enero de 2014. El CDI con México entró en vigencia el 19 de febrero de 2014 y será aplicable a partir del 1 de enero de 2015.

2. Antecedentes

Durante casi cuarenta años, el Perú contó solo con un convenio para evitar la doble imposición bilateral; este fue el suscrito con Suecia en 1966⁴ y que fue materia de denuncia por parte de ese país el 2 de junio de 2006, fecha en que el Gobierno sueco adoptó la Propuesta 2005/06:125. Adicionalmente, durante más de veinte años, estuvo vigente la Decisión 40 que constituyó el Convenio Multilateral para evitar la doble imposición de la Comunidad Andina, la cual tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004⁵ y fue reemplazada por la Decisión 578 de la Comunidad Andina que continúa vigente.

empresa del Estado A, cuyas utilidades se revisen al alza, se somete a imposición por una cuantía de utilidades que ya se ha gravado como renta de la empresa asociada en el Estado B. El apartado 2 establece que, en tales circunstancias, el Estado B procederá a practicar un ajuste apropiado para evitar la doble imposición». Por otra parte, el otorgamiento del crédito indirecto, está previsto para atenuar o eliminar la doble imposición de los dividendos, reconociendo muchos CDI el crédito por el impuesto pagado por la empresa distribuidora.

- 2 Los CDI multilaterales son excepcionales y precisamente tienen la desventaja de difícilmente responder a las necesidades de todos los países suscriptores.
- 3 El CDI bajo análisis fue remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso a través de la Resolución Suprema 018-2012-RE del 23 de enero de 2012 e ingresado como Proyecto de Ley 00885/2011-PE el 13 de marzo de 2012 (Congreso 2012). El citado proyecto fue decretado a la Comisión de Relaciones Exteriores, y llamó la atención que no haya sido enviado adicionalmente a la Comisión de Economía, como sucedió con los CDI bilaterales que el Perú tiene vigentes (Congreso 2002a, 2002b, 2002c y 2006b). Cabe señalar que conforme indica el Reglamento del Congreso, los proyectos de ley deben remitirse a las Comisiones aplicando el criterio de especialización (Congreso 2009).
- 4 Convenio entre el Perú y Suecia para evitar la doble imposición con respecto a los impuestos a la renta y al capital, suscrito el 17 de septiembre de 1966.
- 5 La Decisión 40 entró en vigencia para las personas naturales a partir de 1981; y, para las empresas, el 22 de agosto de 1980.

En el 2001, el Ministerio de Economía y Finanzas evaluó la conveniencia de celebrar los citados convenios a través de una Consulta Ciudadana, la cual resultó positiva y concluyó con la suscripción en ese año de los convenios con Chile⁶ y Canadá,⁷ actualmente vigentes. Asimismo, el Perú ha suscrito un CDI con Brasil,⁸ el cual se encuentra en vigor.

El Perú es miembro de la Comunidad Andina, cuyo régimen multilateral para evitar la doble imposición es la Decisión 578 que sustituyó a la Decisión 40 desde el 1 de enero de 2005. Si bien existen cuestionamientos de orden constitucional sobre la vigencia de la Decisión 578 (Villagra 2008a: 267), la SUNAT, mediante la Carta 111-2010-SUNAT/2B0000 del 10 de setiembre de 2010, señaló que la Decisión 578 - Régimen para evitar Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal de la Comunidad Andina publicada en la Gaceta Oficial 1063 se encuentra actualmente vigente y forma parte, con todos sus atributos, del derecho nacional.⁹

El Perú suscribió un CDI con España el 6 de abril de 2006, el cual constituye el Proyecto de Ley 00007/2006-PE que fue derivado a la Comisión de Economía y a la de Relaciones Exteriores, habiendo recibido un dictamen negativo por mayoría en la última. Cabe señalar que la Comisión de Economía no emitió dictamen, pero el proyecto de ley se archivó por fin del período parlamentario (Congreso 2006a). Por tratarse de un instrumento legal suscrito por dos estados, consideramos que no existiría obstáculo para que el citado CDI pudiera presentarse como un proyecto de ley nuevo en la medida en que el Pleno del Congreso no lo rechazó, sino que su archivamiento se debe exclusivamente a la conclusión de un período parlamentario. Sin embargo, se estaría negociando un nuevo CDI, como lo demuestra la Resolución de la Superintendencia 118-2013/SUNAT publicada el 11 de abril de 2013.

Adicionalmente al CDI con México, que es materia de este trabajo, el Perú ha suscrito convenios con Corea, Portugal y Suiza, los cuales han sido perfeccionados conforme a la Constitución a partir de los Proyectos de Ley 02498/2012-PE, 02499/2012-PE y 02865/2012-PE, respectivamente (Congreso 2013a, 2013b y 2013c). Tales CDI, al igual que en México, serán aplicables a partir del 1 de enero de 2015. Por otra parte, se tiene conocimiento de que nuestro país se encuentra en negociaciones con Francia, Suiza, Italia, Tailandia, Qatar, Reino Unido y Suecia.

Es importante resaltar que en el 2011 el Ministerio de Economía y Finanzas admitió que el Perú se ha quedado relegado en la suscripción de CDI y señaló que si bien las consideraciones de riesgo de una inversión involucran no solo los factores tributarios, sino también los políticos, sociales y legales, entre otros, «el Perú ha perdido la oportunidad de incentivar el flujo de inversiones, desde y hacia el país, al haberse quedado relegado en la negociación de estos Convenios en comparación a otros países de la región, lo que definitivamente afecta su competitividad [...]» (Congreso 2012: 117-143).

6 Suscrito el 8 de junio de 2001 y aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 27905, publicada el 6 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

7 Suscrito el 21 de julio de 2001 y aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 27904, publicada el 5 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

8 Suscrito el 17 de febrero de 2006 y aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 29233, publicada el 22 de mayo de 2008, sin el texto del CDI. Entró en vigencia el 1 de enero de 2010.

9 Las Decisiones constituyen normas de la Comunidad Andina y en virtud de lo previsto por el artículo 22 de la Decisión 578, bajo el principio de «aplicación directa» (recogido en el artículo 3 de la Decisión 472 de la CAN), esta entraría en vigencia a partir del primer día del ejercicio fiscal siguiente a la publicación de esta Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo cual ocurrió el 5 de mayo de 2004.

Por su parte México, en calidad de país miembro de la OCDE, tiene amplia experiencia en la celebración de CDI; pues en la actualidad tiene la red más amplia de convenios de Latinoamérica, con más de cincuenta CDI suscritos y en vigor.¹⁰

Se observa que México muestra una tendencia a suscribir CDI con países poco tradicionales, algunos de los cuales se encontraban en su lista de paraísos fiscales, tales como Hong Kong, Malta y los Emiratos Árabes Unidos; así como países de Europa del Este, todos suscritos en el 2012. De igual forma se encuentra en proceso de negociación de CDI y de convenios de intercambio de información con Arabia Saudita, Aruba, Bahamas, Belice, Costa Rica, Eslovenia, Isla del Hombre, Isla Caimán, Isla de Cook, Isla de Guernsey, Isla Jersey, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Jamaica, Líbano, Malasia, Marruecos, Mónaco, Nicaragua, Pakistán, Santa Lucía, Tailandia, Turcas y Caicos, Turquía y Vanuatu (SATb 2013).

3. Características generales

El CDI celebrado con México, en términos generales, no se aleja de lo acordado por el Perú en sus CDI con Chile, Canadá y Brasil. No obstante lo anterior, se han identificado algunos temas precisos que son peculiares y que rompen el esquema de lo suscrito hasta la fecha y que incluso podrían generar problemas de interpretación; tales situaciones se analizarán en el siguiente numeral.

El CDI celebrado con México se refiere exclusivamente al impuesto a la renta, al igual que el suscrito y vigente con Brasil; y no incluye en su ámbito al impuesto al patrimonio como sí lo hacen los CDI vigentes celebrados con Chile y Canadá. Es preciso señalar que las versiones vigentes del MCOCDE y del MCONU incluyen en su ámbito de aplicación objetivo al impuesto al patrimonio; mientras que el MCEU solo se refiere al impuesto a la renta.

10 México-Alemania, 23 de febrero de 1993. México-Antillas Neerlandesas, 1 de septiembre de 2009. México-Australia, 7 de octubre de 2003. México-Austria, 13 de abril de 2004. México-Bahrein, 10 de octubre de 2010. México-Barbados, 7 de abril de 2008. México-Bélgica, 24 de noviembre de 1992. México-Bermuda, 15 de octubre de 2009. México-Brasil, 25 de septiembre de 2003. México-Canadá, 8 de abril de 1991; modificado el 19 de septiembre de 2005. México-Colombia, 13 de agosto de 2009. México-Corea, 6 de octubre de 1994. México-Chile, 17 de abril de 1998. México-China, 12 de septiembre del 2005. México-Dinamarca, 11 de junio de 1997. México-Ecuador, 30 de julio de 1992. México-Emiratos Árabes Unidos, 20 de noviembre de 2012. México-España, 24 de julio de 1992. México-Estados Unidos, 18 de septiembre de 1992; modificado el 8 de septiembre de 1994 y el 9 de septiembre de 2002. México-Finlandia, 12 de febrero de 1997. México-Francia, 7 de noviembre de 1991. México-Grecia, 13 de abril de 2004. México-Hong Kong, 18 de junio de 2012. México-Hungría, 24 de junio de 2011. México-India, 10 de septiembre de 2007. México-Indonesia, 6 de septiembre de 2002. México-Irlanda, 22 de octubre de 1998. México-Islandia, 11 de marzo de 2008. México-Israel, 20 de julio de 1999. México-Italia, 8 de julio de 1991; modificado el 23 de junio de 2011. México-Japón, 9 de abril de 1996. México-Kuwait, 27 de octubre de 2009. México-Letonia, 20 de abril de 2012. México-Lituania, 23 de febrero de 2012. México-Luxemburgo, 7 de febrero de 2001; modificado el 7 de octubre de 2009. México-Noruega, 23 de marzo de 1995. México-Nueva Zelanda, 16 de noviembre de 2006. México-Países Bajos, 27 de septiembre de 1993; modificado el 11 de diciembre de 2008. México-Panamá, 23 de febrero de 1998. México-Polonia, 30 de noviembre de 1998. México-Portugal, 11 de noviembre de 1999. México-Qatar, 14 de mayo de 2012. México-Reino Unido, 2 de junio de 1994; modificado el 23 de abril de 2009. México-República Checa, 4 de abril de 2002. México-República Eslovaca, 3 de mayo de 2006. México-Rumanía, 20 de julio de 2000. México-Rusia, 7 de junio de 2004. México-Singapur, 9 de noviembre de 1994; modificado el 29 de septiembre de 2009. México-Sudáfrica, 19 de febrero de 2009. México-Suecia, 21 de septiembre de 1992. México-Suiza, 3 de agosto de 1993; modificado el 18 de septiembre de 2009. México-Ucrania, 23 de enero de 2012. México-Uruguay, 14 de agosto de 2009. México-Venezuela, 6 de febrero de 1997.

En cuanto al EP, en principio se recogen las disposiciones del MCOCDE, el CDI bajo análisis se aleja de este al considerar que existe EP cuando la obra de construcción, instalación y montaje supera el período de seis meses conforme al MCONU. En cuanto a la prestación de servicios, también sigue el MCONU, conforme se analizará posteriormente, y se prevé un tratamiento particular sin precedentes respecto a la asistencia técnica como modalidad de EP.

Llama la atención que el CDI suscrito con México —siendo este último un país miembro de la OCDE— prevea que las empresas aseguradoras de un Estado contratante tengan un EP en el otro Estado si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente, disposición propia del MCONU contenida en su artículo 5(6).

Con relación a los dividendos, se prevé el gravamen compartido entre el país de la fuente y de la residencia, y en el primer país citado se establece un límite del 10% por tratarse de beneficiarios efectivos que «controlen» por lo menos el 25% del accionariado (participación directa e indirecta); procediendo el 15% en los demás casos. Cabe señalar que el MCOCDE y el MCONU se refieren a «poseer» el 25% o el 10% del accionariado, respectivamente, en su fórmula del artículo 10.

Se prevé la renta compartida de los intereses, y se fija el gravamen máximo en fuente del 15%; con excepción del gravamen exclusivo en el país de la residencia en un caso de intereses (que equivale a la tasa cero (0%) en el país de la fuente) por tratarse de préstamos en los que intervienen ciertas instituciones bancarias, lo cual se analizará posteriormente.

En cuanto a regalías, el CDI bajo análisis prevé la renta compartida entre el país de la fuente y el de residencia, y establece como límite en el país de la fuente el 15% al igual que los tres CDI bilaterales vigentes que tiene el Perú. En el caso del Perú, el citado porcentaje implica la aplicación de un porcentaje inferior al 30% previsto por el artículo 56 de la LIR.

Con relación a la renta de profesionales independientes, se incluye un artículo expreso al respecto (artículo 14), a diferencia de la versión vigente del MCOCDE, sin considerar ningún supuesto de renta compartida salvo la existencia de la base fija o de la presencia durante 183 días en el otro Estado contratante; a diferencia de los CDI con Chile y Canadá.

En cuanto al método para evitar la doble imposición, siguiendo la línea de los CDI bilaterales vigentes en el Perú, se ha previsto por parte de nuestro país el otorgamiento del crédito directo y, adicionalmente, el crédito indirecto en el caso de dividendos pagados por una sociedad de México a una sociedad peruana que controle por lo menos el 10% del accionariado. Cabe señalar que México se compromete a aplicar los mismos métodos.

Con relación a las herramientas para evitar la evasión tributaria, el CDI suscrito con México contempla el procedimiento de acuerdo mutuo y el intercambio de información; sin embargo, no ha previsto la asistencia en la recaudación. Lo último llama la atención en la medida en que los CDI se conciben en la actualidad también como instrumentos para hacer factible el efectivo cobro de la deuda tributaria de los estados; tal aspecto se analizará líneas abajo.

4. Peculiaridades

El CDI suscrito con México presenta algunas peculiaridades con relación al MCOCDE y al MCONU y a los CDI suscritos por el Perú y que se encuentran vigentes. Estas se analizarán a continuación.

4.1. El IETU como impuesto comprendido en el ámbito del CDI - Artículo 2(3)(b)

Artículo 2: Impuestos Comprendidos

[...]

3. Los impuestos actuales a los que se aplica este Convenio son, en particular:

- (a) En Perú, los impuestos establecidos en la «Ley del Impuesto a la Renta»; (en adelante denominado el «impuesto peruano».)
- (b) En México: (i) el impuesto sobre la renta federal; (ii) el impuesto empresarial a tasa única; (en adelante denominado el «impuesto mexicano»).

El CDI bajo análisis, en su artículo 2(3)(b), incluye expresamente dentro de los impuestos a los que se les aplica el Convenio —adicionalmente al impuesto sobre la renta federal— al impuesto empresarial a tasa única conocido como IETU. Cabe señalar que en México las empresas pueden optar por el sistema de impuesto a la renta que grava con la tasa del 29%, o el IETU que grava con la tasa del 17,5%.

El IETU vigente en México desde el 2008¹¹ se caracteriza por no considerar regímenes especiales ni deducciones o beneficios extraordinarios; razón por la cual se cuestionó su naturaleza de impuesto a la renta en la medida en que este requiere gravamen de la renta neta.

Roque García Mullín aludiendo a la exigencia de que se grave el beneficio o la renta neta señala que «se acepta que solo constituya renta aquella riqueza que excede los costos y gastos incurridos para producirla, así como para mantener la fuente en condiciones productivas» (1978: 16); y añade que, en puridad, la característica de «neta» no es exclusiva del criterio de renta producto, sino que es común a todos los criterios o teorías (1978: 16).

Si bien es cierto que los CDI que siguen los modelos de la OCDE y de la ONU cuentan con una cláusula que otorga dinamismo a los convenios al indicar que los mismos se aplicarán igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma de los convenios, por las peculiaridades del IETU surgieron cuestionamientos sobre la consideración de este impuesto dentro del ámbito de los CDI que México había suscrito con anterioridad a su introducción (antes del 2008). Ante tal situación, los estados individualmente debieron manifestar la aceptación de tal impuesto como uno de los comprendidos en tales CDI (SAT 2013c).

Por lo antes señalado, para evitar dudas sobre el ámbito de aplicación objetivo del CDI con el Perú, resulta acertada la inclusión expresa del IETU en el CDI celebrado entre Perú y México.

4.2. Prestación de servicios como modalidad de establecimiento permanente - Artículo 5(3)(b)

Artículo 5: Establecimiento Permanente

[...]

3. La expresión «establecimiento permanente» también incluye:

[...]

- b) La prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos los servicios de consultorías, por intermedio de empleados u otras personas naturales encomendados por la empresa para ese fin,

¹¹ La Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única fue aprobada por el Congreso el 1 de junio de 2007; se publicó en el diario oficial de la Federación el 1 de octubre de 2007, y entró en vigor el 1 de enero de 2008.

pero solo en el caso de que tales actividades prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en un Estado Contratante durante un período o períodos que en total excedan de 183 días, dentro de un período cualquiera de doce meses; y [...]

El CDI celebrado entre el Perú y México incluye en el artículo 5(3)(b) la consideración como EP a la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos los servicios de consultoría, por intermedio de empleados u otras personas naturales encomendados por la empresa para ese fin, pero solo en el caso de que tales actividades prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en un estado contratante durante un período o períodos que en total excedan de 183 días, dentro de un período cualquiera de doce meses.

La disposición antes señalada también se encuentra presente en los CDI celebrados por el Perú tanto con Chile y como con Canadá con una diferencia literal. El CDI con Chile, al prever que las actividades prosigan durante un plazo que exceda de 183 días, no especifica si se trata del mismo proyecto o de un proyecto conexo; mientras que el CDI con Canadá precisa que las actividades prosigan para el mismo proyecto o «uno relacionado». Conforme se indica en el párrafo anterior, el CDI con México alude al mismo proyecto o a un proyecto «conexo».

Como se sabe, el MCOCDE vigente no contiene tal disposición, ya que su origen corresponde al MCONU; por su parte la versión vigente del MCONU correspondiente al 2011 en su versión en inglés alude a «for the same or connected Project» (ONU 2011: 10).

Es importante resaltar que el MCOCDE ha evolucionado en la extensión de lo que constituye EP y que en la actualidad admite en el comentario 42.23, correspondiente al artículo 5 (OCDE 2008: 111-112), una disposición alternativa vinculada a la consideración como EP a la prestación de servicios bajo determinadas circunstancias.¹² Cabe señalar que los comentarios al MCOCDE, según el propio ente, constituyen herramientas interpretativas aplicables incluso a CDI concluidos antes de su adopción en virtud al comentario 35 de la Introducción (OCDE 2008: 16); por lo que en la actualidad es totalmente concebible que la prestación de servicios constituya EP.¹³

Comentario 35. No hace falta decir que las modificaciones de los artículos del Convenio Modelo y los cambios de los Comentarios que son una consecuencia directa de aquellas serán irrelevantes

12 «No obstante lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, cuando una empresa de un Estado contratante preste servicios en el otro Estado contratante

- a) A través de una persona física que permanece en ese otro Estado durante un período o períodos que sumen en conjunto más de 183 días en cualquier período de doce meses, y más del 50 por ciento de los ingresos brutos imputables al ejercicio de la actividad de la empresa durante ese período o períodos procedan de los servicios prestados en ese otro Estado a través de esa persona física, o
- b) Durante un período o períodos que sumen en conjunto más de 183 días en cualquier período de doce meses, y esos servicios se presten para un mismo proyecto o para proyectos relacionados a través de una o más personas físicas que estén presentes en ese otro Estado y presten allí sus servicios las actividades desarrolladas en ese otro Estado en la prestación de los servicios se considerarán desarrolladas a través de un establecimiento permanente de la empresa situada en ese otro Estado, a menos que los servicios prestados se limiten a los mencionados en el apartado 4, y que, de haber sido realizados por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado. A los efectos de este apartado, los servicios prestados por una persona física en nombre de una empresa no se considerarán prestados por otra empresa a través de dicha persona física a menos que esa otra empresa supervise, dirija o controle el modo en que la persona física presta sus servicios».

13 La posición de la OCDE no es unánime en tanto existen pronunciamientos judiciales en países europeos en sentido contrario.

para interpretar o aplicar convenios concluidos con anterioridad cuando las disposiciones de aquellos difieran sustancialmente de los artículos revisados. Sin embargo, otros cambios o adiciones a los Comentarios serán normalmente relevantes al interpretar y aplicar los convenios concluidos antes de su adopción, ya que reflejan el consenso de los países miembros de la OCDE sobre la interpretación adecuada de las disposiciones existentes y su aplicación a determinados supuestos.

En los primeros años de vigencia de los CDI con Chile y Canadá, ante problemas interpretativos originados por la ausencia de la consideración como EP a la prestación de servicios a nivel de la LIR, la SUNAT se pronunció respecto a una consulta en el marco del CDI con Chile en el Informe 039-2006-SUNAT/2B0000 y señaló que a la prestación de servicios durante más de 183 días procedía aplicarle el tratamiento otorgado a cualquier establecimiento permanente reconocido por la LIR, lo cual implicaba su tributación de forma autodeterminativa y la improcedencia de la retención (Villagra 2008a: 101-104).

Cabe recordar que el CDI del Perú con Brasil se diferencia del MCOCDE y del MCONU, así como de lo pactado en los CDI celebrados con Chile y Canadá fundamentalmente en el tratamiento de los servicios empresariales que resultarían tributando como regalías, a diferencia de su consideración como EP en los primeros CDI del Perú en las circunstancias en que la prestación supera los 183 días.

4. Con referencia al Artículo 12 («Regalías») párrafo 3

Las disposiciones del párrafo 3 del artículo 12 se aplican a cualquier clase de pagos percibidos por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica.

Lo dispuesto en este ítem se aplica también a los servicios digitales y empresariales, incluidas las consultorías.

En tal sentido, se considera que lo dispuesto en el artículo 5(3)(b) del CDI con México sigue la línea de lo previsto con Chile y Canadá, y extiende la clásica definición de EP del MCOCDE a fin de garantizar el derecho a gravar en el país de la fuente.

4.3. Prestación de asistencia técnica como modalidad de establecimiento permanente - Artículo 5(3)(c)

El artículo 5(3)(c) del CDI celebrado con México incluye una disposición que no corresponde al MCOCDE ni al MCONU y que no ha sido incluida antes por el Perú en ninguno de sus CDI, y es la consideración de la prestación de la asistencia técnica como EP.

Artículo 5: Establecimiento Permanente

[...]

3. La expresión «establecimiento permanente» también incluye:

[...]

c) La asistencia técnica prestada por parte de una empresa, por intermedio de empleados u otras personas naturales encomendados por ella para ese fin, pero solo en el caso de que tales actividades prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en un Estado Contratante durante un período o períodos que en total excedan de 90 días, dentro un período cualquiera de doce meses.

Es preciso iniciar el análisis enfatizando que, para la prestación de servicios en general, el artículo 9 de la LIR reconoce como criterio de sujeción que estos se lleven a cabo en el territorio nacional, por lo que su consideración como EP en función a que «se lleve a cabo en el país» durante determinados días (más de 183) no alteraría tal criterio. Sin embargo, con relación a la asistencia técnica, desde el 2004, la LIR contempla como criterio de sujeción exclusivamente a su utilización económica en el país, sin importar el lugar de prestación de la asistencia técnica.

Por tal razón, la calificación como EP a la asistencia técnica prestada en el país por empleados durante un plazo que exceda 90 días implicaría una modificación del criterio de sujeción reconocido por la LIR. La determinación de los criterios de sujeción en el marco de los CDI celebrados bajo el MCOUDE y el MCONU se deja normalmente a la soberanía de los estados contratantes; es decir, usualmente los CDI no intervienen en ese aspecto. Por esa razón se critica a la Decisión 578 de la Comunidad Andina que interfiere en la determinación de lo que constituye «fuente generadora» de renta con relación a cada tipo de renta, y se pretende unificar los criterios de sujeción para los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), alejándolos, en muchos casos, de lo que constituye fuente según su legislación interna (Villagra 2008b: 695).

Con relación a la ley interna de México, el artículo 5(3)(c) del CDI también implicaría una modificación de los criterios de sujeción; ya que, según el artículo 200 de su Ley del Impuesto sobre la Renta, los criterios que determinan que la asistencia técnica constituya renta de fuente mexicana son el aprovechamiento de esta en el citado país o el pago por un residente en él, conforme fluye del texto que se reproduce a continuación:

Artículo 200.- Tratándose de ingresos por regalías, por asistencia técnica o por publicidad, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando los bienes o derechos por los cuales se pagan las regalías o la asistencia técnica, se aprovechen en México, o cuando se paguen las regalías, la asistencia técnica o la publicidad, por un residente en territorio nacional o por un residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país.

En tal sentido, ante la interrogante sobre la forma de gravamen aplicable a la asistencia técnica utilizada en el Perú y prestada por una empresa de México fuera del Perú, tendríamos que, ante la ausencia de EP, esta no se gravaría en nuestro país. La situación empeora en el caso de asistencia técnica no utilizada en el Perú, pero prestada aquí por una empresa mexicana durante más de 90 días.

En tal sentido, considerar EP a la prestación de asistencia técnica durante más de 90 días implicaría la incorporación de dos ficciones con relación a la LIR: por un lado, su tratamiento como EP que tributa en el Perú como renta de tercera categoría en función a su renta neta, no procediendo la retención sobre renta bruta; y, por otro, abandonar el criterio de utilización económica, fijándose únicamente en el lugar de prestación de la asistencia técnica y gravarla aunque no se utilice en el Perú.

4.4. Definición de asistencia técnica: caso de las consultorías - Protocolo 2

En el numeral 2 del Protocolo suscrito junto con el CDI de México se señala que se entiende por asistencia técnica la transmisión de conocimientos especializados, no patentables, que sean

necesarios en el proceso de producción, de comercialización, de prestación de servicios o en cualquier otra actividad que realice el usuario. La asistencia técnica, añade, también comprende el adiestramiento de personas para aplicar los conocimientos especializados antes mencionados.

La definición antes señalada cuenta con elementos contenidos en el artículo 4-A inciso c) del Reglamento de la LIR que señala que

Se entiende por Asistencia Técnica a todo servicio independiente, sea suministrado desde el exterior o en el país, por el cual el prestador se compromete a utilizar sus habilidades, mediante la aplicación de ciertos procedimientos, artes o técnicas, con el objeto de *proporcionar conocimientos especializados, no patentables, que sean necesarios en el proceso productivo, de comercialización, de prestación de servicios o cualquier otra actividad realizada por el usuario.* (Las cursivas son nuestras)¹⁴

Como se observa, la definición antes señalada es sumamente amplia, y podría generar los mismos problemas de interpretación que ya viene ocasionando la definición contenida en el Reglamento de la LIR calificada como ambigua y compleja. En el plano nacional, tal situación ha ocasionado diferentes consultas a la SUNAT, la cual ha emitido varios pronunciamientos; entre otros, la Carta I 33-2008-SUNAT/200000 y el Informe I 68-2008-SUNAT/2B0000; no obstante los cuales, muchas dudas no han sido absueltas del todo.

La definición de asistencia técnica del CDI con México tendría mayores alcances que los supuestos recogidos por el Reglamento de la LIR considerando que este excluye determinadas situaciones de tal calificación. En tal sentido, el tercer párrafo del inciso c) del artículo 4-A del Reglamento de la LIR señala que

No se considera como asistencia técnica a:

- i) Las contraprestaciones pagadas a trabajadores del usuario por los servicios que presten al amparo de su contrato de trabajo.
- ii) Los servicios de marketing y publicidad.
- iii) Las informaciones sobre mejoras, perfeccionamientos y otras novedades relacionadas con patentes de invención, procedimientos patentables y similares.
- iv) Las actividades que se desarrollen a fin de suministrar las informaciones relativas a la experiencia industrial, comercial y científica a las que se refieren los Artículos 27 de la Ley y I 6.
- v) La supervisión de importaciones.

La situación se agrava tomando en cuenta el problema que sobre lo que constituye asistencia técnica ya ha sido advertido en el Perú; y es que si bien la norma reglamentaria establece un concepto, esta prevé una lista de actividades que en varios supuestos no tienen relación con el concepto (Gálvez 2009: 6). En tal sentido, el Reglamento de la LIR señala que

En cualquier caso, la asistencia técnica comprende los siguientes servicios:

1. Servicios de ingeniería: la ejecución y supervisión del montaje, instalación y puesta en marcha de las máquinas, equipos y plantas productoras; la calibración, inspección, reparación y mantenimiento de las máquinas, equipos; y la realización de pruebas y ensayos, incluyendo control de calidad, estudios de factibilidad y proyectos definitivos de ingeniería y de arquitectura.
2. Investigación y desarrollo de proyectos: la elaboración y ejecución de programas pilotos, la investigación y experimentos de laboratorios; los servicios de explotación y la planificación o programación técnica de unidades productoras.

¹⁴ Las cursivas tienen como fin resaltar las similitudes con el CDI con México.

3, Asesoría y consultoría financiera: asesoría en valoración de entidades financieras y bancarias y en la elaboración de planes, programas y promoción a nivel internacional de venta de las mismas; asistencia para la distribución, colocación y venta de valores emitidos por entidades financieras [...]

Considerando que el CDI suscrito con México solo contiene la definición de lo que constituye asistencia técnica, tendremos que los supuestos que van más allá de esta no tendrán tal calificación para efecto del Convenio.

La consultoría podría resultar comprendida por la definición de asistencia técnica que brinda el numeral 2 del Protocolo; siendo para el CDI con México una modalidad de prestación de servicios sometida al tratamiento del artículo 5(3)(b) que constituirá EP si se extiende durante más de 183 días, según lo ya expuesto en el numeral 4.2 de este trabajo. En tal sentido, los problemas de interpretación podrían no tener fin, ya que conforme lo expone la SUNAT en la Carta 133-2008-SUNAT/200000 existen consultorías que califican como asistencia técnica; mientras que otras no lo hacen.

4.5. Procedencia del ajuste de correspondencia condicionado a la conformidad del otro estado - Artículo 9(2)

Artículo 9: Empresas Asociadas
[...]

2. Cuando un Estado Contratante incluya en la renta de una empresa de ese Estado, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual una empresa del otro Estado Contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará, si está de acuerdo, el ajuste que proceda de la cuantía del impuesto que ha gravado sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán en caso necesario.

Como se sabe, el artículo 9 de los CDI, bajo la denominación de «Empresas Asociadas», está destinado al establecimiento del principio *arm's length*, conocido como de libre competencia, y al fundamento de los precios de transferencia. A efecto de controlar la tributación de las partes vinculadas, las legislaciones internas de los diferentes países recogen, con diferente grado de detalle, normativa destinada a regular la metodología de los precios de transferencia. Sin embargo, en el ámbito de las relaciones con terceros países, la posibilidad de eliminar la doble imposición económica originada por un ajuste primario de precios de transferencia se brinda exclusivamente a través de los CDI.

La rectificación de las operaciones entre partes vinculadas en la situación contemplada en el artículo 9(1) del MCOCDE, conocida como ajuste primario, sin el ajuste de correspondencia, puede dar lugar a una doble imposición económica que implica la imposición de la misma renta en manos de diferentes personas. Este caso se presenta cuando los beneficios de una empresa del Estado X se ajustan a más (o al alza) sometiendo a imposición una cantidad de beneficios que ya se ha sometido a gravamen como renta de la empresa asociada en el Estado Y.

Conforme lo explica el comentario 6 al artículo 9 del MCOEDE, el segundo Estado no debe realizar el ajuste automáticamente por el simple hecho de que se hayan corregido las utilidades en el primer Estado; en la medida en que este se practicará solo si el Estado Y considera que la cifra de utilidades rectificadas refleja correctamente la que se habría obtenido si las operaciones se hubiesen realizado en condiciones de total independencia. Remitiéndonos al ejemplo anterior, el Estado Y deberá practicar el ajuste de las utilidades de la empresa asociada solo si considera que el ajuste realizado en el Estado X está justificado tanto en su naturaleza como en su importe.

En tal sentido, existe el compromiso a nivel de los países contratantes de eliminar la doble imposición económica a través del ajuste de correspondencia. Sin embargo, la cuantía de este ajuste está condicionada a la determinación del segundo Estado contratante.

El artículo 9(2) del MCOEDE señala que cuando un Estado haya realizado un ajuste primario, el otro Estado «practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esas utilidades». En los mismos términos se ha celebrado el CDI vigente con Canadá. No obstante, en el CDI con Chile se precisa que ese otro Estado practicará «si está de acuerdo» el ajuste que proceda de la cuantía del impuesto que ha gravado sobre esa renta.

En la misma línea del CDI celebrado con Chile, el CDI suscrito con México prevé la procedencia del ajuste de correspondencia si el Estado involucrado «está de acuerdo».

Cabe señalar, sin embargo, que al margen de la declaración expresa en el texto del CDI de la conformidad con el ajuste de correspondencia por parte del Estado que debe realizarlo, la interpretación a la luz del MCOEDE nos lleva a la misma conclusión. En tal sentido, la expresa constancia existente en los CDI celebrados con Chile y México tiene los mismos efectos que la disposición existente en el CDI vigente con Canadá, e incluso en el CDI suscrito con Brasil que carece de párrafo 2 en su artículo 9.

El artículo 9(2) del MCOEDE no prevé la realización automática del ajuste de correspondencia, sino que habilita la iniciación de un procedimiento amistoso, sin que las autoridades queden obligadas a llegar a un acuerdo. En consecuencia, en la actualidad existe dependencia del ajuste de correspondencia al procedimiento amistoso (llamado también «procedimiento de acuerdo mutuo»); y, como afirma García Pratts, la pretendida imperatividad del ajuste correlativo queda supeditada a la efectividad de los mecanismos procedimentales de acuerdo amistoso recogidos por el propio CDI (García Pratts 2008: 54).

4.6. Gravamen de las utilidades del establecimiento permanente - Artículo 10(6)

El artículo 10(6) del CDI suscrito con México prevé:

Artículo 10: Dividendos

[...]

6. Sin perjuicio del impuesto que corresponda al establecimiento permanente, cuando una sociedad residente en un Estado Contratante tuviera un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, los beneficios de este establecimiento permanente atribuibles a dicha sociedad, podrán ser sometidos en el otro Estado Contratante a un impuesto retenido en la fuente. Sin embargo, dicho impuesto no podrá exceder del límite establecido en el inciso a) del párrafo 2 del presente Artículo.

El objetivo del párrafo 6 es fijar el límite previsto en el artículo 10(2)(a) ascendente al 10% al impuesto a las remesas de los beneficios del establecimiento permanente, conocido como el *branch profit tax*.

En doctrina, el tratamiento fiscal brindado a un EP, respecto del previsto para una sociedad, presenta como peculiaridad la inexistencia de distribución de dividendos a los accionistas, en la medida que el EP no tiene personalidad jurídica diferente que la propia sociedad de la que forma parte. En tal sentido,

[...] para equiparar el tratamiento fiscal de las sociedades residentes controladas por sujetos extranjeros y los establecimiento permanentes, algunos países prevén que la repatriación de los beneficios de un establecimiento permanente al país de la casa matriz queden sujetos a un impuesto que normalmente es igual a la retención que se aplica en el caso de distribución de dividendos a los socios extranjeros (Uckmar 2011: 97).

Al respecto, el artículo 56 de la LIR prevé que, en el caso de sucursales u otro tipo de establecimientos permanentes de personas jurídicas no domiciliadas, las utilidades se entenderán distribuidas en la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del impuesto a la renta, considerándose la renta disponible a favor del titular del exterior como monto de la distribución. En la actualidad, los dividendos y otras formas de distribución de utilidades se encuentran gravados con la tasa del 4,1%, por lo que el límite previsto en el artículo 10 del CDI Perú-México para el gravamen en el país de la fuente ascendente al 10 % no significa ninguna renuncia a recaudación.

El antecedente de la cláusula incorporada como numeral 6 del artículo 10 del CDI bajo análisis es el MCEU 1981 y 1996, que preveía una disposición similar en el artículo 10(5)(c), sometido al condicionamiento de que la renta atribuida a tal EP constituya por lo menos el 50 % de las rentas de la compañía de todas las fuentes, porcentaje que según Klaus Vogel es irrelevante para el gravamen en el país de la fuente (1991: 697). Cabe señalar que la versión vigente del MCEU correspondiente al 2006 no incluye tal disposición.

4.7. Tasa cero (0%) para un tipo de interés - Artículo 11(3)

El CDI bajo análisis, en su artículo 11(2), establece en principio la renta compartida entre el país de la fuente y el de la residencia respecto a los intereses; y se establece un límite para el gravamen en la fuente ascendente al 15%.

Sin embargo, el artículo 11(3) establece el gravamen exclusivo en el país de la residencia en un caso de intereses (que equivale a la tasa cero (0%) en el país de la fuente).

El artículo 11(3) señala:

Artículo 11: Intereses

[...]

3. No obstante las disposiciones del párrafo 2, los intereses mencionados en el párrafo 1 solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que es residente el beneficiario efectivo de los intereses, si:

a) El beneficiario efectivo es uno de los Estados Contratantes o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de un Estado Contratante, así como los bancos cuyo capital sea cien por ciento de

propiedad del Estado Contratante y que otorguen préstamos por un periodo no menor a 3 años. En este último caso, los intereses que perciban dichos bancos deberán estar gravados en el país de residencia;

b) Los intereses son pagados por cualquiera de las entidades mencionadas en el inciso a).

México estila incluir la disposición antes señalada con algunos matices en sus CDI; por ejemplo, en el suscrito con Alemania el 9 de julio de 2008 (México 2009):

Artículo 11(3).- No obstante las disposiciones del párrafo 2, los intereses mencionados en el párrafo 1 solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que es residente el beneficiario efectivo de los intereses, si: a) el beneficiario efectivo es un Estado Contratante, el Banco de México o el Deutsche Bundesbank; b) los intereses son pagados por cualquiera de las entidades mencionadas en el inciso a); c) los intereses proceden de la República Federal de Alemania y son pagados respecto de un préstamo concedido, garantizado o asegurado por el Banco de México, Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., Nacional Financiera, S.N.C. o el Banco Nacional de Obras y Servicio Públicos, S.N.C., o por cualquier otra institución que acuerden en cualquier momento las autoridades competentes de los Estados Contratantes; d) los intereses proceden de los Estados Unidos Mexicanos y son pagados respecto de un préstamo concedido, garantizado o asegurado por la República Federal de Alemania o es pagado a Kreditanstalt für Wiederaufbau o Deutsche Investitions-und Entwicklungsgesellschaft, o por cualquier otra institución que acuerden en cualquier momento las autoridades competentes de los Estados Contratantes.

Como se observa, la cláusula incorporada en el CDI celebrado entre México y Alemania señala expresamente el nombre de los bancos beneficiarios de la exoneración del gravamen de intereses en el país de la fuente, equivalente a la tasa cero (0%), a diferencia de la cláusula prevista en el CDI con Perú que alude al Banco Central de un Estado contratante, así como los bancos cuyo capital sea 100% de propiedad del Estado contratante y que otorguen préstamos por un período no menor a tres años.

Es preciso indicar que el beneficio de la tasa cero (0%) involucra a tres sujetos que actúan en dos calidades: en primer lugar, como beneficiarios efectivos de intereses (11(3)(a)); y, en segundo lugar, como pagadores de intereses (11(3)(b)):

- a) Estados contratantes o una de sus subdivisiones políticas
- b) El Banco Central de un Estado contratante
- c) Los bancos cuyo capital sea 100% de propiedad del Estado contratante y que otorguen préstamos por un período no menor a tres años.

En el Informe 102-2011-EF/2011-EF/61.01 del Ministerio de Economía y Finanzas del 12 de julio de 2011 incluido en el expediente del Proyecto de Ley 885-2011 (Congreso de la República 2012: 129) se indica:

En relación a los supuestos en donde se acordó la potestad exclusiva en residencia, cabe precisar que conforme lo establecido en la normativa interna, el Sector Público Nacional se encuentra inafecto y los intereses provenientes de créditos de fomento y los intereses y demás ganancias provenientes de créditos externos concedidos al Sector Público Nacional se encuentran exentos del pago del Impuesto a la Renta. Además, en relación a las operaciones de préstamo realizadas por la Banca de Fomento de México a residentes peruanos, se debe precisar que conforme a información remitida

por SUNAT vía email, no se tiene registro de ningún retención efectuada del 2007 al 2009, lo que significa que no existe pérdida tributaria.

Como se observa, si bien el Ministerio de Economía y Finanzas afirma que no existe pérdida tributaria, ya que no tiene registro de ninguna retención en relación con las operaciones de préstamo realizadas por la Banca de Fomento de México a residentes peruanos, es preciso indicar que la citada retención tendría que haberse realizado en México y no en el Perú. La SUNAT no tiene forma de conocer tal información, en la medida en que el contribuyente peruano está obligado a declarar la renta de fuente extranjera, constituida —entre otros— por los intereses pagados en México y potencialmente un crédito en caso de haberse efectuado una retención, los cuales se declaran junto con otras rentas y otros impuestos pagados en el extranjero. Por su parte, la procedencia del crédito por impuesto pagado en el exterior constituye una medida unilateral prevista en el artículo 88 inciso e) de la LIR, preexistente al CDI celebrado con México, por lo que no podría calificarse como «pérdida tributaria».

Por su parte, la introducción de la tasa cero (0%) o gravamen exclusivo en el país de residencia trae consigo el problema de su posible repercusión en la cláusula de la nación más favorecida prevista en el CDI celebrado por el Perú con Canadá respecto a intereses, en tanto México es un país miembro de la OCDE y el Perú se comprometió con Canadá a aplicar automáticamente cualquier tasa inferior al 15% prevista en un CDI posterior con un país miembro de tal organización (Villagra y Villagra 2013: 26). El haber previsto la tasa cero (0%) para determinado tipo de intereses podría originar que los residentes en Canadá en virtud de la cláusula de la nación más favorecida pretendan que se aplique la tasa citada en cualquier caso o en casos similares a los previstos en el artículo 11(3)(a).

En general, en los casos de activación de cláusulas de la nación más favorecida, es recomendable que, mediante una norma, la Administración Tributaria establezca claramente las condiciones y la oportunidad en las que es aplicable la modificación de una tasa de retención. Nótese que el CDI con Canadá que alude a «si en virtud, de un acuerdo o convenio celebrado con un país que es un miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en una fecha posterior a aquella en la que se firma el Convenio, Perú acuerda [...]». En tal sentido, puede interpretarse que un convenio celebrado en vigor, situación que detenta el CDI con México, ya activa la cláusula; mientras que otros podrían entender que se requiere un convenio en aplicación (lo cual, en el caso de México, sucederá el 1 de enero de 2015).

4.8. Alcance del término «regalías»: inclusión de ciertas ganancias por enajenación de derechos o bienes - Artículo 12(3)

Artículo 12: Regalías

[...]

3. El término «regalías» empleado en este Artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o el derecho al uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas, científicas u otras obras protegidas por los derechos de autor, incluidas las películas cinematográficas o películas, cintas y otros medios de reproducción de imagen y sonido, las patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por el uso o derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

No obstante lo dispuesto en el Artículo 13, el término «regalías» también incluye las ganancias obtenidas por la enajenación de cualquiera de dichos derechos o bienes que estén condicionados a la productividad, uso o posterior disposición de los mismos.

La literalidad de lo previsto en el último párrafo del artículo 12(3) no permite saber con exactitud si la frase «dichos derechos o bienes» se refiere a los comprendidos en el artículo 13 (bienes inmuebles) o si se refiere a los señalados en el párrafo anterior relativos a regalías; sin embargo, la legislación comparada nos permite afirmar que la cláusula está orientada a otorgarle calidad de regalía a las ganancias obtenidas por la enajenación de los derechos o bienes que generan tal tipo de renta cuando están condicionadas a la productividad, al uso o a la posterior disposición.

La fórmula utilizada en el segundo párrafo del numeral 3 del artículo 13 antes citado no forma parte ni del MCODE ni del MCONU; su origen corresponde al MCEU que dentro del artículo 12(2)(b)¹⁵ establece que la ganancia derivada de la enajenación de cualquier derecho o propiedad cuyo uso o cesión de uso origina regalías constituye también una regalía en la medida que tal ganancia sea contingente de la productividad, uso o disposición de la propiedad (Doernberg 1997: 108). Por su parte, las ganancias que no son contingentes se gravan conforme al artículo 13 del Modelo de Estados Unidos que trata de las ganancias de capital, al igual que el MCOCDE y el MCONU; así lo reconoce la Explicación Técnica 180 del Modelo de Estados Unidos (Departamento del Tesoro de Estados Unidos 2012b: 42).

Las ganancias de capital derivadas de la enajenación de cualquier derecho o propiedad incluidas, y cuyo uso o cesión de uso origina regalías contingentes a la productividad, no han sido consideradas por el Perú regalías en ninguno de los CDI antes suscritos. Por el contrario, México sí acostumbra incluir tal cláusula y, entre otros, esta se encuentra presente en su CDI con Australia celebrado el 9 de septiembre de 2002 (México 2004). A continuación reproducimos el artículo pertinente en el que la literalidad no deja dudas respecto a los bienes cuya enajenación se considera regalías:

Artículo 12: Regalías

[...]

3. El término «regalías» en el presente Artículo significa pagos o créditos, ya sea periódicos o no, y de cualquier forma descritos o registrados, en la medida en que se realicen en consideración de:

- a) El uso o la concesión de uso de cualquier derecho de autor, patente, diseño o modelo, plano, fórmula o procedimiento secreto, marca comercial o cualquier otro derecho o bien similar; o
- b) El uso o la concesión de uso de cualquier equipo industrial, comercial o científico; o
- c) El suministro de conocimientos o información científica, técnica, industrial o comercial; o
- d) El suministro de cualquier asistencia que sea accesoria y subsidiaria a, y que se proporcione con el fin de permitir la aplicación o el goce de, cualquier bien o derecho mencionado en el inciso (a), cualquier equipo mencionado en el inciso (b), o cualquier conocimiento o información mencionada en el inciso (c); o
- e) El uso o la concesión de uso de: (i) películas cinematográficas; o (ii) películas o cintas para uso en relación con la televisión; o (iii) cintas para uso en relación con transmisiones de radio; o f) el permitir

15 «2. The term "royalties" as used in this Article means: a) payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic, scientific or other work (including cinematographic films), any patent, trademark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience; and b) gain derived from the alienation of any property described in subparagraph a), to the extent that such gain is contingent on the productivity, use, or disposition of the property».

total o parcialmente el uso o suministro de cualquier bien o derecho a que se haga referencia en el presente párrafo.

4. El término «regalías» también incluye las rentas, beneficios o ganancias derivadas de la enajenación, intercambio u otra forma de disposición de cualquier bien o derecho descrito en este párrafo, en la medida en que los montos correspondientes a dicha enajenación, intercambio u otra forma de disposición, estén condicionados a la productividad, uso o disposición ulterior de dicho bien o derecho.

4.9. Enajenación de acciones de una sociedad cuyo valor procede de propiedad inmobiliaria - Artículos 13(3) y 13(4)

Artículo 13: Ganancias de capital

[...]

3. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos similares en una sociedad, cuyos bienes consistan, directa o indirectamente, en más de un 50 % en bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado.

4. Adicionalmente a las ganancias gravables de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores, las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos en el capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el período de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 20 % en el capital de dicha sociedad.

El artículo antes citado prevé el gravamen compartido de las ganancias de capital por la enajenación de acciones de empresas domiciliadas, condicionada a la tenencia por un período y porcentaje mínimo; y sin necesidad de cumplir con la condición indicada cuando más del 50 % de sus bienes consistan en inmuebles situados en un Estado contratante. En cuanto a la enajenación de acciones de una sociedad no domiciliada que califica como «enajenación indirecta de acciones», solo se gravarán si más del 50 % de sus bienes consisten en inmuebles situados en un Estado contratante.

El MCOEDE, con relación a la enajenación de acciones, prevé su gravamen exclusivo en el país de residencia del enajenante; sin embargo, en su artículo 13(4) prevé que las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50% de su valor procede, directa o indirectamente, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último.

La fórmula usada en el artículo 13(3) del CDI celebrado con México se aleja del MCOEDE en su artículo 13(4) porque alude a que los bienes de la sociedad cuyas acciones se enajenan «consistan», directa o indirectamente, en más de un 50% en bienes inmuebles; mientras que el MCOEDE se refiere al «valor» procedente de propiedad inmobiliaria en el mismo porcentaje citado.

A efecto de entender el tratamiento de las ganancias de capital por la enajenación de acciones, es preciso recordar que son dos los criterios de sujeción que determinan la existencia de renta de fuente peruana, previstos en los artículos 9 y 10 de la LIR. Primero está la regla general que se guía por el domicilio de la sociedad emisora de las acciones; en tal sentido

constituye rentas de fuente peruana la obtenida por la enajenación de acciones cuando la empresa que las haya emitido esté constituida en el Perú:

Artículo 9.- En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana:

[...]

h) Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú.

En segundo lugar, la legislación cuenta con una regla particular adicional a la antes señalada, y es la recogida por el artículo 10 inciso e) de la LIR, conocida como enajenación indirecta de acciones, ya que trata de acciones emitidas por una empresa no domiciliada, conforme al siguiente detalle:

Artículo 10.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, también se consideran rentas de fuente peruana:

[...]

e) Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. A estos efectos, se debe considerar que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria — en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas — de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones:

1. En cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada.

[...]

2. En un período cualquiera de doce meses, se enajenan acciones o participaciones que representen el diez por ciento o más del capital de una persona jurídica no domiciliada.

[...]

En tal sentido, es posible diferenciar dos criterios de sujeción en función a la sociedad, empresa o persona jurídica que emite las acciones que se enajenan:

Gráfico N° 1

LIR	RENDA DE FUENTE PERUANA	APLICABLE A:
9h)	Enajenación de acciones emitidas por una empresa o sociedad residente.	<i>Sociedad residente</i>
10e)	Enajenación indirecta de acciones de una persona jurídica no domiciliada propietaria de acciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas	<i>Sociedad no residente</i>

Elaboración propia

Al respecto, los Modelos de la OCDE y de la ONU prevén el tratamiento de la enajenación de acciones en el artículo 13 denominado «Ganancias de Capital». El MCOCDE históricamente previó en general que el país de residencia del enajenante grave la ganancia procedente de la enajenación de acciones; sin embargo, en la versión vigente se admite un tratamiento más flexible tratándose de acciones cuyo valor procede de inmuebles situados en el otro Estado contratante.

La actualización del MCONU correspondiente al 2011 establece el gravamen compartido entre el país de residencia y de la fuente respecto a las ganancias por la enajenación de acciones de una empresa en general (no necesariamente residente), cuyas propiedades consisten principalmente en inmuebles situados en el otro Estado contratante; así como para otro tipo de acciones diferentes a la antes mencionada, exclusivamente de empresas residentes, condicionado a la tenencia de cierto porcentaje del accionariado por un período de doce meses.¹⁶

En virtud del artículo 13(4) del CDI suscrito con México, se prevé el gravamen compartido de la renta restringido a acciones de la sociedad residente del otro Estado contratante; condicionada a que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el período de doce meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 20% en el capital de dicha sociedad.

Nótese que a diferencia del artículo 13(3) que se refiere a «acciones en una sociedad», en el artículo 13(4) se alude a acciones «de una sociedad residente del otro Estado Contratante»; con lo cual queda descartado que el país de la fuente pueda gravar la enajenación indirecta de

¹⁶ «4. Gains from the alienation of shares of the capital stock of a company, or of an interest in a partnership, trust or estate, the property of which consists directly or indirectly principally of immovable property situated in a Contracting State may be taxed in that State. In particular: (a) Nothing contained in this paragraph shall apply to a company, partnership, trust or estate, other than a company, partnership, trust or estate engaged in the business of management of immovable properties, the property of which consists directly or indirectly principally of immovable property used by such company, partnership, trust or estate in its business activities. (b) For the purposes of this paragraph, "principally" in relation to ownership of immovable property means the value of such immovable property exceeding 50 per cent of the aggregate value of all assets owned by the company, partnership, trust or estate.

5. Gains, other than those to which paragraph 4 applies, derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares of a company which is a resident of the other Contracting State, may be taxed in that other State if the alienator, at any time during the 12 month period preceding such alienation, held directly or indirectly at least ___ ¿A qué se refiere? per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) of the capital of that company».

acciones bajo el artículo 13(4), ya que esta se refiere a acciones de empresas no constituidas en el país, por lo tanto no residentes. En tal sentido, sería inexacta la afirmación del informe del Ministerio de Economía y Finanzas cuando indica que el Perú «consiguió asegurar la potestad de gravar la enajenación indirecta de acciones» (Congreso de la República 2012: 131).¹⁷

Si bien el artículo 13(6) prevé la renta compartida de las ganancias «distintas a las mencionadas en los párrafos anteriores de este artículo», las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones quedarían fuera de su alcance, en tanto su tratamiento está previsto en los párrafos 3 y 4.

4.10. Renta compartida respecto a otras rentas - Artículo 21

Artículo 21: Otras Rentas

Las rentas de un residente de un Estado Contratante no mencionadas en los Artículos anteriores del presente Convenio y que provengan del otro Estado Contratante, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.

La disposición del artículo 21 del CDI con México prevé una renta compartida entre el país de la fuente y el de residencia para las rentas de un Estado contratante que provengan del otro Estado contratante no mencionadas en el CDI. Esta fórmula se aleja radicalmente del MOCDE que prevé el gravamen exclusivo en el país de residencia para tales rentas.

1. Las rentas de un residente de un Estado contratante, cualquiera que fuese su procedencia, no mencionadas en los anteriores artículos del presente Convenio solo pueden someterse a imposición en ese Estado.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no es aplicable a las rentas, distintas de las derivadas de la propiedad inmobiliaria en el sentido del apartado 2 del Artículo 6, cuando el beneficiario de dichas rentas, residente de un Estado contratante, realice en el otro Estado contratante una actividad o un negocio por medio de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado y el derecho o bien por el que se pagan las rentas esté vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

En la misma línea del CDI celebrado con México, los CDI suscritos por el Perú con Chile, Canadá y Brasil establecen el gravamen compartido entre el país de la fuente y el de residencia respecto a la renta no comprendida en los artículos del 6 al 20; no obstante, el CDI con Canadá prevé un límite en el país de la fuente para el caso de renta que procede de un fideicomiso, excluido el fideicomiso cuyas contribuciones sean deducibles. En tal caso, el impuesto exigido no podrá exceder del 15% del importe bruto, siempre que el ingreso sea imponible en el Estado contratante del cual es residente el beneficiario efectivo.¹⁸

17 «Asimismo, se acordó la imposición compartida sin límites de las ganancias de capital que no tienen un tratamiento especial en el presente artículo. Así, el Perú consiguió asegurar la potestad de gravar la enajenación indirecta de acciones».

18 Con relación a lo previsto en el artículo 21 del CDI bajo análisis, resulta ilustrativo el Informe del Servicio de Impuestos Internos Ord. N.º 191 del 29 de enero de 2010 (SII 2010) emitido en el marco del CDI celebrado entre Chile y México, que contiene una disposición similar, que niega la calidad de renta empresarial a la derivada de la prestación de servicios de procesamiento de datos sin establecimiento permanente en Chile y aplicando, en consecuencia, el artículo 21 que autoriza la renta compartida.

4.1.1. Subcapitalización y transparencia fiscal internacional - Artículo 22

Artículo 22: Limitación de Beneficios

[...]

2. Las disposiciones del presente Convenio no impedirán a un Estado Contratante aplicar sus disposiciones relacionadas con capitalización delgada y empresas extranjeras controladas (en el caso de México, regímenes fiscales preferentes).

La cláusula antes señalada prevé que el CDI no impedirá, ni a México ni al Perú, aplicar sus disposiciones relacionadas con la capitalización delgada y empresas extranjeras controladas. Cabe señalar que a la fecha de suscripción del CDI llevada a cabo el 27 de abril de 2011, el Perú ya contaba con regulación sobre subcapitalización contenida en el último párrafo del artículo 37 inciso a) de la LIR; sin embargo, en el 2011 nuestro país carecía de legislación vinculada con las empresas extranjeras controladas. Tal régimen fue recogido por la LIR bajo la denominación de Transparencia Fiscal Internacional mediante el Decreto Ley 1120¹⁹ reglamentado mediante el Decreto Supremo 258-2012-EF²⁰ con vigencia a partir del 1 de enero de 2013.

El Perú no ha recogido ninguna disposición expresa vinculada a la subcapitalización ni al régimen de transparencia fiscal internacional en sus CDI celebrados con Chile ni Canadá. Por el contrario, México estila incluir una disposición similar en sus CDI; por ejemplo, en el suscrito con Alemania, la cual tiene mayores alcances ya que prevé que este no se interpretará en el sentido de impedir que un Estado contratante aplique lo dispuesto por su legislación interna sobre la prevención de la evasión y elusión fiscal, incluyendo las disposiciones sobre capitalización delgada y regímenes fiscales preferentes. Sin embargo, el mismo artículo establece que si el resultado constituye una doble imposición, las autoridades competentes se consultarán mutuamente sobre la forma de evitar la doble imposición.

Cabe señalar que el objetivo de eliminar la doble imposición que podría producirse como consecuencia de la aplicación de las medidas antielusivas no se encuentra en la disposición prevista con el Perú en el artículo 22 del CDI suscrito por el Perú con México; lo cual podría inducir a pensar que no existiría la obligación de eliminar la potencial doble imposición.

En la misma línea que el CDI con México, el CDI celebrado por el Perú con Brasil contiene una cláusula bilateral vinculada con la transparencia fiscal internacional, mas no con la subcapitalización: en el numeral 5, inciso d) del Protocolo se indica que

(d). Las disposiciones del Convenio, especialmente las del Artículo 23 no impedirán que un Estado Contratante aplique las disposiciones de su legislación nacional relativa a la subcapitalización o para combatir el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta incluida la legislación de sociedades controladas extranjeras (legislación «CFC») u otra legislación similar.

Cabe resaltar, no obstante, que las cláusulas referidas a la transparencia fiscal internacional, previstas en el artículo 22(2) del CDI con México y en el Protocolo 5(d) del CDI con Brasil, colisionarían, entre otros, con los artículos 10(5) de estos, que siguiendo el MCOUDE prohíben

19 Publicado el 18 de julio de 2012; con vigencia a partir del 1 de enero del 2013.

20 Publicado el 18 de diciembre de 2012.

someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre estos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

4.12. Cláusula de la nación más favorecida unilateral - Protocolo (4)

El CDI bajo análisis ha previsto una cláusula de la nación más favorecida, unilateral, con relación a dividendos, intereses y regalías, con un límite mínimo para los dos últimos tipos de rentas pasivas antes citados ascendente al 10%. En tal sentido, el numeral 4 del Protocolo señala:

Protocolo

[...]

4. Artículos 10, 11 y 12

Si en cualquier acuerdo o convenio celebrado entre Perú y un tercer estado que entre en vigencia en una fecha posterior a la fecha de entrada en vigencia del presente Convenio se limite el gravamen en el Perú sobre los dividendos, intereses y regalías a una tasa menor que aquella prevista en los Artículos 10, 11 y 12 de este Convenio, tal tasa inferior deberá aplicarse automáticamente sobre los dividendos, intereses y regalías procedentes del Perú y cuyo beneficiario efectivo sea un residente de México y sobre los dividendos, intereses y regalías procedentes de México y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del Perú, bajo las mismas condiciones como si tal tasa inferior hubiera sido especificada en aquellos Artículos. La autoridad competente del Perú deberá informar a la autoridad competente de México sin retraso que se han reunido las condiciones para la aplicación de este párrafo.

En el caso de intereses y regalías, la tasa a aplicarse automáticamente en ningún caso será menor a 10 %.

Es preciso enfatizar que la cláusula operará únicamente si el Perú prevé en futuros CDI tasas inferiores a las acordadas con México para dividendos, intereses y regalías; y no tendrá ningún efecto el hecho de que tal país acuerde tasas inferiores en sus CDI futuros; por ello se afirma que la cláusula es unilateral respecto al Perú.

El compromiso asumido por el Perú, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Protocolo (4), es que si en un CDI posterior suscrito con un tercer país limita el gravamen en el Perú sobre los dividendos, los intereses y las regalías a una tasa menor que aquella prevista en los artículos 10, 11 y 12, tal tasa inferior deberá aplicarse automáticamente. Sin embargo, como se ha señalado en el numeral 4.7 de este trabajo, el artículo 11 del CDI suscrito con México prevé dos tasas para intereses, la tasa cero (0%) o gravamen exclusivo en el país de residencia en el párrafo 3 y la tasa del 15 % en el párrafo 2.

En tal sentido, el contenido del Protocolo (4) con relación a intereses es incierto, ya que materialmente no es posible disminuir la tasa cero (0%) prevista para cierto tipo de intereses. Probablemente la disposición del Protocolo (4) pretende referirse exclusivamente a la tasa prevista en el artículo 11(2) ascendente al 15%; no obstante, su redacción aludiendo de forma genérica al artículo 11, entre otros, puede generar distorsiones.

4.13. «Cláusula de sujeción» para intereses y ganancias de capital - Protocolo (5)

El Protocolo (5) prevé, con relación a los intereses y a las ganancias de capital, tratados en los artículos 11 y 13, respectivamente, una disposición muy particular, sin precedentes en los CDI suscritos por el Perú.

Protocolo

[...]

5. Artículos 11 y 13

Las disposiciones de esos Artículos no se aplicarán si el perceptor de la renta, siendo residente de un Estado Contratante, no está sujeto a imposición o está exento en relación con esa renta de acuerdo con las leyes de ese Estado Contratante. En este caso, esta renta puede estar sujeta a imposición en el otro Estado Contratante.

La disposición antes señalada se conoce en la doctrina como cláusula de sujeción al impuesto o *subject-to-tax clause* y constituye una medida preventiva para evitar el riesgo de la «doble exención» o de la doble no imposición; sin embargo, en el caso del Protocolo (5) esta medida se limita a los intereses y a las ganancias de capital tratados en los artículos 11 y 13, respectivamente. La cláusula de sujeción está incluida dentro de la gama de medidas contra sociedades instrumentales o «conductoras», junto a las cláusulas de transparencia, de tránsito y la de exclusión, entre otras (Carmona 2013: 1085).

Vogel define a la cláusula general de sujeción al impuesto como la que prevé el otorgamiento de los beneficios del CDI solo si la renta en cuestión es sometida a gravamen en el Estado de residencia que corresponde básicamente al propósito de los CDI de evitar la doble imposición (1997: 112).

El comentario 15 al artículo 1 del MCOCDE señala que las disposiciones de «sujeción a impuesto» de alcance general estipulan que en el país fuente la posibilidad de acogerse a los beneficios de un convenio tributario existe únicamente cuando la renta en cuestión está sujeta a impuesto en el país de residencia. El mismo comentario también indica que «por diferentes motivos, el Modelo de Convenio no recomienda la utilización de una disposición general de este tipo» y admite que aunque esto pueda parecer apropiado en el marco de una relación internacional normal, muy posiblemente un enfoque del tipo «sujeción a impuesto» se adoptaría ante una situación típica de uso instrumental del Convenio (OCDE 2008: 55).

Recientemente, en el 2012, la Comisión Europea emitió recomendaciones contra el planeamiento tributario agresivo que, en la actualidad, empieza a constituir una preocupación común de los países que tradicionalmente trataban al planeamiento como una práctica legítima. Contrariamente al comentario preexistente del MCOCDE antes señalado, la recomendación 3.2 (Comisión Europea 2012: 4) invoca a sus países miembros a incluir en sus CDI la cláusula de sujeción al impuesto en los siguientes términos:

Quando este Convenio prevea que uno de los tipos de renta será gravable solo en uno de los Estados contratantes o que puede ser gravado en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante se abstendrá de gravar tal tipo de renta solo si este está sujeto al impuesto en el primer Estado contratante.

La disposición del Protocolo (5) del CDI celebrado entre Perú y México constituye una «cláusula de sujeción al impuesto» para el caso de intereses y ganancias de capital; en tal sentido, si el perceptor de tales rentas residente de México o Perú no está sujeto a imposición o está exento en relación con tales rentas de acuerdo con las leyes del Estado de residencia, tal renta puede ser gravada o sometida a imposición en el otro estados contratante, es decir, en el país de la fuente.

Cabe señalar que esta medida sería preventiva para evitar el riesgo de doble no imposición; sin embargo, en este caso el abuso no derivaría de una actividad atribuida al contribuyente, sino que sería consecuencia de una asimetría de las legislaciones internas de los estados contratantes.

Los alcances de la disposición contenida en el Protocolo (5) con relación a los intereses y a las ganancias de capital serían:

- a) Que el país de la fuente retenga porcentajes más elevados que los previstos en el propio CDI para la aplicación de la renta compartida.
- b) Que habiéndose previsto el gravamen exclusivo en el país de residencia, el país de la fuente deba gravar tal renta ilimitadamente.

Sin embargo, la aplicación del Protocolo (5) conforme a los dos puntos antes señalados resulta sumamente compleja, ya que requerirá como mínimo que el agente de retención domine el sistema tributario vigente en el otro Estado a efecto de aplicar el gravamen en el país de la fuente sin límites con relación a los intereses y a las ganancias de capital; dejando de lado los límites del CDI e incluso la atribución del gravamen al Estado de residencia. Nótese que los agentes de retención tienen responsabilidad solidaria y son sancionados en caso de incumplimiento.

4.14. Intercambio de información y secreto bancario - Artículo 26(5)

Artículo 26: Intercambio de Información

[...]

5. En ningún caso las disposiciones del párrafo 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado Contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.

Protocolo

[...]

8. Artículo 26

[...]

En la aplicación del párrafo 5 del Artículo 26, los Estados Contratantes pueden tomar en consideración las limitaciones constitucionales y procedimientos legales relevantes.

El intercambio de información constituye una de las principales herramientas de las Administraciones Tributarias para el control de la tributación de los no residentes. En el mundo globalizado en el que el comercio se centra en grupos de empresas que operan en diversos países, es sumamente importante que la Administración Tributaria de cada país tenga la posibilidad de intercambiar información (Villagra 2009: 15).

En la actualidad, muchos de los esfuerzos a nivel de estados están orientados a lograr un intercambio de información efectivo. Aunque la cláusula vinculada al citado intercambio siempre ha estado presente en el artículo 26 de los modelos internacionales, el MCOCDE ha tenido varias modificaciones al respecto, incluso una reciente en el 2012 (OCDE 2012). Actualmente, solo la versión vigente del MCOCDE señala que las disposiciones internas referentes al secreto fiscal no pueden constituir obstáculo al intercambio de información. En virtud del artículo antes citado, las autoridades competentes de los estados contratantes están facultadas a intercambiar las informaciones necesarias para aplicar lo dispuesto en los CDI o en el derecho interno de los estados contratantes.

El comentario 19.11 correspondiente al párrafo 5 del artículo 26 del MCOCDE relativo al intercambio de información señala que un Estado contratante no puede negarse a suministrar información a un socio convencional por el solo hecho de que esa información esté en posesión de un banco o de otra institución financiera. La introducción del párrafo 5 en el artículo 26 refleja la tendencia internacional en esta área, como se evidencia en el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información en Materia Tributaria, y según se describe en el informe «Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales, OCDE 2000» (OCDE 2008: 390).

Considerando que el Perú tiene el secreto bancario garantizado en el propio texto de la Constitución de 1993, resultará incomprensible que mediante un CDI se asuma la obligación de intercambiar información bancaria que la SUNAT no puede obtener, salvo excepcionalmente en los casos en los que con autorización judicial puede solicitar información a las empresas del sistema financiero sobre operaciones pasivas con sus clientes, conforme lo prevé el Código Tributario en su artículo 62.

En el Reporte de la OCDE sobre la competencia tributaria dañina se detectó que el acceso limitado a información bancaria por parte de algunos países constituye un obstáculo para la identificación de regímenes tributarios nocivos (OCDE 1998: 30); igualmente se determinó que una de las características más dañinas de tales regímenes es la existencia de disposiciones que garanticen el secreto bancario (OCDE 1998: 33). En tal sentido, se recomendó que los países revisen sus normas y prácticas que rigen el acceso a la información bancaria a efecto de remover los obstáculos que impiden el acceso a esta por parte de las autoridades tributarias (OCDE 1998: 45).

Como se observa, en la actualidad el mantenimiento del secreto bancario a nivel constitucional constituye un aspecto crítico de nuestro país en sus relaciones con otros estados, los cuales, por las consideraciones antes expuestas, pueden incluso calificar al Perú como uno involucrado en competencia tributaria dañina. Es preciso indicar que una de las medidas previas al ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE en el 2010 fue precisamente la eliminación del secreto bancario.

En cuanto a la disposición del artículo 26(5) del CDI con México que señala expresamente que en ningún caso se permitirá a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, entre otros, el Protocolo (8) admite que los estados contratantes puedan tomar en consideración las limitaciones constitucionales y los procedimientos legales relevantes. Sin embargo, como se observa, estaríamos ante disposiciones abiertamente contradictorias; principalmente porque en el artículo 26(5) se alude a que en «ningún caso» se permitirá la negativa; mientras que en el Protocolo (8) se autorizarían las limitaciones constitucionales.

La contradicción identificada podría generar muchos problemas en la aplicación del CDI con México en aspectos altamente sensibles en el contexto internacional vigente de lucha contra la planificación tributaria agresiva y la proliferación de paraísos fiscales.

4.15. Disputas relativas a los impuestos comprendidos en el CDI - Protocolo (10)

Protocolo

10. No obstante cualquier otro acuerdo internacional (incluido el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), las disputas que ocurran entre los Estados Contratantes relativas a un impuesto comprendido en el Convenio solo estarán sujetas a las disposiciones del Convenio.

A diferencia de lo previsto por los CDI celebrados con Chile y Canadá, el CDI con México descarta la posibilidad de tratar las disputas vinculadas al CDI en otro ámbito. Recordemos que el artículo 28 del CDI con Chile prevé que

Para los fines del párrafo 3 del Artículo XXII (Consulta) del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), los Estados Contratantes acuerdan que, sin perjuicio de ese párrafo, cualquier disputa entre ellos respecto de si una medida cae dentro del ámbito de esa Convención, puede ser llevada ante el Consejo de Comercio de Servicios conforme a lo estipulado en dicho párrafo, pero solo con el consentimiento de ambos Estados Contratantes. Cualquier duda sobre la interpretación de este párrafo será resuelta conforme el párrafo 3 del Artículo 25, o, en caso de no llegar a acuerdo con arreglo a este procedimiento, conforme a cualquier otro procedimiento acordado por ambos Estados Contratantes.

En la misma línea, el CDI con Canadá prevé la posibilidad de tratar alguna discrepancia fuera de su ámbito, en virtud del artículo 28 (4) que con diferente literalidad establece una cláusula similar a la prevista en el CDI con Chile.

4.16. Ausencia de cláusula vinculada a la asistencia en la recaudación

El CDI suscrito con México no cuenta con una cláusula vinculada a la asistencia en la recaudación, lo cual llama la atención al ser México un país miembro de la OCDE cuyo modelo de convenio prevé tal asistencia en su artículo 27. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el propio MCOUDE admite que en algunos países la legislación interna, o ciertas razones políticas o administrativas, pueden impedir o no justificar la asistencia en la recaudación o pueden requerir que este tipo de asistencia esté restringida, por ejemplo, a los países con regímenes fiscales o Administraciones Tributarias similares, o a los impuestos comprendidos en el convenio.

La OCDE sostiene que el artículo 27 debe incluirse únicamente en aquellos CDI en los que los estados concluyan que, basándose en los factores descritos en el párrafo 1 del comentario I al artículo 27, están en la capacidad de acordar la prestación de asistencia en la recaudación de los impuestos exigidos por el otro Estado.

Los factores aludidos son:

- a) La posición de la legislación nacional respecto a la prestación de asistencia en la recaudación de impuestos de otros estados.
- b) La medida en que los sistemas fiscales, las Administraciones Tributarias y las normas jurídicas de los dos estados son análogas, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los contribuyentes (por ejemplo, la notificación, en los plazos y la forma establecidos, de los créditos imputados al contribuyente; la confidencialidad de la información relativa al contribuyente; el derecho a recurrir o impugnar; el derecho a ser oído o a presentar argumentos y elementos probatorios; el derecho a la asistencia letrada escogida esta por el contribuyente; el derecho a un proceso justo, etcétera).
- c) Si la Administración Tributaria de cada Estado puede prestar eficazmente esta clase de asistencia.
- d) Si los flujos de intercambios y de inversiones entre los estados son suficientes como para justificar esta clase de asistencia.
- e) Si, por razones de orden constitucional u otra, deben limitarse los impuestos a los que se aplica el artículo 27.

Considerando que el artículo 27 fue incorporado al MCOCDE en el 2003, los CDI con Chile y Canadá celebrados en el 2001 no incluyen la asistencia en la recaudación; tampoco lo hace el CDI con Brasil suscrito en el 2006. Por el contrario, la Decisión 578 de la Comunidad Andina incorporó la «Asistencia en los procesos de recaudación» en su artículo 21, lo cual ha sido reconocido como un acierto del régimen comunitario para evitar la doble imposición.

En virtud de la citada disposición, los países miembros asumen el compromiso de prestarse asistencia en la recaudación de impuestos adeudados por un contribuyente determinado mediante actos firmes o ejecutoriados, según la legislación del País solicitante. Se condiciona el requerimiento de asistencia solo para los casos en los cuales los bienes de propiedad del deudor tributario ubicados en el país miembro acreedor no fueren suficientes para cubrir el monto de la obligación tributaria adeudada.

Un aspecto controvertido en general que muchas veces obstaculiza la asistencia en la recaudación es el que se refiere a los costos principalmente cuando los países contratantes son de diferente nivel de desarrollo económico; por ello resulta positivo que la Decisión 578 haya previsto su tratamiento. Al respecto se prevé que, a menos que sea convenido de otra manera por las autoridades competentes de los países miembros, se entenderá que los costos ordinarios incurridos por un país miembro que se compromete a proporcionar su ayuda serán asumidos por ese país; mientras que los costos extraordinarios serán asumidos por el país miembro solicitante y se determinarán sin considerar el monto que se ha de recuperar en su favor.

En cuanto al CDI suscrito con México que no prevé la asistencia en la recaudación, cabe señalar que este tipo de convenios debe usarse no solo para determinar el gravamen del impuesto a la renta entre los estados contratantes; sino que su objetivo además es contribuir a la efectiva administración de los impuestos y constituir una herramienta, entre otros, para la recaudación de acreencias.

5. Conclusiones

- a) El CDI celebrado con México y aplicable en el Perú desde el 1 de enero de 2015, en términos generales, no se aleja de lo acordado por el Perú en sus CDI bilaterales

- vigentes. No obstante lo anterior, se han identificado aspectos positivos, pero también temas precisos que son peculiares y que rompen el esquema de lo suscrito hasta la fecha y que podrían generar problemas de interpretación.
- b) Se considera positivo que se incluya expresamente en su ámbito con relación a México al impuesto empresarial a tasa única conocido como IETU para evitar la incertidumbre que podría generarse, ya que tal impuesto no reúne las típicas características de un impuesto a la renta. Igualmente es importante la expresa mención a la procedencia del ajuste de correspondencia de precios de transferencia condicionado a la conformidad del otro Estado; así como el establecimiento del límite para el gravamen en la fuente aplicable al impuesto a las remesas de los beneficios del EP, conocido como el *branch profit tax*.
 - c) En cuanto a las rentas pasivas, salvo el caso de intereses previsto en el artículo 11(3), se han mantenido los porcentajes de retención en el país de la fuente conforme a los CDI vigentes.
 - d) Entre los aspectos negativos se identifica una abierta contradicción entre lo previsto en el artículo 26 relacionado con el intercambio de información que no permite negarse a proporcionar información que obra en poder de bancos; mientras que el Protocolo indica que pueden tomarse en cuenta limitaciones constitucionales.
 - e) Es criticable, igualmente, la incorporación de la «cláusula de sujeción al impuesto» para el caso de intereses y ganancias de capital, en tanto es de compleja aplicación para el contribuyente y podría generarle sanciones drásticas en su calidad de agente de retención.
 - f) La consideración de la asistencia técnica prestada durante más de noventa días como EP es una disposición sin precedentes que puede generar distorsiones al sistema, incluidos problemas interpretativos con relación a las consultorías.
 - g) El haber previsto la tasa cero (0%) para determinado tipo de intereses origina la activación de la cláusula de la nación más favorecida establecida en el CDI con Canadá. La Administración Tributaria debe señalar las condiciones y los plazos al respecto.
 - h) El otorgamiento de la calidad de regalías a ciertas ganancias por enajenación de derechos o bienes no tiene precedente. Tal disposición no sería distorsionante; sin embargo, su redacción podría generar problemas interpretativos.
 - i) El Protocolo (4) con relación a intereses es incierto, ya que materialmente no es posible disminuir la tasa cero (0%) prevista para cierto tipo de intereses.
 - j) Se considera una importante medida antielusiva la aplicación de las disposiciones relacionadas con la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional. No obstante, podrían generarse inconsistencias con lo previsto en otros artículos del propio CDI.

6. Bibliografía

ARIAS, Pedro

2002 «The Status of Double Taxation Treaties in Mexico». *IBFD Bulletin Tax Treaty Monitor*. *Ámsterdam*, volumen 56, número 10, pp. 510-515.

CARMONA, Néstor

2013 «Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición». En SERRANO, Fernando (director). *Fiscalidad Internacional*. Quinta edición. Madrid: Centro de Estudios Financieros, pp. 1065-1098.

COMISIÓN EUROPEA

2012 «Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning». Consulta: 15 de octubre de 2012.
http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2013a Proyecto de Ley N.o 02498/2012-PE. Presentado el 18 de julio de 2013. Convenio entre la República del Corea y la República del Perú para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos a la Renta. Consulta: 18 de octubre de 2013.

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

2013b Proyecto de Ley N.o 02499/2012-PE. Presentado el 18 de julio de 2013. Convenio entre la República del Perú y la República Portuguesa para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos a la Renta. Consulta: 18 de octubre de 2013.

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

2013c Proyecto de Ley N.o 02865/2012-PE. Presentado el 31 de octubre de 2013. Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos a la Renta y al Capital suscrito el 21 de setiembre de 2012. Consulta 10 de junio de 2014.

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

2012 Proyecto de Ley N.o 00885/2011-PE. Presentado el 13 de marzo de 2012. Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta. Consulta: 25 de setiembre de 2013.

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>

2009 Texto Único del Reglamento del Congreso de la República. Consulta: 17 de octubre de 2013.

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/reglamento.nsf/\\$\\$ViewTemplate%20for%20Regla?OpenForm&Start=1&Count=30&Expand=7.2&Seq=2](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/reglamento.nsf/$$ViewTemplate%20for%20Regla?OpenForm&Start=1&Count=30&Expand=7.2&Seq=2)

2006a Proyecto de Ley N.o 00007/2006-PE. Presentado el 3 de agosto de 2006. Convenio entre la República del Perú y el Reino de España para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y sobre el

Patrimonio. Consulta: 18 de octubre de 2013.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

2006b Proyecto de Ley N.o 00152/2006-PE. Presentado el 29 de agosto de 2006. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con el Impuesto a la Renta. Consulta: 18 de octubre de 2013.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

2002a Proyecto de Ley N.o 01916/2002-PE. Presentado el 31 de enero de 2002. Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de Canadá para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Consulta: 18 de octubre de 2013.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

2002b Proyecto de Ley N.o 03665/2002-PE. Presentado el 22 de agosto de 2002. Protocolo Modificadorio al Convenio entre la República del Perú y la República de Chile para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Consulta: 18 de octubre de 2013.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

2002c Proyecto de Ley N.o 03754/2002-PE. Presentado el 2 de setiembre de 2002. Convenio entre la República del Perú y la República de Chile para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Consulta: 18 de octubre de 2013.
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

DEPARTAMENTO DEL TESORO DE LOS ESTADOS UNIDOS

2006a «United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006». Consulta: 13 de octubre de 2013.
<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hpl6801.pdf>

2006b «Technical Explanation of the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006». Consulta: 27 de setiembre de 2013.
<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hpl6802.pdf>

DOERNBERG, Richard y Kees VAN RAAD

1997 *The 1996 United States Model Income Tax Convention - Analysis, Commentary and Comparison*. La Haya: Kluwer Law International.

GÁLVEZ, Ramón

2009 «Asistencia técnica ¿qué comprende?». Consulta: 13 de octubre de 2013.
http://www.ifaperu.org/uploads/articles/272_06_ct29_rgm.pdf

GARCÍA, Roque

1978 *Impuesto sobre la renta: teoría y técnica del impuesto*. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET), Organización de Estados Americanos.

GARCÍA, Francisco

2005 «Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea». *Crónica Tributaria*. Madrid, número 177, pp. 33-82.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (MÉXICO)

2009 «Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania para Evitar la Doble Imposición y la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, firmado en la Ciudad de México, el nueve de julio de dos mil ocho». Diario Oficial del 15 de diciembre de 2009. Consulta: 16 de octubre de 2013.

ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion/10/alemania20100120.pdf

2004 «Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia para Evitar la Doble Imposición y la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y su Protocolo». Diario Oficial del 13 de febrero de 2004. Firmado en la Ciudad de México, el 9 de setiembre de 2002. Consulta: 21 de setiembre de 2013. ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion/10/alemania20100120.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

2011 «Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries». Nueva York: United Nations. Consulta: 26 de octubre de 2013. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf

2002 «Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo». Nueva York: ONU.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)

2012 «Update to article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary». Aprobado por el Consejo el 17 de julio de 2012. Consulta: 19 de octubre de 2013. [http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20\(2\).pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf)

2008 *Modelo de convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio de la organización para la cooperación y desarrollo económico*. París: OCDE.

1998 *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. París: OCDE.

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE MÉXICO (SAT)

- 2013a «Estado [sic] que guardan los Convenios Fiscales celebrados por México, agosto 2013». Consulta: 16 de octubre de 2013.
ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion13/cuadro_29082013.pdf
- 2013b «Acuerdos de intercambio de información». Consulta: 13 de setiembre de 2013.
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/informacion_fiscal/legislacion/52_3558.htm
- 2013c «Estados para los cuales el IETU constituye un impuesto comprendido en los tratados para evitar la doble tributación que México tiene en vigor». Consulta: 20 de setiembre de 2013.
ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion13/CuadroIETU.pdf

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS DE CHILE (SII)

- 2010 Jurisprudencia administrativa: Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Chile y México - Art. 7, Art. 10, Art. 11, Art. 12, Art. 13, Art. 21 - Ley de la Renta, Art. 59, N.o 2. (Ord. N.o 191, de 29.01.2010). Consulta: 12 de setiembre de 2013.
<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2010/otras/ja191.htm>

UCKMAR, Víctor y otros

- 2011 *Manual de derecho tributario internacional*. Buenos Aires: La Ley.

VILLAGRA, Renée

- 2009 «Control, determinación y recaudación del impuesto a la renta de no residentes: mejores prácticas y tendencias modernas». Revista de Administración Tributaria. Edición Extraordinaria. Beca CIAT/IEF/AEAT. Panamá, número 28, pp. 3-71.
- 2008a «Los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal: con énfasis en los convenios vigentes en el Perú». En IFA GRUPO PERUANO. CDIs convenios para evitar la doble imposición tributaria. Lima: IFA, pp. 15-287.
- 2008b «Identificación de los criterios de sujeción de las rentas en los CDIs celebrados por el Perú». En IFA GRUPO PERUANO. CDIs Convenios para evitar la doble imposición tributaria. Lima: IFA, pp. 677-696.

VILLAGRA, Renée y Jorge VILLAGRA

- 2013 «Cláusula de la nación más favorecida en los CDI: herramienta para la potencial disminución de las retenciones del impuesto a la renta aplicables a Chile y Canadá». *Revista Contabilidad y Negocios PUCP*. Lima, volumen 8, número 15, pp. 15-32.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadynegocios>

VOGEL, Klaus

- 1997 *Double Taxation Conventions. Tercera edición*. Ámsterdam: Kluwer Law International.

COMENTARIO

Eduardo Sotelo Castañeda

Magíster en Derecho por la University of Chicago y en Políticas y Administración Público por la London School of Economics, y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo comentado declara su intención de constituirse en uno que identifique las características y peculiaridades del CDI suscrito entre Perú y México, con relación a la legislación interna, a los convenios preexistentes en un país o en ambos, y a los modelos internacionales; y reconoce, pues, que en su limitada extensión el análisis crítico in extenso de todos los aspectos que refiere no resulta factible. El trabajo de la autora logra su cometido en este aspecto.

Inspirada, al parecer, en el formato seguido por los Comentarios a los Modelos de Convenio del Impuesto a la Renta de las Naciones Unidas y el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, la autora realiza una serie de comentarios críticos sesudos y bien fundados —aunque, por supuesto, debido al formato elegido, requerirán de mayores y ulteriores reflexiones para poder ponderar los diversos impactos y repercusiones jurídicas y económicas de los problemas referidos.— Ello, no obstante, no resta mérito académico alguno al trabajo reseñado.

Así como los comentarios a los modelos intentan reflejar la interpretación de las diversas reglas y conceptos contenidos en el convenio modelo respectivo, y detectan la problemática concerniente a la aplicación de este, este trabajo es un encomiable esfuerzo por aportar novedosos hallazgos y la visión crítica de la autora sobre las cláusulas, las reglas y los conceptos de un instrumento jurídico que requiere cada vez más de un análisis urgente, como son los Convenios Tributarios sobre la Renta y el Patrimonio.

La problemática de la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición no es una mera cuestión teórica, pues, los efectos prácticos de los CDI pueden llegar a ser dramáticos para los fiscos —distorsiones de eficiencia, afectaciones al principio de suficiencia, elusión y evasión, pérdida de recaudación—. Un convenio indebidamente diseñado, como uno mal interpretado, es causa potencial de importantes problemas económicos y jurídicos; a veces incluso mayores y más graves de los que ocasionan no tener una herramienta para combatir la doble imposición y la elusión fiscal. Por ello, el aporte de la autora para esta comprensión y mejora del diseño nos resulta primordial.

El aporte del trabajo no consiste solo en que este se aboca a identificar las peculiaridades del CDI entre Perú y México, sino en dar también un vistazo crítico principalmente a los aspectos negativos que encierran mayor complejidad, o a aquellas cláusulas cuya interpretación es potencialmente generadora de conflictos jurídicos. Desde este punto de vista, el trabajo resulta un ejercicio intelectual eficaz y fértil para iniciar la discusión de la problemática jurídica y de política legal e internacional tributaria.

De los temas más resaltantes abordados, quizá sea importante comentar, en ausencia de un pronunciamiento al respecto de la autora, que el hecho de que el Perú, y cualquier Estado, ostente un modelo cambiante de Convenio, no debe ser por sí mismo un motivo de preocupación o malestar. La dinámica de cambio de la realidad económica, política y jurídica, caracterizada por la variabilidad de la importancia relativa en el comercio de determinados bienes y servicios, su movilidad, la volatilidad de sus precios, la detección de determinadas categorías de transacciones u operaciones acuñadas para sortear las jurisdicciones tributarias domésticas, la ralentización del ritmo de crecimiento de la economía de los países, la decisión más firme de combatir la elusión tributaria internacional producen la necesidad de ajustes en los modelos de convenio que adoptan los estados. Si los cambios no son debidamente reflexionados o no son soluciones óptimas, eso entra a discusión; y este trabajo es un ejemplo de tal ejercicio crítico de revisión.

Otros temas importantes abordados y que son, sin duda, aportes valiosos para el debate se centran en la advertencia de la autora sobre la incorporación de la «cláusula de sujeción al impuesto», la crítica a la regulación de la asistencia técnica y de la regalía, tan caras para la materia tributaria y tan comunes en el mundo globalizado.

Creemos, finalmente, que los comentarios brindados por la autora encierran relevancia jurídica, y demuestran un ejercicio de reflexión académica que, sin perjuicio de su corta extensión sentarán bases para futuras investigaciones sobre los CDI y mejoras en el modelo peruano hasta ahora utilizado.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Inicio mi respuesta resaltando el proceder del CICAJ que, previamente a la publicación de sus Cuadernos de Investigación, además de someter el trabajo al arbitraje de dos jueces, realiza un conversatorio sobre este y convoca a dos comentaristas. En mi caso se trató de los profesores Eduardo Sotelo Castañeda y Luis Durán Rojo, quienes pusieron en mi conocimiento y el de la audiencia, que tuvo a bien asistir, sus acertadas críticas y opiniones.

Por otra parte, he recibido los valiosos comentarios del profesor Eduardo Sotelo Castañeda, a quien agradezco por sus reflexiones. Con relación a estos, no me queda más que manifestar mi conformidad.

Aprovecho la oportunidad para exponer algunas observaciones pendientes. Como se sabe, a partir del 1 de enero de 2015 el Perú cuenta con siete CDI bilaterales; en tal sentido, hubiera sido interesante plantear mi análisis no solo en el contexto de los CDI preexistentes al de México; sino considerando los tres nuevos. Tal tarea no fue posible porque mi trabajo se inicia en el 2012, cuando no se tenía conocimiento del contenido de los CDI suscritos con Corea, Portugal ni Suiza, los cuales se hacen públicos cuando fueron remitidos al Congreso entre julio y octubre de 2013.

En el contexto actual los puntos 4.7 y 4.9 de la investigación, correspondientes a la activación de la cláusula de la nación más favorecida con relación a los intereses prevista en el CDI con Canadá y las ganancias de capital generadas por la enajenación indirecta de acciones, respectivamente, cobran mucha actualidad e importancia frente al tratamiento otorgado por los otros CDI que entraron en vigencia el 1 de enero de 2015.

Si bien, como indica acertadamente el profesor Eduardo Sotelo, es legítimo que un país ostente un modelo cambiante de Convenio, resulta pernicioso que en los últimos cuatro CDI celebrados por el Perú (México, Corea, Suiza y Portugal), que incluso fueron negociados en la misma época, el tratamiento otorgado a la ganancia de capital generada en la enajenación indirecta de acciones, sea diferente, contradictorio entre uno y otro; y no se observe una línea de negociación y regulación convencional coherente, y menos la existencia de un modelo peruano.

El problema radica en las diversas interpretaciones que cada una de tales cláusulas genera, lo cual resta seguridad jurídica a un país que requiere inversión extranjera. Nótese que precisamente estamos ante un rubro de suma importancia para el inversionista, como es querer anticiparse al tratamiento legal que recibirá en el momento en que, eventualmente, decida transferir sus acciones. La dificultad para interpretar los nuevos CDI con relación a las ganancias de capital se evidencia, entre otras razones, porque reiteradamente este tema es materia de foros y discusiones académicas y técnicas en los que finalmente se concluye que no hay claridad en los CDI y que no existen interpretaciones contrapuestas.

En tal sentido, espero que el análisis y la crítica que efectuó en la investigación abordada contribuyan al debate y a la formulación de un modelo peruano coherente.

SECCION VI
DERECHO PENAL

DELITO PERMANENTE, MANUTENCIÓN DEL RIESGO TÍPICO E INJERENCIA

José Arrieta Caro

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y becario de la Comisión Fulbright

Categoría Egresados

La estructura del delito permanente se ha descrito durante mucho tiempo como aquella en la cual el autor crea un estado antijurídico que se mantiene en el tiempo por su voluntad, posibilitando que este no se considere concluido con la realización del tipo (Roxin 1997: 329). La propuesta que presentamos se aleja de esta definición (cuyos elementos, por lo demás, no han sido establecidos con claridad por la doctrina) para postular que la estructura de los delitos permanentes puede explicarse de modo más ventajoso recurriendo a los fundamentos y límites del concepto de injerencia en el derecho penal. En buena cuenta, este trabajo buscará identificar los elementos de esta última (comportamiento precedente, deber de garante e infracción del deber de garante) en los delitos permanentes. Posteriormente se evaluará el rendimiento de esta propuesta de aproximación a través de dos cuestiones fundamentales. La primera de ellas será la capacidad de la misma para explicar los efectos que se le atribuyen al delito permanente de manera coherente con los presupuestos de un Estado constitucional de derecho. La segunda será la idoneidad de la propuesta como herramienta práctica para identificar o descartar que determinados tipos penales de la parte especial puedan o no calificarse como permanentes.

I. El problema con la definición actual de delito permanente

Los conceptos son herramientas que desempeñan funciones específicas, según su contenido, en el sistema de derecho penal. El concepto de delito permanente no es la excepción y, a mi modo de ver, son dos sus principales funciones. La primera consiste en justificar un tratamiento sistemático que pudiese parecer, a primera vista, diferenciado con respecto a los delitos no comprendidos en aquella categoría. Este tratamiento particular se caracteriza por seguir generando una reacción incluso «después de producida»¹ la consumación y se expresa, a saber, en cuatro aspectos:

- a) La posibilidad de que se produzca participación delictiva después de que el comportamiento del autor ya se consumó

¹ Las comillas se deben a que probablemente sea más exacto decir «después de iniciada» la consumación, como se verá posteriormente.

- b) El cómputo del plazo de prescripción solo a partir del momento del cese de la permanencia, posterior al momento del inicio de la consumación
- c) La extensión del momento idóneo para actuar amparado por una causa de justificación; también hasta el cese de la permanencia
- d) La posibilidad de aplicar a la conducta leyes penales que entraron en vigor después de que esta comenzó a ejecutarse

Por otro lado, la segunda función del concepto es permitir a los operadores jurídicos identificar con claridad qué tipos penales de la parte especial pueden calificarse como permanentes, y por qué.

Si esto es así, el concepto de delito permanente debe ser capaz de relacionar adecuadamente los efectos que se le atribuyen con los elementos que componen su definición, de manera que resulte lógico entender que una forma delictiva definida en esos términos produzca esas consecuencias. Pero, además, para poder cumplir cabalmente la función de identificación de delitos permanentes, la definición debe también ser particularmente clara; puesto que de otro modo no permitirá realizar la operación de subsunción correspondiente respecto de las conductas típicas de la parte especial.

La mayoría de manuales de parte general y especial definen en la actualidad el delito permanente según la llamada «concepción bifásica»,² que debe su nombre a la división de esta clase de conductas en dos grandes fases. De acuerdo con esta, la primera se identifica con la realización del movimiento corporal descrito por la acción típica; mientras que la segunda consiste en la mantención voluntaria de un estado antijurídico (o situación ilícita) creado a consecuencia de la primera acción (Antolisei 1980: 185).

Hay un importante sector doctrinal que suscribe la concepción bifásica y considera, además, que en los delitos permanentes se produce una extensión de la fase consumativa.³ La concepción bifásica *per se*, sin embargo, no implica suscribir necesariamente esta posición; son numerosos los autores que definen el delito permanente haciendo referencia a un estado antijurídico mantenido por la voluntad del sujeto activo, sin considerar que se produzcan anomalías en la consumación.⁴ Parte de este sector doctrinal, a su vez, entiende que lo que se prolonga es más bien la fase de «terminación»,⁵ y no la consumación. De la definición del delito permanente debería también desprenderse, por cierto, cuál de estas dos opciones resulta más coherente.

Más allá del gran respaldo doctrinal que ha recibido, esta definición es susceptible de varias críticas, todas ellas relacionadas con la falta de concreción de los elementos que la componen. Su

2 Muchos autores suscriben esta concepción sin denominarla expresamente así. Sin embargo, para efectos de este trabajo, se considera que siguen la concepción bifásica del delito permanente todos aquellos que aluden, en sus definiciones del delito permanente, a la existencia de un estado antijurídico (o situación ilícita) que subsiste en el tiempo por la voluntad del autor luego de realizada la conducta inicial. Así lo planteó la doctrina italiana inicialmente (que es la que más atención le ha dedicado al tema que nos ocupa), como se verá a continuación. Véase Antolisei(1980: 185).

3 En Perú: Villavicencio (2006: 684) y Rojas (2009: 507). En España: Mir Puig (1998: 202);Berdugoy otros(1999: 153), y Maggiore (1954: 295).

4 Sobre todo la doctrina alemana: Roxin (1997: 329) yWelzel (1987: 310).

5 En Perú: Montoya (2009: 7). En Alemania: Jescheck(2002: 281). (En el caso de Jescheck, específicamente sobre la fase de terminación en los delitos permanentes, véanse las pp. 556-557) y Stratenwerth (1982: 262-263). En España: Lloria(2006: 108).

imprecisión impide usarla como una herramienta funcional para identificar delitos permanentes en la legislación vigente y explicar suficientemente las consecuencias que se le atribuyen.

Para determinar qué delitos son permanentes, la definición debe permitir a los operadores realizar un juicio normativo de subsunción respecto de los tipos penales de la parte especial. Pero ¿cómo evaluar si la forma bajo la cual se producen los delitos de la parte especial es subsumible en la descripción que hace la concepción bifásica del delito permanente cuando no resulta claro lo que esta última nos está diciendo?

Para analizarlas mejor, conviene dividir las críticas a la indeterminación de la definición bifásica del siguiente modo: a) críticas a la indeterminación del elemento «estado antijurídico», y b) críticas a la indeterminación del elemento «voluntad que mantiene al estado antijurídico». Además, y como consecuencia de lo anterior, es posible formular una crítica adicional al modo cómo se han venido identificando los delitos permanentes) crítica al excesivo recurso al verbo rector como criterio de identificación de los delitos permanentes.

Nos dedicaremos a desarrollar las ideas que fundamentan cada una de estas objeciones en la primera parte de este trabajo. En la segunda, resumiremos los principales rasgos de nuestra propuesta sobre la definición del delito permanente, la cual está orientada a superar las objeciones anteriormente formuladas. Finalmente, en la tercera parte, evaluaremos la capacidad de rendimiento del planteamiento realizado.

1.1. Indeterminación del elemento «estado antijurídico» o «situación ilícita»

El primero de los cuestionamientos tiene que ver con la relación entre la existencia del llamado «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor» y la realización de los elementos del tipo penal. ¿Cómo es que la mantención del estado antijurídico puede seguir realizando (para algunos consumando) el tipo penal? No se sabe bien, porque los autores suelen pasar por alto lo que debe entenderse por «estado antijurídico». Salvo raras excepciones,⁶ lo normal es no dar explicaciones sobre cómo es que el estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor es capaz de seguir realizando el tipo penal.

Para tratar de identificar lo que debe entenderse por «estado antijurídico», es importante aproximarse a la forma como se desarrolla la ejecución de los tipos penales calificados como permanentes por la doctrina. Se sabe que el estado antijurídico se produce desde el momento de la consumación en adelante (Ranieri 1975: 328, tomo I). Por ejemplo, en un secuestro, este momento se produciría cuando el autor logra privar de su libertad al sujeto pasivo. El estado antijurídico vendría a ser el período posterior a este momento, y que puede definirse como una *situación de facto distinta a la anterior, generada por el comportamiento del sujeto activo y que se mantiene en el tiempo por su voluntad mientras es desvalorada por el ordenamiento*.

En efecto, en el delito de secuestro se observa que la consumación se produce al momento de la privación de libertad del sujeto pasivo. Lo que subsiste, luego de este momento, es el estado de privación de la libertad que experimenta este y que se mantiene por obra del autor. Hay, como resulta evidente, una situación de facto diferente a la que existía antes de la privación de la libertad, o antes de la consumación.

6 Fundamentalmente: Ragno, citado por Lloria (2006: 37), nota a pie de página número 98. El autor italiano considera que el estado antijurídico es una expresión de la naturaleza permanente de la lesión al bien jurídico causada, a su vez, por una conducta permanente.

Pero no basta con que el delito produzca una situación de facto diferenciable de la anterior, pues la nueva situación debe ser, además, antijurídica (de otro modo no podría hablarse de «estado antijurídico»). De ahí que esta sea desvalorada por el ordenamiento. ¿Cuándo se puede afirmar la concurrencia de este rasgo? ¿Qué debe entenderse por «antijurídico»?

Un primer acercamiento a esta noción invita a pensar en aquello que resulta contrario al ordenamiento como un todo. Siguiendo este razonamiento preliminar, el estado antijurídico vendría a ser aquel estado de cosas que, generado a raíz del delito, resulta contrario a las normas de cualquier rama del ordenamiento. Podría entenderse como una consecuencia, un efecto del delito que resulta desvalorado por una norma jurídica, cualquiera que sea.

Y, de hecho, la idea de que los efectos de un delito pueden ser desvalorados por otras ramas del ordenamiento parece adecuarse a la realidad. Piénsese en el estado de incapacidad para trabajar causado a un sujeto a consecuencia de un delito de lesiones. Este estado es desvalorado por las normas que regulan la responsabilidad civil; pues mientras mayor sea la cantidad de días que el perjudicado pase sin poder trabajar, mayor será el monto por concepto de lucro cesante que el autor del delito deberá pagar como resarcimiento (o reparación civil). De ahí que pueda afirmarse que el efecto del delito de lesiones (la incapacidad para el trabajo por un período determinado de días) sea desvalorado por el derecho civil al aumentar y volver más gravoso el monto del resarcimiento. Estos efectos son desvalorados por el ordenamiento jurídico extrapenal y constituyen, por tanto, estados de cosas que son «antijurídicos».

El problema de dicho modo de pensar es que no explica la relevancia que el sistema penal le otorga a este elemento del delito permanente. No olvidemos que, en ellos, el estado antijurídico es algo tan importante que permite considerar que el delito no está concluido aún. El estado antijurídico debe tener, consecuentemente, relevancia penal.

Vistas las cosas así, el razonamiento debe enfocarse en la búsqueda de estados antijurídicos con un significado más penal. En este sentido, una segunda posibilidad sería considerar como tales las situaciones desvaloradas por el artículo 46 del Código Penal⁷ en los literales e) y f) del inciso 1), y g) del inciso 2. Estas normas brindan criterios que permiten al juez graduar la pena en función a los efectos producidos por un determinado delito.

Cuando la ley hace referencia a «las consecuencias de la conducta punible» (inciso 2, literal g), por ejemplo, queda claro que el sentido de la disposición es permitirle al juez valorar las consecuencias de un determinado accionar delictivo para individualizar la pena. De acuerdo con esta norma, es posible que una situación de facto producida a raíz del delito y considerada pernicioso obligue al juez a elevar la pena concreta. De ocurrir esto, no quedaría sino afirmar que también el derecho penal ha (des)valorado el estado de cosas generado por el delito, pues aumentó o disminuyó la sanción a imponerse —dentro del rango del tipo penal— debido a este.

7 Artículo 46 del Código Penal.- «1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

[...]

e) *Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;*

f) *Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;*

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

[...]

g) *Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;*

[...].» (Las negritas son nuestras)

Sin embargo, es cuestionable que la infracción de la pauta de comportamiento establecida por este tipo de normas sea suficiente para considerar que los efectos de determinados delitos generen estados antijurídicos penalmente relevantes en sentido estricto. La antijuridicidad penal material de un hecho se basa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (Mir Puig 2006: 150).⁸ Las normas que establecen los criterios para la determinación judicial de la pena presuponen la existencia de un injusto; esto es —entre otras cosas—, de una lesión al bien jurídico. Estas normas, dirigidas al juez para orientarlo en la individualización de la pena, contienen también un mandato dirigido a los justiciables que busca motivarlos a evitar los daños subsecuentes que se puedan producir luego de la lesión del bien jurídico. De ahí que la reparación voluntaria del daño que el autor realice (inciso 2, literal f) pueda también influir favorablemente en la determinación de su sanción.

Debe entenderse entonces que la infracción de las pautas de comportamiento que subyacen a las normas sobre determinación judicial de la pena no implica una lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico. Implica, más bien, que en un momento previo se lesionó algún bien jurídico, pero no significa una nueva lesión. Por ende, los estados producidos a consecuencia de la realización de un delito desvalorados por el sistema en el artículo 46 del Código Penal no son antijurídicos en un sentido estrictamente penal, pues no expresan una nueva lesión a algún bien jurídico.

De lo anterior se desprende que el estado antijurídico al que se hace alusión en el delito permanente tiene que ser indefectiblemente uno durante el cual se produzca o se mantenga una lesión a algún bien jurídico. Únicamente los delitos en los que se pueda generar un estado de cosas, después de iniciada la consumación, durante el cual se produzca o se mantenga una lesión a algún bien jurídico, crean en sentido estricto un estado antijurídico penalmente relevante.

Esta reflexión invita a cuestionar la utilidad de emplear el término «estado antijurídico» para definir el delito permanente. Si el estado antijurídico es realmente tal, tiene necesariamente que ser algo que lesione o ponga en riesgo bienes jurídicos. Por ende, su esencia no puede destinarse a la de la conducta típica y antijurídica, ya que solo ella puede constituir un injusto; y solo un injusto lesiona bienes jurídicos.

Pero si esto es así, entonces resulta cuestionable el empleo del término «estado» para describir algo que es en realidad conducta típica. ¿Por qué emplearlo? La palabra «estado» proviene, según el diccionario de la Real Academia Española, del latín *status*, y se define en su primera acepción como una situación o un modo determinado de ser o de estar.⁹ Es decir, abona en la idea de algo estático, inmóvil, de una situación o modo de ser definido previamente.

La descripción que hace este término del delito permanente pareciera representar el principio de este como una conducta que termina y luego crea un estado de cosas. Pero si lo antijurídico es la conducta, entonces no habría un estado antijurídico «creado por la conducta» con anterioridad, como reza la definición bifásica, sino un comportamiento que, a medida que se va ejecutando, se considera antijurídico. La antijuridicidad acompaña a la conducta mientras esta se produce y se da simultáneamente con ella.

¿Cuál es el aporte entonces de emplear el término «estado antijurídico» para describir algo que sigue siendo conducta? El vocablo planteado induce, más bien, a confusión. No se habla

8 Suscribimos la afirmación de este autor según la cual la antijuridicidad penal implica vulnerar o poner en riesgo bienes jurídicos, pero no su concepción sobre la relación entre esta y el desvalor de resultado.

9 «Estado. (Del lat. *status*). I. m. Situación en que se encuentra alguien o algo, y en especial cada uno de sus sucesivos modos de ser o estar [...]» (Real Academia Española 2001).

de un «estado de realización del tipo» para describir la realización del tipo penal en la mayoría de delitos. De la misma manera, no debería recurrirse a la idea de un «estado» para abarcar la conducta que sigue realizando el tipo penal durante la consumación en el delito permanente.

Por último, al calificar de antijurídico —y solo de antijurídico— al estado de cosas generado luego de la consumación en el delito permanente, se da la equivocada impresión de que la culpabilidad desaparece. No parece, sin embargo, que existan razones para pensar que, por poner un ejemplo, el autor de un delito de secuestro deje de ser imputable o actúe en un supuesto de no exigibilidad de otra conducta a partir del momento en que se priva de la libertad al sujeto pasivo. Si no hay razones para entender que la culpabilidad desaparece en ese estadio del delito, tildarlo solo de antijurídico no resulta consecuente.

Estas son las principales críticas que se pueden formular al elemento «estado antijurídico» de la concepción bifásica. Ahora nos dedicaremos a explicar las críticas referidas al otro elemento de la definición tradicional del delito permanente, es decir, la voluntad que supuestamente lo mantiene en el tiempo.

1.2. Indeterminación del elemento «voluntad que mantiene al estado antijurídico»

La concepción bifásica señala que el estado antijurídico creado por la conducta del autor se mantiene en el tiempo por su voluntad. Caracteriza, por ende, a la manutención de este como una acción voluntaria. No obstante, no está clara la naturaleza jurídica de esta voluntad: si es un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, si es el dolo mismo, o si es algo totalmente diferente. Esto, nuevamente, dificulta la identificación de los delitos permanentes en la parte especial.

Tradicionalmente, el análisis de la voluntad en la teoría del delito se realiza al abordar el lado subjetivo del injusto. Ello invita a explorar si es que existe alguna relación entre uno o algunos de sus elementos y la voluntad a la que se alude como determinante para la manutención del estado antijurídico. Para comenzar a explorar esta posibilidad hay que considerar que si el delito permanente prosigue más allá de la consumación, es porque los elementos del tipo penal se siguen realizando luego de esta.

Si los elementos del tipo penal se siguen realizando incluso después de esa fase, también aquellos que integran el lado subjetivo del injusto deben seguirse realizando; entre ellos, el dolo. Si el dolo se define —desde una perspectiva volitiva— como la voluntad de realizar el tipo,¹⁰ y la voluntad que mantiene al estado antijurídico es voluntad de mantener la realización del tipo en el tiempo, entonces es posible, de manera preliminar, identificar esa voluntad con un concepto volitivo de dolo.

Una primera aproximación permite, entonces, identificar la voluntad que mantiene al estado antijurídico con el dolo del delito permanente desde una postura que acepte al elemento volitivo como un componente de este. Si se admite esto, habría que afirmar que lo que plantea la concepción bifásica es que el mantenimiento del estado antijurídico es siempre doloso (reiteramos, desde una teoría volitiva del dolo).

La doctrina nacional no ha especificado nunca si la voluntad que mantiene al estado

¹⁰ Sobre las diferencias entre la teoría volitiva del dolo y la teoría cognitiva (o de la representación), véase Bacigalupo (2004: 305 y ss.).

antijurídico es en realidad el dolo o un elemento subjetivo diferente del dolo presente solo en este tipo de delitos. Lo que sí queda claro es que las situaciones de facto desvaloradas por el ordenamiento y originadas a partir del comportamiento de los autores subsisten porque estos lo permiten. Esta permisividad es el factor que se identifica con el elemento volitivo que figura en la definición bifásica del delito permanente, y solo se presentaría [según la doctrina española] en los casos en los que la estructura típica del delito así lo establece (Lloria 2006: 39).

Permitir voluntariamente que determinadas situaciones de facto se sigan produciendo no es sino un comportamiento doloso, al menos desde una teoría volitiva. Pero si el elemento volitivo del delito permanente es el mismo que en todo el resto de delitos dolosos, ¿no resulta acaso redundante hacer referencia a su rol en la manutención del comportamiento en los delitos permanentes?

Desde una perspectiva del dolo que priorice el elemento volitivo, todos los injustos dolosos se llevan a cabo gracias a la voluntad del autor que realiza la conducta; de modo que no hace falta destacar su presencia (siempre que se admita que el estado antijurídico es en realidad conducta).

Por el contrario, desde una manera de entender el dolo que excluya a la voluntad de su esencia y enfatice el elemento cognitivo (que es la que se sostiene aquí), la voluntad que mantiene al estado antijurídico tendría, o bien que ser un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, o bien que ser excluida de la definición por no cumplir ningún rol, ya que no podría equipararse al dolo al carecer éste de contenido volitivo.

Bajo esta perspectiva tampoco podría entenderse que la voluntad que mantiene al estado antijurídico sea un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, puesto que ello implicaría afirmar que todos los delitos de la parte especial considerados permanentes tienen un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. Ello solo podría ocurrir si existiese una referencia expresa del texto legal de cada tipo penal considerado permanente en tal sentido, o una manera de interpretarlos que permitiese arribar a la misma conclusión aun sin contar con el respaldo del texto expreso legal. Ninguna de las dos posibilidades se produce en la realidad.

Resumiendo, si se asume que el estado antijurídico es parte del injusto, el elemento volitivo no tiene cabida en la definición del delito permanente ni desde una concepción que enfatice la voluntad ni desde una concepción que enfatice el elemento cognitivo en el dolo. En el primer caso, por reiterativo (todos los injustos dolosos se realizan por la voluntad de su autor); y, en el segundo, por ser inconsistente con la perspectiva cognitiva y porque no existen razones para que pueda considerarse un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

Dicho esto, corresponde ahora explicar cómo es que la indeterminación de los elementos que componen la definición bifásica del delito permanente ha generado que la doctrina se centre demasiado en el criterio del verbo rector para determinar qué tipos penales pertenecen a esta categoría.

1.3. Uso excesivo del criterio del verbo rector para determinar qué delitos son permanentes

No puede prescindirse del estudio acerca de la forma como la doctrina ha venido identificando a los tipos penales como permanentes si se intenta contribuir a una mejor comprensión de la categoría. Luego de revisar la literatura especializada, la conclusión que puede extraerse es

que el criterio del verbo rector ha tenido una importancia fundamental en esta operación. Para demostrar esto último, es posible citar dos ejemplos que muestren la forma como la doctrina suele determinar que un delito sea o no permanente. Muñoz, por ejemplo, al comentar por qué el delito de detenciones ilegales español —análogo a nuestro delito de secuestro y con «encerrar» o «detener privando» como verbos rectores— es permanente, señala lo siguiente:

El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Caben, pues, las formas imperfectas de ejecución. *Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo*, estamos a veces ante un delito permanente [...] (2010: 170). (Las cursivas son nuestras)

A su vez Fontán, al comentar que el delito de omisión de asistencia familiar argentino era uno de tipo permanente, indicaba que:

Es un delito de los denominados permanentes o continuos, *porque la expresión verbal sustraerse a prestar constituye el núcleo del tipo, permite que la acción se prolongue en el tiempo* manteniendo sin variantes una situación típicamente antijurídica y culpable (1966: 401). (Las cursivas son nuestras)

Como puede apreciarse, ambos autores se basan fundamentalmente en una interpretación literal guiada por el tenor del verbo rector para establecer si concurre o no un delito permanente. Las limitaciones de la interpretación literal aplicada al derecho penal (y a cualquier rama del derecho) son, no obstante, conocidas.¹¹ En este sentido, reconocer que ha sido esta forma de interpretación la que ha primado para calificar a los delitos permanentes como tales debería servir como una llamada de alerta acerca de la posible existencia de problemas en esta área.

Aunque es posible analizar los verbos rectores con otros métodos interpretativos, en la práctica esto no es lo que se ha venido haciendo. Los autores se han limitado a decir —sin entrar en mayores discusiones— que determinado verbo permite que el delito sea permanente porque la acción física que describe tiene vocación de permanencia. Toda vez que en derecho penal los verbos rectores describen comportamientos fácticos, este buscarlo permanente en el verbo rector suele convertirse en un buscar lo permanente en una acción física, y se cae en una aproximación al problema demasiado naturalística.

El delito permanente requiere una apreciación valorativa que lo justifique. *Lo permanente* no puede ser solo un dato desnudo de la realidad. *Lo permanente* tiene que ser el resultado de una construcción argumentativa y valorativa que explique por qué es jurídicamente apropiado que determinadas conductas se prolonguen en el tiempo aun después de la consumación.

Si se entendiera, como se ha venido haciendo, que el valor del verbo rector para determinar qué delitos son permanentes se rige por la posibilidad de que la acción física que describe se mantenga en el tiempo, entonces la primera consecuencia indeseable que se produciría es que se cuestionaría la pertenencia a la categoría de los delitos permanentes de tipos penales que no solo han sido siempre reconocidos como tales, sino que además necesitan contar con dichas características para poder tutelar adecuadamente el bien jurídico que protegen.

Esto se debe a que los verbos capaces de expresar la permanencia son aquellos en los que la acción y la situación de hecho generada por esta se corresponden en todo momento. «Tener», «retener», «detener» o «formar parte» son algunos ejemplos de verbos en los que

¹¹ Acerca de cómo es que la literalidad de los preceptos no siempre expresa el fin de la norma, véase Silva (2006: 376-381). Sobre problemas más genéricos, véase Vernengo (1971: 13-19).

no es posible separar la acción inicial del estado de cosas que se genera a consecuencia de esta. La acción de retener dura tanto como se mantenga la retención. La existencia del estado de cosas generado a consecuencia de la acción de retener (es decir, la situación de retención) es, al mismo tiempo, la ejecución o realización del verbo. Quien retiene algo tiene una situación de retención a su favor.

Lo mismo puede decirse de la acción de «detener» y de la acción de «formar parte»: quien detiene a alguien genera una situación de detención que se mantendrá mientras la acción de detener se siga realizando, y quien forma parte de una organización genera una situación de pertenencia que se mantendrá mientras la siga integrando. «Tener» o «poseer» son otros ejemplos de verbos que cumplen con esta característica. Sucede lo mismo con la locución «mantener bajo su poder» (empleada en el delito de lavado de activos).

En nuestro país, el legislador ha empleado verbos que no se adecúan a esta pauta para describir delitos que se consideran, sin embargo, permanentes. Usó, por ejemplo, el verbo «privar» para describir la conducta típica del delito de secuestro. «Privar» no es un verbo parecido a «retener» y sus similares, en la medida en que admite una diferenciación entre el acto de privar de algo a alguien y el estado de privación que se genera a partir de este. Si A priva de su celular a B, el acto de privación ocurrió en el momento en que se produjo la sustracción. El período posterior durante el cual B está privado de su celular no puede identificarse con el acto de privar.

Si todavía quedan dudas, recuérdese que el Diccionario de la Real Academia Española indica que «privar» significa «despojar».¹² Y despojar es un acto que no tiene vocación de permanencia, sino que se agota en un instante. De hecho, este es el principal argumento con el que un sector de la doctrina peruana se opone a calificar al delito de usurpación como permanente (Mazuelos 1995a: 123) y (Salinas 2010: 424-425).

Considerando esto último, resulta especialmente cuestionable que nadie aquí se haya planteado el problema de si el verbo rector del delito de secuestro admite su configuración como un delito permanente (pese a que el Diccionario de la Real Academia Española indique que significa lo mismo que despojar), y haya ocurrido exactamente lo contrario con el delito de usurpación. El delito de usurpación, en una de sus modalidades típicas, emplea el verbo «despojar» como verbo rector.

Si «privar» es, semánticamente, lo mismo que «despojar», entonces buena parte de los argumentos con los que autores como Mazuelos niegan que el delito de usurpación sea un delito permanente deberían ser trasladables al secuestro. Este autor indica que la situación permanente de desposesión que experimenta el sujeto pasivo y que se mantiene en el tiempo a raíz del despojo no había sido descrita en el tipo legal respectivo —cuyo verbo rector es precisamente «despojar»—, por lo que este no podría considerarse un delito permanente (1995a: 123).

Si bien el delito de secuestro tutela un bien jurídico distinto y prohíbe un comportamiento diferente, lo que es innegable es que si «privar de su libertad» significa «despojar de su libertad» y «despojar» es un verbo sin vocación de permanencia, tendrá que aceptarse que la descripción típica del delito de secuestro no expresa lo que el criterio del verbo rector exige para aceptar la existencia de un delito permanente.

Lo problemático que resulta el empleo de este criterio puede evidenciarse también en los delitos de omisión, en los cuales los verbos rectores siempre parecen referirse a conductas

¹² *Supra*, numeral 1.1.

que se prolongan en el tiempo. En lo que corresponde a los delitos de omisión pura, las conductas delictivas descritas deberían seguirse considerando en ejecución hasta que el sujeto realice aquello a lo que el sistema le compele. En el delito de omisión de auxilio a persona en peligro,¹³ en el que la locución verbal empleada es «omite prestar auxilio inmediato», la aplicación del criterio del verbo rector daría razones para considerar que este es un delito permanente.

Todos los delitos que cuenten con una redacción similar podrían, por el solo hecho de que los verbos que los describen siempre parecen tener cierta vocación de permanencia, contar con argumentos para ser considerados tales. Si los delitos de omisión pura describen casos en los que el autor deja de realizar una acción a la que se encuentra obligado, lo lógico sería que se considere que existe una infracción permanente en tanto que no se realice dicha acción. Ningún autor en nuestro medio ha sostenido, sin embargo, una posición como esta.

Otro de los cuestionamientos que se le pueden hacer a este criterio es que buscar la descripción de la conducta típica permanente de manera especial en la redacción del verbo rector no se condice con la forma como se determina en la actualidad el alcance de un comportamiento delictivo. En la actualidad, la mayor prueba de que la acción que se encuentra textualmente descrita por el verbo rector no es la única que puede considerarse parte de la conducta prohibida viene dada por la existencia y el desarrollo de la teoría de los delitos de omisión impropia. La evolución de estos ha ido en el sentido de considerar que no se requiere que cada tipo penal indique expresamente que admite su propia realización por la vía omisiva.

Si se considera, como aquí, que acción y omisión son dos caras de la misma moneda y que la forma como se produce la conducta concreta es un dato de la realidad sin mayores repercusiones jurídicas, deberá aceptarse que no es necesario que exista una cláusula de extensión de la punibilidad regulada en la parte general del Código Penal para sancionar estas — aunque un sector de la doctrina opine lo contrario—. De no existir dicha cláusula general,¹⁴ la sanción de los delitos cometidos por omisión sería igualmente posible (García Cervera 2008: 448-449) y Meini (2009: 40-43).¹⁵ Los delitos de omisión impropia existen pese a no contar con un reconocimiento expreso en cada precepto típico.

En consecuencia, las conductas que pueden considerarse como realización típica no son solo las que se mencionan expresamente en el verbo rector. Nadie negará que la enfermera que omite dolosamente retirarle los vendajes a un deportista cuyo estado de salud ya se había estabilizado, generándole con ello graves daños musculares que lo inhabiliten para competir por varios días, comete el delito de lesiones. Sin embargo, el verbo rector del delito de lesiones graves es «causar». Y, en un sentido estrictamente naturalístico, las omisiones no «causan».¹⁶

13 Artículo 127 del Código Penal.- «El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa».

14 Artículo 13 del Código Penal.- «El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:
1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
La pena del omiso podrá ser atenuada».

15 En España: Gracia (2004: 133; 160-162). En estas últimas páginas solo se tratan los casos de comisión por omisión y no así los que el autor denomina de «omisiones de garante genérico referidas al resultado».

16 Sobre esto, véase Jiménez (1973: 232-233). Este autor da cuenta del problema señalado, e indica que importantes autores como Von Liszt, Beling y Merkel consideraron que no podía hablarse de causalidad en las omisiones. Para

Admitir la tipicidad de la conducta omisiva que se plantea en el ejemplo anterior equivale a admitir que la descripción estricta y física de la acción expresada en el verbo rector no es el último ni el único baremo para determinar qué conductas constituyen la realización de un tipo penal concreto.

Si esto es así, habrá que recurrir a un análisis menos formalista cuando se intente establecer si el hecho de no remover determinados estados de cosas puede considerarse parte de la realización típica. La cuestión de fondo, de modo similar a la tesis que desarrolla la existencia y fundamentación de los delitos de omisión impropia, dependerá más de un aspecto material que se expresa en la siguiente pregunta: «¿Ha adquirido, el autor de esa conducta en concreto, el deber de remover el estado de cosas subsecuente generado por esta?».

Con esto, concluimos las críticas a la concepción bifásica y al empleo desmesurado del criterio del verbo rector como forma de identificación de delitos permanentes. Pasamos ahora a exponer nuestra propia concepción en torno a esta institución.

2. Propuesta: el delito permanente como supuesto de injerencia tipificado

2.1. Riesgo prohibido y delito permanente

La escasa discusión que ha existido en doctrina acerca del delito permanente siempre ha estado concentrada en determinar si realmente existe una prolongación de la consumación en esta clase de comportamientos delictivos, o si es más adecuado entender que lo que se prolonga es más bien la fase conocida como «terminación».

El hecho de que la discusión haya girado en torno a estas nociones, sin embargo, relegó a un segundo plano a un concepto previo desde el cual es más sencillo aproximarse al problema: el riesgo prohibido. La función principal del derecho penal es desincentivar la realización de comportamientos de riesgo prohibido; por lo tanto, todos los conceptos que lo integran tienen que tener una vinculación directa con esta noción.

Solo la conducta puede crear riesgos prohibidos. Los sujetos deciden qué conductas ejecutan y cómo; de modo que sí es posible afirmar que el riesgo prohibido siempre es expresión de la libertad jurídicamente desaprobada de alguien. Al derecho penal solo puede interesarle prohibir aquello que es expresión de la libertad de los sujetos, y nada es más expresivo de ella que el riesgo prohibido creado, entendiendo este como una situación de perjuicio normativo que una conducta le ocasiona a un bien jurídico.¹⁷ El riesgo prohibido se desarrolla en paralelo a la ejecución típica¹⁸ y aumenta su intensidad desde que se inicia el comportamiento hasta la consumación, momento en el que alcanza su máximo nivel.

La regla del aumento gradual del riesgo típico desde el principio de la tentativa hasta la consumación se cumple también en los delitos de omisión y en los de mera actividad. Con respecto a los primeros, si bien se afirma que en estos existe una situación de riesgo preexistente no prohibida por la norma (Gracia 2004: 130), esta no debe confundirse con el riesgo prohibido, que es únicamente el que proviene de la conducta del sujeto, el que

él, sin embargo, sí puede hablarse de nexo causal en las omisiones, aunque no en referencia a la omisión como tal, sino en relación con la acción positiva pensada y a su resultado. Gracia (2004: 122).

17 Acerca de la determinación normativa del riesgo prohibido, véase Roxin (2007a: 94).

18 Salvo en ciertos casos de delitos de resultado tardío, que no se pueden abarcar aquí por razones de espacio.

representa una contravención a la pauta de comportamiento expresada en la norma penal. El «no hacer» del garante crea este riesgo prohibido normativamente. El otro riesgo (que existe antes de la omisión) carece de significado jurídico. Por ende, también en estos delitos el riesgo prohibido se inicia con la conducta del sujeto (que en estos casos es una omisión) y se va desarrollando hasta alcanzar el máximo punto de lesividad (García Caveró 2008: 457-458).¹⁹

En cuanto a los delitos de mera actividad, la tendencia del riesgo típico a aumentar gradualmente se manifiesta en la medida en que la duración de la actividad delictiva puede necesitar de un cierto período de tiempo para completarse. Si se identifica el momento en el que la actividad termina de ser realizada con el momento de mayor lesividad (consumación), se apreciará que el aumento progresivo del riesgo típico es regla también aquí. El abogado que le entrega una carta escrita de su puño a letra a un periodista revelándole todos los secretos de su patrocinado comete el delito de mera actividad de violación del secreto profesional.²⁰ Si asumimos que tuvo que tomar un autobús interprovincial para llevarle personalmente la carta al periodista y que el viaje le tomó tres días, se puede entender que el riesgo típico fue aumentando a medida que se acercaba a su destino, hasta alcanzar su apogeo cuando finalmente encontró al periodista y le entregó la carta.

Los delitos permanentes no escapan a esta regla genérica. No obstante, su principal característica es que, en ellos, una vez alcanzado el máximo nivel de riesgo prohibido para el bien jurídico, este puede mantenerse durante un período de tiempo potencialmente indeterminado si así lo decide el autor. A diferencia del resto de delitos, en los que una vez alcanzado el punto máximo de lesividad el riesgo decae, en el delito permanente el autor se coloca en una posición desde la cual puede mantener por un tiempo potencialmente indeterminado el nivel de peligro prohibido al máximo.

Quien priva de su libertad a alguien tiene la obligación de devolvérsela y hasta que no la cumpla (o este la recupere por otros medios) se considerará que sigue cometiendo el injusto del secuestro. Quien oculta a las autoridades los bienes procedentes de ciertos delitos tiene la carga de finiquitar ese estado de ocultamiento y hasta que no lo haga se le seguirá atribuyendo la realización del delito de lavado de activos.

En todos los delitos permanentes la acción inicial (que es de por sí un delito ya consumado) pone al bien jurídico en una posición de particular vulnerabilidad frente al autor. No es una posición respecto de la cual este pueda decidir si se produce o no una lesión o puesta en riesgo del bien jurídico, puesto que esta ya se produjo; pero sí es una posición desde la cual puede decidir por cuánto tiempo se mantendrá el máximo grado de lesividad.

Desde el punto de vista fáctico, puede entenderse que existen siempre dos acciones en los delitos permanentes. La primera es una conducta que crea una situación cuya permanencia significa la manutención de la lesión al bien jurídico. En un delito de secuestro, la primera acción iría desde el momento en el que se inician los actos orientados a privar de libertad al sujeto pasivo hasta que dicha privación se materializa. La segunda acción consiste en no impedir que la situación generada a consecuencia de la primera (en este caso, la situación de privación de libertad experimentada por el sujeto pasivo) se mantenga en el tiempo.

19 En contra: Silva (2004: 16).

20 Artículo 165 del Código Penal.- «El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multas».

Desde el punto de vista jurídico-valorativo, ambas acciones son en realidad una sola. La vinculación entre ambas es evidente: la segunda consiste en no impedir que subsista la situación generada por la primera. Ambas constituyen una unidad valorativa porque la esencia de la segunda acción es infringir los deberes que el autor adquirió con la realización de la primera —los detalles de este se explicarán posteriormente—.

Una vez alcanzado el máximo nivel de lesividad, el sistema le impone al sujeto que se ha constituido en aquella posición especial el deber de reconducir la fuente de peligro desbordada hacia niveles permisibles. Este deber es el único que cabría imponerle a quien se encuentra en dicha posición, puesto que en este punto ya existe un delito y, por ende, la fuente de peligro ya está desbordada. Lo único que está por verse es *por cuánto tiempo se mantendrá desbordada la fuente de peligro a consecuencia de la mantención de la situación creada por la conducta delictiva inicial del sujeto*.

Sería absolutamente extraño que un ordenamiento jurídico le imponga a los destinatarios de sus normas el mandato de no lesionar bienes jurídicos, pero no el mandato de remover situaciones de máxima lesividad para estos cuando tal escenario es posible. La norma penal que subyace a los delitos permanentes ordena a sus destinatarios no realizar comportamientos de riesgo para un bien jurídico concreto; pero, además (y esta es la diferencia con las de otros tipos penales), *no aprovechar la posición generada por la realización de dicho comportamiento de riesgo para mantener los niveles máximos de lesividad para un bien jurídico por un tiempo indeterminado*.

El deber que tiene el autor del delito permanente de eliminar la situación de riesgo proviene del hecho de que fue él quien la creó. Incumplir este deber significa mantener en el tiempo el riesgo típico creado. En esta medida, y aunque ambas acciones son normativamente una sola, la primera puede considerarse una conducta precedente, que crea un riesgo para un bien jurídico; y la segunda, una acción consistente en permitir que dicho riesgo se siga realizando. Esta es la base para afirmar que los delitos permanentes son supuestos de injerencia tipificados, como pasaremos a explicar.

2.2. La configuración de la injerencia en los delitos permanentes

En doctrina, la injerencia se entiende como una fuente de posiciones de garante originada en el control que un sujeto tiene sobre un foco de peligro.²¹ En este trabajo, se asumirá la definición de injerencia esbozada por Jescheck y Gimbernat, quienes la entienden como el principio por el cual quien crea un peligro de lesión para un bien jurídico responderá por ella igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si omite evitar que el riesgo que puso en marcha mediante su hacer precedente termine produciendo dicha lesión.²²

El fundamento de la institución es permitir los contactos anónimos que se producen en una sociedad de libertades (Jakobs 2000: 52). Los ciudadanos pueden realizar cualquier conducta si asumen el deber de evitar que esta conlleve consecuencias lesivas para terceros. Si se sabe de antemano que todos evitarán que las consecuencias de su conducta perjudiquen

21 Según la clasificación que distingue entre posiciones de garante provenientes de la función de protección de bienes jurídicos y posiciones de garante provenientes del deber de controlar una fuente de peligro. Es una clasificación cuestionable, por cierto. Véase Mir Puig (2008: 324 y ss.).

22 Mazuelos (1995b: 101). Jescheck (2002: 673-674). Polaino (2009). Gimbernat (1997: 20 tomo L). También la doctrina mayoritaria la ha entendido así: Bustos (2004: 1005-1006, tomo I). Berdugoy otros (1999: 188-189).

a otros, entonces no será necesario conocer a cada persona antes de arriesgarse a vincularse con ella. El sistema puede permitir que cada individuo actúe como quiera, siempre que todos se comprometan a no perjudicar a otros con su actuar. La ruptura de este compromiso generará responsabilidad penal. Por ello, la injerencia es una expresión del sinalagma *libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias* (Jakobs 2000: 52).

Lo esencial de la injerencia es la existencia de dos momentos. Un primer momento en el que se crea una fuente de peligro y un sujeto se torna responsable de evitar que esta se salga de control (*comportamiento precedente*), y un segundo momento en el que la fuente se sale de control y el sujeto responde penalmente por este hecho. Estos dos momentos son los que deben estar presentes también en el delito permanente para poder afirmar que en estese reproduce dicha estructura.

El primer momento se manifiesta en los delitos permanentes mediante un conducta que constituye ya un delito consumado. Esto no es algo novedoso, ya que la doctrina mayoritaria se ha inclinado por considerar que el comportamiento precedente de la injerencia debe ser ilícito, aunque esta ilicitud ha estado usualmente referida al incumplimiento de normas extrapenales.²³ No obstante, no faltan ejemplos en los que el comportamiento precedente en sí mismo es ya un delito.²⁴

Más allá de las opiniones autorizadas, ¿qué es lo que hace que un delito pueda o no ser un comportamiento precedente dentro de la estructura de la injerencia? En nuestra opinión, lo decisivo para ello es evaluar si la realización de un delito consumado puede entenderse como la creación de un foco de peligro. Lo que caracteriza al foco de peligro de la injerencia clásica es su capacidad para generar un peligro latente, que pueda mantenerse en el tiempo e incrementar su magnitud hacia niveles prohibidos.

Así lo demuestran los ejemplos típicos. Penetrar en un desván lleno de materiales inflamables fumando una pipa²⁵ es claramente crear una fuente de peligro para el bien jurídico patrimonio (entre otros). Luego, el riesgo que emana de esta fuente de peligro se incrementará cuando el fumador deje caer chispas que ocasionen un incendio; y si no logra evitar que el fuego dañe la propiedad ajena, se configurará el delito de daños contra el patrimonio. Entre el momento de la entrada con la pipa y el momento del incendio se produce un incremento del riesgo. La injerencia tiene sentido en el ejemplo porque entre ambos momentos hay un lapso durante el cual el sujeto tiene la posibilidad de evitar que el incendio se produzca, es decir, que el riesgo se eleve.

Esto es, desde nuestra perspectiva, a lo que Jakobs se refiere cuando señala que el rasgo definitorio del comportamiento precedente es su capacidad para crear un riesgo especial. Por

23 Así: Jescheck (2002: 672), con abundantes citas a la doctrina alemana (nota a pie de página número 54), quien señala que la actuación previa debe haber sido contraria a deber, aunque no necesariamente culpable. Berdugo (1999: 189). Bustos (2004: 1006, tomo I). Mir Puig (2008: 325-326), aunque reconoce que podrían haber casos de conductas precedentes no antijurídicas capaces de crear riesgos por cuya contención debería responder el responsable del riesgo, como el caso de quien convence a un niño que no sabe nadar de que se meta al agua.

24 Mir Puig pone el ejemplo del sujeto que atropella de manera imprudente a un peatón, y luego huye del lugar sin socorrerlo sabiendo que esto posiblemente determine su muerte. El autor citado sostiene que en ese caso habría homicidio doloso (2008: 324). De su ejemplo se desprende, sin embargo, que al momento del atropello habría también un delito de lesiones culposas. Lo que sucede es que estas lesiones luego generan la muerte del sujeto, debido a que el autor fugó en lugar de socorrerlo, incrementando de este modo el peligro prohibido que su comportamiento previo había generado.

25 Ejemplo de injerencia citado por Polaino (2009: 94).

riesgos especiales se entienden aquellos que son consecuencia de un uso especial de la libertad, en la medida en que sobrepasan la libertad general de acción y son potencialmente capaces de lesionar ámbitos de libertad ajenos posteriormente, a menos que quien los generó evite esta consecuencia (Jakobs 2000: 983).

Desde el punto de vista subjetivo, agregaríamos que la existencia de un riesgo especial requiere además cualquiera de las siguientes dos situaciones: o bien a) que al momento de realizar el comportamiento precedente el sujeto conozca que está creando un riesgo latente para un bien jurídico que podría, posteriormente, realizarse en una lesión o en una puesta en peligro más intensa del mismo, o bien b) que el sujeto desconozca que su conducta precedente crea un riesgo latente para un bien jurídico y pese a eso el sistema le exija haber conocido la creación de riesgo que estaba realizando.²⁶

Teniendo esto en cuenta, corresponde ahora determinar si la realización y consumación de un delito puede crear una fuente de peligro o un riesgo especial. En el delito permanente, el foco de peligro es el riesgo que se crea a partir de su realización inicial y consumación. Este sería el primer momento, el *comportamiento precedente*.

En el delito permanente de asociación ilícita para delinquir, por ejemplo, este momento iría desde que el sujeto se apresta a ingresar a una organización criminal (inicio de la tentativa) y terminaría cuando ya logró entrar en ella (consumación). Luego, lo que ocurrirá es que el máximo nivel de riesgo prohibido se mantendrá a menos que el autor o terceros hagan algo para evitarlo en el segundo momento. Todo el tiempo durante el cual el sujeto integre la organización criminal supone la perturbación al máximo nivel del bien jurídico «tranquilidad pública».

No hay una relación de incremento del riesgo entre ambos momentos, pero sí una relación de manutención del riesgo previamente creado. En el ejemplo propuesto no se advierte por qué el hecho de permanecer en la organización criminal sería más grave que el hecho de ingresar a esta. Sí es innegable, sin embargo, que a largo plazo mantener una situación de perjuicio para el bien jurídico debería conducir a un incremento del injusto. Esto no significa, no obstante, que exista una relación instantánea del tipo «más tiempo de manutención de la situación de lesividad equivale a un mayor injusto». El incremento de la gravedad del injusto no depende solo de la manutención de la situación ocasionada, sino también de otros factores.

Lo realmente crucial para que exista injerencia es que el riesgo generado por el comportamiento precedente no se agote con él. Precisamente esto ocurre con el delito permanente y también con los casos clásicos de injerencia: el riesgo generado por el comportamiento precedente no termina con la realización de este, sino que se incrementa (en los casos clásicos de injerencia) o se mantiene al máximo nivel (en los casos de delitos permanentes). Y en tanto que exista un riesgo latente, dirigido a lesionar un bien jurídico o capaz de conservar su perturbación en el tiempo, resulta razonable exigirle al individuo que lo puso en marcha que se haga cargo de este.

En la gran mayoría de supuestos, la consumación del delito agota el riesgo proveniente de la conducta. Pero en los delitos permanentes es posible preservar el riesgo creado por esta; y, por ende, seguir lesionando el bien jurídico. Esta posibilidad adicional es la que justifica que se pueda considerar la realización de delitos como comportamientos precedentes a la manera

26 No es este el lugar, por razones de espacio, para explicar los rasgos del delito permanente culposo. Al respecto, véase Arrieta (2013: 126-140).

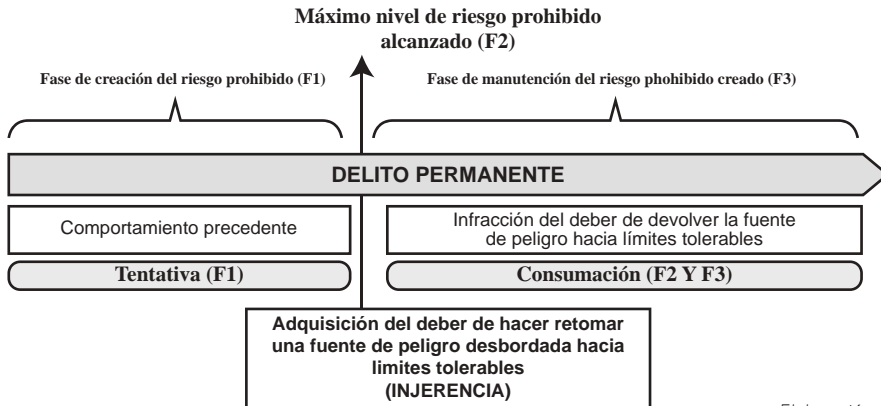
de la injerencia. Por ello, consideramos que ejecutar y consumir un delito sí puede significar la creación de un foco de peligro.

Si se asume que la ejecución y consumación de un delito puede entenderse como la creación de una fuente de peligro, la consecuencia siguiente es que resulta necesario imponerle a quien la creó un deber destinado a minimizar los perjuicios que esta le pueda causar al bien jurídico. Pero, para hablar de este deber, debe admitirse previamente que la ejecución y consumación de ciertos delitos genera posiciones de garante por injerencia, lo cual intentaremos demostrar en las siguientes líneas.

El gráfico que a continuación se muestra contribuirá a explicar mejor el planteamiento hasta aquí expuesto:

Gráfico N° 1

Representación gráfica de la estructura del delito permanente propuesta



Elaboración propia

2.2.1. La posición de garante por injerencia en los delitos permanentes

No es este el lugar para realizar una exposición detallada sobre la evolución de las maneras de concebir la posición de garante en doctrina. Aquí se trata más bien de argumentar en torno a los aspectos de esta que sirvan para demostrar su existencia en los delitos permanentes. Para eso, es pertinente exponer primero cuáles son los pasos que se seguirán para fundamentar la existencia de una posición de garante en estos delitos, y cómo es que la infracción de sus deberes termina constituyendo una conducta típica.

a) Pasos para demostrar la existencia de una posición de garante en los delitos permanentes

Para demostrar la existencia de una posición de garante en los delitos permanentes es necesario que la situación que se presenta en estos atraviese tres filtros. En primer lugar, se requiere

atender a si en ellos existe una relación especial entre el sujeto y el bien jurídico tutelado, ya que esta es un presupuesto de todos los deberes de garante.

En segundo lugar, será necesario evaluar si el autor del delito permanente se encuentra jurídicamente comprometido a evitar que el riesgo generado siga perjudicando al bien jurídico. Esto se debe a que no basta con que exista una relación especial entre el bien jurídico y un individuo para que estese encuentre inmediatamente obligado a protegerlo. Se requiere que exista, además, un acto por el cual ese individuo se compromete a proteger el bien jurídico frente a determinados riesgos. Este acto debe buscarse y encontrarse en la estructura del delito permanente para poder hablar de un deber de garante en él.

De pasar este segundo filtro, habrá que demostrar finalmente por qué la infracción del deber de garante que emana de la posición especial en la que se coloca el autor del delito permanente puede entenderse como la realización del tipo penal. Este último filtro se justifica en tanto que si bien en este momento existe ya un desarrollo doctrinal que explica por qué la infracción del deber de garante en los delitos de omisión impropia se entiende como realización típica, no debe olvidarse que el deber infringido en esos casos es uno que consiste en mantener dentro de límites estables una fuente de peligro.

El deber que emana de la posición especial generada en el delito permanente, en cambio, no puede consistir en mantener una fuente de peligro dentro de límites no prohibidos, porque al constituirse el autor dentro de tal posición ya existe un delito consumado; y, por ende, una fuente de peligro ya desbordada. En consecuencia, la fundamentación que explique cómo es que la infracción del deber que emana de la posición especial de garante en el delito permanente es parte del injusto del autor debe ser también distinta en alguna medida. Empezaremos el análisis verificando la existencia de una vinculación particular entre el bien jurídico y el autor del delito permanente.

La relación especial entre el garante y el bien jurídico como uno de los elementos constitutivos de la posición de garante presente en el delito permanente

Se atribuye a Nagler haber formulado la tesis de la posición de garante para fundamentar el injusto de los delitos de omisión (Quinteros 2010: 394) y (Bacigalupo 1983: 35-41) e impedir las arbitrariedades que desde la escuela de Kiel promovían los seguidores del nacional socialismo (Bacigalupo 1983: 31-32).²⁷ Ya desde entonces, este autor planteó que la característica principal de las posiciones de garante era la existencia de una «especial posición en la vida jurídica» por parte de quienes las ocupaban (Nagler citado por Bacigalupo 1983: 38), admitiendo como fuente de estas a la injerencia (Bacigalupo 1983: 39).²⁸ La «especial posición en la vida jurídica» era entendida como la función de defensa de un bien jurídico ante los peligros que lo amenazan (Bacigalupo 1983: 37 y 41), que solo correspondía a determinados individuos. Este planteamiento inicial fue acogido por casi todas las elaboraciones posteriores sobre la posición

27 Los seguidores de esta corriente empleaban criterios como el del «sano sentimiento del pueblo alemán» para determinar cuándo una omisión podía ser punible. La cuestión de la omisión fue reducida por la escuela de Kiel a un problema de autoría. El proyecto del Código Penal alemán de 1936 lo manifestaba así: «[...] será punible por su omisión quien según el sano sentimiento del pueblo aparezca como autor».

28 Aunque con una connotación del concepto de injerencia algo distinta de la que recibe hoy por hoy.

de garante, en las que se menciona siempre la existencia de una relación especial con el bien jurídico.

Las etiquetas varían. Algunos hablan de un llamado especial a la protección de un bien jurídico (Jeschek 2002: 668), o de una responsabilidad de protegerlo generada por la posición de garante (Gimbernat 1997: 12-13). Otros mencionan una relación especial entre el sujeto y el bien jurídico que crea cierta dependencia del segundo respecto del primero (Berdugo 1999: 184). Otros indican la existencia de una competencia respecto del proceso de salvaguarda del bien jurídico (Polaino 2009: 81), o señalan que se produce un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos (Silva 2004: 16). No faltan quienes alegan una vinculación real y concreta del sujeto con el bien jurídico en peligro (Bustos 2004: 991, tomo I). Otros consideran que el fundamento de la posición de garante es el poder de decisión que tiene un sujeto respecto de un bien jurídico (Gracia 2004: 145),²⁹ y algunos firman que el dominio sobre una fuente potencial de peligro para un bien jurídico origina determinados deberes de obrar (o deberes del tráfico) (Schünemann 2009: 331).

De manera genérica, de todas estas formulaciones puede extraerse que hay consenso doctrinal en señalar que para que exista una posición de garante tiene que existir antes una relación especial entre el potencial garante y el bien jurídico implicado. Esta relación se basa en una situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentra el bien jurídico respecto de ciertas personas.

¿Se verifica una relación similar en el caso del delito permanente? En nuestra opinión sí, en tanto que luego de realizar el comportamiento precedente el autor del delito permanente tiene la posibilidad de extender su conducta en el tiempo para seguir lesionando el bien jurídico. Esta posibilidad implica que el sujeto se encuentre en una posición especial frente a este. De otro modo no podría siquiera plantearse la opción de mantener el nivel de peligro prohibido. Existe, cuando el autor del delito permanente alcanza esta posición especial, una relación distinta que se teje entre él y el bien jurídico sin la cual el autor no tendría la posibilidad de mantener el máximo nivel de riesgo. Puede concluirse, en consecuencia, que en los delitos permanentes también se genera una relación de especial vulnerabilidad entre el bien jurídico tutelado y el autor.

Pero esto no es suficiente para decir que hay una posición de garante por injerencia en los delitos permanentes. El garante no es solo alguien respecto de quien el bien jurídico se encuentra en una situación de especial dependencia, sino sobre todo alguien que ha incorporado a su esfera de competencias el deber de neutralizar el riesgo que amenaza al bien jurídico. Es por esta razón que luego se le atribuye la no realización de la conducta esperada como una omisión penalmente relevante. Es necesario, por ende, encontrar este acto de incorporación del deber de neutralizar el peligro a la esfera de competencia del autor del delito permanente.

El acto de incorporación a la esfera de competencia propia del deber de neutralizar el riesgo subsecuente en el delito permanente (comportamiento precedente)

La doctrina mayoritaria clasifica las formas de adquirir el deber de neutralizar el riesgo en dos grandes grupos: se es garante por tener el control sobre una fuente de peligro, o por tener

29 Se refiere a esta situación con el nombre de «dominio social».

una función de protección del bien jurídico afectado.³⁰ Sin embargo, es posible simplificar al extremo todos los criterios que diferencian entre las distintas fuentes señalando que en todas ellas se considera garante a quien ha asumido voluntaria y libremente el control de una fuente de peligro, obligándose con ello a la supervisión de cierto riesgo (Meini 2009: 46). Esto es lo que debe hallarse también en el delito permanente para poder afirmar que en él hay una posición de garante.

Ahora bien, al afirmarse que en él se reproduce la estructura de la injerencia, se está diciendo también que lo que convierte en competente por el riesgo subsecuente al autor del delito permanente es, precisamente, el hecho de haber creado él mismo el riesgo que luego mantiene. Son pertinentes aquí las reflexiones previas acerca de cómo es que la ejecución y consumación de ciertos delitos puede entenderse como la creación de una fuente de peligro en virtud de que el riesgo que emana del injusto culpable inicialmente realizado no termina con la consumación, sino que se mantiene en su máximo nivel.

Si se acepta esto, no debería existir mayor problema en comprender que solo quien ha creado el riesgo prohibido que ahora se mantiene en el tiempo es quien debe ser exigido por el sistema para que lo neutralice. El acto por el cual el autor del delito permanente incorpora el deber de neutralizar el riesgo subsecuente a su esfera de competencias es la ejecución inicial de este, desde el inicio de la tentativa hasta el momento en que se alcanza la consumación.

Con la ejecución inicial del delito permanente, el autor del delito comunica su decisión de hacerse cargo del riesgo que sobrevenga, del mismo modo que quien entra en un desván lleno de materiales inflamables con una pipa encendida comunica su decisión de hacerse cargo del riesgo producido en caso de un eventual incendio ocasionado por una chispa que se le escape.

No es necesario profundizar más en este asunto porque ya se ha abordado en los párrafos anteriores al explicar las generalidades de la estructura del delito permanente y la presencia de la injerencia en él. Lo que corresponde ahora es establecer por qué la infracción de los deberes adquiridos a partir de la realización del comportamiento precedente en el delito permanente puede entenderse como realización típica.

La infracción del deber de devolver el foco de peligro ya desbordado a niveles permitidos como forma de ejecución típica que mantiene el riesgo al máximo nivel

¿Cómo es que el incumplimiento del deber de reconducir a límites permitidos una fuente de peligro ya desbordada puede considerarse valorativamente como conducta que mantiene el máximo nivel de riesgo para un bien jurídico en particular? Llevado al terreno práctico, se trata de entender cómo es que el acto de mantener ocultos los bienes procedentes del lavado de activos puede ser igual al acto de ocultamiento, cómo es que la manutención de la privación de libertad de la víctima del delito de secuestro puede ser igual al acto de privación de la libertad, cómo es que el acto de rehusarse a salir de un domicilio contra la voluntad de su titular puede ser igual al acto de permanecer en él, entre otros.

Como hicimos notar al comenzar este apartado, debe considerarse que el deber que emana de la posición especial que adquiere el autor en el delito permanente no es exactamente el mismo que el que se infringe en los delitos de omisión impropia. El deber de mantener dentro

30 En detalle: Mir Puig (2008: 318 y ss.).

de límites permisibles una fuente de peligro no es exactamente igual al deber de reconducir hacia niveles de riesgo aceptables una fuente que ya se salió de control.

Por ende, no puede emplearse la fundamentación que usa la doctrina para los delitos de omisión impropia. Se trata en parte de un problema de la parte especial del derecho penal que ha de resolverse determinando cuál es el riesgo prohibido que genera cada conducta típica concreta para cada bien jurídico. Una vez identificado este, es necesario compararlo valorativamente con el que produce la situación creada por la conducta del autor. Si esta comparación arroja que valorativamente se mantiene el mismo nivel de riesgo prohibido, el tipo penal es potencialmente permanente. La clave es fijarse en cada caso en concreto si existe una continuidad en los niveles de riesgo prohibido.

Como solo la conducta puede producir riesgo prohibido, concluir que determinada situación mantiene un riesgo prohibido para un bien jurídico implicará siempre aceptar que permitir que tal situación se mantenga es una forma de conducta típica. El riesgo prohibido define qué es y qué no es conducta para el derecho penal.

Lo que sí puede afirmarse con carácter general es que quien adquiere una posición como la que obtiene el autor del delito potencialmente permanente tiene que estar obligado a reconducir los niveles de peligro prohibido hacia límites permitidos. Se trata de un deber relacionado con el mandato general de no lesionar bienes jurídicos, que se infringe con la realización de absolutamente cualquier delito, pero que presenta ciertos rasgos propios.

El destinatario de este deber ya infringió el mandato general de no lesionar bienes jurídicos, pero conserva la posibilidad de disminuir el riesgo que se sigue produciendo gracias a la situación de lesividad para el bien jurídico que su pasividad permite. Y eso es exactamente lo que se le exige al autor del delito permanente que se encuentra en un momento posterior a la fase denominada F2 en el gráfico líneas arriba presentado.

La identidad entre la infracción de este deber y la manutención del máximo nivel de riesgo no permitido es importante porque posibilita entender todo lo que ocurre luego de la consumación del delito permanente, así como el hecho de que no se considere que se inicia otro comportamiento delictivo diferente después de su consumación. La unidad delictiva entre las fases que aquí se denominan F1, F2 y F3 se debe a que las tres componen un solo desvalor de acción. La primera lesiona el bien jurídico y tiende a alcanzar el máximo nivel de riesgo prohibido; la segunda supone el momento en el que dicho nivel finalmente se alcanza, y la última fase constituye el período durante el cual los niveles de riesgo se mantienen a tope.

El hecho de que la tercera fase constituya la infracción de los deberes adquiridos en las dos anteriores es lo que permite evadir la figura del concurso, que se presentaría si se considerase que existen dos delitos distintos. Lo que se aprecia en el delito permanente es la creación de un riesgo y luego la manutención de este; no dos riesgos distintos. Se trata del mismo riesgo porque existe una situación de injerencia que permite vincular todas las fases involucradas: la creación de riesgo y la manutención de este.

¿Puede considerarse este deber uno de garante? En nuestra opinión, sí. El deber que emana de la posición de garante por injerencia en el delito de omisión impropia es uno que consiste en mantener estable una fuente de peligro (Meini 2003: 439).³¹ El deber que emana de la posición de garante por injerencia en el delito permanente busca reestabilizar una fuente de peligro que ya se salió de control. En ambos casos, el sujeto incorporó libremente a su esfera de competencias la obligación de velar porque no se generen perjuicios al bien jurídico. Para

31 Citando a Gimbernat.

relacionar ambos y sistematizar, podría afirmarse que son especies dentro del deber genérico que tiene todo sujeto de *evitar que los riesgos que emanan de una fuente de peligro a su cargo lesionen o continúen lesionando algún bien jurídico*.

Ahora que han quedado explicadas las razones por las que creemos que existe una posición de garante en el delito permanente, podemos pasar a explicar cómo se produce en él la consumación.

2.3. La consumación en el delito permanente

La cuestión de la forma como se produce la consumación del delito permanente está influida por el contenido que se le asigne a esta noción. Si se sigue planteando una escisión entre las concepciones «formal» y «material» de la consumación, la solución seguirá siendo problemática. Pero esto no tiene por qué ser así. La consumación debería entenderse, ante todo, desde el punto de vista del riesgo prohibido.

Desde esta perspectiva, ella no representa sino el momento en el cuál este alcanza su punto más álgido (F2), y, por ende, el momento de mayor intensidad en la perturbación del bien jurídico protegido. En el delito permanente, esta situación puede no presentarse del mismo modo que en el resto de delitos, es decir, como un instante simultáneo al momento en el que se completa la realización de los elementos del tipo. En él, el autor es capaz de mantener el máximo de nivel de riesgo durante un lapso.

Esta particularidad en la forma como se produce el riesgo prohibido en este tipo de delitos justifica también un trato diferenciado en el modo de entender la consumación aquí. La realización del tipo penal es un proceso distinto en los delitos permanentes. En ellos, esta no termina en el momento en el que se han realizado todos los elementos del tipo. Por el contrario, al realizarse todos los elementos del tipo penal se abre la posibilidad de seguir perturbando el bien jurídico al máximo nivel. En los delitos permanentes, excepcionalmente, resulta posible seguir realizando el tipo penal completo durante un lapso. Por eso el riesgo prohibido puede mantenerse al máximo también durante un lapso.

Si se admite que durante la «tercera fase» (F3) la mantención del riesgo constituye conducta típica, deberá admitirse también que, aunque parezca extraño, el tipo se sigue realizando pese a que ya se alcanzó el nivel máximo de lesividad. Esta conclusión permite prescindir de la fase de terminación para explicar lo particular del delito permanente y aceptar, más bien, que la consumación sí puede durar un lapso.

La cuestión de qué es lo que se prolonga varía dependiendo de la estructura propia del delito (de mera actividad o de resultado) y de la concepción del injusto que suscriba el intérprete.

Así, si se considera que solo la conducta integra el mismo, los delitos permanentes serán siempre delitos en los que lo que se prolonga es la conducta delictiva. No hay más opciones; ya que, bajo esta manera de entender el injusto, la conducta es el único componente del mismo y en consecuencia todos los delitos son siempre «de mera actividad». Los delitos de resultado no existen como tales desde esta concepción, sino que son más bien casos en los que un resultado sobreviene después de que el injusto ya se completó (resultado «muerte» en el homicidio) o se mantiene como condición objetiva de punibilidad a medida que se continúa realizando el

injusto (resultado «peligro» en el delito de conducción en estado de ebriedad). El injusto de estos delitos se compone solo de la conducta idónea para producir el resultado ejecutada por el autor. La ubicación sistemática que le corresponde al resultado a nivel de teoría del delito según esta concepción no es el injusto, sino la punibilidad.

Desde una concepción que, a diferencia de la anterior, considere también el resultado como un elemento del injusto, habrá que distinguir según nos encontremos ante un tipo penal permanente de resultado o de mera actividad. En los tipos penales permanentes de resultado lo que se prolongará será este elemento. Como advertiera Roxin (1997: 329), esto es perfectamente posible, aunque —contrariamente a lo señalado por el profesor alemán— no porque el resultado vuelva a realizarse (Roxin 1997: 329), sino porque estese mantiene como expresión del injusto. En el delito de conducción en estado de ebriedad, el resultado «peligro» originado por la conducta del autor se mantendrá mientras este siga manejando el vehículo, es decir, mientras el injusto subsista.

Este último aspecto será fundamental para quien pretenda determinar si un delito de resultado es un tipo penal potencialmente permanente desde la perspectiva de un injusto dualista. Evidentemente, no basta con que el resultado se mantenga en el tiempo. En los homicidios y en las lesiones, el resultado de la conducta del autor también se mantiene. Eso no los convierte en delitos permanentes. Lo que se requiere es que el resultado se mantenga como expresión del injusto, que su persistencia signifique una contravención de la pauta de comportamiento que subyace al tipo penal todo el tiempo que dure su prolongación.

Ciertamente, el resultado «muerte» le es imputable al autor de un homicidio como parte de su injusto (perspectiva dualista), pero la manutención del resultado «muerte» en el tiempo no significa que el autor de este continúe vulnerando la norma penal. En los delitos permanentes de resultado ocurre exactamente lo opuesto.

En lo relativo a un eventual delito permanente de mera actividad, lo que se prolongará será la conducta del sujeto. Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los delitos de mera actividad sean automáticamente permanentes. Habrá que evaluar en cada delito de mera actividad por separado cuando el autor se constituye en una posición desde la cual puede mantenerse el máximo nivel de riesgo prohibido luego de la consumación.

En cualquiera de los casos, siempre será el injusto lo que se prolongue. La realización típica persistirá pese a que ya se alcanzaron los niveles máximos de riesgo prohibido. Eso por eso que no resulta contradictorio indicar que se produce una prolongación de la fase de consumación y a la vez se sigue realizando el tipo. Puede afirmarse que la consumación se prolonga porque los máximos niveles de riesgo permanecen, y también puede afirmarse que sigue existiendo realización típica porque el injusto del delito se sigue produciendo. En el delito permanente esto no significa una contradicción.

Con esto quedan agotados los principales aspectos referidos a la estructura del delito permanente.³² Corresponde ahora, por último, evaluar la capacidad de rendimiento de la definición de delito permanente propuesta.

32 Por razones de espacio, no podemos abordar aquí la exposición referida al lado subjetivo del injusto del delito permanente (que de todos modos no sufre modificaciones muy radicales con respecto a sus características en el común denominador de delitos). Para más información sobre esta parte del planteamiento, véase Arrieta (2013: 123-140).

3. Ventajas del planteamiento

Ahora que la estructura del delito permanente que planteamos ha quedado delimitada en sus características más importantes, resulta conveniente evaluar las ventajas de adoptarla. Los beneficios, a nuestro entender, se pueden apreciar en dos niveles. El primer nivel es el de la explicación de los efectos atribuidos al delito permanente de un modo más coherente, que explique mejor la particular intensidad que el *ius puniendi* adopta cuando se trata de reaccionar frente a estas conductas. El segundo nivel es el de la identificación de tipos penales de la parte especial como delitos permanentes

3.1. Ventajas ante la explicación de los efectos del delito permanente

Entender que la conducta típica es aquello que se prolonga en el tiempo en los delitos permanentes permite explicar con facilidad todos los efectos que se le atribuyen a esta institución. Esta forma de concebir a la institución objeto de este trabajo es idónea para mantener una relación de coherencia entre la reacción del sistema y las características especiales de los delitos permanentes. Al aceptar que hay conducta típica más allá de la consumación en estos comportamientos, todos los efectos que se le atribuyen a la institución pasan de ser excepciones a las reglas correspondientes a entenderse como simples aplicaciones del criterio general, con lo que se gana en sistematicidad.

Esto puede apreciarse con claridad en lo relativo a las llamadas «particularidades» que presenta el delito permanente en materia de prescripción. En efecto, en esos casos el inicio del plazo prescriptorio solo se producirá cuando cese la permanencia.³³ Tan arraigada está la idea de que los delitos permanentes reciben un tratamiento especial en esta área que el legislador optó por señalar sus reglas en un inciso aparte, en el artículo 94 del Código Penal.

Sin embargo, habría bastado con mantener la pauta que se establecía en el mismo artículo para los otros casos regulados (tentativa, delitos instantáneos y delito continuado), puesto que cuando la norma indica que el cómputo de la prescripción solo empezará cuando cese la «permanencia», lo que realmente está diciendo es que este solo se iniciará cuando termine la conducta típica. Y esto no es ninguna sorpresa.

Mal podría empezar a contabilizarse la prescripción de cualquier delito si la conducta típica de este todavía no ha concluido. De ahí que el legislador señale, para los otros casos, que el plazo iniciará con el cese de la actividad delictiva, o cuando se produzca la consumación (dado que usualmente la consumación expresa el momento en el que deja de realizarse la conducta típica). En realidad, el delito permanente no se aparta de esta disposición común, sino que sigue la misma pauta.

En lo que respecta a la posibilidad de que exista participación delictiva después de que la conducta del autor ya se consumó, debe precisarse que esta situación se considera un caso sui generis porque la regla general es que quepa la participación solo hasta el momento de la consumación. Ello, porque normalmente la consumación del delito viene seguida de los actos de agotamiento, los cuales ya no generan una perturbación del bien jurídico tutelado; y, en

33 Artículo 94 del Código Penal: «Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: [...]»

4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia».

consecuencia, ya no requieren que se les califique como complicidad. De ser el caso, es posible hablar del delito de encubrimiento o de alguna otra forma delictiva distinta a la participación, que no requiera una conducta principal en ejecución.

En los delitos permanentes también se aplica esta manera de razonar. En efecto, desde que se admite que lo que se prolonga en el tiempo durante la consumación es también conducta típica, resulta razonable considerar que aquellas formas de intervención que colaboren con la prolongación de esta deben ser también sancionadas como complicidad, en la medida en que se sigue perturbando al mismo bien jurídico que era objeto de ataque durante la fase de tentativa. Quien ayuda al autor de un delito de lavado de activos en la modalidad de tenencia de bienes procedentes del delito (el cual es un delito permanente (Prado 2007: 163)³⁴ a seguirlos manteniendo fuera del alcance de las agencias de control está colaborando con una conducta típica que se sigue realizando; no con el ocultamiento de una que ya se realizó.

Si se acepta que la conducta típica del delito permanente mantiene los niveles de peligro prohibido al máximo durante un lapso de tiempo potencialmente indeterminado, esto no resultará extraño. Si los máximos niveles de riesgo se prolongan en el delito permanente, ello solo puede deberse a que hay una conducta típica que los mantiene. Y si todavía existe conducta típica, es lógico que las contribuciones a esta se deban calificar como participación delictiva.

En cuanto a la particular aplicación temporal de la ley penal en los delitos permanentes, entender que lo que se prolonga en el tiempo en estos comportamientos delictivos es la propia conducta típica permite, nuevamente, reconducir lo que parecía un caso excepcional a la regla general. Conforme al artículo 6 del Código Penal,³⁵ la ley penal aplicable a un caso concreto es aquella que está vigente en el momento de la comisión del hecho punible. Esto suscitaba ciertas dudas en los casos de delitos permanentes en los cuales la tipificación delictiva se había realizado con posterioridad al inicio de la conducta típica, e incluso después de la consumación de esta, ya que podía parecer que se estaba infringiendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal al aplicar una norma penal a un delito comenzado a cometerse, e incluso consumado, con anterioridad.

Sin embargo, la consecuencia de adoptar el planteamiento que aquí se sostiene es entender que sigue existiendo conducta típica aun después del inicio de la consumación. De hecho, al prolongarse en el tiempo los máximos niveles de peligro prohibido, lo que en realidad ocurre es que la propia consumación se extiende durante un lapso.³⁶ La realización típica paralela a la consumación (que es paralela en tanto que mantiene los máximos niveles de peligro prohibido en el tiempo) es conducta típica y, como tal, es parte de la comisión del hecho punible.

Por lo tanto, cuando se aplica una ley penal a un hecho que comenzó a realizarse y alcanzó su consumación antes de su entrada en vigor, pero que seguía realizándose en su fase de consumación cuando esta fue publicada, no se trasgrede la disposición del artículo 6 del Código Penal ni se viola el principio de retroactividad benigna de la ley penal. Por el contrario, en tanto

34 También: García Caverro (2007: 512). Ciertamente, ambos textos fueron redactados antes de la modificación en las normas de lavado de activos establecidas por el D.L. 1106, pero en la medida en que las conductas de ocultamiento y tenencia mantienen la misma estructura que tenían antes de la modificación resulta posible citar a estos autores.

35 Artículo 6 del Código Penal.- «La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible [...]».

36 *Supra*, numeral 2.3.

que la ley penal se aplica a un delito que se sigue cometiendo durante la fase de consumación no estamos, tampoco en este supuesto, ante una excepción a la regla general.³⁷

Finalmente, en lo que respecta a la *ampliación del momento frente al cual cabe actuar al amparo de una causa de justificación hasta después de iniciada la consumación*, ello resulta coherente si se entiende que lo que se prolonga en el tiempo cuando se inicia la fase consumativa es también conducta típica. En un delito permanente de secuestro, por ejemplo, la consumación se produce al momento de la privación de la libertad. La conducta típica que mantiene al máximo nivel el peligro prohibido durante la consumación, y que consiste en permitir que la situación de privación de la libertad experimentada por el sujeto pasivo se mantenga en el tiempo, puede ser repelida por este en aplicación de la legítima defensa incluso después del momento de la privación de la libertad.

Esto es posible gracias a que, nuevamente, la conducta típica del secuestro constituye aquí la agresión ilegítima, presupuesta de la legítima defensa. Si la conducta típica se prolonga más allá de la consumación, entonces también la agresión ilegítima se prolonga más allá de la consumación y, por ende, es posible para el sujeto pasivo hacer lo que resulte necesario para neutralizarla.

De esta manera, entender que lo que se extiende en el delito permanente más allá del momento de la consumación es también conducta típica permite explicar los efectos que se le atribuyen al delito permanente con mayor claridad y siguiendo las reglas generales establecidas para cada una de las áreas en las cuales se solía considerar que estos comportamientos delictivos recibían un tratamiento excepcional.

3.2. Ventajas ante la identificación de delitos permanentes en los tipos penales de la parte especial

Habiendo expuesto los principales rasgos de la postura en torno a la definición del delito permanente que aquí se defiende, corresponde ahora emplear esta definición como una herramienta para establecer si determinados delitos de la parte especial pueden o no considerarse permanentes, a fin de evaluar su utilidad.

Tomaremos como primer ejemplo el delito de omisión de actos funcionales,³⁸ porque al ser un delito de omisión cuenta con una redacción que, de seguirse los lineamientos del criterio del verbo rector, debería conducir (como todos los delitos de omisión) a aceptarlo como un delito permanente. Sin embargo, aplicando la concepción del delito permanente que sostenemos en este trabajo, se llega a la conclusión opuesta.

Aquí, como siempre que se intente esclarecer si un tipo penal es potencialmente permanente o no, es clave la noción de bien jurídico que se asuma. En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por este delito es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, concretizado en este tipo penal como el cumplimiento oportuno y eficiente de los deberes establecidos por el ordenamiento para llevar a cabo la función pública.³⁹ Es importante destacar

37 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un sentido muy similar en la sentencia recaída en el Expediente 2488-2002-HC/TC (*Caso Villegas Namuche*), FJ 26.

38 Artículo 377 del Código Penal.- «El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa».

39 Preciso: Salinas (2011: 183). Menciona que el bien jurídico es el normal y correcto funcionamiento de la

el indispensable carácter necesariamente oportuno de la función pública porque sin él esta no cumpliría su fin, que a la postre es satisfacer derechos fundamentales de la población.

Por lo anterior, el riesgo prohibido que este tipo penal proscribe es el que se genera cuando el sujeto activo omite cumplir, en el tiempo que corresponde, el encargo funcional que el ordenamiento jurídico le encomienda sin tener ningún motivo razonable para hacerlo. Corresponde entonces preguntarse si el riesgo prohibido generado por el incumplimiento del deber funcional se mantiene luego de que dicho incumplimiento funcional se produce.

Para ello, es necesario evaluar si es que dicho incumplimiento puede entenderse como un comportamiento precedente en los términos ya descritos, es decir, si el riesgo prohibido que genera se agota o no con la omisión funcional, y si es que el estado de cosas generado por esta es suficientemente lesivo como para seguirlo considerando parte de la conducta típica del sujeto activo.

Para determinar esto, es necesario precisar el modo de afectación del bien jurídico tutelado. ¿Exactamente cómo se afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública por medio del incumplimiento de actos funcionales? La vulneración al bien jurídico penal se produce porque la Administración necesita que sus funcionarios operen de acuerdo con lo previsto y de manera oportuna para poder satisfacer los derechos fundamentales de la población. Basta que ese momento transcurra sin que la función respectiva se cumpla para que se alcance el máximo nivel de riesgo prohibido.

La naturaleza del bien jurídico requiere que el funcionario actúe en el momento previsto. No hacerlo es incumplir un deber funcional de relevancia jurídico penal.⁴⁰ Es ese incumplimiento en particular el que le interesa al derecho penal —y no el que sobrevenga cuando la obligación ya se incumplió—. Por eso, si el funcionario omite cumplir en el momento previsto pero lo hace luego tardíamente, el delito no deja de configurarse. De esto se desprende que la situación resultante luego de producido el incumplimiento funcional no puede significar la manutención del mismo riesgo prohibido, porque el momento de cumplir la función ya transcurrió anteriormente y en un solo momento. Por ende, la perturbación del bien jurídico penal ya alcanzó su mayor nivel de intensidad en ese punto.

Lo que suceda después nunca podrá ser tan grave para el derecho penal (aunque podría seguir siendo desvalorado todavía por el derecho administrativo), porque el momento del cumplimiento del deber funcional que se le exigía al servidor público es uno solo. Después de ese momento, ya se perdió la oportunidad para cumplir con el deber funcional y, en esa medida, ya no tiene sentido desvalorar con la misma intensidad la situación subsecuente. Es por eso que no puede hablarse aquí de un riesgo latente que subsista luego de la consumación.

La insatisfacción de los derechos fundamentales ocasionada por el incumplimiento funcional puede subsistir en el tiempo, pero el momento de mayor intensidad para la lesión del bien jurídico siempre será aquel en el cual se perdió la oportunidad de cumplir oportunamente la función. Si se entiende que el buen funcionamiento de la Administración Pública supone ejecutar determinadas prestaciones en determinados momentos, resultará muy complicado aceptar que la situación producida luego de ese momento clave pueda representar el mismo riesgo, o tener la misma importancia para el derecho penal.

Queremos destacar, sin embargo, lo determinante que es la noción de bien jurídico de la que se parte para establecer si un delito es permanente o no. Nosotros suscribimos la tesis

Administración en cuanto a oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública.

40 Cuestión distinta, que no podemos abordar aquí por razones de espacio, es qué deberes administrativos reúnen la importancia suficiente como para justificar la intervención del derecho penal por su incumplimiento.

que considera que la oportunidad en la intervención funcionarial es un elemento esencial del correcto desempeño de la Administración Pública. Por lo mismo, una vez que la intervención funcionarial se torna extemporánea, concluyo que ya se alcanzó el máximo nivel de lesividad. El incumplimiento posterior al momento en el que la intervención dejó de ser oportuna no representa el mismo desvalor porque, si bien puede significar una desatención de derechos fundamentales extendida en el tiempo, no puede empeorar la situación ya existente ni mantener el riesgo típico.

Carece de interés, frente al bien jurídico protegido, lo que ocurra después del incumplimiento, porque el desvalor penal ya no puede seguirse manteniendo por mucho que fácticamente el incumplimiento subsista. Realizar todo este razonamiento resultaría más complejo si se admitiesen posturas que no destacan la oportunidad de la actuación funcionarial como un elemento importante del bien jurídico, como hacen ciertos autores (Abanto 2003: 238) y (Hugo 2004: 32).

Tomaremos como ejemplo ahora el delito de insolvencia fraudulenta en la modalidad de ocultamiento de bienes.⁴¹ Como señalamos anteriormente, es fundamental delimitar correctamente el bien jurídico protegido por cada tipo penal antes de intentar establecer cuál es el ámbito de extensión de su conducta típica.

Sobre este punto, la doctrina señala que el bien jurídico tutelado tiene una doble dimensión. Se protegería, por un lado, al sistema crediticio, el cual se ve afectado de manera mediata cuando un acreedor realiza maniobras destinadas a impedir o a dificultar el pago de sus obligaciones⁴² y, al mismo tiempo, de manera inmediata, el interés jurídico individual de los acreedores en ver satisfechos sus derechos de crédito.⁴³

Nuevamente, hay que verificar aquí si concurren los elementos señalados anteriormente. ¿Puede entenderse la acción de ocultar los bienes a los que se hace referencia en este delito como un comportamiento precedente en el sentido de la injerencia? ¿Puede entenderse la consumación de este delito como la creación de una fuente de peligro que no se agota en su propia realización, sino que se mantendrá tanto como dure el estado subsecuente?

La respuesta es positiva, y la razón es que tanto la acción de ocultar como la de permitir que subsista ese estado de ocultamiento son capaces de poner en cuestionamiento la eficacia del sistema para satisfacer los créditos de los acreedores y de lesionar el interés jurídico individual que cada uno de ellos tiene en que el deudor cumpla sus obligaciones. Ambas conductas resultan igual de lesivas para el bien jurídico protegido, sin advertirse por qué una debiera ser más grave que la otra.

Al ocultar los bienes con los que pueden cobrarse los créditos se crea una situación de riesgo latente (o especial) para el bien jurídico tutelado. El nivel de riesgo para el cobro de las acreencias permanecerá al máximo hasta que el autor o un tercero remuevan la situación

41 Artículo 209 del Código Penal: «Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36 incisos 2 y 4, el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:
1. Ocultamiento de bienes
[...].»

42 En contra: García Caveró (2005: 142).

43 Conforme: Peña Cabrera (2009: 532). Considera que se protege solo el derecho a la satisfacción del crédito: García Caveró (2007: 141), nota a pie de página número 44.

de ocultamiento. Quien oculta los bienes con los que debe satisfacerse el crédito de los acreedores involucrados en el procedimiento de reprogramación de obligaciones comunica con su comportamiento su decisión de hacerse cargo del riesgo que emane de este acto, y se vuelve responsable de evitar que esa situación de ocultamiento siga perturbando al bien jurídico. En consecuencia, se le atribuye la manutención de esa perturbación como parte de su conducta típica.

Ha adquirido, por tanto, y desde el momento en el cual llevó a cabo el ocultamiento, el deber de reconducir la fuente de peligro para el cobro de las acreencias y el sistema crediticio que generó hasta niveles tolerables. Es garante de que ese riesgo, que se mantendrá al máximo nivel hasta que él o un tercero actúen para finiquitarlo, lo neutralicen. Y, en tanto que no cumpla con este deber, se considerará que sigue ejecutando la conducta típica proscrita por el tipo penal. Sí se trata, por todo lo dicho hasta aquí, de un delito permanente.

Hasta aquí hemos procurado demostrar la mayor consistencia del planteamiento que concibe a los delitos permanentes como supuestos de injerencia tipificados al momento de identificar qué tipos penales de la parte especial pertenecen a esta categoría. Desde la perspectiva que aquí se defiende, el juicio de determinación de un delito como permanente resulta más preciso y más concreto si se consideran los criterios propios de la injerencia para llevarlo a cabo.

Considerando todo lo señalado, formularemos ahora, y para finalizar, las tres conclusiones más importantes de este trabajo de investigación.

4. Conclusiones

- a) La concepción bifásica del delito permanente dificulta la identificación de este —más allá de las figuras que han sido tradicionalmente consideradas como tales—, al no explicitar con claridad que lo permanente en esta clase de delitos es en realidad el injusto mismo. Al recurrir a nociones como las de «estado antijurídico» y la voluntad que supuestamente lo mantiene, se produce la equivocada impresión de que lo que se prolonga en el tiempo es algo distinto a la conducta típica. La terminación, por esta misma razón, debe también descartarse como modelo explicativo de lo que ocurre en un delito permanente.
- b) Aceptar que en el delito permanente se reproduce la estructura de la injerencia reporta la ventaja principal de facilitar la identificación de este en los tipos de la parte especial, ya que permite recurrir al criterio de la creación del foco de peligro para determinar cuándo un delito pertenece a dicha categoría. De acuerdo con este, solo existirá un delito permanente cuando, al producirse la ejecución completa de un delito, el riesgo típico no decaiga sino que se mantenga al mismo nivel en tanto subsista la situación generada por la conducta realizada. Ello significará que con la realización del delito el autor ha creado un foco de peligro que aún no se extingue; pero, además, que al permitir que este subsista, el autor está ejecutando todavía el comportamiento típico (de otro modo no podría generar riesgo prohibido).
- c) Notar que el riesgo típico se mantiene al máximo nivel a medida que se prolonga la conducta permite comprender —asumiendo que la consumación no es sino el momento en el que el peligro prohibido alcanza su punto más álgido— por qué no

es contradictorio que la consumación, entendida de la forma que se hace en este trabajo, dure un período de tiempo: básicamente, porque el riesgo máximo también se está manteniendo durante un período de tiempo (tanto como dure la conducta que lo genera). Lo que hay que hacer entonces para identificar un delito permanente —y ante todo— es comprobar si el riesgo típico decae una vez que alcanzó su nivel máximo o si acaso puede afirmarse que, valorativamente, se mantiene en el tiempo. Así se resuelve más fácilmente la cuestión de si los delitos de omisión, de mera actividad y de resultado, pueden o no ser permanentes.

5. Bibliografía

ABANTO, Manuel

2003 *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.

ANTOLISEI, Francesco

1988 *Manual de derecho penal. Parte general*. Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis.

1980

Manuale di dirittopenale. Parte generale. Octava edición. Milano: Giuffrè Editore.

ARRIETA, José

2013 *El delito permanente*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

BACIGALUPO, Enrique

2004 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

1983

Delitos improprios de omisión. Segunda edición. Bogotá: Temis.

BERDUGO, Ignacio y otros

1999 *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Bilbao: La Ley.

BUSTOS, Juan

2004 *Obras completas*. Tomo I. Dir: José Urquiza Olaechea. Lima, Ara editores.

FONTÁN, Carlos

1996 *Tratado de derecho penal*. Segunda edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GARCÍA, Percy

2008 *Lecciones de derecho penal*. Lima: Grijley.

2007

Derecho penal económico. Parte especial. Tomo II. Lima: Grijley.

2005 *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores.

GRACIA, Luis

2004 «La comisión por omisión en el derecho penal español». En GRACIA, Luis (compilador). *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, pp.115-165

GIMBERNAT, Enrique

1997 «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, tomo L, pp. 6-112

HUGO, Jorge

2004 *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*. Lima: Gaceta Jurídica.

JAKOBS, Günther

2000 «Teoría y praxis de la injerencia». Traducción de Manuel Cancio. En JAKOBS, Günther. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, pp.49-86.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND

2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Traducción de Miguel Olmedo. Granada: Comares.

JIMÉNEZ, Luis

1973 *La ley y el delito*. Sexta edición. Buenos Aires: Sudamericana.

LLORIA, Paz

2006 *Aproximación al estudio del delito permanente*. Granada: Comares.

MAGGIORE, Giuseppe

1954 *Derecho penal*. Traducción de José Ortega. Cinco volúmenes. Bogotá: Temis.

MAZUELOS, Julio

1995a «La usurpación: ¿delito instantáneo o permanente?». *Gaceta Jurídica*. «Diálogo con la jurisprudencia». Lima, año I, número I, pp. 117-126.

1995b «El fundamento de la posición de garante emergente del actuar precedente y la injerencia». En MAZUELOS, Julio. *Lecciones de: Derecho Penal (Control social y dogmática penal)*. Lima: San Marcos, pp.85-102

MEINI, Iván

2009 «Comisión por omisión». En MEINI, Iván (compilador). *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal*. Lima: Ara Editores, pp. 37-66.

- 2003 «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del Art. 13 CP». En HURTADO POZO, José (director). *Anuario de Derecho Penal. «Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano»*. Lima, pp. 431-453
- MIR, Santiago
2006 *Manual de derecho penal. Parte general*. Octava edición. Barcelona: Reppertor.
- 1998 *Derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Barcelona: Reppertor.
- MONTOYA, Yván
2009 «La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales». *Cuaderno de Trabajo* número 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho.
- MUÑOZ, Francisco
2010 *Derecho penal. Parte especial*. Décima octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAVÓN, Francisco
1967 *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*. Segunda edición. México D. F.: Porrúa.
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl
2009 *Derecho penal. Parte especial*. Cuatro tomos. Lima: Idemsa.
- POLAINO, Miguel
2009 *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito*. Lima: Grijley.
- PRADO, Víctor
2007 *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Grijley.
- QUINTERO, Gonzalo
2010 *Parte general del derecho penal*. Cuarta edición. Navarra: Aranzadi.
- RANIERI, Silvio
1975 *Manual de derecho penal*. Seis tomos. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
2001 *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición. Consulta: 12 de septiembre de 2012.
<http://www.rae.es>
- ROJAS, Fidel
2009 *El delito: preparación, tentativa y consumación*. Lima: Idemsa.

ROXIN, Claus

- 2007a «El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual». En ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, pp.89-112
- 2007b «Acerca de la normativización del *doluseventualis* y la doctrina del peligro de dolo». En ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, pp.167-194
- 1997 *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Traducción de Diego Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remescal. Madrid: Civitas.

SALINAS, Ramiro

- 2011 *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: Grijley.
- 2010 *Delitos contra el patrimonio*. Lima: Iustitia.

SCHÜNEMANN, Bernd

- 2009 *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.

SILVA, Jesús-María

- 2006 «Sobre la interpretación teleológica en derecho penal». En DÍAZ, Miguel y Juan Antonio GARCÍA (editores). *Estudios de filosofía de derecho penal*. Bogotá: Cordillera.
- 2004 «"Comisión" y "omisión": criterios de distinción». En SILVA, Jesús-María (compilador). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, pp.15-61.

STRATENWERTH, Gunter

- 1982 *Derecho penal. Parte general-I*. Traducción de Gladys Romero. Madrid: Edersa.

VERNENGO, Roberto

- 1971 *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VILLAVICENCIO, Felipe

- 2006 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

WELZEL, Hans

- 1987 *Derecho penal alemán*. Tercera edición. Traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

COMENTARIOS

Yvan Montoya Vivanco

Doctor por la Universidad de Salamanca y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo pretende constituirse en una propuesta alternativa a la forma tradicional de entender el delito permanente (basado en los elementos de estado antijurídico prolongado en el tiempo, sostenido por el sujeto activo y siempre que el verbo rector lo permita). Propone una construcción que permita una mejor identificación y fundamentación dogmática de este tipo de delitos.

Para tal efecto, el autor apela a la categoría del riesgo jurídicamente prohibido y a la posición de garante fundada en una situación de injerencia previa. Desde esta perspectiva, un delito permanente es aquel delito que supone la creación de un riesgo prohibido; y, al configurar ello, la injerencia previa sobre un ámbito de organización ajena se constituye en garante (no de mantener el riesgo dentro del ámbito de lo permitido) de retornar el riesgo prohibido (desbordado) a un riesgo estabilizado y no prohibido. El delito permanente se constituiría en la medida que el garante mantenga esa situación de incumplimiento de su deber. Ello aproxima la naturaleza de los delitos permanentes a los delitos de comisión impropia.

La propuesta es en este último punto original y resulta coherente con los presupuestos usados y con las consecuencias a las que llega. Desde esa perspectiva, resulta un trabajo importante y fructífero para avanzar en la discusión sobre la naturaleza compleja de este tipo de delitos que están presentes en gran medida en nuestra legislación penal. No obstante, creo que es posible realizar tres comentarios que discrepan con las ideas vertidas por el autor.

En primer lugar, en cuanto a la indeterminación que el autor critica de los elementos que componen la concepción tradicional de los delitos permanentes (por ejemplo, el estado antijurídico), en realidad, estos no me parecen sustancialmente más abiertos que otros conceptos y categorías penales no cuestionados hasta ahora. Por ejemplo, no creo que sea sustancialmente diferente (en el nivel de indeterminación) a la categoría de injerencia previa como fuente de una posición de garante.

En segundo lugar, el criterio de «aumento gradual el riesgo típico» me parece un criterio de marcada nota naturalística, lo que dificulta el análisis de posibles delitos permanentes que además sean delitos de omisión pura de garante. En estos casos, creo, es difícil hablar de aumento gradual del riesgo típico. Este último concepto se adecúa mejor a los delitos de resultado típico.

En tercer lugar, la posición de garante asentada sobre el supuesto de injerencia previa me parece que solo explica algunos tipos de delitos permanentes. Considero que existen supuestos de delitos permanentes que se fundamentarían no tanto en una injerencia previa, sino en otras fuentes de garante: aquella que se funda en una competencia institucional.

Precisamente, el delito de desaparición forzada como delito permanente no se asentaría tanto en un comportamiento precedente (solo en los casos de aquellos funcionarios que privan directamente la libertad de la víctima, pero no en los de funcionarios que solo toman conocimiento de la situación de privación de la libertad de una persona y sobre la cual no se brinda información alguna a las autoridades), sino en la relación institucional de los funcionarios con la intangibilidad de aquellos que se encuentran bajo su custodia más allá de si participo o no en la detención.

De cualquier manera, estos comentarios no desmerecen en absoluto la calidad del trabajo del autor, sino que plantean puntos para la discusión de una propuesta que precisamente lo provoca de manera interesante.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco sobremanera la atención que el Dr. Montoya le ha dedicado a mi trabajo al comentarlo. Paso ahora a responder a las interesantes críticas que formula a los planteamientos de la investigación que preparé en torno a la figura del delito permanente.

Acerca del supuesto grado similar de indeterminación entre los elementos que empleo para fundamentar mi propuesta sobre la estructura del delito permanente y los que formaban parte de la concepción original de esta figura, considero que en realidad los elementos de la definición original son bastante más imprecisos que los que uso yo.

La razón concreta para ello es la siguiente: los conceptos que uso, tales como injerencia, deber de garante, peligro prohibido/riesgo no permitido, entre otros, han sido objeto de un importante —aunque no exento de polémica— desarrollo doctrinal. Ello contrasta nítidamente con lo que sucede con la noción de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor», que nunca se estudió por separado —al menos con ese nombre—.

Creo que, en particular, el concepto de injerencia —sobre el cual intento construir la definición de delito permanente— es más preciso que los que componen la definición tradicional, debido a que cuenta con cierto nivel de consenso respecto de su contenido. Más allá de polémicas, hay acuerdo en que este último supone un comportamiento precedente creado por el sujeto, el cual desencadena un riesgo prohibido que luego ese mismo sujeto, en virtud del deber de garante adquirido, debe evitar que se realice en una lesión al bien jurídico, dado que de otro modo responderá penalmente como si la hubiese causado directamente.

Ahora bien, contar con esta descripción de cómo opera el riesgo en el marco de una estructura de injerencia resulta bastante útil para analizar el delito permanente, porque brinda un parámetro de referencia a partir del cual se puede evaluar si es o no posible la subsunción en esta figura del delito concreto analizado. No es igual que el concepto de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor», en el cual realmente no hay mayor profundización, por más que intuitivamente se le intente dotar de algún contenido tentativo.

Por supuesto, yo opero con un concepto de injerencia un poco más amplio que el original, dado que admito que la realización y consumación de un delito puede considerarse comportamiento precedente; pero, al tratarse de un planteamiento que no se aparta del fundamento de esta institución, puede considerarse una variante sin mayores problemas.

Trabajar con este concepto permite explicar por qué es posible sostener que la consumación se mantiene en el tiempo en esta clase particular de delitos: fundamentalmente, porque el deber de garante se sigue vulnerando, con la salvedad de que no se trata aquí de un deber de mantener el riesgo creado dentro de límites tolerados (he dicho que el riesgo es de tipo prohibido desde el comportamiento precedente), sino de reconducir un riesgo que ya se desbordó hacia límites permitidos.

Poder trabajar con este deber es otra de las ventajas que aporta el usar el concepto de injerencia; y ello es posible, precisamente, porque se trata de una noción que cuenta con características definidas, lo cual a su vez es consecuencia del desarrollo doctrinal con el que

cuenta. No se trata de una mera abstracción con un contenido gaseoso, como me temo que ocurre con el concepto de «estado antijurídico mantenido por la voluntad del autor» y, por lo mismo, pienso que no presenta el mismo grado de indeterminación.

Con relación a si la idea de un aumento gradual del riesgo típico presupone un entendimiento naturalístico de este concepto y dificulta trabajar con los delitos de omisión pura, considero que ello, en principio, no tiene por qué ser así. Ciertamente, el Dr. Montoya tiene razón cuando afirma que la idea de gradualidad parece ser más fácil de aplicar al caso de los delitos de resultado, pero ello será así solo en la medida en que se parte de un entendimiento del riesgo prohibido como proceso causal, que no se suscribe en esta investigación.

Dicho de otro modo: si se tiene una idea del riesgo típico que lo conciba como un proceso causal, será más razonable acotar su gradualidad solo al terreno de los delitos de resultado. En cambio, si se parte de un concepto de riesgo prohibido netamente normativo, este podrá apreciarse, e incluso de manera gradual, también en los delitos de omisión pura de garante. Cuestión distinta es que se trate aquí de una gradualidad mucho más breve que la que podría apreciarse en otros delitos de resultado.

Se pueden usar como ejemplos delitos que la doctrina considera de omisión pura de garante, en los cuales, sin embargo, es posible concebir supuestos de hecho en los que se aprecie una gradualidad en el incremento del riesgo típico.

En el delito de «omisión de auxilio o aviso a la autoridad» (artículo 127 del Código Penal), si el capitán de un barco que se desplaza en alta mar a una velocidad menor encuentra a un naufrago y no le brinda auxilio inmediato, sin duda realiza el tipo. Pero ¿a partir de qué momento puede considerarse que «no le brinda auxilio inmediato»? Desde mi punto de vista, es claro que el barco debe acercarse primero a una distancia suficiente.

El rescate, entonces, debe ser posible antes de poder ser omitido. Ahora bien, si habiendo alcanzado una distancia razonable como para actuar el capitán decide de todos modos no hacerlo, ¿a partir de qué momento puede considerarse omitida la acción de salvataje?

Considerar cualquier demora en realizar el salvataje como configuradora del tipo penal resultaría excesivo frente a los principios de fragmentariedad y última ratio, de modo que puede alegarse que, pasado un tiempo prudencial, recién resultaría proporcional que el sistema considere que el capitán ha omitido la acción. Es razonable que el sistema le conceda al sujeto un tiempo, obviamente breve en función de las circunstancias pero no por ello menos real, para tomar la decisión de actuar o no, y solo después de ello le atribuya la responsabilidad que le corresponde.

Ahora, obviamente, en la medida en que la conducta típica consiste aquí en omitir brindar auxilio inmediato, dicho tiempo prudencial no podrá ser muy largo, lo cual, sin embargo, no quiere decir que no exista. Lo que sí debe reconocerse —y en esto lleva razón el Dr. Montoya— es que la propia naturaleza de estos delitos reduce la posibilidad de apreciar la gradualidad a una escala pequeña y menor, por el sustrato fáctico de esta clase de conductas, que requieren un tiempo mínimo de ejecución.

Otro caso en el que se puede apreciar la gradualidad en delitos de omisión pura sería uno de tentativa inacabada por la intervención de un tercero. Imaginemos que, cuando estaba próximo a transcurrir el tiempo prudencial al que aludo en el párrafo anterior, y el barco ya estaba empezando a virar para dirigirse a otra ubicación y abandonar al naufrago, el capitán recibe una llamada de su superior que le ordena expresamente rescatarlo.

Desde mi punto de vista, sería un caso de tentativa inacabada por la intervención de un tercero, en la medida en que el riesgo generado por el capitán al comenzar a alejarse todavía

no alcanzaba el nivel de consumación —el cual se hubiese alcanzado al terminar de virar el barco y alejarse de manera resuelta del naufrago—. Normativamente, lo que sucedería es que el riesgo típico se eleva hasta casi llegar a su máximo y, luego de la orden del superior del capitán, volvería a descender, lo cual acaso permite apreciar de mejor manera la gradualidad del riesgo.

Es importante notar que el deber que el sujeto infringe en este tipo de delitos no debe entenderse como uno que se vulnere de manera inmediata, apenas el sujeto no realiza la conducta requerida por el tipo. Debe permitírsele al sujeto un margen razonable, breve pero existente, de tiempo durante el cual este pueda decidir libremente si cumple o infringe la norma. Es en ese margen en donde se ubica la gradualidad. El hecho de que esta no sea fácil de apreciar en términos fácticos, por la propia naturaleza de estos delitos, no significa que no exista en términos normativos.

Finalmente, con respecto a la idea de que la injerencia es aplicable solo a algunos delitos permanentes y no a todos, ya que no sería el fundamento que justificaría sancionar a determinados funcionarios por el tipo penal de desaparición forzada, considero que en realidad sí es posible argumentar que la injerencia es capaz de abarcar todos los casos que se ubican dentro del ámbito de este delito.

En los casos de desaparición forzada en los que un funcionario toma conocimiento de que un sujeto determinado ha sido desaparecido por el accionar de las Fuerzas Armadas y aun así guarda silencio respecto de esta información, este podrá ser imputado en la medida en que se entienda que al haberse enterado de la situación sin hacer nada ha contribuido, con su silencio, a la creación de un foco de peligro desbordado que seguirá existiendo hasta que él haga algo para neutralizarlo.

Al igual que en la lectura que se hace del resto de delitos permanentes interpretados mediante la figura de la injerencia previa, el comportamiento precedente del sujeto activo consistiría aquí en la ejecución y consumación inicial del delito, es decir, en el hecho de enterarse inicialmente de los sucesos y aun así guardar silencio. Al hacerlo, lo que sucederá es que este peligro típico, que ha alcanzado su máximo nivel, se mantendrá en la medida en que el sujeto insista en sostenerlo con su omisión de brindar información.

Ahora, si el comportamiento precedente se define del modo que se hace en este trabajo, esto es, como una conducta capaz de generar un peligro latente para el bien jurídico que pueda permanecer en el tiempo, ya sea incrementándose o manteniéndose al máximo nivel, no debería haber problemas en aceptar que el funcionario que conoce la existencia de un hecho ilícito como el de una desaparición forzada y decide callar al respecto está contribuyendo, con su silencio, a sostener una situación de riesgo para el bien jurídico, la cual, por cierto, permanecerá hasta que estese decida a revelar lo que sabe.

Es justamente esta posibilidad, de que el riesgo para el bien jurídico subsista en el tiempo hasta que el sujeto comunique lo que sabe, la que permite seguirlo responsabilizando por la ausencia de información sobre el paradero del desaparecido, y empleando la idea del comportamiento precedente y la injerencia también en casos como el planteado, con dicha finalidad.

PENAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL: UN ANÁLISIS BASADO EN EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP

Pamela Morales Nakandakari

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la PUCP

Categoría Alumnos

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, en todo el mundo, más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad, lo cual equivale al 15% de la población mundial (Organización Mundial de la Salud 2011: 7). A lo largo de la historia, estas personas han sido marginadas de los mecanismos de protección jurídica, pues eran vistas como víctimas de una desgracia individual que, en el mejor de los casos, era necesario erradicar.

Esta perspectiva fue modificándose desde mediados del siglo XX. Un significativo logro se dio el 13 de diciembre de 2006, fecha en que las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicho instrumento afirma el modelo social de discapacidad, el cual tiene como premisa ver a la discapacidad como un problema social. Este cambio de paradigma trae consigo una serie de ventajas, pero exige también una revisión del derecho en su conjunto, dado que los derechos de las personas con discapacidad han sido sistemáticamente vulnerados (Jiménez 2008: 8-9).

La finalidad del presente trabajo es analizar dos consecuencias que van de la mano con dicho cambio de paradigma: la necesaria renovación del concepto hegemónico de imputabilidad; y la consiguiente necesidad de un sistema penitenciario acorde con los derechos de las personas con discapacidad intelectual que son imputables según el derecho penal.

I. Discapacidad intelectual

I.1 Modelos de discapacidad a lo largo de la historia

La primera pregunta que debemos responder antes de abordar el presente trabajo es la siguiente: ¿qué se entiende por discapacidad? Históricamente, ha habido al menos tres conceptos o modelos de discapacidad: el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social.

El modelo de prescindencia se puede subdividir a la vez en dos submodelos: eugenesis (Antigüedad) y marginación (Edad Media) (Palacios 2008: 37). En el submodelo eugenésico, la discapacidad era vista como una situación de desgracia, al punto que la vida no llega a ser concebida como digna de ser vivida (Palacios 2008: 39). Por otro lado, el submodelo de marginación incluía a las personas con discapacidad en un grupo de marginados, en el que también estaban incluidos los pobres y los mendigos (Palacios 2008: 56-57).

El segundo modelo, llamado rehabilitador, se inició con la Modernidad y encontró su consolidación en los inicios del siglo XX (Palacios 2008: 68). La característica principal de este modelo consistía en considerar a la discapacidad como un problema de la persona. En otras palabras, la discapacidad era ocasionada exclusivamente por la enfermedad o condición de salud del individuo. Esta visión generó que las políticas públicas estuvieran dirigidas a normalizar a las personas en la medida de lo posible (Palacios 2008: 98). El médico y la medicina, principales actores en este proceso de erradicación de las diferencias, se pronunciaban no solo sobre la terapia, sino también sobre el destino de la persona y la determinación de sus derechos.

En esta línea, Michel Foucault (2011: 56-57) consideró que el cambio del modelo de prescindencia al modelo rehabilitador (llamados por Foucault, modelo de exclusión de leprosos y modelo de inclusión de apestados) estaba fuertemente ligado con el avance de técnicas positivas de intervención y transformación que reemplazaron las técnicas negativas de exclusión y rechazo con el objetivo de lograr la normalización de los anormales.

Podemos ver que estos dos modelos buscaron erradicar u ocultar las diferencias presentes en las personas con discapacidad (Palacios 2008: 98). Este proceso de invisibilidad provocó que las personas con discapacidad fueran tratadas como objetos más que como sujetos de pleno derecho (Quinn y Degener 2002: 11). Las protecciones jurídicas asociadas al Estado de derecho, frente al colectivo de personas con discapacidad, estaban gravemente restringidas, o inclusive, no se aplicaban. Ante esta terrible realidad surgió en Estados Unidos y el Reino Unido un tercer modelo de discapacidad: el modelo social.

I.1.1. Modelo social de discapacidad

¿Qué entiende este modelo por discapacidad? El nuevo paradigma de la discapacidad diferencia entre deficiencia y discapacidad. La Unión de Discapacitados Físicos contra la Segregación del Reino Unido elaboró en 1976 un manifiesto que definía la deficiencia como la pérdida de todo o una parte de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. Estas deficiencias pueden ser físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

Así, la discapacidad es entendida como la desventaja o restricción de actividad causada por la organización social. El colectivo de personas con discapacidad es tomado como víctima de

una sociedad discapacitante, más que como víctimas individuales de las circunstancias (Palacios y Bariffi 2007: 57).

1.2 Concepto de discapacidad intelectual

En el presente trabajo, se estudiará la situación de las personas con discapacidad intelectual que cometen un hecho delictivo y son consideradas imputables. Para ello, el primer paso es determinar qué se entiende por discapacidad intelectual. Al respecto, la Asociación Americana de Discapacidades Intelectual y del Desarrollo (AAIDD) ha señalado lo siguiente: «La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa, tal y como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y práctica» (Asociación Americana de Discapacidad Intelectuales y del Desarrollo 2011: 33).

Tomando en cuenta la afirmación anterior y de acuerdo con la diferencia entre deficiencia y discapacidad antes comentada, se puede afirmar que la discapacidad intelectual se genera cuando concurren los siguientes elementos:

- Deficiencia: desarrollo intelectual distinto del promedio o normal, caracterizado por afectaciones a la inteligencia, las funciones cognitivas, el lenguaje, habilidades motrices y de socialización (Acuña y Olivera 2012: 13).
- Barreras sociales: estigmatización, discriminación y exclusión que evita el disfrute y goce de los derechos en igualdad de condiciones de las demás personas de la sociedad (Acuña y Olivera 2012: 13).

En consecuencia, estaremos ante una persona con discapacidad intelectual cuando además de tener un desarrollo mental diferente del común de las personas, sea víctima de barreras sociales que no le permitan gozar de sus derechos como cualquier otro individuo.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) tiene por finalidad asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos y libertades de las personas con discapacidad. En su artículo 4, establece las obligaciones que asumen los estados al ratificar dicho instrumento internacional. Entre ellas, adquiere especial importancia la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivo los objetivos de la Convención, así como modificar y derogar las leyes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

El Perú no se ha mantenido ajeno al cambio de perspectiva respecto a la discapacidad. Evidencia de ello fue la adopción de la Convención, la misma que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. De acuerdo con el artículo 55° de la Constitución peruana, las normas contenidas en la Convención forman parte del derecho interno desde ese entonces (año 2008) y, al versar sobre derechos humanos, tienen rango constitucional.¹ En ese sentido, el Perú se encuentra obligado a cumplir con las normas contenidas en dicho instrumento internacional y, por tanto, a reconocer el modelo social de discapacidad.

Como parte de dicha obligación, en diciembre del 2012 el Congreso de la República promulgó la Ley General de la Persona con Discapacidad —Ley No 29973— (en adelante,

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 0047-2004-AI/TC. Fundamento 61.

la Ley), con lo cual se dio inicio al proceso de armonización de las normas nacionales según lo dispuesto por la Convención (Guzmán 2013:6). Su principal objetivo es la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, así como su inclusión económica y social (artículo 1).

Por su parte, el artículo 2 de dicha Ley señala que la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente y que, al interactuar con diversas barreras actitudinales o del entorno, no ejerza o pueda verse impedida de ejercer sus derechos y su inclusión en la sociedad.

Ahora bien, para analizar el ordenamiento jurídico peruano con el modelo social de discapacidad intelectual, se debe tener presente una serie de principios. Estos principios, que consideran los aspectos sociales relacionados con las personas con discapacidad intelectual, pueden resumirse de la siguiente manera (Acuña y Olivera 2012: 13):

- Respeto a la dignidad inherente y autonomía individual: la dignidad humana es inherente a toda persona, de forma que las personas con discapacidad también tienen derecho a ella y, consiguientemente, a su independencia y libertad de tomar decisiones.
- No discriminación.
- Participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- Respeto por la diferencia y la aceptación: las personas con discapacidad intelectual no deben ser víctimas de los estereotipos, prejuicios ni prácticas que atenten contra su integridad.
- Igualdad de oportunidades: las personas con discapacidad intelectual deben gozar de ajustes razonables.
- Accesibilidad.

Estos principios se utilizarán como base para analizar el concepto hegemónico de imputabilidad (primer objetivo) y una vez delimitado el concepto de imputabilidad, a partir de las herramientas señaladas, se analizarán algunas normas penitenciarias a la luz de la discapacidad intelectual (segundo objetivo).

Sin embargo, como paso previo, se profundizará respecto al primer principio mencionado, relativo a la dignidad inherente y autonomía individual de las personas con discapacidad, pues guarda estrecha relación con el desarrollo de la presente investigación. Antes de iniciar dicho apartado, es necesario señalar que el reconocimiento de la dignidad y autonomía implica el reconocimiento de capacidad jurídica. Es decir, aceptar que las personas con discapacidad poseen la aptitud de tomar sus propias decisiones.

1.3 Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual

Es importante destacar que, como señala Quinn (2010: 12-13), es erróneo partir de un enfoque que aborde la capacidad jurídica como una totalidad: o la tienes por completo o no tienes nada, pues ello implica un escaso respeto a la personalidad. Esto era común en el pasado. Sin embargo, hoy en día, lo idóneo es partir de la premisa de que determinadas personas tienen una variable en la capacidad para tomar distintos tipos de decisiones.

El artículo 12 de la Convención establece que quienes poseen algún tipo de discapacidad, tienen derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. Tal disposición debe interpretarse de acuerdo con los principios generales de la Convención reconocidos en el artículo 3; de manera específica, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones) y la independencia de las personas (Cómite sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: 2).

Por su parte, el artículo 9 de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley No. 29973), así como el artículo 8 de su Reglamento (Decreto Supremo No. 002-2014-MIMP), establecen la obligación señalada en el artículo 12 de la Convención.

El derecho al igual reconocimiento supone que la capacidad jurídica es un atributo inherente a todo ser humano y, por ende, debe defenderse para las personas con discapacidad, de manera que puedan estar en igualdad de condiciones que las demás. En este sentido, el Cómite sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, (2014: 2-3) ha señalado que la discapacidad intelectual o mental nunca deberá ser motivo para negarle, *a priori*, capacidad jurídica a una persona.

La Convención señala, en el numeral 1 del artículo 12, que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Garantizar que se reconozca la titularidad de dicha personalidad resulta fundamental, pues es un paso previo para que se les reconozca capacidad jurídica (Cómite sobre los Derechos de las Personas con discapacidad 2014: 4).

De acuerdo con lo señalado por Quinn, la capacidad jurídica es la herramienta para el progreso de la personalidad. Primero, porque permite que las personas construyan su propio universo jurídico, mediante la libre expresión de su voluntad; y segundo, porque funciona como un escudo, para que las personas se defiendan de otros que piensan que saben más (Quinn 2010: 12).

Por su parte, el numeral 2 del artículo 12 señala que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la vida. Como señala el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014: 4), la capacidad jurídica implica dos aptitudes: ser titular de derechos y obligaciones, lo que concede protección plena de los derechos que establece el ordenamiento jurídico; y actuar en derecho, que reconoce a la persona como actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos.

De esta manera, la capacidad jurídica engloba la capacidad de goce o de ser sujeto de derechos y obligaciones; y la capacidad de ejercicio o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones. Además, la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, es decir, la facultad de una persona de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (Villareal 2014:28). Según Rafael De Asís: «la capacidad de obrar implica poseer otra serie de rasgos entre los que destaca la capacidad de realizar actos conscientes, libres y responsables» (De Asís 2013: 40) .

En esta perspectiva, el artículo 12 de la Convención implica el cambio del paradigma de hombre ideal que el derecho reconoce. Solo porque a ciertas personas se les puede adjudicar una capacidad plena, no significa que los demás utilicen esa capacidad para evaluar y analizar a la racionalidad y tomar elecciones analíticas. La mayoría de personas, la mayoría del tiempo, dependen, al menos implícitamente, de otras personas para que los asistan en la toma de decisiones; cualesquiera sean ellas, se basan en las preferencias o en algún otro factor no racional (Quinn 2010: 8-9).

La autonomía implica que el ser humano se gobierne a sí mismo. Lo que se logra a través de una mezcla de lo racional con lo irracional, o a través de una mezcla de preferencias con las elecciones (Quinn 2010: 9). Tanto las personas con discapacidad como las personas sin discapacidad hacen efectivo su derecho de autonomía a través de decisiones no plenamente racionales.

En conclusión, si bien es cierto que algunas personas con discapacidad intelectual requieren determinados apoyos que les permiten el pleno ejercicio de su voluntad, así como el respeto de su autonomía, ello no supone afirmar que las decisiones adoptadas por tales personas, por el mero hecho de tener una discapacidad, carezcan de efectos jurídicos.

2. El concepto de imputabilidad en el Derecho Penal

2.1 Derecho Penal y derechos fundamentales

En el apartado anterior se señaló que el modelo social exige el abandono de interpretaciones y normas que atenten contra los derechos de las personas con discapacidad. Dentro del universo de normas que inciden directamente sobre las personas con discapacidad intelectual, las normas penales desempeñan un papel central. Frente a tal afirmación cabe plantear la siguiente interrogante, ¿cómo se manifiesta la relación entre el Derecho Penal y los derechos fundamentales de las personas con discapacidad? La respuesta se encuentra en la finalidad misma del Derecho Penal.

Para entender cuál es la finalidad de esta rama del derecho, es necesario contextualizarla en un modelo de Estado. En el ordenamiento jurídico peruano, el Derecho Penal tendrá una finalidad orientada a un Estado democrático, social y constitucional de derecho. Ello implica un derecho dirigido a permitir que sociedades pluriculturales mantengan una pacífica convivencia (Zagrebelsky 2008: 13).

En ese contexto, el modelo de Estado democrático y constitucional de derecho implica el reconocimiento de dos esferas: la esfera de lo decidible, todo lo que la Constitución permita que sea consensuado y decidido por las mayorías a través de procedimientos democráticos; y la esfera de lo indecidible, todo lo que la Constitución excluye del consenso de las mayorías, especialmente los derechos y garantías que protegen a las minorías (Ferrajoli 2010: 104-107).

Por otro lado, el modelo de Estado social propugna tomar partido efectivo en la vida social y estar al servicio de todos los ciudadanos, mediante la eliminación de barreras que separan al Estado y la sociedad (Mir Puig 1994: 32). En dicho modelo, el Estado tendrá como fin crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo (Mir Puig 1994: 33-34).

Para lograr el cometido antes trazado, es necesario que se proteja a los individuos de las diversas manifestaciones de violencia e intromisiones no autorizadas en sus esferas de libertad, toda vez que sin el cumplimiento de esta tarea la vida en común sería de imposible concreción.

La Constitución peruana reconoce lo antes dicho en su artículo 44 cuando señala que: «Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra la seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

Tomando ello en cuenta, el Derecho Penal deberá reducir la violencia social y, a la vez, la propia violencia punitiva (Silva Sánchez 1993: 211). En un sentido semejante, Luigi Ferrajoli (2005: 334) señala: [...] el Derecho Penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda, el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal [...].

En conclusión, esta rama del derecho no solo está orientada a la protección de la víctima, sino que también busca proteger al reo y, en general, a todo aquel que pueda cometer un ilícito penal. Por lo cual, resulta innegable que para el Derecho Penal, los derechos fundamentales de los procesados y los condenados por un delito tengan un papel central. Como señala Bustos Ramírez (2004: 163): «los derechos fundamentales han jugado un rol básico en la constante apertura del sistema y en el establecimiento de garantías para el individuo».

Ahora bien, los ilícitos penales no son cometidos de forma exclusiva por personas que no tienen discapacidad. Quienes tienen algún tipo de discapacidad intelectual también cometen delitos y, en consecuencia, son acreedores de una pena. Por consiguiente, es necesario tomar en cuenta los derechos propios de su discapacidad al momento de analizar su situación jurídica. Como se verá más adelante, el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual está estrechamente relacionado con el concepto de imputabilidad penal.

2.2. Culpabilidad e imputabilidad

¿Qué sucede cuando una persona con discapacidad intelectual comete un hecho ilícito? ¿Qué se debe analizar luego de probado el hecho antijurídico? ¿En qué categoría de la teoría penal se tomarán en cuenta las características propias de la persona con discapacidad intelectual? Conforme con la teoría del delito tradicional, el elemento que analizará las características personales del individuo con discapacidad intelectual que comete un hecho típico es la culpabilidad.

La culpabilidad, de acuerdo con nuestra Corte Suprema: «[...] se basa en que el autor de la infracción penal, o sea del hecho típico, antijurídico tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas para comprender el carácter delictuoso de su acto» (Exp. N° 1400-96-Junín. Ejecutoria Suprema, 30 setiembre 1996). En este orden de ideas, para que el Derecho Penal pueda intervenir con una pena, no bastará con probar la existencia de un hecho típico contrario al derecho, sino que será necesario determinar la responsabilidad individual del sujeto. En tal sentido, a diferencia de la tipicidad que recae sobre el hecho, la culpabilidad es una característica que analiza al sujeto en sí mismo (Meini 2012: 18-23).

Ahora bien, ¿cuál es presupuesto de la culpabilidad? De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la culpabilidad presupone la imputabilidad, entendida como la capacidad de culpabilidad (Quintero Olivares 2010: 430). En ese sentido, Terradillos afirma lo siguiente: «En efecto, la afirmación de culpabilidad supone la constatación de que el sujeto es imputable; que tenga capacidad para ser motivado por la norma. En otro caso, carece de sentido pretender un comportamiento distinto y reforzar esa pretensión con la amenaza de pena» (Terradillos 2002:

37). Siguiendo esta misma lógica, la doctrina penal mayoritaria afirma que la culpabilidad es presupuesto de la pena, pues solo a quien es culpable puede atribuírsele una sanción penal (Meini 2012: 73). En consecuencia, la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y esta última a su vez, es presupuesto de la pena.

En ese sentido, para que el ordenamiento jurídico se encuentre legitimado de aplicar una pena, primero deberá determinar que el agente sea imputable. Si, por el contrario, llegase a una conclusión distinta, no podrá imponerle dicha consecuencia jurídica, sino que, de acuerdo con el sistema penal acogido por nuestro ordenamiento, corresponderá la aplicación de una medida de seguridad (en caso de que se dé además un pronóstico de peligrosidad).

Por esta razón, es imprescindible realizar un análisis del concepto de imputabilidad que prima en la actualidad y hacer hincapié en las distintas teorías que han surgido a lo largo del tiempo. Solo si tenemos claro cuándo un sujeto está en la capacidad de responder penalmente, podremos determinar si corresponde o no, la imposición de una pena.

2.2.1. Desarrollo del concepto de imputabilidad

Se comentará brevemente el concepto tradicional de imputabilidad, para luego relatar algunas perspectivas que contribuyan a delinear un concepto acorde con el modelo social de discapacidad.

2.2.1.1. Perspectivas tradicionales

Si se analiza el concepto de imputabilidad desde un ángulo estrictamente jurídico-penal, puede definirse como el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber cometido un hecho típico (Sotomayor 1996: 31).

Sin embargo, el concepto de imputabilidad no ha tenido un desarrollo pacífico en la dogmática penal. Diferentes autores se aproximaron a dicho concepto desde varias perspectivas: como un problema de capacidad de acción (Von Hippel); de capacidad de deber (Von Ferneck); de capacidad de delito (Carnelutti), de capacidad de pena (Feuerbach), de capacidad de culpabilidad, entre otros (Sotomayor 1996: 34).

No obstante, las nociones tradicionales sobre imputabilidad pueden reducirse fundamentalmente a dos: la de los autores clásicos (y neoclásicos), desde la inicial posición de Carrara hasta la última de Welzel; y la del positivismo naturalista italiano (Bustos 2004: 145).

Con respecto al planteamiento clásico, se puede afirmar que partió del postulado del libre albedrío como fundamento del Derecho Penal, siendo esta la capacidad para poder determinarse conforme al sentido (Sotomayor 1996: 38-40). En esencia, se puede resumir la concepción clásica a partir de la siguiente afirmación: «si no existe libertad no existe responsabilidad» (Sotomayor 1996: 37).

Por su parte, el positivismo naturalista sostenía que el fundamento de la responsabilidad penal ya no descansa en la libre voluntad del hombre, sino en la responsabilidad social de todo individuo por el solo hecho de vivir en sociedad (Sotomayor 1996:46). Desaparece el concepto de responsabilidad moral y, como consecuencia, desaparece la distinción entre sujetos imputables e inimputables (Sotomayor 1996: 49). Lo que interesa ya no es la capacidad

o incapacidad del individuo para autodeterminarse, sino su capacidad para atentar contra el orden social (peligrosidad) (Sotomayor 1996: 50).

2.2.1.2. Perspectiva crítica de Bustos Ramírez

El profesor Bustos Ramírez considera que tanto el concepto clásico como el concepto positivista naturalista de imputabilidad vulneran los derechos de las personas llamadas inimputables. Sobre el concepto clásico, Bustos señala que tiene por supuesto considerar a los individuos como no libres, en tanto que no tienen la capacidad de libertad (Bustos 2004: 146).

De esta manera, dicho postulado dividió a los individuos en dos grupos: imputables – aquellos que son capaces de autodeterminación, es decir, de ser libres– e inimputables – aquellos que no poseen dicha capacidad– (Sotomayor 1996: 46). Ello generó que el concepto de inimputabilidad estuviera aparejado con la idea de minusvalía (concepto contrario del modelo social de discapacidad) y desigualdad existencial.

Por otro lado, Bustos considera que el concepto de inimputabilidad del positivismo naturalista, si bien abandona la inferioridad moral del inimputable, pasa a encasillarlo en el prototipo de criminal, lo que alimenta los estereotipos contra él (Bustos 2004: 146). En contra de ello, dicho autor elabora un modelo de dos niveles, que toma en cuenta el rol básico de los derechos fundamentales en el sistema de un Estado democrático de derecho y propone los siguientes niveles de inimputabilidad:

Primer nivel – no discriminación: De acuerdo con la teoría de las subculturas, no existe un solo orden cultural, por lo que el individuo puede pertenecer a distintos ámbitos culturales (Bustos 2004: 152). Según la psiquiatría alternativa, la llamada locura es un juicio de valor político que responde a un fenómeno social y no a un simple problema físico biológico. En otras palabras, la locura es un problema político que se discute dentro de un modelo particular de Estado de derecho (Bustos 2004: 153-161). Con ayuda de estas ciencias sociales, Bustos señala que el juicio de inimputabilidad no es un juicio negativo (falta de capacidad) o invalidación, sino que es un juicio de asignación a un determinado orden racional o una determinada racionalidad (Bustos 2004: 162). Es decir, no es que los inimputables no actúen de acuerdo con una racionalidad, sino que lo hacen en razón de un orden racional distinto del hegemónico. En conclusión, el primer nivel implica un reconocimiento de que todo hombre, de acuerdo con su dignidad humana, actúa de acuerdo con cierta racionalidad. Este mundo de valores puede ser diferente del hegemónico, pero en un Estado democrático debe ser reconocido.

Segundo nivel – comunicación: Este segundo nivel valorativo implica el reconocimiento de un orden racional hegemónico dentro del Estado que constituye la base del mismo, de forma que la destrucción del orden racional llevaría consigo la eliminación del propio Estado (Bustos 2004: 163). Tomando ello en cuenta, el profesor Bustos Ramírez señala que el segundo nivel de la inimputabilidad será un juicio de incompatibilidad de la racionalidad del individuo cuando comete el hecho con la racionalidad hegemónica del sistema (Bustos 2004: 164). En este sentido, la inimputabilidad manifiesta la tolerancia que tiene el sistema frente a racionalidades incompatibles (demostradas por el sujeto en su hecho) con la racionalidad de dicho sistema. Así pues, la imputabilidad para Bustos será un estatus político fuertemente relacionado con las directivas político estatales, jurídicas y criminales (Bustos 2004: 166).

2.2.1.3. Perspectivas funcionales

a) Claux Roxin

Roxin (1997: 807) entiende la culpabilidad como asequibilidad normativa, esto es, cuando el «sujeto está disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma». En ese sentido, considera que la concepción de imputabilidad no incide en demostrar el libre albedrío del sujeto, toda vez que basta con tener la capacidad de comportarse conforme a la norma, sin importar que esta capacidad responda a un determinismo o al libre albedrío del individuo. Sin embargo, Roxin (1997: 808) subraya que la libertad es una regla social de juego, de forma que de la misma manera que la igualdad, es un presupuesto normativo independiente de datos empíricos.

En conclusión, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo, esto es, un concepto compuesto por dos elementos: un elemento empíricamente demostrable y un elemento normativo. En primer lugar, Roxin (1997: 810) considera que existe un elemento empíricamente constatable: la capacidad general de autocontrol y, por consiguiente, de asequibilidad normativa. Por otro lado, la culpabilidad tiene un elemento normativo, en tanto que al individuo se le atribuye normativa, la posibilidad de conducta conforme al derecho. Su modelo recoge una justificación social de la pena, a la vez que no deja de lado datos personales del individuo que sean empíricamente demostrables.

Teniendo ello en cuenta, la imputabilidad será la capacidad de culpabilidad, esto es, la capacidad de asequibilidad normativa. En el caso de las afectaciones en las habilidades intelectuales, Roxin (1997: 831-832) señala que el Derecho Penal podrá operar, a través de la pena, frente a los casos ligeros.

b) Gunther Jakobs

Jakobs sostiene que el Derecho Penal está orientado a mantener las estructuras básicas sociales. En este orden de ideas, el Derecho Penal tiene una función preventiva general, en tanto que restablece la vigencia de la norma defraudada por el delito y, por tanto, permite mantener el reconocimiento general de la norma (Jakobs 1996: 584). En otras palabras, la pena significa el restablecimiento de la vigencia de las normas que mantienen la identidad de la sociedad (Montealegre 2003: 26).

¿Cómo se define en este esquema teórico la culpabilidad y la imputabilidad? En palabras de Jakobs (1996: 584), la culpabilidad se define de la siguiente forma: «[...] concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad determinada [...]». En esta línea, la culpabilidad se sustenta en la necesidad de reivindicar la norma defraudada con la imposición de una pena.

¿Cuándo será alguien imputable? Cuando el sistema social no pueda hacerle frente a dicha defraudación mediante otro mecanismo que no sea la pena. En otras palabras, si el sistema social puede enfrentar la defraudación normativa con otro mecanismo (como el tratamiento médico o el tratamiento de menores), no será necesario considerar al sujeto culpable de la defraudación y, consiguientemente, no se tendrá que re-estabilizar la norma defraudada (García Cavero 2008: 509).

Se puede ver que el libre albedrío es irrelevante en la teoría de Jakobs (1996: 584), toda vez que lo que interesa al Derecho Penal es la tolerabilidad general al accionar del autor; esto es, la disposición general a aceptar o renunciar a la responsabilidad del sujeto al que se le imputa la defraudación a la norma. La inimputabilidad es entonces la falta de competencia para cuestionar la validez de la norma (Jakobs 1996: 631). Tal falta de competencia, como se señaló, no se constata empíricamente, sino que rige a partir de la funcionalidad de la pena (Roxin 1997: 805).

A partir de lo antes dicho, el Estado puede indicar, con criterios preventivos generales y no en circunstancias personales que radiquen en el individuo, los casos en los que el sujeto es determinable por la norma jurídica infringida. Dentro de estos casos están las deficiencias de las capacidades mentales. Sin embargo, Jakobs (1996: 636) señala que la exclusión de la competencia dependerá del grado de deficiencia y de la medida de socialización alcanzada a pesar de dicha discapacidad.

2.2.1.4. Perspectiva de Quintero Olivares

Para Quintero Olivares (2010: 414), la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad. En ese sentido, ¿cuál es su visión sobre la culpabilidad? Dicho autor parte de la crisis de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito. En esta línea, el cuestionamiento a la culpabilidad se funda en su relación con el libre albedrío, en la medida que la culpabilidad se presenta como un concepto privado de fundamento racional y base demostrable.

Por este motivo, considera positivo el aporte de las teorías preventivas, en tanto que subrayan que la decisión de declarar a una persona culpable es una pretensión material y política (Quintero 2010: 403). Pese a ello, Quintero (2010: 656) sostiene que las diferencias entre la pena, sustentada en la culpabilidad, y la medida de seguridad, sustentada en la peligrosidad, se reducen cada vez más, toda vez que la pena ha comenzado a tomar en cuenta elementos personales del delincuente. En este orden de ideas, dicho autor sostiene lo siguiente: «La condición de peligroso en nuestro derecho puede tenerla tanto el autor inimputable o con imputabilidad reducida como el responsable criminal imputable, y siempre gravitará sobre un pronóstico de capacidad para la reinserción social [...] es realmente difícil sostener que en el derecho español haya un vía penal para los culpables y otra para los peligrosos, porque no es verdad [...]» (Quintero 2013: 658-659).

Formulado con otras palabras, el Derecho Penal de culpabilidad actual incorpora instituciones que toman en cuenta la peligrosidad del infractor (habitualidad, reincidencia, prisión preventiva, etc.). Con esta base, Quintero (2013: 663-667) sostiene que ya no es defendible la idea clásica de un Derecho Penal basado solo en la culpabilidad y otro basado solo en la peligrosidad, sino que afirma la existencia de un sistema penal al que le interesa buscar el castigo adecuado al sujeto y, a la vez, satisfacer la necesidad social de reacción. Estamos ante un sistema penal que ni es dualista ni es monista, sino que constituye un tercer género.

Entonces, ¿en qué estructura o elemento de la teoría del delito tendrá cabida la valoración del individuo concreto? Para Quintero (2010: 442), es necesaria una síntesis entre la culpabilidad y la necesidad político criminal de la pena que pueda componer el fundamento de la reacción punitiva. En este sentido, la culpabilidad se mantiene, pero como principio garantista del Derecho Penal, que solo explica de forma parcial la valoración del individuo. La imputabilidad,

en este sentido, deber ser tomada en cuenta de una forma mucho más extensa, ya que estamos materialmente ante un castigo único (ni pena, ni medida de seguridad).

2.2.2. Imputabilidad en el ordenamiento jurídico peruano

El ordenamiento jurídico peruano reconoce un sistema vicarial de sanciones penales.² Existen penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables e inimputables relativos. A diferencia de las medidas de seguridad, las penas implican un reproche social al sujeto imputable; por este motivo, tienen como presupuesto la culpabilidad penal.

Ahora bien, ¿qué se entiende por culpabilidad? Como bien señala Quintero Olivares (2010: 403), las leyes penales no suministran conceptos precisos de culpabilidad; por esta razón, los penalistas, como se ha visto, han dispuesto de una libertad intelectual relativa para elaborar sus propios conceptos de culpabilidad. La mayoría de dichas creaciones conceptuales plantean una aproximación a la culpabilidad, a partir de su relación con la capacidad de decisión o de ejercicio, pues se trata de instituciones íntimamente relacionadas (Frisch 2012: 68).

Como se señaló en el apartado 1.3, la capacidad de decisión o de ejercicio es la capacidad del individuo de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones. Por ello, de existir un grave déficit en la capacidad de decisión, el ordenamiento jurídico no podrá reprochar al sujeto por haber decidido realizar un hecho delictivo. Ante tal situación, al Derecho Penal solo le quedará excluir a la persona inimputable del proceso penal o, en todo caso, imponerle una sanción penal que tenga una carga meramente preventiva (como la medida de seguridad).

El juicio de culpabilidad implica reconocer a alguien como igual (De la Cuesta, 2003: 238). De esta manera, quien carezca de dicha capacidad de culpabilidad, es decir, quien sea considerado inimputable, será merecedor de un trato diferenciado por sus características personales. En este sentido, la culpabilidad tiene por función evaluar la necesidad de una pena a partir de las características personales de un sujeto como actor social (De la Cuesta 2003: 2012). Esta evaluación se realizara a partir del reconocimiento de la capacidad de decisión.

No obstante, la relación entre culpabilidad y capacidad de ejercicio ya no radica en el libre albedrío del agente. Dicha afirmación supondría una separación entre sujetos libres y no libres, lo cual sería discriminatorio.

La capacidad de decisión, y con ella la libertad, no son elementos ontológicos, sino que implican un presupuesto jurídico del Estado constitucional de derecho y de las reglas del juego social (Roxin 1997: 808). La capacidad de decisión y la libertad no se basan en un dato psicológico, sino en un reconocimiento social o intersubjetivo (Feijoo 2013: 288). En otras palabras, la capacidad de decisión es una capacidad atribuida mutuamente por los participantes del discurso social (Frisch 2012: 68); no es una realidad dada, sino que se construye a partir del reconocimiento social. Feijoo (2013: 292-293) lo describe de la siguiente manera:

La responsabilidad jurídica, como construcción social, pertenece a este mundo de lo social, que no es un mundo irreal o ilusorio, sino que es el medio que vivimos y que tiene sus propias reglas, mecanismos y necesidades. [...] La libertad de la que hablamos los juristas es una realidad social. Se

2 Es preciso señalar que nos parecen acertadas las críticas que la doctrina hace respecto a este sistema, en tanto que implica un verdadero fraude de etiquetas. Sin embargo, por el momento, nos acogeremos a lo que nuestro ordenamiento legal dispone.

puede definir, si se quiere, como construcción social dependiente de la cultura o institución social derivada de discursos de atribución, pero lo que importa [...] es que tiene su origen en la interacción humana (la intersubjetividad), por lo que no viene pre-dada por la naturaleza.

Conforme a ello, la imputabilidad se basa en el reconocimiento intersubjetivo entre los miembros de una sociedad determinada. La imputabilidad significa que una sociedad reconozca que uno de sus miembros en particular tiene la capacidad jurídica de generar obligaciones penales a partir de sus decisiones. Ello es lógico, en la medida de que la imputabilidad implicará la imposición de una pena que manifiesta un reproche social. Solo un concepto construido a partir del discurso social puede habilitar una sanción que manifieste tal reproche.

Se ha dicho que los ordenamientos penales carecen de conceptos de culpabilidad y el ordenamiento jurídico peruano no es la excepción a dicha regla. Se limita a señalar los supuestos negativos de la culpabilidad, esto es, los casos de inimputabilidad. En esta medida, el artículo 20.1° del Código Penal señala que estará 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 concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión». La Corte Suprema ha utilizado esta norma penal para los casos de discapacidad intelectual e inimputabilidad³ (Caro Coria 2002: 156).

Ahora bien, ¿cómo se relaciona la imputabilidad penal con la discapacidad intelectual? ¿Implica el artículo 20.1° que toda persona con discapacidad intelectual es inimputable? Hasta el momento, se han hecho dos afirmaciones respecto a la imputabilidad penal: (1) está basada en un reconocimiento intersubjetivo de la capacidad de ejercicio o de decisión; (2) debe ser un juicio que se realiza a partir de las características individuales de cada persona al momento de cometer el ilícito penal (De la Cuesta 2003: 212).

En este punto, se debe recordar lo señalado en el apartado 1.3, sobre lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención. Es decir, que no se puede negar a priori la imputabilidad penal de una persona con discapacidad intelectual, pues ello implicaría un trato discriminatorio (Alianza de las Organizaciones Latinoamérica 2014: 6). En este sentido, Benavides López señala lo siguiente: [...] las eximentes y atenuantes no deben estar basadas directa o indirectamente en la discapacidad o las deficiencias y han de redefinirse en términos neutrales relativos a las situaciones que impiden comprender la ilicitud de los actos [...] (Benavides López 2003: 232-234).

De esta forma, el tratamiento diferenciado no se puede fundamentar a partir de la discapacidad intelectual, sino que debe justificarse en el hecho de que sujeto no tenga la posibilidad de comprender la ilicitud de su acto; lo que hará innecesaria e injustificada la aplicación de una pena. En otras palabras, la inimputabilidad se debe basar en una evaluación de posibilidades de comprensión de la persona al momento de la comisión del hecho, cuestión que varía de acuerdo con fenómenos dinámicos (Alianza de las Organizaciones Latinoamérica 2014: 6). De esta forma, un concepto de imputabilidad acorde con la Convención deberá tener las siguientes características:

3 En este sentido, la Corte Suprema ha señalado: «Procede absolver al inculpado del delito de lesiones graves, al comprobarse que es una persona inimputable, que sufre de una enfermedad mental que no le permite comprender la antijuricidad de su conducta». Exp. N° 1400-95-Junín. En sentido similar: «Al sufrir el inculpado de enfermedad mental que no le permite apreciar el carácter ilícito de su conducta, debe declararse exento de responsabilidad penal». Exp. N° 011-98-Junín.

- Debe consistir en un constructo jurídico y no una realidad ontológica.
- La discapacidad intelectual no podrá ser sinónimo de inimputabilidad, de forma que solo las personas con alguna deficiencia intelectual grave que haga necesaria (en sentido político criminal) una medida de seguridad de internamiento, más no una pena, serán considerados inimputables.
- No será lícito negar, a priori, la libertad de decisión de las personas con o sin discapacidad.

En consecuencia, si se afirma que las personas con discapacidad intelectual poseen capacidad jurídica y que esta última implica la aptitud de realizar actos con efectos jurídicos, es correcto concluir que dichas personas pueden realizar actos con efectos jurídicos. Tales actos podrán ser de diversa naturaleza y no siempre o, no necesariamente, acordes con el derecho. Es posible que dentro del universo de comportamientos realizados, algunos sean antijurídicos, lo que conllevaría a la eventual comisión de delitos y a la posible imposición de una pena. Debe recordarse que la capacidad jurídica no solo otorga la titularidad de derechos, sino también de obligaciones (Cómite sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: 4).

Respecto a este punto, la Alianza de Organizaciones Latinoamericanas señala lo siguiente: «La relación entre el acceso a la justicia y la capacidad jurídica en el ámbito penal requiere reflexionar sobre algunos institutos jurídicos y su vinculación con el art. 12. Así, el derecho a la capacidad jurídica también involucra el reconocimiento de la aptitud para afrontar responsabilidad penal ante la comisión de hechos considerados delitos para la legislación de cada Estado» (Alianza de las Organizaciones Latinoamericanas 2014: 7).

3. Sistema penitenciario y derechos de las personas con discapacidad intelectual

3.1 Tratamiento penitenciario

Se ha señalado que de acuerdo con la Convención, la discapacidad intelectual no puede ser sinónimo de inimputabilidad. Si ello es cierto, el modelo social de discapacidad tiene por efecto ampliar el abanico de supuestos de imputabilidad, pues no toda persona con discapacidad deberá ser tratada como inimputable penal. Ello traerá como consecuencia que el número de personas con discapacidad intelectual que sean consideradas inimputables se reduzca drásticamente.

El efecto material de este cambio de paradigma en el ámbito del Derecho Penal será la mayor cantidad de personas con discapacidad intelectual sujetas a penas privativas de libertad, toda vez que estas personas habían sido tratadas en el antiguo paradigma como inimputables sujetos a la medida de seguridad de internamiento.

Por lo tanto, es necesario que el sistema penitenciario experimente los cambios para que se respeten los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual. Para la consecución de esta tarea, el mandato de resocialización, al ser el principio orientador del régimen penitenciario, desempeña un rol trascendente.

3.1.1. El principio de resocialización del sistema penitenciario

El sistema penitenciario es el conjunto de normas que regula el funcionamiento interno de las prisiones de acuerdo con el cumplimiento de un fin determinado (Muñoz Conde y García Arán 2007: 547).

¿Cuál es ese fin que guía el régimen penitenciario en el Perú? El artículo 139° inciso 22 de la Constitución señala al respecto lo siguiente: «El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad».

Como puede apreciarse, el principio de resocialización está descrito a través de tres subprincipios con significados distintos (Urías 2001: 44). La reeducación implica el proceso de adquisición de actitudes por parte del reo, para aplicarlos a su vida en libertad; la reincorporación nos remite a la recuperación social del condenado en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, y la rehabilitación expresa el cambio de estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad (Montoya 2008: 634-635).

En síntesis, en el ordenamiento peruano, la resocialización implica tanto el proceso educativo (durante el cumplimiento de la condena), como el resultado de reincorporar al condenado a la sociedad (una vez cumplida la pena), sin descuidar la comprensión jurídica de dicho resultado (Montoya 2008: 635).

Desde una visión preliminar, se podría pensar que la Constitución está avalando un sistema penitenciario que, en palabras de Foucault, se transforma en una verdadera máquina de modificar los espíritus (Foucault 2009: 147). Sin embargo, esa afirmación no se corresponde con un modelo de Estado constitucional de derecho, en donde las constituciones no buscan crear individuos iguales, sino que, por el contrario, tienen por tarea posibilitar la vida en común dentro de sociedades pluralistas (Zagrebelsky 2008: 13). La idea de una pena que permita al Estado y a las mayorías imponer sus valores y principios se contradice con la libertad de pensamiento y la autonomía de conciencia que un modelo constitucional asume (Ferrajoli 2005: 272).

El principio de resocialización del sistema penitenciario debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos (Muñoz Conde y García Arán 2007: 549). Entonces, ¿cómo se debe entender el artículo 139° inciso 22° de la Constitución? El principio de resocialización debe entenderse conjuntamente con el principio de respeto de los derechos fundamentales del interno (Pérez Cruz y otros 2009: 910). Este principio (el de resocialización) no implica la imposición de valores y principios morales, sino que manifiesta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos en el sistema penitenciario (Meini 2009: 310), de forma que la cárcel sea lo menos represiva posible y, por consiguiente, lo menos desocializadora y deseducadora posible (Ferrajoli 2005: 271).

Sin embargo, el valor del principio de resocialización va más allá de lo meramente negativo, toda vez que tiene estrecha relación con el modelo social que la Constitución de 1993 le impone al Estado. En esta medida, el principio de resocialización también se fundamenta en la función de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos —incluidos los internos en centros penitenciarios— en la vida política, económica cultural y social (Urías 2001: 47).

Así, las medidas asistenciales le permitirán al reo acceder voluntariamente a un tratamiento que tenga por resultado su rehabilitación y reincorporación a la sociedad (Fernández García y otros 2001: 134). Por ejemplo, el preso podrá capacitarse en distintas habilidades laborales que

no solo buscarán palear los efectos desocializadores de la pena, sino que también le permitirán adoptar un modelo de vida distinto de la carrera criminal y participar de forma legítima en la vida económica. Sobre ello, conviene señalar lo dicho por Santiago Mir Puig (2011: 143-144): «Debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso [...]».

Vemos pues que el fin no está orientado al individuo en sí, sino al sistema, de forma que surge la obligación de interpretar los derechos fundamentales de los reclusos del modo más favorable a su integración futura en la sociedad (Urías 2001: 77). El fundamento de esta obligación radica en el objetivo de evitar la desocialización y permitir el acceso a la vida política, económica y social de los condenados a través de las distintas medidas asistenciales presentes en la prisión (Mapelli y Terradillos 1996: 129).

En conclusión, el principio de resocialización tiene un espectro negativo y un espectro positivo (respetuoso de la autonomía y libertad del individuo). Asimismo, el cumplimiento de esta tarea (la resocialización) depende de las medidas asistenciales, las cuales no pueden ser iguales para todos los presos, pues ello implicaría una vulneración del principio de igualdad. En tal sentido, como veremos más adelante, es necesario hacer ajustes razonables que se acomoden a la situación de las personas con discapacidad intelectual.

3.1.2. El principio de resocialización frente a las personas con discapacidad intelectual

El principio de resocialización debe entenderse a la luz del paradigma de discapacidad social, en tanto que es impensable que el sistema penitenciario cumpla con dicha finalidad sin tomar en cuenta la discapacidad que experimentan algunos internos. Lo opuesto significaría tener un sistema penitenciario con medidas asistenciales y normas orientadas solo a las personas sin discapacidad, hecho que implicaría una vulneración flagrante a la Convención.

En el primer apartado de este trabajo enumeramos una serie de principios que la Convención reconoce respecto a las personas con discapacidad intelectual. De todos ellos, ¿cuál tiene una relación directa con el mandato de resocialización? A nuestro entender, el principio de igualdad de oportunidades, pues brinda herramientas que permiten cumplir los fines del sistema penitenciario.

Sobre el principio de igualdad de oportunidades debemos decir que implica que las formas de acción e intervención del gobierno tomen los siguientes puntos como guía:

- Hacer frente a la exclusión estructural en esferas como los servicios públicos.
- Garantizar que el proceso de integración social de las personas con discapacidad sea un fin y un medio.
- Combatir los casos de discriminación en las esferas económica, social y de servicios públicos, entre otras (Quinn y Degener 2002:14).

De lo dicho hasta aquí se desprende que el tratamiento penitenciario, como servicio público, debe hacer frente a la exclusión estructural y combatir, al mismo tiempo, los casos de discriminación. Más aún, teniendo en cuenta el fin del sistema penitenciario, debe garantizar que los internos con discapacidad intelectual continúen o inicien su proceso de integración social (siempre y cuando se respete su libertad y autodeterminación).

De los puntos antes mostrados, se puede concluir que el principio de no discriminación se encuentra fuertemente ligado al principio de igualdad de oportunidades, es decir, al punto del artículo 2 de la Convención, que señala que la discriminación por razones de discapacidad incluye la denegación de ajustes razonables.

¿Qué son los ajustes razonables? La Convención los define de la siguiente forma: «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

En consecuencia, el sistema penitenciario deberá adaptar sus medidas asistenciales y normas internas, para garantizar lo siguiente: *a)* que las personas con discapacidad intelectual que se encuentren reclusas dentro de una prisión tengan acceso a sus derechos y libertades en igual condiciones que los demás; y *b)* que las medidas asistenciales que buscan efectivizar el mandato de resocialización tome en cuenta su discapacidad.

A continuación, se analizará el Código de Ejecución Penal con el objetivo de visibilizar líneas que permitan materializar algunos ajustes razonables necesarios para el respeto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y el principio de resocialización.

3.1.3. Derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y el Código de Ejecución Penal

Como parte final del presente trabajo, se tratará el tema de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual, sujetas a penas privativas de libertad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos que no hayan sido restringidos o limitados en la resolución judicial (Salt 1997: 447).

Acorde con ello, el artículo 1 del Código de Ejecución Penal señala lo siguiente: «el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva». En la sentencia recaída en el expediente 1429-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional peruano ha confirmado lo dicho por el Código de Ejecución Penal (Ávila 2011: 33).

La tutela de los derechos durante la ejecución de la pena es especialmente relevante, toda vez que este campo coloca a la persona en un estado de vulnerabilidad frente a las violaciones de sus derechos (Ávila 2011: 34). Por este motivo y de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Gutiérrez Soler vs Colombia), el Estado asume el rol de garante y custodia la presencia del interno en el centro penitenciario y vigila las condiciones del individuo en la prisión (Ávila 2011: 35). En el caso de las personas con discapacidad, el estado de vulnerabilidad es aún más grave, ya que el individuo se enfrenta por su condición a barreras sociales que dificultan el ejercicio de sus derechos.

Teniendo en cuenta este rol de vigilancia de los derechos fundamentales que tiene el Estado frente a los internos, se analizarán los derechos de las personas con discapacidad intelectual sujetas a penas privativas de libertad. Para ello, se utilizará el esquema propuesto por el profesor Gerard Quinn respecto a los derechos civiles; derechos políticos; y derechos económicos, sociales y culturales (Quinn y Degener 2002: 14-17).

3.1.3.1. Derechos civiles: proteger a la población frente al poder

Los derechos civiles están orientados a la protección y promoción de los valores de la dignidad humana y la autonomía. Ello implica, por un lado, la división entre el poder público y la esfera privada y, por otro lado, la existencia de una sociedad en la que las personas son libres de tomar sus decisiones en la vida sin ser oprimidas por abusos de poder (Quinn y Degener 2002: 15).

La primera obligación del Estado vendría a ser el trato humanitario y la prohibición de tortura. Conforme con ello, el Código de Ejecución Penal en el artículo III de su título preliminar señala: «La ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno». La tortura y el trato inhumano en un régimen que tiende a la resocialización son incoherentes e ilegítimos.

En consecuencia, queda proscrito todo tratamiento preventivo que implique tortura, esto es, la producción intencional en la persona de dolores o sufrimientos graves (físicos o mentales) con el fin de castigar, obtener información, coaccionar o discriminar.⁴ Ello debe ser tomado en cuenta en tanto que las personas con discapacidades mentales e intelectuales suelen ser especialmente vulnerables frente a la tortura (Quinn y Degener 2002: 19).

En este esquema también es importante el derecho a la libertad, en tanto que ello ayudará a relacionar el fuero interno de las personas con discapacidad intelectual (protección de la capacidad de autodirección) y el fuero externo (preservación del espacio de acción o comportamientos dictados sobre metas escogidas) (Quinn y Degener 2002: 15). En el caso de los internos, ello implica que se adopte un sistema de apoyo y que se prohíba todo modelo de sustitución de tomas de decisiones. No se puede olvidar que las restricciones a los derechos del interno se limitan a lo señalado en la sentencia condenatoria y a lo establecido en la ley.

El modelo de apoyo implica que el sistema penitenciario tome las medidas necesarias para brindar las facilidades y acceso al apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad intelectual, para ejercer su derecho a decidir sobre sus vidas (Acuña y Olivera 2012: 16). Todo sistema penitenciario que esté orientado a la resocialización debe garantizar que sus internos

⁴ En este sentido, el artículo I de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes señala: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

puedan ejercitar su derecho a la libertad de acuerdo con los parámetros legales. Para ello, será necesario que el personal penitenciario trabaje conjuntamente con los familiares y algunas instituciones privadas. Aquí el papel de las ONG es esencial.

En esta medida, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (2008: 154) recomienda: «Desarrollar, con el apoyo de las administraciones [...] las previsiones legales que contemplan la partición de las ONGs de apoyo a personas con discapacidad en el proceso penal, cumplimiento de penas, medidas de seguridad, medidas alternativas, reeducación y reinserción [...]».

Finalmente, para la asunción del poder sobre sus propias vidas, es necesario que la administración penitenciaria elimine todo tipo de discriminación por razón de discapacidad. El Código de Ejecución Penal toma en cuenta la discriminación y lo hace al señalar en el segundo párrafo del artículo V de su Título Preliminar lo siguiente: «el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena. Está prohibida toda discriminación racial, social, religiosa, económica, cultural o de cualquier otra índole».

La norma penitenciaria antes citada no hace mención expresa a la discriminación por discapacidad, lo que resulta grave en tanto que es necesario y urgente reconocer la situación de subordinación social de las personas con discapacidad y visibilizar las formas en que se manifiesta la discriminación en su contra (Jiménez 2008: 20).

A pesar de ello, la norma en mención debe ser interpretada de forma que incluya la discriminación por discapacidad. Si se toma en cuenta que la discriminación implica la negación de ajustes razonables, el artículo V del título preliminar recoge una norma que sirve de directriz para regular los ajustes razonables necesarios para el respeto a las libertades de decisión y autonomía de las personas con discapacidad intelectual internas en un centro penitenciario. Además, la libertad de decisión y autonomía es importante para el proceso de reeducación y la posterior reincorporación social del interno.

3.1.3.2. Derechos políticos: influencias en los poderes públicos

Si los derechos civiles sirven principalmente, aunque no exclusivamente, para contrarrestar el poder del Estado, los derechos políticos permiten que las personas ejerzan control sobre el poder público (Quinn y Degener 2002: 16). En el contexto penitenciario, esto permite a las personas con discapacidad intelectual cuestionar las medidas que violen sus derechos. Dichas personas se pueden quejar contra cualquier acto de tortura o coacción innecesaria e ilegítima que pueda ocasionar la desocialización del interno.

En esta misma línea, el Código de Ejecución Penal señala en el artículo 14º lo siguiente: «El interno tiene derecho a formular quejas y peticiones ante el Director del Establecimiento Penitenciario. En caso de no ser atendido, el interno puede recurrir, por cualquier otro medio, al representante del Ministerio Público».

Sin embargo, para que una persona con discapacidad pueda hacer efectivo este derecho, es necesario que se adopten ajustes razonables. Para ello, es necesario crear un órgano interno especializado dentro del centro penitenciario que monitoree el tratamiento que reciben dichas personas y que, a la vez, posibiliten las denuncias que dichas personas realizan (Acuña y Olivera 2012: 36).

También es necesario impulsar el apoyo a través de soporte lingüístico, transmitiendo los mensajes importantes (normas de conducta interna y formas de realizar peticiones y quejas contra el personal penitenciario) a través de signos, palabras y frases adecuadas a las deficiencias de la personas con discapacidad (Rodríguez y de Pablo Blanco 2004:100).

3.1.3.3. Derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales son de vital importancia para las personas con discapacidad intelectual, ya que implican la preparación para una vida activa y productiva (derecho a la educación y a la formación profesional). El valor de estos derechos importa, no solamente por su utilidad económica, sino sobre todo porque proviene de la dignidad intrínseca del trabajador (Quinn y Degener 2002:17).

A tales derechos se debe sumar la salud, que incluye, de acuerdo con el artículo 25°, el tratamiento médico, la buena alimentación, acceder a agua limpia y vivir en condiciones sanitarias adecuadas (Acuña y Olivera 2012: 25). Los derechos aquí enumerados (educación y formación profesional y salud) serán de gran importancia para evaluar el cumplimiento del principio de resocialización en el caso de las personas con discapacidad.

Para materializar el apoyo necesario que posibilite el goce de estos derechos, se requiere partir de una evaluación previa. El artículo 6 del Código de Ejecución Penal señala que el interno debe ser examinado por el servicio de salud al ingresar al centro penitenciario. Asimismo, el artículo 62° del mismo cuerpo legislativo señala que la individualización del tratamiento del interno hace necesario un estudio integral mediante observación y los exámenes correspondientes. Estas dos normas son esenciales, pues obligan al sistema penitenciario a realizar la evaluación necesaria para adoptar medidas asistenciales afines a la discapacidad intelectual de algunos internos.

¿En qué consiste la evaluación de las personas con discapacidad intelectual? Dicha evaluación incluye la recolección sistemática de información para la toma de decisiones y comunicación en relación con tres funciones: diagnóstico, clasificación y planificación de apoyos individualizados (Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo 2011: 51).

- a) Diagnóstico: se determinará si hay presencia o ausencia de discapacidad (Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo 2011: 54). Ello es fundamental, en la medida en que la no detección y valoración adecuada de la discapacidad provocaría que la ubicación del interno en el centro pueda perjudicar su situación anterior a la condena (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad 2008: 148). Debe resaltarse que es perfectamente posible estar frente a casos en los que la baja intensidad de la afectación intelectual la haga tan poco notoria, que el juez imponga la sentencia condenatoria sin una pericia psicológica previa.
- b) Clasificación: es necesaria en tanto permite clasificar la intensidad de la necesidad de apoyo. Los apoyos «son los recursos y estrategias cuyo propósito es promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar personal, y que mejoran el funcionamiento individual de las personas» (Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo 2011: 168). En tal sentido, un sistema de apoyo para las personas con discapacidad intelectual necesita partir de un sistema de clasificación que delimite las necesidades de apoyo; esto es, la intensidad de los apoyos requeridos

para que una persona se incorpore en actividades relacionadas con un funcionamiento humano estándar (Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo 2011: 168). Los sistemas de apoyo, si bien deben tomar en cuenta las preferencias y prioridades de los interesados, no deben olvidar la intensidad de apoyo que requiere cada individuo (Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo 2011: 171), pues ello se determina para cada caso en particular.

- c) Planificación y desarrollo de los sistemas de apoyo: los sistemas de apoyo se deben materializar en la garantía de disfrute de los derechos fundamentales de los internos con discapacidad intelectual, así como en las medidas asistenciales orientadas a permitir el cumplimiento del principio de resocialización.

Ahora bien, ¿cómo se concretizan los sistemas de apoyo en el caso de la educación y la formación profesional de las personas con discapacidad intelectual? El artículo 69° del Código de Ejecución Penal señala: «En cada establecimiento penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación». Este artículo es indispensable para que se logre el proceso de reeducación.

En el caso de las personas con discapacidad intelectual, el derecho a la educación se orientará no solo a alcanzar niveles académicos, sino que sobre todo estará dirigido a adquirir habilidades funcionales para la vida independiente (Rodríguez y de Pablo Blanco 2004:101).

Al momento de elaborar las medidas asistenciales sobre educación de las personas con discapacidad, el sistema penitenciario deberá tomar en cuenta el fomento de habilidades adecuadas para la interacción en el entorno educativo, desde estrategias cognitivas (como las habilidades de solución de problemas) hasta las habilidades académicas funcionales (habilidades de autocuidado, comunicación, socialización, conceptos del medio natural, social, educación sexual, salud, entre otros)⁵ (Rodríguez y de Pablo Blanco 2004: 103).

Sobre el derecho a la formación profesional, las medidas asistenciales no solo deben enseñar el oficio a la persona con discapacidad, sino que deben incidir en habilidades de búsqueda de empleo y de desarrollo laboral (desde conocimiento de la asunción de deberes hasta la autoevaluación del trabajo y la corrección de errores) (Rodríguez y de Blanco 2004: 109). Este derecho guarda relación con el artículo 65° del Código de Ejecución Penal que señala que el trabajo es un derecho y deber del interno que contribuye a su rehabilitación.

Finalmente, el derecho a la salud de las personas con discapacidad intelectual sujetas a penas privativas de libertad implica tomar en cuenta un sistema de salud adaptado a sus necesidades. Ello es perfectamente sustentable en tanto que el artículo 78° del Código de Ejecución Penal regula el acceso a servicios médicos especializados, como psiquiatría y psicología. Ello permitirá que el interno mantenga o mejore su salud física y mental o, en todo caso, evitará que dicha condición empeore.

4. Conclusiones

- a) Debe resaltarse la importancia de diferenciar los conceptos de deficiencia y discapacidad. El primero de ellos implica la pérdida de todo o una parte de un miembro, órgano

5 Lo dicho aquí no quiere decir que las actividades dirigidas a alcanzar logros académicos sean dejadas de lado, sino que estas operaran de acuerdo con el grado de afectación intelectual del individuo.

o mecanismo del cuerpo; mientras que el segundo hace referencia a la desventaja o restricción de actividad causada por la misma organización social. En consecuencia, una persona con discapacidad intelectual será quien además de tener un desarrollo mental diferente del promedio, sea víctima de barreras sociales que no le permitan gozar de sus derechos como cualquier otro individuo.

- b) Al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Perú se obligó a cumplir las normas contenidas en dicho instrumento internacional, así como a adoptar el modelo social de discapacidad. Este último tiene como premisa fundamental considerar a la discapacidad como un problema social y no como un «defecto del propio individuo». Este cambio de paradigma implica necesariamente la adecuación de la normativa interna para que se puedan cumplir los objetivos de la Convención, como garantizar la igualdad entre las personas con discapacidad y las que no las tienen.
- c) Es importante tener presente que la discapacidad intelectual no es sinónimo de inimputabilidad. La adopción del modelo social de discapacidad trae aparejada la necesaria renovación del concepto hegemónico de imputabilidad. De esta manera, se reconoce que una persona con discapacidad intelectual que solo requiere de cierto apoyo es libre y, por ende, tiene capacidad jurídica; razones que justifican su aptitud para responder penalmente por sus comportamientos.
- d) Debido a que los jueces aplicaran más penas y menos medidas de seguridad a las personas con discapacidad intelectual, es primordial que el sistema penitenciario se adapte a las necesidades de las personas con discapacidad intelectual. Ello, con la finalidad de garantizar el principio de no discriminación y autonomía individual que la Convención reconoce.
- e) El principio de resocialización exige que el sistema penitenciario adopte las medidas necesarias para evitar la desocialización del interno, a la vez que garantiza que dicha persona pueda acceder a mecanismos necesarios para su rehabilitación y reincorporación en la sociedad. Este principio requiere, además, tomar en cuenta las características especiales de las personas con discapacidad intelectual.
- f) Los ajustes razonables son modificaciones necesarias que se requieren en un caso particular y tienen como finalidad garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que los demás, de todos los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, el sistema penitenciario debe adoptar los ajustes que considere necesarios, pues la negación de los mismos implicaría discriminación y violación al principio de resocialización.
- g) Antes del ingreso en el penal, las personas con discapacidad intelectual ya enfrentaban barreras impuestas por la misma organización social, que no les permitían ejercer de manera óptima sus derechos. En ese sentido, luego de cumplir la condena correspondiente, se concluye que su reinserción a la sociedad será aún más difícil en comparación con aquellas personas que no poseen discapacidad alguna. Esto genera una exigencia al sistema penitenciario, institución que deberá velar para que las penas impuestas a las personas con discapacidad intelectual cumplan el principio de resocialización.
- h) Las personas con discapacidad intelectual que cumplen penas privativas de libertad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a los posibles maltratos

y abusos, razón por la cual requieren mecanismos que garanticen el respeto de sus derechos fundamentales. Ello se manifiesta en la prohibición de la tortura y en la obligación del trato humanitario, además de facilitar los mecanismos de denuncia y queja.

- i) Las medidas asistenciales (relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales) son parte importante del proceso de resocialización. En el caso de las personas con discapacidad, la ejecución de medidas asistenciales requiere el diagnóstico y la clasificación previa; ello, con miras a incluir los apoyos necesarios para cada persona.
- j) En el caso de los derechos a la educación, el sistema penitenciario debe permitir que las personas con discapacidad intelectual adquieran habilidades funcionales para la vida independiente, además del alcance de los niveles académicos. Asimismo, el derecho a la formación profesional de las personas con discapacidad intelectual requiere medidas asistenciales que no solo se expresen en la enseñanza de oficios, sino que deben incidir en habilidades de búsqueda de empleo y de desarrollo laboral.
- k) Finalmente, el sistema de salud debe tomar en cuenta las características individuales de las personas con discapacidad intelectual que se encuentran recluidas en los penales, para evitar que las condiciones mentales o físicas de dichas personas empeoren durante su estancia en el centro penitenciario, ya que este último escenario dificultaría gravemente la eventual reincorporación y rehabilitación de dichas personas.

5. Bibliografía

ASOCIACIÓN AMERICANA DE DISCAPACIDADES INTELECTUALES Y DEL DESARROLLO.

2011 *Discapacidad Intelectual*. Madrid: Alianza Editorial.

ALIANZA DE ORGANIZACIONES LATINOAMERICANAS

2014 *Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: 2014. Consulta: 13 de mayo de 2014.

www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc

ÁVILA, José

2011 «El Derecho de ejecución penal de cara al presente siglo. Problemas, orientaciones, retos y perspectivas». Centro de Estudios de Derecho Penitenciario. Revista electrónica. Universidad San Martín de Porres. Lima, año 1, número 1, pp. 1-44. Consulta: 3 de noviembre de 2013.

ACUÑA, Erick y Jean Franco OLIVERA

2012 *Los derechos de las personas con discapacidad mental*. Lima: Idehpuccp.

BENAVIDEZ, Fernando

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. Consulta: 9 de mayo de 2016
http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18264/Alvaro_Benavides_tesis.pdf?sequence=1

BUSTOS, Juan

2004 *Obras completas*. Lima: ARA, volumen I.

CARO, Dino Carlos

2002 *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

CARO, José Antonio

2007 *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima: Grijley.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

2008 *Las personas con discapacidad intelectual en el sistema penitenciario en España*. Madrid: CERMI.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2013 Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones. Tema 10 del programa provisional. Consulta: 9 de mayo de 2014.
www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc

DE ASÍS, Rafael

2013 *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson.

DE LA CUESTA, Paz María

2003 *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson.

FEIJOO, Bernardo

2013 *Culpabilidad jurídico penal y neurociencias*. En: DEMETRIO, Eduardo (director). *Derecho penal y neurociencias*. Madrid: EDISOFER, pp. 269-297.

FERNÁNDEZ, Juan y otros

2001 *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca: Editorial Colex.

FERRAJOLI, Luigi

2010 «*La esfera de lo indecible y la división de poderes*». En CARBONELL, Miguel. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 104-107.

2005 *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

FOUCAULT, Michel

2011 *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

2009 *Vigilar y castigar*. México DF: Siglo XXI.

FRISCH, Wolfgang

2012 *Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias*. En: FEIJOO SANCHEZ, Bernardo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas.

GARCÍA, Percy

2008 *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley

GUZMÁN, Wilfredo

2013 «Introducción». En *Trabajando por la Inclusión. Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley No. 29973*. Lima: Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), pp. 5-6.

JAKOBS, Gunther

1996 *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 3era. edición. Madrid: Marcial Pons.

JIMÉNEZ, Rodrigo

2008 *Derecho y discapacidad*. San José: Fundación Justicia y Género.

MAPELLLI, Borja y Juan TERRADILLOS

1996 *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tercera edición. Madrid: Civitas.

MEINI, Iván

2012 *Teoría jurídica del delito en el sistema acusatorio*. Panamá: Novo Art.

2009 *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: ARA.

MIR, Santiago

2011 *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: lustel.

1994 *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.

MONTOYA, Yván

2008 *Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penal*. En: GUTIÉRREZ, Walter (director). *La Constitución comentado. Análisis artículo por artículo*. Lima: Grijley, tomo II, pp. 634-643.

MONTEALEGRE, Eduardo

2003 *Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs*. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 21-36

MUÑOZ, Francisco y Mercedes GARCÍA

2007 *Derecho Penal. Parte general. 7ª. edición.* Valencia: Tirant lo Blanch.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

2011 *Resumen sobre el Informe Mundial Sobre la Discapacidad.* Malta: Banco Mundial.

OVIEDO, María

2009 *Evolución del concepto de la inimputabilidad en Colombia.* Via Iuris. Bogotá, número 6, pp. 54-70. Consulta: 29 de octubre de 2013.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293449>

PALACIOS, Agustina

2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: CINCA.

PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI

2007 *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.* Madrid: CINCA.

PÉREZ-CRUZ, Agustín Jesús y otros

2009 *Derecho Procesal Penal.* Madrid: Civitas.

QUINN, Gerard

2010 *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Cambridge: 2010. Consulta: 30 de mayo de 2013.
www.nuigalway.ie/ddlp/staff/gerard_quinn.html

QUINN, Gerard y Theresa DEGENER

2002 *Derechos humanos y discapacidad.* Nueva York: Naciones Unidas.

QUINTERO, Gonzalo

2013 *Monismos y dualismos. Culpables y peligrosos.* En DEMETRIO, Eduardo (director). *Derecho penal y neurociencias.* Madrid: EDISOFER, pp. 651-667.

QUINTERO, Gonzalo y Fermín MORALES

2010 *Parte general del Derecho Penal. 4ta. edición.* Navarra: Aranzadi.

RODRÍGUEZ, María Josefa y Carlos DE PABLO-BLANCO

2004 *Retraso Mental.* Madrid: Síntesis.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito.* Madrid: Civitas

SALT, Marcos

1997 *La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal.

TERRADILLOS, Juan María

2002 *La culpabilidad*. México: INDEPAC.

SOTOMAYOR, Juan Oberto

1996 *Inimputabilidad y sistema penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

URÍAS, Joaquín

2001 *El valor constitucional del mandato de resocialización*. Revista Española de Derecho Constitucional. Número 63, septiembre/diciembre, pp. 43-78.

VILLAVICENCIO, Felipe

2009 *Derecho penal, parte general*. Lima: Grijley.

VILLAREAL, Carla

2014 *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los actos jurídicos de interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis de maestría en derechos humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Consulta: 3 de mayo de 2014. www.tesis.pucp.edu.pe/repositorio-handle/123456789/5259

ZAGREBELSKY, Gustavo

2008 *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

COMENTARIOS

Erick Guimaray Mori

Magíster por la Universidad de Cádiz y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

La investigación realizada por los bachilleres en Derecho Pamela Morales y Julio Rodríguez tiene la inmensa valía de resaltar ideas y premisas jurídicas desplazadas por la doctrina mayoritaria, debido a un entendimiento tradicional, acrítico y conformista respecto de la relación existente entre inimputabilidad y discapacidad.

Si la propuesta que aquí se comenta tiene o no viabilidad en la realidad penitenciaria de nuestro país es algo que depende de múltiples factores, distintos de las sólidas bases teóricas que la sustentan y sobre las cuales se realizan las siguientes precisiones.

El Derecho Penal, como cualquier rama del ordenamiento jurídico, le es servil a la Constitución política: a aquel cuerpo normativo que recoge el modelo de organización social que rige nuestra convivencia en sociedad. Siendo ello así y desde una visión general del tema, el razonamiento jurídico-penal utilizado en el merecimiento y necesidad de pena solo tiene sentido, o solo es legítimo, cuando se corresponde con el fin supremo de la sociedad y del Estado, es decir, cuando se constituye como instrumento de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (art. 1 de la Constitución Política).

Si la legitimidad del Derecho Penal implica su adscripción al fin supremo de la sociedad y del Estado, es razonable inferir que su objeto de regulación serán los intereses imprescindibles que permitan la libre participación y desarrollo de las personas en sociedad (bienes jurídicos de relevancia penal), pues no existe forma más directa de protección y reconocimiento de la dignidad humana que resguardar los mecanismos sociales que permiten su libre desarrollo. Dicho de otro modo, los presupuestos de actuación y funcionamiento del Derecho Penal son realmente presupuestos de participación social: presupuestos de capacidad jurídica. Aquello que se protege es aquello que se reconoce y al hacerlo se ubica en una primera línea de igualdad a todos aquellos destinatarios de la exigencia penal; solo así se entiende la naturaleza democrática del Derecho Penal encuadrado en un Estado constitucional de Derecho.

Sin embargo, pasada la primera línea de igualdad, realmente no todos tenemos igual responsabilidad para el Derecho Penal. Decir que alguien es inimputable es decir que no es posible atribuirle como propio un hecho o conducta realizada. Y la atribución de la que aquí se habla no es una atribución física, natural o científica; se trata de una atribución normativa. El ordenamiento penal podrá atribuir como propio un hecho, cuando el sujeto esté en capacidad no solo de entender el hecho mismo, sino además de entender qué significa dicha atribución; cuáles son las consecuencias de sus actos en sociedad.

Inimputabilidad es la capacidad de culpabilidad: capacidad de entender los presupuestos que legitiman la sanción penal y de comportarse de acuerdo con dicho entendimiento. Cuando el

Derecho Penal se pregunta por la capacidad de culpabilidad realiza, probablemente, el juicio más individualista de su análisis, pues se trata de constatar requisitos básicos de socialización de las personas, para luego predicar de ellas ciertas exigencias y reproches jurídico - penales. Por ello, con absoluta razón se menciona que la culpabilidad es presupuesto de la pena (no como siempre se pensó en su sentido de proporcionalidad). Pero incluso se podría ir más allá. Si en la culpabilidad se analiza si la persona tiene o no un grado suficiente de socialización que le permita ser motivado por la norma penal, y si recordamos que las normas penales son de última ratio, podremos decir que una persona que se encuentra en capacidad de entender su responsabilidad penal, está en capacidad de entender todo aquello que se suscita dentro de su interacción social, por supuesto, no necesariamente de índole penal. Quizá la culpabilidad no deba ser una categoría exclusiva del Derecho Penal, pues es un concepto de naturaleza social que no solo sirve para analizar la responsabilidad penal individual, sino que además sirve para reconocer o constatar la libre participación y desarrollo de las personas en sociedad.

Desde el escueto planteamiento precedente y en absoluta concordancia con los autores del trabajo que comento, la discusión entre inimputabilidad y discapacidad intelectual supone igualdad y reconocimiento social. Si la culpabilidad tiene que ver con un proceso de socialización mínimo y suficiente, no se podrá concluir que la discapacidad intelectual trae consigo como consecuencia irremediable la inimputabilidad. De hecho, una persona con discapacidad intelectual que en el caso y circunstancias concretas pudo entender la naturaleza delictiva de sus actos, es tan culpable como otra persona sin discapacidad intelectual que se encontró en la misma situación. Valga la aclaración de que esta igualdad es a efectos de exigencia y reproche penal. Por tanto, más que el diagnóstico clínico, lo que el Derecho Penal valora o debería valorar es si en los hechos concretos, la discapacidad intelectual tuvo o no incidencia en los presupuestos de decisión que se esperan de las personas para que se abstengan de cometer delitos. Si la respuesta es negativa, el sujeto será un sujeto responsable a efectos penales.

Anotada la viabilidad dentro de la teoría general del delito, la investigación que se comenta propone una serie de medidas o ajustes razonables que permitan el respeto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual que estén recluidas en un centro penitenciario. Una política penitenciaria que realmente promueva el respeto por los derechos fundamentales de los presos tiene que partir, como bien se señala en la investigación, del principio de normalización. Es decir, que la cárcel no sea más un espacio de castigo, represión y estigmatización, sino que se dote a las personas de una serie de herramientas educativas, culturales y económicas, que les permitan seguir con su proyecto de vida, a pesar de estar privadas de su libertad. Esta visión penitenciaria debería aplicar tanto para personas con o sin discapacidad intelectual, pues es una excelente forma de renunciar al castigo por el castigo y apostar por una verdadera resocialización como fin de la gestión penitenciaria.

Una crítica a este planteamiento y a los que se postulan en el trabajo respecto, por ejemplo, a la promoción de derechos económicos, sociales y culturales dentro de la prisión, es el hecho de que el Estado esperaría que sus ciudadanos estén sometidos a un régimen de control y sanción para recién preocuparse por cumplir con su deber de promoción de un Estado de bienestar. Dicho de otra forma, las carencias que pudieron llevar a una persona a cometer delitos, no deberían suplirse en prisión, sino que deberían ser condiciones del propio desarrollo económico y social.

La misma idea podría aplicarse a los casos de personas con discapacidad intelectual recluidas en un penal. Es decir, si una persona con discapacidad intelectual es aquella que

además de tener un desarrollo mental distinto, es alguien que sufre condicionamientos sociales que le impiden gozar de sus derechos, no podremos esperar que sea la cárcel el lugar donde aquellas realmente vean atendidas sus pretensiones.

El planteamiento que Pamela Morales y Julio Rodríguez esbozan como una forma de tratamiento penitenciario acorde con el respeto de los derechos fundamentales debería ser el único derrotero de una política pública democrática para personas con o sin discapacidad, en libertad o en prisión. Así, sí podría normalizarse la vida de fuera con la vida en prisión. Por tanto, la propuesta del presente trabajo trasciende en importancia al propio sistema penitenciario y es una excelente aproximación al papel promotor y prestacional que le corresponde al Estado.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

En la investigación *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad* se plantea una idea central: la discapacidad intelectual¹ no es sinónimo de inimputabilidad. La consecuencia de dicha afirmación es que los centros penitenciarios, donde las personas con discapacidad intelectual cumplan penas privativas de libertad deben realizar ajustes razonables para evitar condiciones discriminatorias que obstaculicen o impidan el goce de derechos que no han sido restringidos en la sentencia condenatoria.

A continuación, responderemos los comentarios del profesor Guimaray en el siguiente orden: a) el artículo propone, no un concepto nuevo de inimputabilidad, sino la interpretación de dicho concepto a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; b) no negamos la posibilidad de que en un caso particular se realicen ajustes razonables que ameriten que una persona con discapacidad intelectual no vaya a prisión, pero dicha situación se debe justificar por razones de punibilidad, no de inimputabilidad.

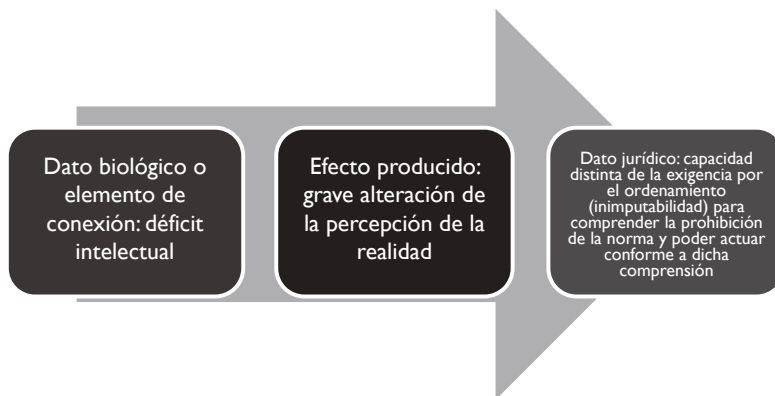
Respecto al primer punto, coincidimos con el profesor Guimaray en que la inimputabilidad es una categoría jurídica que se refiere a la capacidad de culpabilidad y no a la capacidad intelectual o cognitiva. La capacidad de culpabilidad supone entender el mensaje normativo de prohibición y actuar conforme a dicho entendimiento. Como señala Bustos Ramírez (2004: 162), no estamos ante un juicio que niega toda capacidad o racionalidad, sino ante un juicio que se limita a señalar que la persona ha actuado en un determinado orden racional, distinto del hegemónico exigido por el derecho. De manera similar, Meini (2014: 117) señala lo siguiente:

Se es imputable en relación con un determinado grupo social y para dicho grupo social. La terminología empleada por el legislador para regular las causas de inimputabilidad no deja en claro que las características psicológicas y biológicas del sujeto por sí mismas son irrelevantes para el derecho penal. No solo porque inducen a catalogar a las personas de normas y anormales [...] sino también porque la inimputabilidad reposa en el proceso de socialización y las patologías que pueda tener una persona solo serán relevantes en derecho penal si determinan que su comprensión de la realidad sea distinta al modelo de realidad que se le exige comprender. (Las cursivas son nuestras).

Las ideas antes planteadas sientan el punto de partida: la inimputabilidad no se desprende de las características personales, es la sociedad la que elige que determinada persona sea considerada inimputable. La inimputabilidad es un constructo social y normativo, no un criterio biológico. Por este motivo, es importante diferenciar entre la capacidad intelectual (dato fáctico) y la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad (dato jurídico). Lo dicho hasta el momento se plasma en el siguiente cuadro:

¹ La discapacidad intelectual es la suma una o más barreras sociales y de una o varias deficiencias intelectuales. La deficiencia intelectual puede ser permanente o temporal y se refiere a los rasgos biológicos que generan que una persona tenga limitaciones significativas, en comparación con el estándar hegemónico, en el proceso de aprendizaje, en el proceso de entendimiento y en su comportamiento adaptativo (por ejemplo, una persona con síndrome de Down o una persona con retardo mental) (Bregaglio y Rodríguez: 2015: s/n).

Gráfico N° 1



Meini 2014: 135

La postura antes planteada es garantista. No estigmatiza a la persona que comete el delito en una situación de inimputabilidad como irracional o incapaz pleno. Sin embargo, esta línea interpretativa no ha sido acogida de manera uniforme por la jurisprudencia ni por la doctrina. Por ejemplo, se ha tratado a la inimputabilidad como falta de capacidad de «discernir entre el bien y el mal» (R.N. 3985-2000-Arequipa) o como un concepto vinculado a la «falta de libertad individual o de condicionamiento biológico» (Villavicencio 2014: 596). Podemos citar también el siguiente extracto de un libro realizado por un perito forense: «En términos generales podemos señalar que el retrasado mental carece de libertad, ello porque es susceptible a transgredir la norma y el ordenamiento jurídico en aquellos casos en que es sugestionado a recibir un premio o amenazados para recibir un castigo» (Pavez Diez 2014: 131).

Por esta razón, resulta fundamental realizar la conexión con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención). Este instrumento internacional fue ratificado por el Perú y entró en vigor el 3 de mayo del 2008. Debido a que el Perú asume un modelo monista a través del artículo 55° de la Constitución y el artículo 3 de la ley 266647 (Salmón 2014: 277), las normas contenidas en la Convención forman parte del derecho interno.

Las normas contenidas en la Convención tienen rango constitucional, pues versan sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad. Como afirma Elizabeth Salmón, en su Sentencia N° 00047-2004-AI, el Tribunal Constitucional señaló que todo tratado de derechos humanos tiene rango constitucional (Salmón 2014: 285-287). Solo serán válidas las normas legales o infralegales que guarden concordancia con lo establecido en la Convención.

La relación entre el modelo social de la discapacidad y la inimputabilidad se encuentra en el artículo 12°, numeral 2° de la Convención. La referida norma dispone lo siguiente: «Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida». El reconocimiento de la capacidad

jurídica de las personas con discapacidad intelectual implica, a su vez, el reconocimiento de la capacidad de estas personas de realizar actos responsables (De Asís 2013: 40).

Si la imputabilidad se refiere a la capacidad de una persona de ser responsable por el hecho delictivo cometido, el artículo 12º, numeral 2º de la Convención invalida toda política, norma, procedimiento, reglamento o resolución que niegue la capacidad penal de las personas con discapacidad intelectual. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, ha recomendado lo siguiente al Estado del Ecuador: «Eliminar la declaratoria general de inimputabilidad cuando una persona con discapacidad sea acusada de un delito con el objeto de que tenga derecho a un debido proceso, en iguales condiciones que los demás, y se cumpla con las garantías generales del Derecho Penal sustantivo y procesal» (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2014: 5-6).

Ahora bien, el modelo social de la discapacidad asumido por la Convención no niega que existan deficiencias intelectuales (de naturaleza biológica y no social) o niveles de capacidad cognitiva; pero sí cuestiona que exista una transferencia inmediata de la capacidad mental (criterio biológico) al plano jurídico (inimputabilidad) (Bregaglio y Rodríguez 2015: s/n).

El modelo social de discapacidad no permite que se homologue la deficiencia intelectual con la inimputabilidad sin un análisis del caso en concreto. Para que una persona sea considerada inimputable, la deficiencia intelectual que posee debe generar que actúe bajo un paradigma de realidad distinto del asumido y adoptado por el ordenamiento jurídico. Esta afectación será valorada y calificada jurídicamente como inimputabilidad.

Coincidimos con los apuntes realizados por el profesor Guimaray. Sin embargo, la postura adoptada sobre la inimputabilidad, lejos de ser una opinión de expertos, está reconocida en una norma de rango constitucional. Norma que exige que el operador de justicia no considere a alguien como incapaz penal por el mero hecho de tener una deficiencia intelectual. Los jueces deben interpretar los conceptos penales que siempre han manejado, pero con una nueva herramienta: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Respecto al segundo punto, el artículo ha planteado que la inimputabilidad no sea equiparada con la discapacidad intelectual. Sin embargo, ello no supone que siempre que las personas con discapacidad intelectual cometan un delito, cumplan una pena de prisión. Existen otros caminos posibles. Uno de ellos es recurrir a la categoría de la punibilidad.

El presupuesto para la aplicación de una norma penal es el reconocimiento de la capacidad jurídica. En tanto se determine que una persona con discapacidad intelectual posee esta capacidad, es destinataria de la norma penal y, por ende, puede cometer un hecho típico, antijurídico y culpable. Sin embargo, no todo hecho típico, antijurídico y culpable conlleva a la imposición de una pena.

Como señala San Martín, citando a Stratenwerth, la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifica por sí sola la pena, en todos los casos deberá agregarse la necesidad práctica de hacer uso de la pena para la protección del orden social (San Martín 2013:356-357).

Ello explica por qué en determinadas situaciones el ordenamiento jurídico exige que se verifiquen circunstancias adicionales al hecho para que el juez imponga una sanción penal. Estos presupuestos conforman la categoría de punibilidad. Según García Caveró, el fundamento de la punibilidad se encuentra en la falta de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante (García Caveró 2012: 810).

Los presupuestos de punibilidad se manifiestan de manera positiva y de manera negativa. En la manifestación positiva, encontramos a las condiciones objetivas de punibilidad. Son causas

de restricción de pena que se exigen en determinados casos por razones de política criminal (San Martín 2013:357).

En la manifestación negativa de los presupuestos de la punibilidad encontramos a las causas de exclusión de la punibilidad. Son circunstancias que se refieren al hecho o al autor, cuya concurrencia impide que el hecho delictivo sea sancionado penalmente (García Caveró 2012: 812). Dentro de estas causas de exclusión se encuentran las causas personales, cuyo fundamento reside en la cualidad especial que posee el sujeto.

De acuerdo con lo señalado por García Caveró (2012:813), las causas personales de exclusión de la punibilidad no se sustentan en la diferencia de las personas, sino en la preservación de ciertos intereses vinculados al ámbito de actuación de las personas o de sus relaciones con otros.

En el caso concreto, se debe tomar en cuenta que las personas con discapacidad intelectual se encuentran en situación de vulnerabilidad. La sociedad ha diseñado distintos espacios, normas, procedimientos y reglas sin tomar en cuenta la diversidad funcional de las personas con distintas deficiencias (Palacios 2015: 16).

Las personas con discapacidad son más vulnerables, en la medida que su interacción con una sociedad indiferente a sus deficiencias producirá un mayor riesgo de daño o violación de sus derechos (Bregaglio y Rodríguez 2015: s/n).

La imposición de penas privativas de libertad en cárceles que no pueden cumplir inmediatamente con los ajustes razonables recomendados en nuestro artículo, implicaría una violación de los derechos de las personas con discapacidad intelectual que cometieron el delito. Es necesario que prevalezca el interés de preservar estos derechos, conforme a la Convención.

El legislador debe establecer causas personales de exclusión de la punibilidad, para algunos supuestos en los cuales intervengan personas con discapacidad. Siempre y cuando exista una falta de necesidad de pena, para preservar la convivencia en una sociedad inclusiva. Es posible que la situación particular de una persona con discapacidad intelectual determine como ajuste razonable que no deba cumplir la pena impuesta en una cárcel en la que no se garantice el ejercicio de sus derechos no restringidos por la sentencia condenatoria.

Para finalizar, es importante reafirmar que el artículo se enfoca en cómo debe reaccionar el sistema penitenciario una vez que las personas con discapacidad han infringido una norma penal y no en el deber general del Estado para satisfacer los intereses de los ciudadanos, de manera previa a la comisión de delitos. No se puede olvidar que el modelo social no está orientado a eliminar o curar las deficiencias, sino a eliminar las barreras construidas por la sociedad y rediseñarla pensando en hacer frente a las necesidades universales (Palacios 2015:15).

Bibliografía

- BREGAGLIO, Renata y Julio RODRÍGUEZ
2015 *Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximación al ordenamiento jurídico peruano. s/l: s/e* (inédito).
- BUSTOS, Juan
2004 *Obras completas*. Lima: ARA, volumen I.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2014 *Observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador.* CRPD/C/ECU/CO/1, párrafo 29.

DE ASÍS, Rafael

2013 *Sobre la discapacidad y derechos.* Madrid: Dykinson.

GARCÍA, Percy

2012 *Derecho Penal. Parte general.* Segunda edición. Lima: Jurista Editores.

MEINI, Iván

2014 *Lecciones de Derecho Penal – Parte general. Teoría jurídica del delito.* Lima: PUCP.

PAVEZ, Mauricio

2014 *Trastornos mentales e inimputabilidad.* Santiago de Chile: Metropolitana.

PALACIOS, Agustina

2015 *Una introducción al modelo social de la discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* En SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Lima: Idehpucp.

QUINN, Gerard

2010 *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Cambridge: 2010. Consulta: 30 de mayo de 2013.
www.nuigalway.ie/ddlp/staff/gerard_quinn.html

SALMÓN, Elizabeth

2014 *Curso de Derecho Internacional Público.* Lima: PUCP.

SAN MARTÍN, César Eugenio

2013 «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú» *Derecho PUCP.* Lima, número 39, pp. 355-368.

VILLAVICENCIO, Felipe

2014 *Derecho Penal. Parte general.* Lima: Grijley.

SECCION VII

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS DE LOS TRATADOS: LAS OBJECIONES CON EFECTOS INTERMEDIOS O EXTENSIVOS

José Manuel Pacheco Castillo
Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Alumnos

Trabajo dedicado a la memoria de mi madre

Las Convenciones de Viena representan un pilar de la positivización de instituciones jurídicas en materia de Derecho de los Tratados y de reservas a los tratados. La práctica de los estados y de las organizaciones internacionales, no obstante, dio origen a nuevas instituciones jurídicas que contribuyeron a la eficacia del régimen de Viena y a algunas que crearon mayores dificultades en aras de entablar relaciones convencionales. De esta manera, las objeciones con efectos intermedios a las reservas representan una novedosa institución que aparecen a propósito de las reservas formuladas a disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

Así, la Comisión de Derecho Internacional emprendió el trabajo de desarrollar esta experiencia en su *Guía de la práctica sobre las Reservas a los Tratados* (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011). En el presente trabajo se realiza un breve repaso de la evolución de las reservas a los tratados y se comenta sobre las objeciones con efectos intermedios que creemos representan una dificultad para establecer vínculos convencionales entre los autores de las reservas y de las objeciones a las reservas.

1. Introducción

Sir Hersch Lauterpacht, ex-relator de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (United Nations - Office of Legal Affairs), comentó en su primer informe sobre el Derecho de los Tratados: «[...] el tema de las reservas a los Tratados multilaterales es un problema de una complejidad poco común —verdaderamente desconcertante— y de nada serviría simplificar un problema esencialmente complejo» (Riquelme 2004: 13).

El régimen de las reservas a los tratados,¹ entendidas en términos generales como una declaración unilateral destinada a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado,² no ha sufrido cambios en cuanto a su perspectiva de trabajo. Desde mediados

¹ Para efectos del presente trabajo se utilizará el término «tratados» y «tratados Internacionales» como equivalentes.

² Artículo 2.1.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Esta definición incluye más

de siglo, las reservas vienen desarrollándose con la práctica de los estados y organizaciones internacionales.

Mientras avanzaban las relaciones convencionales entre los diferentes sujetos de Derecho Internacional con capacidad para concertar acuerdos regidos por el ordenamiento internacional, avanzó el desarrollo de las reservas. Hoy, estipuladas en las diferentes Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados,³ las reservas son materia de estudio por parte de la Comisión de Derecho Internacional que en 1993 incluyó el tema en su agenda de trabajo.

El análisis de las disposiciones convencionales en materia de reservas coadyuvó a buscar respuestas a las diferentes interrogantes e inquietudes que surgieron a propósito de la práctica de las partes involucradas. De esta manera, las disposiciones convencionales guardan silencio sobre la diferencia entre reservas y declaraciones interpretativas, el alcance de las declaraciones interpretativas, el régimen de las objeciones a las reservas, solo por citar algunos ejemplos.

El efecto jurídico de las objeciones a las reservas de los tratados generó un intenso debate doctrinario con respecto al régimen jurídico de las reservas. En ese sentido, en las siguientes líneas se abordará el tema de las objeciones a las reservas con efectos intermedios o extensivos.

Las objeciones con efectos intermedios o extensivos se presentaron por primera vez en el marco de las reservas presentadas por los estados a la Convención de Viena de 1969. Así, la objeción no solo buscaba evitar que la reserva despliegue los efectos deseados por su autor, sino también buscaba inaplicar otras disposiciones del tratado con un vínculo suficiente a las materias abordadas por esta reserva.

¿Qué son exactamente las objeciones de efectos intermedios? ¿Son válidas dichas objeciones? ¿Qué casos se conocen sobre esta reacción a las reservas? ¿Son recomendables estas objeciones o representan una salida al principio de consentimiento mutuo de los tratados, pilar de este ordenamiento? Estas son algunas de las interrogantes que se buscan responder en las siguientes líneas.

El presente trabajo consta de cuatro partes. En el primero se desarrollan los antecedentes y el marco conceptual del régimen de las reservas. Consideramos relevante entender la evolución del desarrollo jurídico de las reservas, en tanto se podrá comprender de una manera más clara el contenido de estas en el ordenamiento contemporáneo. En el segundo apartado, se aborda el desarrollo de las objeciones de efectos intermedios o extensivos a propósito de la práctica de los sujetos de derecho internacional involucrados y del desarrollo por la Comisión de Derecho Internacional. En la tercera parte se desarrollan algunos breves comentarios sobre el régimen de estas objeciones y se plantean algunas soluciones con respecto a la problemática jurídica presentada. Finalmente, en la última parte, se exponen las conclusiones del presente trabajo a partir de lo desarrollado en las partes precedentes.

2. Reservas a los tratados: antecedentes y marco conceptual

2.1. Sobre el derecho de los tratados

En numerosas oportunidades se ha discutido sobre la norma que sustenta el ordenamiento jurídico internacional. A modo de comparación, Kelsen afirmó que la norma que sustenta

características que por metodología de trabajo se abordará en las siguientes líneas.

3 Hacemos referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (entre estados) y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 (entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales).

el ordenamiento jurídico interno mayoritariamente ha sido reconocida como la Constitución histórica; esta será la que finalmente dé validez al posterior desarrollo del ordenamiento jurídico interno. En el Derecho Internacional, la norma que sustenta el ordenamiento jurídico es la costumbre internacional, de esta manera, la costumbre internacional puede ser definida como la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho. Dicha fuente es recogida en el apartado b) del artículo 38° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Asevera Remiro Brotons que «[...] desde que existen comunidades políticas dispuestas a relacionarse existen los Tratados. Arqueólogos y especialistas de la historia han descubierto acuerdos que reflejan las fronteras y los lazos de vasallaje, paz, alianza, amistad y cooperación anudados durante milenios por pueblos de diferentes culturas y civilizaciones ».

Posteriormente, dicha práctica entrará en un proceso de codificación en pos de obtener mayor seguridad jurídica en el ordenamiento internacional. De esta manera, la idea de una codificación del derecho de las naciones habría surgido a fines del siglo XVII, con Jeremy Bentham, con el propósito de no solo ordenar sistemáticamente las normas existentes, sino elaborar reglas nuevas y modificar las existentes con un criterio jurídico adecuado. Desde la Liga de la Naciones hasta la Organización de las Naciones Unidas se percibe un interés concreto de los estados por llegar a consensos que les permitan lograr fines comunes. Estos consensos, asevera Hongju Koh, son, luego de los intercambios de ideas, percibidos como justos y por ende aplicables en virtud de su soberanía.

Tenemos, entonces que los tratados internacionales, entendidos en términos de Reuter como «una manifestación de voluntades concordantes, imputable a dos o varios sujetos de derecho internacional y destinada a producir efectos jurídicos de acuerdo con las normas de derecho internacional», son la fuente principal de derechos y obligaciones en el ordenamiento internacional y, asimismo, de creación de normas.

En vista de que el Derecho Internacional no es un derecho vastamente desarrollado, sino en constante formación hasta el día de hoy, las concretas iniciativas de codificación del mismo llegan en el siglo XX. De esta manera, en el marco de las Naciones Unidas se creó, en 1947, la Comisión de Derecho Internacional. La finalidad de la Comisión es la de promover el desarrollo progresivo⁴ y codificar el Derecho Internacional.⁵

Precisamente, son estas las iniciativas que abrieron paso a la codificación en materia del Derecho de los Tratados. Con respecto al proceso de codificación en el ámbito de las Naciones Unidas, Novak, citando a Ernesto de la Guardia, comenta los relatores que intervinieron en esta labor:

En materia de tratados, la CDI, en su sesión de 1949, incluyó esta materia en su agenda, encargando el tema a James Brierly que produjo como Relator tres informes generales y uno especial sobre las reservas de los tratados. En 1952, Brierly renunció a la CDI, y se eligió en su reemplazo a Sir Hersch Lauterpacht. En 1954, Lauterpacht fue elegido juez de la Corte Internacional de Justicia y renunció a la CDI, siendo sucedido por Fitzmaurice, quien llegó a presentar un total de cinco informes. A su vez Fitzmaurice dejó la CDI al haber sido elegido juez de la Corte en 1960, designándose en su reemplazo a Sir Humphrey Waldock, quien elaboró seis informes sobre la materia, sobre cuya base la CDI fue aprobando proyectos de artículos, hasta el definitivo en 1966 (Novak y García-Corrochano 2000: 130).

4 Finalidad que podemos observar desde la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Artículo 13°.

5 Artículo 1° inciso 1) del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional.

Una vez realizado un breve comentario sobre el Derecho de los Tratados, se abordarán las reservas a los tratados.

2.2 Codificación de las reservas a los tratados

El Derecho de los Tratados, así como el régimen jurídico de las reservas, no se agota con la codificación, pues, como se ha mencionado en los párrafos precedentes, la codificación es la positivización de la práctica de los estados; en ese sentido, no todas las prácticas están escritas y es por ello que el derecho consuetudinario es considerado como fuente del derecho internacional.⁶

Esto, sin demérito de sostener que la codificación en el derecho de las reservas, ha significado un avance importante para el desarrollo progresivo anhelado por la Organización de las Naciones Unidas con respecto a la materia. En las siguientes líneas se mencionan los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional con respecto a las reservas de los tratados, su codificación en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁷ y las guías prácticas elaboradas por la Comisión.

2.2.1 Trabajos preparatorios de la comisión de derecho internacional y la convención de viena de 1969: Análisis comparativo

La Organización de las Naciones Unidas encomendó en el año 1949 la labor de favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional (Asamblea General de las Naciones Unidas 1949) a la Comisión de Derecho Internacional. Es decir, luego de veinte años de trabajo se concretó un texto definitivo en materia del Derecho de los Tratados.

Durante las sesiones 14° a 16°, llevadas a cabo desde 1962 hasta 1964, la Comisión procedió con la primera lectura de su proyecto de artículos para luego enviarlos a los Gobiernos con el propósito de conseguir sus comentarios. En la sesión 17°, llevada a cabo en 1965, la Comisión dio inicio a su segunda lectura de su proyecto de artículos a la luz de los comentarios de los Gobiernos. Luego, en su 18° sesión, en 1966, la Comisión completó su segunda lectura del proyecto de artículo y adoptó un reporte final sobre el Derecho de los Tratados. Este proyecto estaba compuesto por 75 artículos que posteriormente serían discutidos por los representantes de los estados parte de la Naciones Unidas (United Nations - Office of Legal Affairs).

El estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, en su artículo 23°, numeral 1), literal d), asevera que esta puede recomendar a la Asamblea General de las Naciones Unidas a convocar una conferencia con el fin de concluir una convención. Es por ello que en su Resolución 2166 (XXI) de 5 de diciembre de 1966, la Asamblea General hizo suya, en principio, la recomendación y al año siguiente decidió convocar (United Nations - Office of Legal Affairs) el primer período de sesiones de la conferencia en 1968 y el segundo en 1969, ambos en Viena (Zemanek 2009).

6 Artículo 38° Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

7 Las referencias convencionales al presente trabajo se realizarán en virtud de la Convención de 1969 y no de 1986 pues esta última no se encuentra vigente.

La primera sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se llevó a cabo en Viena, Austria, del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, con la participación de 103 estados y observadores de trece agencias especializadas e intergubernamentales (United Nations - Office of Legal Affairs). La segunda sesión, llevada a cabo del 9 de abril al 22 de mayo de 1969 en Viena, contó con la participación de 110 estados y observadores de catorce agencias especializadas e intergubernamentales. Finalmente, el 22 de mayo de 1969 se adoptó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuyo cuerpo jurídico contó con un preámbulo, 85 artículos y un anexo.

A continuación se explica la codificación de la Convención de Viena de 1969, en materia de reservas a los tratados y de sus más resaltantes modificaciones con respecto al proyecto de 1966, elaborado por la Comisión.

Según Alain Pellet, las disposiciones en materia de reservas fueron unas de las más discutidas durante la Conferencia de Viena y que, en la práctica, la regulación quedó estrecha frente al desarrollo de las actuaciones de la comunidad internacional;⁸ de esta manera se explica el porqué la Comisión decidió, en 1994, poner en agenda la discusión sobre el esclarecimiento de la aplicación de las reservas. Finalmente, Pellet afirma que, aunque con lagunas y ambigüedades, la regulación de la Convención de Viena en dicha materia adquirió carácter consuetudinario (Pellet y Schabas 2011: 409).

Las reservas se desarrollaron en la sección segunda del tratado y comprendieron desde el artículo 19° al 23°.

El artículo 19° de la Convención, al igual que el artículo 16° del proyecto de 1966, desarrolló la formulación de reservas así como los supuestos en los cuales no se pueden formular las mismas. Partiendo de una lectura amplia, las disposiciones del artículo 19° son similares a las del artículo 16° con una precisión del literal c) con respecto a los supuestos que prohíben formular una reserva.⁹ Subraya Pellet, que la consolidación del presente artículo se debe a la aprobación de la cuasi unanimidad de la Conferencia de Viena que discutió ambos artículos, asimismo, constituye una regulación acorde con la práctica de los estados cuyo sustento también se aprecia en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia (Pellet y Schabas 2011: 409).

El artículo 20° de la Convención desarrolla la aceptación y objeción a las reservas. El proyecto de 1966 desarrolló el presente tema en su artículo 17° y sus orígenes se presentan en el primer reporte de Sir Humphrey Waldock en 1962 (Müller 2011: 490). Los cambios del proyecto con la Convención final se deben a determinados parámetros como el de flexibilidad (Müller 2011: 493) y apreciaciones de los estados participantes de la Conferencia. Resulta anecdótico que muchas de las apreciaciones, como la del Estado de Dinamarca con respecto a abogar por una mayor simplicidad del artículo, pero que no guarde peligrosos silencios como en el tema de la aceptación de reservas prohibida, fueron luego objeto de análisis en la Comisión por su indefectible existencia en la práctica de los estados (Müller 2011: 49).

8 Es evidente que las emergentes relaciones entre estados y sus novedosas participaciones en tratados multilaterales representaron escenarios no cubiertos a cabalidad por los documentos de la Comisión.

9 Es el caso del silencio del Tratado con respecto a la formulación de Reservas.

Artículo 16° Proyecto 1966: «[...] (c) In cases where the treaty contains no provisions regarding reservations, the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty».

Artículo 19° de la Convención de Viena de 1969: «[...] c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado».

El artículo 21^o de la Convención regula los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas. Regulado en el artículo 19° del proyecto de 1966, Müller comenta que, en tanto en la Conferencia de Viena como en los trabajos preparatorios de la Comisión, no se toparon con vastas dificultades con respecto a los primeros numerales de este artículo (Müller 2011: 539). Sin embargo, no se presentó la misma facilidad para desarrollar y explicar el numeral tercero de dicho artículo. «[...] ni Brierly ni Fitzmaurice trataron con los efectos jurídicos de las objeciones, y Lauterpacht solo los abordó en sus propuestas para una futura reforma». (Müller 2011: 540) Probablemente, este sea uno de los puntos más controversiales, por las lagunas que posee este numeral, así lo evidenciaron las participantes de los estados y sus constantes opiniones con respecto a lo que debía ser regulado o no. En aras del orden del presente trabajo, se amplía esta idea en las siguientes partes.

El artículo 22° de la Convención desarrolla el retiro de las reservas y de las objeciones a las reservas. Desarrollado en el artículo 20° del proyecto de 1966, el presente artículo precisa el momento en el que puede retirarse la reserva y la objeción, el no requerimiento del consentimiento de un estado que aceptó una reserva y el momento desde el cual el retiro se convierte en efectivo (Pellet 2011: 569). Sobresale de la regulación el carácter unilateral del retiro y que no conllevó a discusiones prolongadas (Pellet 2011: 572) en la Conferencia de Viena, a pesar de ser la naturaleza de los actos unilaterales de los estados una materia ampliamente discutida por la doctrina.

Finalmente, el artículo 23° de la Convención esgrime el procedimiento para la formulación de reservas. Esta materia fue desarrollada por el artículo 18° del proyecto de 1966. Comentan lo siguiente Pellet y Schabas:

Aunque un poco ecléctica en cuanto a su contenido, el tema unificador en el artículo 23 es la dimensión del procedimiento y el hecho de que las formalidades que establece tienen características en términos de contenido: su violación resulta en invalidez o, al menos, en la ineficacia de la reserva [...]. Esto resulta evidente, por el contrario, desde el encabezamiento del artículo 21, en la que se afirma que la reserva solo «se establece con respecto a la otra parte de conformidad con el artículo 19, 20 y 23 (2011: 569).

En efecto, compartimos la opinión de que el presente artículo proscribiera el procedimiento y constituye requisito sustancial para la formulación de las reservas y, en este caso particular, para el retiro de una reserva y objeción.¹¹

Pues bien, en los párrafos precedentes se realiza un breve comentario sobre la codificación

10 «Artículo 21:

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y

b) modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones internas.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicarán entre los dos estados en la medida determinada por la reserva».

11 Artículo 23: «[...]

4. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito».

de las reservas a los tratados, a continuación, se desarrolla el marco conceptual que coadyuvará al posterior análisis de la problemática jurídica por abordar. Se utilizan, para dicho fin, las definiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, las definiciones que aporta la doctrina con un especial énfasis en el posterior análisis efectuado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, con respecto a la práctica de los estados y organizaciones internacionales.

2.3 Marco conceptual

Comenzaremos por la definición, de esta manera, un tratado puede ser definido como un acuerdo escrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes, según las normas de Derecho Internacional, sea cual sea la denominación que reciba (Remiro Brotons 2007: 318). En los primeros párrafos de este informe se menciona el concepto de Paul Reuter, quien definía a los tratados sin hacer mención a su formalidad en cuanto a escritos o no. Compartimos esa posición pues los tratados también pueden ser verbales, empero su práctica no es muy recurrida en aras de la seguridad jurídica.

En ese sentido, la Convención de Viena optó por definir al tratado en el numeral 1) de su artículo 2º de la siguiente manera:

I. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; [...]

Las reservas pueden ser definidas como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.¹²

En el arbitraje de 1978, entre el Reino Unido y Francia, sobre la delimitación de su plataforma continental, el tribunal señaló que las partes litigantes habían admitido que dicho artículo definía correctamente a las reservas (Bonet 2000: 220).

La *Guía de la práctica sobre las Reservas a los Tratados*, elaborada por la Comisión de Derecho Internacional, utiliza en su directriz I.1 numeral 1) una definición similar a la que ofrece la Convención de Viena de 1969, pero añade la terminología de la Convención de Derecho de los Tratados celebrados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986, aún no puesta en vigor; principalmente, las añadiduras son con respecto a los sujetos con capacidad para celebrar tratados.

Asimismo, la *Guía de la práctica* asevera en su directriz I.1 numeral 2) con respecto a la definición de reserva lo siguiente:

¹² Artículo 2. 1. d) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

2. El párrafo 1 deberá interpretarse en el sentido de que incluye las reservas que tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la Organización Internacional que formula la reserva. (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 2011: 1)

La doctrina, y los estados que intervinieron en la discusión de la regulación del Derecho de los Tratados y, en específico, de la presente materia, han puntualizado en diversas oportunidades la falta de definiciones de la Convención de Viena que en la práctica han ido evolucionando.

Con respecto a la regulación de la Convención de Viena de 1969, se preguntaba Pellet lo siguiente:

1. ¿Cuál es el significado exacto de la expresión «compatibilidad con el objeto y fin del tratado»? [...] 8. ¿Son los Estados contratantes libres para formular objeciones independientemente de la validez de la reserva? [...] 10. ¿Qué son exactamente los efectos de la objeción a una reserva válida? 11. ¿Y a una reserva que no es válida? [...] ¿Cuál es el significado exacto de la expresión «en la medida de la reserva»? [...] Muchas preguntas a las que la Convención de Viena no da una respuesta o la da de manera ambigua, y que puede originar y originan problemas en la práctica (Pellet 2001: 426-427).

Definitivamente resulta de un enriquecedor aporte estas interrogantes que plantea Pellet en el sentido de evidenciar problemas a raíz de la ausencia de definiciones o lagunas y ambigüedades que advierte la Convención. En efecto, como asevera Pellet, los problemas en la práctica se presentaron, es por ello que la *Guía de la práctica* de la Comisión se convierte en una gran herramienta de *soft law* que ayuda mediante directrices a identificar los escenarios que se presentan en la práctica de las reservas.

Es importante mencionar que las reservas se confunden a menudo con las declaraciones interpretativas, siendo que por estas debemos entender como aquellas interpretaciones que los estados le otorgan a determinadas cláusulas o términos de tal modo que se obligan al cumplimiento de disposiciones convencionales, según su propia declaración (Nieto Navia 1974: 2). Estas declaraciones se diferencian de las reservas por su objeto, es decir, las primeras buscan precisar o aclarar el alcance de las disposiciones contenidas en el tratado, mientras que las reservas buscan inaplicar los efectos jurídicos de las disposiciones del mismo.

Finalmente, las objeciones a las reservas se presentan como declaraciones unilaterales de los estados que buscan impedir que las reservas desplieguen los efectos deseados por el autor de la reserva. Como se verá a continuación, este impedimento posee distintos efectos pues el Estado objetante tiene potestad en decidir si entabla o no una relación convencional con el Estado autor de la reserva y en el caso que opte por entablar una relación, podrá regularlo con distintos efectos.

En esta línea se presentan las siguientes directrices de la *Guía de la práctica* útiles para fines del presente trabajo:¹³

Directriz 3.4.2 Validez sustantiva de una objeción a una reserva

Una objeción a una reserva por la que un Estado o una Organización Internacional se proponga excluir en sus relaciones con el autor de la reserva la aplicación de disposiciones del tratado a las que no se refiera la reserva solo será válida si:

13 La *Guía de la práctica sobre las Reservas de los Tratados* recoge el análisis tanto de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados como de la Convención de Viena de 1986, sobre el derecho de los Tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

1. Las disposiciones así excluidas tienen un vínculo suficiente con las disposiciones a las que se refiera la reserva; y
2. La objeción no frustra el objeto y el fin del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el autor de la objeción.

Directriz 4.3.7 Efectos de una objeción en las disposiciones del tratado distintas de aquellas a que se refiere la reserva

1. Una disposición del tratado a la que no se refiera la reserva, pero que tenga un vínculo suficiente con las disposiciones sobre las que versa esta, no será aplicable en las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de una objeción formulada de conformidad con la directriz 3.4.2.
2. El Estado o la Organización Internacional autor de la reserva, dentro de los doce meses siguientes a la notificación de una objeción que tenga los efectos mencionados en el párrafo 1, podrá oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización que haya formulado la objeción. En defecto de tal oposición, el tratado se aplicará entre el autor de la reserva y el autor de la objeción en la medida determinada por la reserva y la objeción.

Con las presentes directrices, definidas en la *Guía de práctica* de la Comisión de Derecho Internacional, se puede analizar el problema jurídico, con respecto a los efectos jurídicos de las objeciones a las reservas de los tratados.

3. Objeción a las reservas de los Tratados: De las objeciones con efectos intermedios

Si bien la Convención de Viena de 1969 desarrolla los elementos, condiciones y efectos jurídicos de las objeciones (Müller 2011: 507) a las reservas de los Tratados, esta no las define. Es por ello que a partir de la posterior práctica de los estados, el desarrollo de la doctrina, jurisprudencia y el análisis de la Comisión de Derecho Internacional permite definir la objeción a las reservas.

Bonet sostiene que las objeciones son declaraciones unilaterales vinculadas directamente con las reservas, y, por consiguiente, sus efectos jurídicos como demuestra la propia Convención se producen en relación con las reservas. En definitiva, son la otra cara o contrapartida de la aceptación de las reservas, al derecho de formular reservas se opone el derecho de las demás partes contratantes, de decidir si aceptan la reserva o se oponen a ella (Bonet 1996: 1612).

Por su parte, Pellet y Müller comentan que de acuerdo con el artículo 31º, numeral 1º, de la Convención de Viena de 1969, la objeción debe ser entendida por su significado ordinario, vale decir, que la objeción representa lo opuesto a la aceptación de la reserva y, por tanto, tienen diferentes efectos (Pellet y Müller 2011: 38).

Asimismo, el año 2004, en su noveno informe sobre las reservas a los tratados preparados por el relator especial Alain Pellet, se definió a las objeciones a las reservas de la siguiente manera:

Se entiende por «objeción» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional, como reacción a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra Organización Internacional, mediante la

cual dicho Estado u organización tenga la intención de impedir la aplicación de las disposiciones del Tratado a las que se refiere la reserva, o del tratado en su conjunto bajo determinados aspectos particulares, entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que formula la objeción, en la medida prevista por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción. (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 2)

Con respecto a esta definición y luego de un intenso debate sobre la misma, la Comisión finalmente adoptó, en el año 2005, la primera lectura de su proyecto de la *Guía de práctica de los Estados sobre las reservas a los Tratados*, en el cual definió a la objeción en su directriz 2.6.1 de la siguiente manera:

Se entiende por «objeción» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra Organización Internacional, por la que el primer Estado o la primera organización se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 217)

Según Müller, con esta nueva definición, la Comisión comienza a delinear una corriente en la que las instituciones de la Convención de Viena priorizan la intención de los estados u Organizaciones Internacionales, en el presente caso, con respecto al autor de la objeción (Müller 2011: 508).

Adicionalmente, este criterio propuesto por la Comisión de Derecho Internacional, se evidenció en el laudo del Tribunal de Arbitraje, encargado de resolver la controversia entre Francia y el Reino Unido, acerca de la delimitación de la plataforma continental en el asunto del Mar de Iroise en su decisión de 30 de junio de 1977 (Asamblea General de las Naciones Unidas 2005):

La cuestión de si, mediante una reacción de este tipo, un Estado hace un mero comentario, reserva simplemente su posición o rechaza solo la reserva de que se trata o toda relación convencional con el Estado autor de la reserva en el marco del tratado depende, por tanto, de la intención del Estado interesado.¹⁴

Finalmente, en el sexagésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprueba la *Guía de la práctica sobre las reservas a los Tratados*, cuya directriz 2.6.1 define las siguientes objeciones:

Se entiende por «objeción» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra Organización Internacional, por la que el Estado o la Organización se propone impedir que la reserva produzca los efectos deseados u oponerse de otro modo a la reserva (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 245).

14 *Case concerning the delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, U.N.R.I.A.A. Volumen XVIII, p. 3, especialmente, pp. 32 y 33, párrafo 39.

3.1 Validez sustantiva de una objeción a una reserva

El artículo 19^{o15} de la Convención de Viena de 1969 establece los supuestos en los que se puede formular una reserva. De esta manera, se entenderá por reserva válida aquella que se formule siguiendo estos supuestos.

En esta línea surgió un intenso debate con respecto a la validez de las reacciones de las reservas, estas son la aceptación y la objeción. En ese sentido, Sir Humphrey Waldock planteó la siguiente cuestión:

[...] Cuando una reserva no ha sido expresamente autorizada y tampoco es una de las prohibidas en virtud del párrafo c) del artículo 16,¹⁶ ¿puede un Estado contratante presentar una objeción que no sea la de incompatibilidad con el objeto y fin del tratado? La respuesta es afirmativa sin duda alguna. Todos los Estados contratantes quedan en absoluta libertad de decidir por sí mismos, de conformidad con sus intereses, si aceptan o no la reserva. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 258)

Esta respuesta está fundada en el principio de consensualismo que rige el Derecho de los Tratados y fue recogido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Corte Internacional de Justicia 1951). Luego, la aceptación u objeción de un Estado puede darse ante una reserva inválida y es por ello que la validez de la reserva debe valorarse con independencia de estas (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 425).

Finalmente, así lo consolidó la Comisión en la *Guía de la práctica* en su directriz 2.6.2 con respecto a las objeciones: «Un Estado o una Organización Internacional podrá formular una objeción a una reserva con independencia de la validez de la reserva». (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 256)

Esta conclusión enfatiza la validez de las reacciones a las reservas, no se evaluará a partir de la validez de la reserva sino a partir de su posibilidad de surtir plenos efectos (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 425).

De este modo, las objeciones a las reservas, en virtud del artículo 20^o, numeral 4^o, inciso b) y del artículo 21^o, numeral 3^o, dejarán la potestad a los estados sobre objetar la reserva y optar por las siguientes alternativas:

La no aplicación pura y simple del tratado entre el autor de la reserva y el autor de la objeción es el supuesto más sencillo (objeciones de efecto máximo) [...] Hoy día, la inmensa mayoría de las objeciones está destinada a producir efectos muy distintos: el Estado que objeta no se opone a la entrada en vigor del tratado en relación con el autor de la reserva, sino que procura modular las relaciones convencionales adaptándolas a sus propias posiciones. Conforme al artículo 21, párrafo

15 Artículo 19: Formulación de reservas:

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de qué se trate; o
c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

16 Actual artículo 19^o de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

3, de las Convenciones de Viena, esta relación se traduce en principio en la no aplicación parcial del tratado (objeciones de efecto mínimo). Sin embargo, la práctica de los Estados ha desarrollado otros tipos de objeciones cuyos efectos se alejan de los previstos en el artículo 21, párrafo 3, de las Convenciones de Viena, bien porque excluyen la aplicación de ciertas disposiciones del tratado a las que no se refiere (como tales) la reserva (objeciones de efecto intermedio, cuyo régimen jurídico se enuncia en la directriz 4.3.7), por una parte, o bien porque pretenden que el tratado se aplique sin ninguna modificación (objeciones de efecto supermáximo, sobre las que versa la directriz 4.3.8). (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 497)

A partir de la Conferencia de Viena, en la cual se adoptó la Convención de 1969, se comenzó a profundizar un nuevo efecto de las objeciones a las reservas, las llamadas «reservas de efectos intermedios» (Asamblea general de las Naciones Unidas: 427) y de esta manera se reinició el análisis sobre la validez de la objeción con respecto a sus efectos jurídicos.

Finalmente, la *Guía de la práctica* de la Comisión desarrolla la validez sustantiva de las objeciones en esta línea en su directriz 3.4.2.

3.2 De las objeciones con efectos intermedios o extensivos

Se depende de la práctica de los estados que hay un estadio intermedio entre el efecto mínimo y el efecto máximo de la objeción, puesto que hay situaciones en que un Estado desea entablar relaciones convencionales con el autor de la reserva aunque al mismo tiempo estima que el efecto de la objeción debe ir más allá de lo previsto en el artículo 21º, numeral 3 (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 252).

El artículo 21º numeral 3º de la Convención de Viena de 1969, describe el escenario en el que un Estado puede objetar una reserva sin oponerse a la entrada en vigor entre este y el Estado que formuló la reserva. En ese sentido, la Convención guarda silencio sobre las llamadas objeciones de efectos intermedios, por lo que cabe resaltar que no existe prohibición con respecto a esta práctica de los estados.

En ese sentido, la Comisión de Derecho Internacional, en su comentario sobre la directriz 3.4.2 de la *Guía de la práctica* señaló la existencia de esas objeciones, que podrían calificarse «del tercer tipo» en el comentario de la directriz 2.6.1, sobre la definición de la objeciones de las reservas, pero sin pronunciarse acerca de su validez (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 427).

Adicionalmente, recordando la directriz 4.3.7 comentada en párrafos anteriores, en su numeral 1: «Una disposición del tratado a la que no se refiera la reserva, pero que tenga un vínculo suficiente con las disposiciones sobre las que verse esta, no será aplicable en las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y el autor de una objeción formulada de conformidad con la directriz 3.4.2».

A partir de esta descripción la Comisión menciona lo siguiente:

¿Hasta qué punto el autor de la objeción puede modular el efecto de su objeción entre el efecto «simple» (artículo 21, párrafo 3, de las Convenciones de Viena) y el efecto «calificado» o «máximo», que excluye la entrada en vigor del tratado en su conjunto en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción (artículo 20, párrafo 4 b), de las Convenciones de Viena)? (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 509)

Es evidente que esta elección no puede quedar al arbitrio de la parte objetante (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 509). Así lo estimó la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre el principio de consensualismo comentado en líneas precedentes.

Müller comenta que en el marco de esta práctica, algunos estados formularon reservas con respecto al artículo 66^{o17} de la Convención de Viena de 1969 (Muller 2011: 558): Argelia, Bielorrusia, China, Cuba, Guatemala, República Árabe Siria, Ucrania, URSS, Túnez y Vietnam (United Nations Treaty Collection). Ello originó una serie de objeciones por parte numerosos estados en virtud del artículo 21° numeral 3° de la Convención de Viena de 1969. De esta manera, continúa Müller, Canadá, Egipto, Japón, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia, Reino Unido y los Estados Unidos, ejercieron su derecho de objetar las reservas con respecto a este artículo (Muller 2011: 558). Sin embargo, estos estados deseaban que sus objeciones tuvieran mayores efectos sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre la parte que formuló la reserva y la parte objetante.

Es así como el 5 de junio de 1987, el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte objetaron la reserva presentada por la URSS, con respecto al artículo 66° de la Convención de Viena de la siguiente manera:

El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte objeta la reserva formulada por el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la que se rechaza la aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 de la Convención. El artículo 66 prevé, en determinadas circunstancias de la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias por la Corte Internacional de Justicia (en el caso de las controversias relativas a la aplicación o interpretación de los artículos 53 y 64) o a un procedimiento de conciliación (en el caso del resto de la Parte V de la Convención). Estas disposiciones están inextricablemente relacionadas con las disposiciones de la Parte V a los que se refieren. Su inclusión fue la base sobre la cual las partes de la Parte V que representan desarrollo progresivo del derecho internacional han sido aceptadas por la Conferencia de Viena. En consecuencia, el Reino Unido no considera que las relaciones convencionales entre este país y la Unión Soviética incluya Parte V de la Convención. (United Nations Treaty Collection)

Evidentemente, para el Gobierno del Reino Unido, este vínculo suficiente se presentaba entre el artículo 66° de la Convención y la Parte V¹⁸ del tratado, por lo tanto, era comprensible aplicar una objeción con efecto intermedio.

Este ejemplo permite abordar en sí el escenario de las objeciones con efectos intermedios. Ahora bien, Müller y Pellet se preguntaban si el efecto de este tipo de objeción podría ser efectivo con la simple objeción o si se necesitaba el consentimiento de la parte que formuló la reserva (Pellet Y Müller 2011: 49). Más allá del diálogo entre las partes sobre estas acciones soberanas de los estados en materia de reacciones a las reservas, algunos autores proponen que se considere que esas objeciones extensivas son, de hecho, reservas (limitadas *ratione personae*) (Sztucki 1977: 429). En la siguiente parte se analizará si esta disposición es cierta o no.

17 El Artículo 66 está referido a los Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación.

18 La Parte V está referida a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los Tratados.

3.2.1 ¿Son reservas las objeciones de efecto intermedio?

El artículo 2º, numeral 1º, literal d) de la Convención de Viena de 1969 define a las reservas como una «declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».

A primera vista, la declaración que emite un Estado, durante la objeción de una reserva, podría tener vestidura de reserva en sí, tomando en cuenta que los efectos plenos de una objeción con efectos intermedios necesitan al menos de una determinada aquiescencia de la parte que formuló la reserva (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011). Asimismo, el profesor Giorgio Gaja escribió lo siguiente:

Como un rechazo parcial modifica el contenido del tratado en relación con el Estado que hace la reserva en la medida que supera el efecto que se pretende obtener con la reserva, la aceptación o la aquiescencia por parte del Estado que formula la reserva parece ser necesario para que un rechazo parcial despliegue efectos; de lo contrario, ninguna relación en el marco del tratado se establece entre el Estado autor de la reserva y un Estado que formula una objeción parcial que rechaza esas relaciones (Pellet y Müller 2011: 49).

Una vez más se presenta el principio de consensualismo en la relación entre la parte que formuló una reserva y el objetante: ningún Estado puede verse forzado por una obligación contractual si no lo considera adecuado (Tomuschat 1967: 560 y no brinda su consentimiento).

Ahora bien, si una objeción con efecto intermedio no tiene la aquiescencia de la parte que formuló la reserva, esta objeción no podría desplegar plenos efectos; muy similar a lo que sucede con las reservas en cuanto a desplegar sus efectos: necesita al menos de la aceptación de una parte contratante para ser efectiva.¹⁹

Luego, si las objeciones con efectos intermedios no fueran reservas, ¿podrían estas versar sobre materias prohibidas para las reservas, o que vayan en contra del objeto y fin del Tratado? Todo indicaría que estas objeciones sí serían reservas, más sobre todo si se busca que no sean salidas para validar lo prohibido.

Sin embargo, en términos de la Comisión de Derecho Internacional, la respuesta se encuentra en los mismos orígenes de las objeciones con efectos intermedios (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 430). En efecto, la institución del Derecho de los Tratados no deja de ser una objeción en sí y, por lo tanto, tiene su razón de ser ante la aparición de una reserva y su posterior oposición. Asimismo, constituiría una salida para que se pueda utilizar una reserva como pretexto para dotar a sus objeciones de tales efectos intermedios con total libertad, excluyendo así cualquier disposición que pudiera parecerles inconveniente (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 430).

Finalmente, sostiene la Comisión en la *Guía de la práctica*;

[La Comisión] estimó que esas objeciones de efecto intermedio, que en ciertos aspectos constituyen «contrarreservas» (pero que ciertamente no son reservas propiamente dichas), debían respetar los requisitos de validez sustantiva y formal de las reservas y, en todo caso, no privar al tratado de su objeto y su fin, aunque solo sea porque no tiene mucho sentido aplicar un tratado privado de

¹⁹ Artículo 2º, numeral 4) literal c).

su objeto y su fin. Eso es lo que dice el apartado 2) de la directriz 3.4.2. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 430)

Sobre esta última acotación de la Comisión, a continuación se desarrollan los límites de la validez sustantiva de las objeciones con efectos intermedios.

3.2.2. Límites a la validez de las objeciones de efecto intermedio

Con respecto a la validez sustantiva de las objeciones de efecto intermedio, la directriz 3.4.2 de la *Guía de la práctica* consolida en simples términos que las disposiciones a excluir tengan vínculo suficiente con las disposiciones a las que se refiera la reserva; y que la declaración no frustre el objeto y fin del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el objetante.

Con respecto al primer criterio de validez, la Comisión comenta sobre la directriz 3.4.2 lo siguiente:

Tras haberse preguntado cuál era la mejor manera de definir ese vínculo, la Comisión, que consideró la posibilidad de calificarlo de «intrínseco», «indisociable» o «inextricable», optó en definitiva por el adjetivo «suficiente», que no le parece incompatible con los adjetivos antes mencionados pero que tiene la virtud de mostrar que deben tomarse en consideración las circunstancias propias de cada caso. Además, muy probablemente la directriz 3.4.2 tiene que ver más con el desarrollo progresivo del derecho internacional que con su codificación en sentido estricto, y la calificación de «suficiente» tiene la virtud de hacer lugar para otras precisiones que pueda introducir la práctica futura. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 431)

Se considera que los límites para este criterio de validez sustantiva es para evitar una interpretación subjetiva o arbitraria de la parte objetante, en tanto que se busca un diálogo fluido y sin dilaciones excesivas. En ese sentido, el ejemplo más didáctico es el de la objeción con efecto intermedio ante la formulación de las reservas al artículo 66° de la Convención de Viena de 1969. En ese sentido se ha buscado excluir la parte V de la Convención con respecto a los estados que formularon las reservas.

En cuanto al segundo criterio de validez, con respecto a no frustrar el objeto y fin del tratado, se comprende que el límite de la validez puede involucrar otros criterios similares. Por ende, es viable poner límites de validez similares a los de las reservas, así, las objeciones con efectos intermedios no podrían referirse a materias prohibidas de reservas explícitas en el tratado y materias que no estén comprendidas dentro de las materias exclusivas posibles a reservar. Esto, a propósito de enfatizar que las objeciones deben referirse a cuestiones convencionales entre las partes. Es por ello que la Comisión no enfatiza en la prohibición de abordar la exclusión de normas de *ius cogens* en las objeciones con efecto intermedio, ya que, a todas luces, son incompatibles con la naturaleza de tal acción.

4. Comentarios al desarrollo de las objeciones con efectos intermedios a las reservas.

La Comisión comenta que la práctica de las objeciones de efecto intermedio se ha producido principalmente, por no decir de forma exclusiva, en el marco de las reservas y las objeciones

de las disposiciones de la parte V de la Convención de Viena de 1969 (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 430). Sobre la base de párrafos precedentes, este escenario se presentaba con respecto a la reserva mostrada por diferentes estados al artículo 66° de la Convención referido a la solución obligatoria de las controversias por la Corte Internacional de Justicia, en ciertas circunstancias o mediante un procedimiento de conciliación. Así lo aseveró, por ejemplo, la objeción del Reino Unido, del 5 de junio de 1987, a la reserva formulada por la Unión Soviética (United Nations Treaty Collection).

No obstante, sería oportuno comentar el desarrollo jurídico de los presentes casos, pues la Comisión en su *Guía de la práctica* no hace un extenso análisis de la situación y termina aseverando que esta situación es excepcional, empero, no deja de mencionar que esta práctica puede ser retomada por los estados en futuras ocasiones.

A continuación se aborda los puntos críticos de las objeciones de efecto intermedio y se brindan algunos comentarios de la Comisión acerca de su desarrollo.

4.1 Definición de «vínculo suficiente»

Remiro Brotons comentó que si un sujeto puede, al objetar, oponerse a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, podrá con mayor motivo excluir la aplicación de una sola una parte del tratado o de las disposiciones que estime vinculadas con las que han sido reservadas, siempre que sea factible la divisibilidad del tratado (Ramiro Brotons 2007: 442). Se apela al conocido adagio jurídico: «Quien puede lo más, puede lo menos». A este elemento, ya en el terreno de las objeciones de efectos intermedios, se le sumó el desarrollo de la Comisión que aseveró que las disposiciones, a las que la reserva no hace referencia, deben tener un vínculo suficiente con las disposiciones que se buscan inaplicar. De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, el término «suficiente» representaba una opción flexible para la futura práctica de los estados.

La presente problemática jurídica surge de las reservas al artículo 66^{o20} de la Convención de Viena de 1969 el cual desarrolla el procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. Esta disposición se encuentra, además, mencionada en el artículo 65° de la Convención.

El artículo 65° de la Convención menciona en su numeral 3) que si cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción con respecto a la notificación de nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33° de la Carta de las Naciones Unidas. La disposición asevera que:

20 **66. Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación.** Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

- a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje;
- b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la Convención presentando al Secretario general de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

Artículo 33:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

En ese sentido, los literales a) y b) del artículo 66° se presentan como la salida obligatoria ante la imposibilidad de solucionar la controversia, en virtud del artículo 33° de la Carta de las Naciones Unidas. El literal a) hace mención explícita de los artículos 53° y 64° y de su procedimiento a ser llevado a cabo por la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, el literal b) sostiene que las demás disposiciones de la Parte V de la Convención de Viena se solucionarán a la luz del anexo de la Convención que involucra la participación del Secretario General de las Naciones Unidas.

Sobre esta disposición se inició la práctica de las objeciones con efectos intermedios. Los estados, en su mayoría estados socialistas (Riquelme 2004: 297), reservaron el artículo 66° de la Convención y las reacciones, en su mayoría estados occidentales (Riquelme 2004: 297), fueron objetar estas reservas con la extensión de inaplicar, en su mayoría, las disposiciones de la Parte V de la Convención.

La Comisión estima que las disposiciones que se buscan inaplicar y que no fueron materia de la reserva deben mantener un vínculo suficiente con las disposiciones que busca inaplicar la reserva. En ese sentido, en el presente caso el artículo 66° hace mención expresa de los artículos a los cuales se busca su inaplicación a partir de la objeción de efectos intermedios. Asimismo, la Comisión asevera que el término «suficiente» representa un análisis caso por caso del escenario en cuestión.

El tema de delegar la interpretación del vínculo suficiente a discreción del Estado objetante y de determinarse este, caso por caso, podría resultar peligroso sino proclive al abuso de tales objeciones, más aún si en la práctica se evidencian problemas con el diálogo sobre las reservas o con las funciones del depositario. No es lo más recomendable en aras de evitar una interpretación arbitraria del objetante en la hipótesis que la objeción cumpla con los requisitos de validez.

En esta línea, el numeral 2) de la directriz 4.3.7 asevera que el Estado o la organización internacional, autor de la reserva, dentro de los doce meses siguientes a la notificación de una objeción que tenga los efectos mencionados en el párrafo 1 (efectos de las objeciones de efectos intermedios), podrá oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización que haya formulado la objeción. En defecto de tal oposición, el tratado se aplicará entre el autor de la reserva y el autor de la objeción en la medida determinada por la reserva y la objeción (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 508).

Luego, si el Estado contratante no está de acuerdo con las disposiciones extensivas a inaplicar por la objeción, este podría oponerse a la entrada en vigor del tratado y tendría los mismos efectos de una objeción con efectos máximos: no se entablarán relaciones convencionales con la parte que formuló la reserva y el Estado que objetó esta reserva. La explicación en el presente escenario no sería otra que la de no estar de acuerdo con el vínculo suficiente, existente entre las disposiciones en cuestión.

Asimismo, la interpretación del «vínculo suficiente» debe tomar en cuenta que supone, por parte de los contratantes, la voluntad de preservar al menos lo que es esencial para los fines de un tratado; si faltara la voluntad, resulta claro que el tratado mismo resultaría menoscabado en su principio y en su aplicación. Este criterio es adoptado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1951, sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Finalmente, y bajo este último comentario, se comparte la idea de que estas objeciones, al ser interpretadas a la luz de un «vínculo suficiente» también involucra el principio de buena fe esgrimido en la misma Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados. Esto se evidenciará en el diálogo que se entable entre los protagonistas de una objeción a una reserva.

4.2 Diálogo sobre las reservas

El diálogo sobre las reservas no está explícitamente abordado en la Convención de Viena de 1969, en ese sentido, y ante un inexistente marco jurídico, es la práctica de los sujetos involucrados quienes dotarán de contenido a la institución.

La Comisión asevera que el diálogo sobre las reservas no pretende producir efectos jurídicos en el sentido estricto del término (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 56), sino que más bien intenta tener dos efectos importantes: aclarar el sentido de las reservas (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 58) (entender las razones por las cuales la reserva es necesaria) e influir en las decisiones y el comportamiento de los actores en materia de reservas (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 63).

Este diálogo permite el intercambio de opiniones y coadyuva al buen funcionamiento del régimen del Derechos de los Tratados. Sin embargo, el silencio en la motivación, la excesiva generalidad o la falta de respuesta atenta contra la finalidad de establecer, *a posteriori*, relaciones convencionales.

De esta manera, la ausencia de motivación de las objeciones hace que pierda su impacto como elemento del diálogo sobre las reservas. Sin motivación, la objeción apenas ofrece argumentos que alientan al autor de la reserva a retirarla o modificarla (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 59). Este escenario se complicaría más si se refiere a las objeciones de efectos intermedios, cuya motivación es fundamental en aras de conseguir un consenso entre las partes involucradas.

Además, el diálogo sobre las reservas permite influir en las decisiones ulteriores de los actores en la materia. Así, las objeciones, cuando son numerosas y guardan una determinada coherencia entre los estados objetantes (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 22), prestan mayor atención que las objeciones aisladas.

Está claro que no en todos los casos se entabla necesariamente un diálogo (United Nations – Office of Legal Affairs 2004: párrafo 18). Y en términos estrictos, no es obligatorio motivar las reservas. En las objeciones, a lo máximo, el diálogo será para determinar las relaciones convencionales conforme al artículo 21°, numeral 3°, de la Convención de Viena.

Por todo ello, para el diálogo sobre las reservas, se apelará a la buena fe de los protagonistas con el propósito entablar un intercambio de opiniones que ayude a solucionar los diferentes puntos de vista de los actores involucrados.

Los numerales 8 y 9 del anexo de la *Guía de la práctica* establecen lo siguiente:

8. Los Estados y las organizaciones internacionales deberían tener en cuenta las inquietudes y reacciones de otros Estados, otras organizaciones internacionales y los órganos de vigilancia y, en lo posible, tomarlas en consideración con miras a reexaminar, modificar o retirar una reserva;

9. Los Estados y las organizaciones internacionales, así como los órganos de vigilancia, deberían cooperar tan estrechamente como sea posible a fin de intercambiar puntos de vista sobre reservas respecto de las cuales se hayan expresado inquietudes y coordinar las medidas que deban adoptarse [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 621)

Por lo tanto, el diálogo sobre las reservas no es obligatorio salvo para cumplir la notificación de las objeciones esgrimidas en el artículo 21º, numeral 3º de la Convención de Viena. Por ello se establecen las siguientes interrogantes: ¿cómo podríamos sostener la viabilidad de las objeciones de efectos intermedios, sin alguna condición obligatoria que conlleve al diálogo sobre las reservas en estos casos? La propia Comisión de Derecho Internacional se refirió al diálogo sobre las reservas como una recomendación y finalmente instó a no solo participar del mismo sino a adoptar determinadas prácticas y principios en aras de dotar al diálogo de mayor utilidad y eficacia.

Finalmente, la ausencia de motivación, la excesiva generalidad o falta de respuesta llevarán a que las objeciones de efectos intermedios no alcancen su destino final sino más bien constituirá un obstáculo en aras de entablar relaciones convencionales. Entonces, plantear la continuidad de las objeciones de efectos intermedios a la luz de lo regulado por la Convención de Viena no resulta provechoso, salvo para entorpecer las relaciones convencionales entre los protagonistas y brindar una salida para trabar todo diálogo, sin que la buena fe se vea trastocada.

4.3 Alternativa a las objeciones de efectos intermedios

Resulta claro que la práctica de las objeciones de efectos intermedios no es constantemente recurrida por parte de los estados y organizaciones internacionales. De los comentarios realizados en este trabajo, resulta además claro que no hay un régimen sólido que permite a las objeciones de efectos intermedios ser eficaces en cuanto al establecimiento de relaciones convencionales; muy por el contrario, resulta una salida para dificultar dichos fines.

Se considera que las objeciones de efectos intermedios pudieron tener alternativas en los escenarios donde comenzó su práctica. El más claro ejemplo es la reserva planteada por Bélgica:

Reserva: El Estado belga no quedará obligado por los artículos 53º y 64º de la Convención respecto de cualquier parte que formule una reserva al artículo 66º, apartado a), y rechace el procedimiento de solución de controversias establecido en ese artículo.²¹ (United Nations Treaty Collection)

Puntual, precisa y simple. La reserva realizada por el Estado belga, el 18 de febrero de 1993, al momento de manifestar su consentimiento en adherirse a la Convención de Viena de 1969 demuestra que hay caminos más idóneos que la de plantear objeciones con efectos intermedios. Esta reserva sintetiza el fondo de lo que se buscó con las objeciones formuladas, a propósito del artículo 66º de la Convención de Viena.

21 Texto original: «The Belgian State will not be bound by articles 53 and 54 of the Convention with regard to any party which, in formulating a reservation concerning article 66(a), objects to the settlement procedure established by this article».

No se presentaron objeciones a la reserva planteada por el Estado belga, pues quedó claro que se llegaron a los mismos fines sin recurrir a objeciones con efectos intermedios. Asimismo, la reserva se presentó ante el conocimiento de un intercambio de opiniones que evidenciaba el potencial problema con respecto a las reservas del artículo 66°. Esto demuestra que la problemática que se abordó en la negociación del tratado pudo ser mejor sin recurrir a una nueva práctica que podría traer problemas más adelante.

Finalmente, es relevante precisar que la reserva formulada por el Estado de Bélgica no constituye una declaración interpretativa, pues no busca precisar su posición con respecto al artículo 66° de la Convención, sino que tiene como principal objetivo inaplicar los artículos 53° y 64° de la misma, con respecto a los estados que presenten reservas al artículo en cuestión. Esta situación ocurrió antes de que Bélgica sea Estado parte de la Convención de Viena de 1969, es decir, ya existían reservas a estos artículos; consecuentemente, la reserva de Bélgica desplegó los efectos jurídicos perseguidos por este Estado.

5. Conclusiones

El régimen de las reservas a los tratados continúa hoy desarrollándose a partir de la práctica de los estados y de las organizaciones internacionales. Es decir, cada día se aleja más de la estática positivización de las convenciones de Viena y urgen cambios convencionales en pos de la seguridad jurídica.

En el presente trabajo se ha desarrollado brevemente la evolución del régimen de las reservas tanto en su codificación como en su desarrollo progresivo. La práctica de los actores involucrados inició un importante desarrollo en esta materia que no pasó desapercibida.

Una de estas prácticas fueron las objeciones con efectos intermedios, a propósito de las reservas formuladas a la Convención de Viena de 1969. De esta manera, la Comisión de Derecho Internacional abordó el tema en su *Guía de la práctica sobre reservas* y desarrolló la práctica en sus directrices, principalmente en las directrices 3.4.2 y 4.3.7.

Se menciona que las reservas formuladas en el artículo 66° de la Convención de Viena de 1969 conllevaron a objeciones que buscaban inaplicar además otras disposiciones distintas a las que se refería la reserva en cuestión. De esta manera, se buscó inaplicar las disposiciones de la parte V de la Convención, en vista de que se alegaba tener un vínculo suficiente entre las disposiciones de la parte de la Convención y los mecanismos de solución.

En el presente trabajo se critica la definición de vínculo suficiente, pues termina siendo proclive a un análisis arbitrario al autor de la objeción y, en todo caso, resultaría un camino para trabar el establecimiento de relaciones convencionales. Asimismo, no hay parámetros generales para establecer la definición que facilite una futura positivización de la práctica. Esta dificultad va de la mano con el tema del diálogo sobre las reservas que podrían empeorar aún más estas objeciones con efectos intermedios, de utilizarse en futuras ocasiones.

Adicionalmente, las objeciones con efectos intermedios encuentran dificultades para su efectiva utilización en el diálogo sobre las reservas. Se considera que el diálogo ayuda a esclarecer las reservas formuladas e influir en las decisiones y el comportamiento de los actores en materia de reservas. Sin embargo, este diálogo no se lleva a cabo en todos los casos y, aún más relevante, no es obligatorio en el régimen en las reservas, salvo para satisfacer lo estipulado en el artículo 21°, numeral 3° de la Convención con respecto al alcance de las relaciones

convencionales entre los protagonistas. En ese sentido, la Comisión se esforzó por establecer recomendaciones para incentivar el diálogo sobre las reservas, de tal manera que se concrete el mayor número de relaciones convencionales. Al no constituir una obligación,²² no hay garantía de que se pueda llegar a un consenso entre los protagonistas y, por tanto, se podría mermar el objetivo de lograr vínculos convencionales, constituyendo así otro camino para dificultar los fines, sin faltar a la buena fe estipulada en las convenciones de Viena.

Finalmente, se considera que las objeciones con efectos intermedios, al no encontrarse reguladas en la Convención de Viena y tampoco encontrar un sólido asidero en la *Guía de la práctica* de la Comisión de Derecho Internacional, pudo encontrar una mejor solución. Esta se reflejó en la reserva formulada por el Estado belga, el cual manifestó, de una manera clara y precisa, su voluntad de reservar los artículos 53° y 64° de la Convención con respecto a los estados que reservaron el artículo 66° sobre procedimientos de solución de controversias.

La reserva belga demuestra que con las instituciones estipuladas en la Convención de Viena se puede llegar a fines óptimos, en el marco de su regulación. En ese sentido, se sostiene que las objeciones con efectos intermedios deben permanecer como una anécdota con respecto a las reservas formuladas a la Convención de Viena y no representar así salidas que eviten el establecimiento de vínculos convencionales entre actores, que finalmente no tienen la voluntad de establecerlos y sin atentar contra el principio de buena fe, principio rector del Derecho Internacional.

6. Bibliografía

ABUGATTAS, Gattas

2006 «Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿Tema resuelto o asignatura pendiente?», *Agenda internacional*. Lima: PUCP, año XII, número 23, pp. 439-461.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

2011 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 66° periodo de sesiones. Suplemento número 10.

2005 A/CN.4/558/Add.1. Tenth report on reservations to treaties. 14 de junio.

1966 *Yearbook of the International Law Commission*, volumen II.

1949 *Resolución A/RES/1174(II)*. Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional. 21 de noviembre.

BONET, Jordi

1996 *Las reservas a los tratados internacionales*. Barcelona: José María Bosch Editor S. A.

22 Nos referimos a una obligación de resultado, pues todo indica que la obligación es de conducta en virtud del principio de buena fe estipulado en la Convención.

CANNIZZARO, Enzo (ed.)

2009 *The Law of treaties beyond the Vienna Convention*. Nueva York: Oxford University Press.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1951 Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Consulta: 9 de octubre del 2013.
<http://www.icjci.org/docket/index.php?sum=276&code=ppcg&p1=3&p2=4&case=12&k=90&p3=5>

CORTEN, Olivier y Pierre KLEIN

2011 *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*. Oxford: Oxford University Press, volumen I.

DIEZ DE VELASCO, Manuel

2007 *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

GONZÁLES, Julio y Luis I. SÁNCHEZ

2008 *Curso de Derecho Internacional Público*. Cuarta edición. España: Editorial Thomson, Civitas.

KELSEN, Hans

2010 «La Función de la Constitución». *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*. Buenos Aires, año IV, número 5, pp. 150-157.

KOH, Harold Hongju

2005[1997] «Why do Nations obey International law?». En Hathaway, Oona y Harold Hongju Koh, *Foundations of International Law and Politics*. Pp. 173-204.

MÜLLER, Daniel

2011 «Artículo 20° de la Convención de Viena de 1969»; «Artículo 21° de la Convención de Viena de 1969». En Corten, Olivier y Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*. Volumen I.

NIETO, Rafael

1974 «Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena de 1969». Separata de *Revista Universitas*. Número 46, pp. 2, 285-315.

NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO

2000 *Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial PUCP, tomo II.

ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS

2006 *Reports of International Arbitral Awards*. Volume XVIII.
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/3-413.pdf

PELLET, Alain y William SCHABAS

2011a «Artículo 19° de la Convención de Viena de 1969». En Corten, Olivier y Pierre Klein. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*. Oxford: Oxford University Press, abril, volumen I, pp. 409, 426-427.

2011b «Artículo 23° de la Convención de Viena de 1969». En Corten, Olivier y Pierre Klein. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*. Volumen I.

PELLET, Alain

2011 «Artículo 22° de la Convención de Viena de 1969». En Corten, Olivier y Pierre Klein. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, volumen I, pp. 569, 572.

PELLET, Alain y Daniel MÜLLER

2011 «Reservations to Treaties: An Objection to a Reservation is definitely not an Acceptance». En Cannizzaro, Enzo (ed.). *The Law of treaties beyond the Vienna Convention*, p. 38.

REMIRO BROTONS, Antonio

2007 *Derecho Internacional: Curso General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 313, 318.

REUTER, Paul

2008 [1999] *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: UNAM, Fondo de Cultura Económica. En Gonzáles Campos, Julio D., Sánchez Rodríguez, Luis I. y Paz A. Sáenz de Santamaría. *Curso de Derecho Internacional Público*, cuarta edición. Madrid: Thomson, Civitas.

RIQUELME, Rosa

2004 *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Murcia, España: Universidad de Murcia.

SZTUCKI, Jerzy

1977 «Some Questions Arising from Reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties». *German Yearbook of International Law*. Berlín: Duncker & Humblot.

TOMUSCHAT, Christian

1967 «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the law of treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, volumen 27.

UNITED NATIONS – OFFICE OF LEGAL AFFAIRS

United Nations – Office Of Legal Affairs. Consulta: miércoles 24 de octubre de 2013.
<http://legal.un.org/ola/>

2004 A/CN.4/544. Ninth report on reservations to treaties. 24 de junio.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTIONS

1969 CHAPTER XXIII. LAW OF TREATIES. I . Vienna Convention on the Law of Treaties. Consulta: 24 de octubre de 2013.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-I&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en

ZEMANEK, Karl

2009 «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados». United Nations. Consulta: 22 de octubre de 2013.

www.un.org/law/avl

COMENTARIOS

Elvira Méndez Chang

Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico y profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Quiero agradecer la invitación del CICAJ para comentar el trabajo de investigación realizado por José Manuel Pacheco Castillo, que aborda un tema importante, interesante y actual en el Derecho de los Tratados: los efectos jurídicos de las objeciones a las reservas, con énfasis en los intermedios o extensivos. Es una materia sobre la cual se requiere un mayor desarrollo doctrinal que permita dar aportes a los problemas que se enfrentan.

Luego de leer la primera versión del trabajo encontré varios puntos que requerían mayor desarrollo y profundidad. Cuando se realizó la presentación oral, ésta resultó clara e interesante, ya que fue estructurada y planteó una mayor reflexión sobre los temas abordados en este texto, lo cual me permitió discutir los planteamientos del señor Pacheco, a los cuales él respondió con un buen manejo jurídico y solvencia. Además, con ánimo de contribuir y aportar para mejorar la versión final del documento, me permití hacer algunas observaciones y sugerencias.

A continuación, presento mis comentarios al texto, los cuales se dividirán en tres partes. En la primera, haré referencia a cuestiones metodológicas y formales que deben ser mejoradas; la segunda abordará aspectos del contenido; y, finalmente, en la tercera presentaré mis reflexiones finales.

I. Sobre las cuestiones metodológicas y formales

El tema de la investigación está definido adecuadamente: las objeciones a las reservas con efectos intermedios o extensivos. Además, cuenta con una estructura clara y ordenada.

En la introducción se plantean interrogantes interesantes sobre este tema. Sin embargo, hubiera sido deseable que se plantee de modo más explícito el problema jurídico central y cuáles son las respuestas que planteaba el autor.

Con relación a las citas textuales, considero que éstas no deben ser muy extensas, a menos que su transcripción sea necesaria para el análisis correspondiente. Se recomienda parafrasear la doctrina, indicando la fuente, en lugar de una transcripción larga de textos. En general, se invita al autor a desarrollar sus planteamientos sobre los problemas abordados, a partir de sus reflexiones sobre el tema.

Con relación a la bibliografía revisada, se recomendó incluir la doctrina especializada y actualizada en reservas, para lo cual puede acceder a material muy importante a través de las fuentes las bases de datos disponibles en el Sistema de Bibliotecas PUCP.

En cuanto a las conclusiones de esta investigación, recomiendo que éstas sean numeradas, teniendo en cuenta cuáles son la(s) principal(es) y las secundarias.

2. Sobre cuestiones de fondo

Luego de revisar el trabajo, considero que en el punto 2.1. se abordan algunos temas referidos al nacimiento del Derecho Internacional (como su fundamento y la posición de Kelsen) y del Derecho de los Tratados de los que podría prescindirse, toda vez que la investigación se centra en un tema más reciente y de actualidad: las reservas. Por ello, sugiero reformular los antecedentes para que se centre en aquellos que preceden al surgimiento del tema central de investigación.

En el punto 2.2.1., el título anuncia un análisis comparativo entre los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, esta parte presenta una descripción del proceso que llevó al texto de la Convención y a un resumen del contenido de los artículos. Por ello, como se señala en el último párrafo de este punto (página 471), «... en los párrafos precedentes se realiza un breve comentario sobre la codificación de las reservas a los Tratados...» más que un «análisis comparativo».

En cuanto al marco conceptual, considero importante que el concepto de reserva sea el que esté tratado al inicio. Además, recomiendo que se desarrolle su distinción con las «declaraciones interpretativas» (mencionadas en la página 466) pues éstas son confundidas con las reservas; así como plantear algunos ejemplos que permitan ilustrar sus diferencias.

Asimismo, en la página 472 del texto, se afirma que:

La doctrina y los Estados que intervinieron en la discusión de la regulación del derecho de los Tratados y en específico de la presente materia han puntualizado en diversas oportunidades la falta de definiciones de la Convención de Viena que en la práctica han ido evolucionando.

Al respecto, quiero precisar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sí cuenta con definiciones claras y útiles, como la reserva (artículo 2.d); además, éstas han ido evolucionando a lo largo del tiempo. No obstante, hay otros términos que requieren ser precisados pues han generado discusión en la aplicación de la Convención; por ejemplo, qué se entiende por «objeto y fin». Sin embargo, ello no puede entenderse como una «falta de definiciones» de la citada Convención.

De otro lado, estimo que se debieron presentar conceptualmente las objeciones a las reservas, lo cual se realiza parcialmente; luego, se reproducen textualmente las directrices de la *Guía de la Práctica* sobre las reservas de los Tratados sin mayor discusión o comentario (página 473). Sugiero revisar esta parte y determinar si el tema debe ser abordado en el punto 2.3. correspondiente al marco conceptual o es pertinente estudiarlo en el punto 3 (página 474) de la investigación.

Esta parte cuenta con una presentación acerca de las objeciones a las reservas para luego pasar a analizar su validez sustantiva en el punto 3.1., concluyendo que dependerá de «... su posibilidad de surtir plenos efectos»; considero que esta afirmación requiere un mayor sustento.

Otro punto a comentar es que luego de presentar qué son las objeciones con efectos intermedios o extensivos, se cuestiona si éstas son una reserva (punto 3.2.1.). Al desarrollar su

postura, sugiero una mayor fundamentación, así como que se refiera a casos o ejemplos que ilustren mejor su posición. Esto también sería aplicable al punto 3.2.2.

Con relación al régimen de las objeciones de efectos intermedios o extensivos, así como las respuestas propuestas a las preguntas iniciales de este trabajo, me parecen adecuadas las reflexiones sobre el vínculo suficiente que se mencionan en el punto 4.1. Sin embargo, no es exacto señalar que «Quien puede lo más, puede lo menos» es un «adagio» jurídico (véase la página 481). Considero que esto se debería plantear adecuadamente y de manera más precisa. Hubiese sido interesante incluir otros ejemplos que ayudaran a entender mejor la posición del autor. Además, sugiero desarrollar la relación del «vínculo suficiente» con el principio de buena fe en el Derecho Internacional.

Sobre el diálogo sobre las reservas (punto 4.2), el autor plantea su posición con claridad. No obstante, le recomiendo incluir algunos ejemplos que permitan precisar e ilustrar los puntos allí señalados.

En cuanto a las alternativas propuestas frente a las objeciones de efectos intermedios, sugiero un mayor desarrollo del análisis de este punto en la investigación.

Finalmente, las conclusiones presentadas resultan ser un resumen de lo tratado a lo largo del trabajo, sin llegar a precisar aquello que se quiso demostrar con esta investigación. Por ello, es indispensable que éstas den respuesta clara y directa a los problemas abordados en la introducción.

3. Reflexiones finales

Quiero resaltar la importancia de contar con un espacio generado desde el CICAJ para que los alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP puedan elaborar investigaciones jurídicas. Ello permite generar doctrina nacional que, sin duda, aporta significativamente a la discusión jurídica.

Además, es encomiable que José Manuel Pacheco haya decidido investigar y elegido abordar un tema especializado del Derecho de los Tratados que tiene actualidad y complejidad, en el que encontramos más preguntas que respuestas en la doctrina y práctica internacional. Espero que muchos más se animen a investigar problemas actuales del Derecho Internacional que son relevantes para nuestro país.

Estos comentarios tratan de aportar también a dicha discusión desde el documento elaborado. La discusión sobre las objeciones realizadas a la reserva con efectos intermedios o extensivos seguirá abierta; no obstante, los resultados de esta investigación brindan un valioso aporte que debe tenerse en cuenta en adelante.

Victor Saco Chung

Magíster en Derecho Internacional y Europeo por la Université Catholique de Louvain y
profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo constituye, a nuestro parecer, un muy valioso aporte al estudio del Derecho Internacional en nuestro país, en tanto analiza un tema que ha sido poco abordado en lengua

castellana. Además, el documento expone el tema de manera sistemática y sencilla, permitiendo que este material pueda servir de acompañamiento a los cursos universitarios que abordan esta materia.

El presente comentario se conforma de tres acápites, en el primero, se hace un resumen de la problemática tratada en el trabajo; en el segundo entablan comentarios que pueden complementar el trabajo; y, finalmente algunas sugerencias para mejorar aspectos formales del documento.

I. Introducción

Las objeciones con efectos intermedios hacen referencia a una situación concreta: cuando un tratado no impide realizar una reserva, es posible hacer una objeción a esta última, pero el Estado que realiza la objeción aprovecha este momento para indicar que, además de la disposición en controversia, no se aplicará, en su relación con su contraparte, otra disposición del tratado no reservada. Nos encontramos frente a un supuesto gris de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el que será desarrollado en el trabajo bajo comentario.

Dicho de manera amplia, para los estados, debido a sus distintos intereses, es muy difícil ponerse de acuerdo en algunas materias, como aquellas reguladas por los tratados multilaterales, pues refieren a asuntos cuya aplicación requiere del concurso de todas las partes para que la medida jurídica sea efectiva, por ejemplo, las regulaciones medioambientales, de derechos humanos, la codificación del Derecho de los Tratados o que implique intereses colectivos.

Bajo el mandato del artículo 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, fungiendo de paraguas normativo, la Comisión de Derecho Internacional codificó la costumbre internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, permitiendo la flexibilidad como una respuesta ante la problemática enunciada en el párrafo anterior. En este sentido, con el fin de lograr que el derecho internacional se codifique y consolide en un acuerdo escrito que brinde seguridad, se opta por darle flexibilidad a las partes para que, sin impedir que el tratado entre en vigor, existan ciertas disposiciones del mismo que no se les apliquen. Este es el fenómeno de las reservas, que permite que existan más tratados, pero también que dentro de cada uno de ellos se formen diversas relaciones convencionales, con distintas normas aplicables entre las partes: para algunas se aplicarán todas las disposiciones del Tratado, para otras, todas menos una, dos o más disposiciones.

Jurídicamente, el efecto de las reservas, es modificar o excluir los efectos jurídicos de las normas contenidas en los tratados. Las objeciones son una de las formas de respuesta a las reservas, en sus efectos se pueden encontrar dos extremos que los constituyen, por un lado, la aceptación de la reserva y, por el otro, el no aceptar la reserva y que tampoco se aplique la totalidad del tratado entre la parte que realiza la reserva y aquella que objeta la misma. Las objeciones con efectos intermedios se encuentran en la zona media entre estos dos extremos; un Estado no se opone a la entrada en vigor del tratado, pero objeta la reserva y, además, plantea otro cambio en la aplicación del tratado con el Estado que la ha generado. En términos laxos, nos encontramos frente a una «contrarreserva», donde el Estado objetante excluye otra disposición del tratado, además del motivo de la reserva, en su relación con el Estado que formuló la reserva. Este supuesto, su legalidad y efectos jurídicos, de ser válida, se aborda en el texto comentado.

2. Comentarios

El documento, basándose en la *Guía práctica de la Comisión de Derecho Internacional*, asume que las objeciones con efectos intermedios son válidas, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos (punto 3.2.2, en las páginas 19 y 20). Hubiera sido interesante un análisis acerca de la validez de este tipo de objeciones en sí, ya que específicamente no están reguladas.

El argumento base expuesto en el trabajo, respecto a la validez de este tipo de objeciones: «[...] En ese sentido, la Convención guarda silencio sobre las llamadas objeciones de efectos intermedios, por lo que cabe resaltar que no existe prohibición con respecto a esta práctica de los Estados» (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 17). A ello se le agrega la afirmación de que la Comisión se pronunció sobre la existencia de este tipo de objeciones, pero no lo hizo sobre su validez. Sin embargo, no se realiza una explicación de porqué la falta de prohibición permite que estas pueden ser utilizadas; ello se puede lograr a partir de los medios de interpretación contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esta interpretación no es sencilla. Un argumento puede basarse en el literal b) del numeral 4 del artículo 20. Utilizando el principio *ab maioris ad minus*, se podría indicar que si el Estado que realiza la objeción puede impedir que el tratado entre en vigor en su relación con el Estado que emite la reserva, también podría definir las normas que se aplicarían a las relaciones entre ambos. Sin embargo, ello debe ser profundizado tomando en cuenta las implicancias de seguir este argumento.

Una vez trabajada la posibilidad de que estas objeciones estén reguladas por la Convención de Viena, se considera que el análisis de sus efectos jurídicos deberá realizarse en el marco de los principios contenidos en la Convención de Viena antes citada. Concretamente, la flexibilidad que recoge este tratado, en materia de reservas, *pacta sunt servanda*, la buena fe y el reconocimiento a la importancia del objeto y fin del tratado.

En cuanto a la flexibilidad, como se explica en la introducción, la Convención de Viena busca prevalecer en este aspecto la codificación del derecho internacional frente a la unidad del tratado. Sin embargo, ello tiene su límite en otro principio, el del reconocimiento del objeto y fin del tratado, lo cual ha quedado claramente recogido en los artículos 19, 20 y 21 de la Convención de Viena. Respecto al objeto y fin del tratado, se debe tomar en cuenta la situación de los tratados que regulan los derechos humanos y, dentro de ellos, las disposiciones que además ostentan el carácter de ser normas de *jus cogens*, como lo hiciera la Corte Internacional de Justicia al referirse a la prohibición de cometer genocidio (Corte Internacional de Justicia 1951).

Sobre el balance recién expuesto, se debe analizar aquel entre derechos y obligaciones de las partes (*consensualismo*, *pacta sunt servanda*) y la buena fe. Puesto que si bien, teóricamente, se podría producir una especie de negociación entre las partes, respecto a la reserva y su objeción, el resultado de esta no podría contrariar el objeto y fin del tratado (salvo el hipotético e improbable caso de que el tratado lo permita).

En el marco de estos dos balancesse entienden las dos reglas presentadas por la Comisión de Derecho Internacional en su *Guía práctica*, bajo la luz de la cual se desarrolla en el trabajo: la del vínculo suficiente de la objeción con las disposiciones a las que se refiera la reserva y no frustrar el objeto y fin del Tratado (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 20).

El argumento respecto a la existencia y validez de este tipo de objeción parece ser el siguiente, dado que no pueden ser reservas y se plantean como objeciones, pueden ser

catalogadas como estas, no importando su contenido. Este último, solo será oponible siempre y cuando verse sobre una materia íntimamente relacionada con la reserva y que al momento de interactuar en el tratado, «modificado» por la reserva y su objeción, no afecten el objeto y fin de este. Sin embargo, esto pudo aclararse en la redacción del documento.

Otro aspecto que se debe comentar es que se ha dejado de lado el enfoque sistémico, es decir qué sucede con las normas convencionales que son reflejo de normas consuetudinarias y que son afectadas por una objeción con efectos intermedios. Esto sucede, basándose en la *Guía de la práctica*, al dejar de lado el análisis de las normas de *jus cogens* (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 20).

Se pudo mencionar o tomar partido por la cuestión sobre lo que sucede con las otras normas fuera del tratado, que pueden tener una relación con las disposiciones de este. Puede ser el modelo de normas consuetudinarias de alcance general que también puedan ser recogidas en el tratado. Si bien es cierto que una objeción a esta clase de normas puede no significar la responsabilidad internacional por motivos convencionales, si lo será por la violación de una obligación consuetudinaria. Los efectos serán incluso mayores respecto a normas consuetudinarias que son también de *jus cogens*. Evitar situaciones como estas también debe ser considerado por los estados partes de un tratado multilateral.

Finalmente, y en relación con lo anterior, se hará un comentario sobre lo difícil de analizar esta temática desde un enfoque sistémico. Respecto a los efectos de la objeción intermedia en el Estado que realizó la reserva, ¿se verá este obligado a incurrir en responsabilidad internacional respecto a una norma consuetudinaria que ya no se aplicaría en su relación con el objetante, porque este último determinó que en virtud del tratado, esta norma ya no se aplica entre ellos?

Este es sin duda un tema apasionante y puede generar debate a partir de supuestos teóricos, por ello es de felicitar el enfoque práctico y real que el autor le ha dado al trabajo, a partir de ejemplos de uso de esta norma, por parte de los estados.

3. Sugerencias

Se pueden mejorar algunos aspectos formales, en especial las citas. Concretamente, estandarizar la manera de citado y completar los datos de las citas. Finalmente, se sugiere agregar algunos gráficos o diagramas que puedan facilitar a los lectores no iniciados en el tema para entender los supuestos.

4. Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

2011 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 66° periodo de sesiones. Suplemento número 10.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

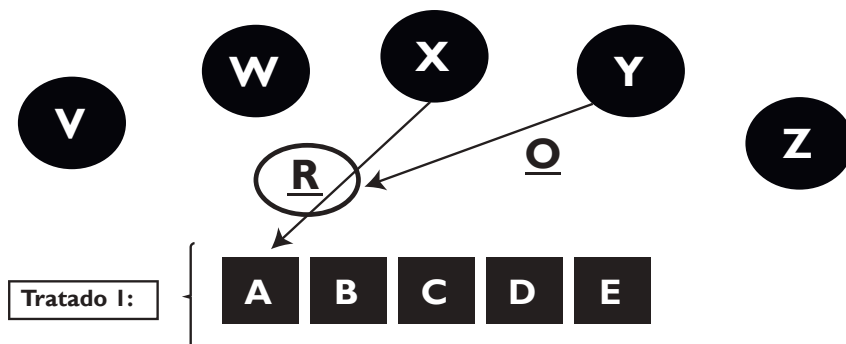
1951 Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Consulta: 9 de octubre del 2013 .
<http://www.icjci.org/docket/index.php?sum=276&code=ppcg&p1=3&p2=4&case=12&k=90&p3=5>

RESPUESTA DEL AUTOR

El presente trabajo tiene como finalidad ampliar y clarificar el contenido del Cuaderno de Trabajo presentado a la Convocatoria del CICAJ 2013, a partir de los valiosos aportes de los profesores Méndez y Saco. En tal sentido, desarrollaré los criterios de validez de las objeciones, sus efectos, la implicancia del principio de buena fe, así como el problema jurídico que conlleva esta práctica.

En virtud del artículo 20.4.b y 21.3 de la Convención de Viena y de la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se desprenden cuatro posibles efectos de las objeciones. Antes de pasar a describir tales efectos, se presenta el siguiente escenario de un tratado multilateral, con el fin de esclarecer los efectos:

Gráfico N°. I



Elaboración propia

En el presente escenario: «V», «W», «Y» y «Z» son estados contratantes de un tratado multilateral cuyas disposiciones son A, B, C, D y E. Por su parte, «X», al momento de manifestar su consentimiento para ser estado parte del tratado, formula una reserva a la disposición A. Enseguida, el Estado «Y» formula una objeción a la mencionada reserva presentada por «X».

En este sentido, pueden surgir los siguientes efectos a partir de la doctrina de la CDI y la Convención de Viena:

Tipo de objeción	Descripción	Tratado entre las partes	Ejemplo
Objeción con efectos <i>máximos</i>	En este escenario el Estado «Y» se manifiesta en contra de la entrada en vigor del tratado en sus relaciones convencionales con el Estado «X». En ese sentido, no habrán relaciones convencionales entre «X» e «Y».	No	Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (1973), Reserva Burundi (2.2 y 6.1). Objeta Italia, Reino Unido e Israel oponiéndose a la entrada en vigor del tratado entre estos y Burundi.
Objeción con efectos <i>mínimos</i>	El Estado «Y» no se manifiesta en contra de la entrada en vigor del tratado en sus relaciones convencionales con «X». En ese sentido, sí habrán relaciones convencionales entre «X» e «Y» y no se aplicará la disposición A del tratado.	Sí	Convención sobre los Privilegios e Inmidades de los Organismos Especializados (1947), Reserva China (Artículo 9º, sección 32). Objeta Países Bajos, sin oponerse a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones <i>inter se</i> .
Objeción con efectos <i>súper máximos</i>	El Estado «Y» no se manifiesta en contra de la entrada en vigor del tratado en sus relaciones convencionales con «X». El Estado «Y» manifiesta que el tratado debe aplicarse con todas sus disposiciones sin excepción. No habrá relaciones convencione, salvo la aquiescencia del Estado «X» o en virtud de otra fuente de derecho.	Sí	Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación en Contra de la Mujer (1979). Qatar reservó disposiciones del tratado en virtud de su derecho nacional. República Checa objetó dicha reserva alegando que esta reserva atenta con el objeto y fin del tratado, y declaró que Qatar no podría verse beneficiado de su reserva en sus relaciones <i>inter se</i> .
Objeción con efectos <i>intermedios o extensivos extensivos</i>	El Estado «Y» no se manifiesta en contra de la entrada en vigor del tratado en sus relaciones convencionales con «X». «Y» considera que existe un vínculo suficiente entre la disposición 'A' y la disposición 'B'. En ese sentido, para «Y», si no se aplica 'A' entonces no se aplicará 'B' en su relación convencional siempre que «X» manifieste su aquiescencia.	Sí	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Túnez reservó el artículo 66º, literal a) de la Convención. Los Estados Unidos de América objetó dicha reserva alegando que el procedimiento de solución de controversias (Artículo 66º) está intrínsecamente relacionado con las disposiciones del artículo 53º y 64º (disposiciones de fondo), al ser el derecho de todo Estado de remitir a la Corte Internacional de Justicia cualquier controversia concerniente a estos artículos. En tal sentido, no habrá relación convencional entre los Estados Unidos de América y Túnez con respecto a los artículos 53º y 64º al no aplicarse el artículo 66º a).

Con miras a abordar el tema de validez de las objeciones con efectos intermedios, es importante señalar que la Comisión ha sostenido en su Directriz 2.6.2 que no existe relación intrínseca entre el derecho de formular una objeción y la validez de la reserva. Es decir, sea la reserva válida o no según las disposiciones del artículo 19° de la Convención, un Estado mantiene el derecho de formular una objeción ante tal reserva, derecho derivado del principio de consensualismo (aceptar o rechazar obligaciones); esta conducta, que no tiene que ser justificada, puede basarse en criterios políticos, por citar un ejemplo. Ante este grado de discrecionalidad, la Comisión estimó por conveniente establecer dos criterios para las objeciones con efectos intermedios.

Como se mencionó en el trabajo, la Convención regula las objeciones en su Parte II, Sección segunda. El régimen de Viena establece la existencia jurídica de las objeciones con efectos máximos (no habrá vínculo convencional – Artículo 20.4.b)) y mínimos (si habrá vínculo convencional – Artículo 21.3). Si bien los mencionados artículos no hacen mención de las objeciones con efectos intermedios o extensivos, la falta de prohibición es un elemento a analizar en este escenario intermedio dentro de las opciones avaladas por la Convención.

Ante la práctica de los estados con respecto a las reservas formuladas a la Convención de Viena, es menester recurrir a las reglas de interpretación que la misma Convención establece y responder a la siguiente pregunta: ¿son las objeciones con efectos intermedios una práctica cuyo sustento se desprende de la Convención? De acuerdo a su artículo 31°, un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. ¿Qué implica la buena fe y el objeto y fin del tratado?

La buena fe en el régimen del Derecho de los tratados es un término complejo de definir, debido a que el análisis de determinadas conductas de los sujetos de Derecho Internacional, con capacidad para pactar tratados, en el marco del Derecho Internacional Público, no pueden ser estudiadas de tal manera, como ocurre con los seres humanos. En ese sentido, se considera que la buena fe en el Derecho de los Tratados implica toda acción del Estado que evite frustrar el objeto y fin del Tratado e incentive el establecimiento de relaciones convencionales. Particularmente, asevera Villiger, donde el tratado deja a los estados cierto grado de discrecionalidad; como ocurre con la práctica, a propósito de las objeciones con efectos intermedios.

Con respecto al criterio del objeto y fin, es importante recordar que el régimen de Viena representa una transición de un sistema de unanimidad¹ un régimen de flexibilidad, en el que se busca establecer el mayor número de relaciones convencionales, siempre que se tomen por válidas las disposiciones del régimen de Viena. La Corte Internacional de Justicia sentó la posición de desestimar el régimen de unanimidad a propósito de las objeciones en la Opinión Consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Bajo este orden de ideas, la práctica de los estados, al realizar objeciones con efectos intermedios, estaría avalada por la disposición del artículo 21.3 al buscar desplegar mayores efectos a este sin llegar al efecto máximo estipulado en el artículo 20.4.b). No es menos

¹ Régimen anterior al de Viena en el que determinados actos con respecto al tratado necesitaban el consentimiento de todas las Partes. En ese sentido, bastaba una objeción para que el Estado que formuló una reserva no sea parte del Tratado o bastaba que un Estado no esté de acuerdo con una enmienda para frustrar su aprobación.

importante destacar el contexto del establecimiento del régimen de Viena en el que existía una clara distinción entre posturas que colisionaban con los intereses de los estados occidentales.

En virtud de la Directriz 3.4.2 de la *Guía de la Práctica* de la Comisión de Derecho Internacional, existen dos criterios para que la objeción con efectos intermedios sean válidas: la existencia de un vínculo suficiente de las disposiciones que se buscan inaplicar con las disposiciones que refiere la reserva y que esta objeción no frustre el objeto y fin del tratado.

Sobre el requisito de existencia de un vínculo suficiente, resulta claro que esta práctica se circunscribe a proteger los intereses de los estados que podrían verse afectados por la inaplicación de disposiciones cuyo balance se sostiene en el cumplimiento de otras disposiciones. Tomando el primer gráfico, el ejemplo es el siguiente: el Estado «Y» aceptó ser parte del tratado, a pesar de su resistencia con la disposición B ya que la disposición «A» tutelaba sus intereses a la luz de la aprobación mayoritaria de aplicar B. El Estado «X», al querer reservar A, atenta contra los intereses del Estado «Y» por lo que este buscará la inaplicación de la disposición B para restablecer el equilibrio de sus intereses.

De esta manera, reservar el artículo 66° de la Convención (relativo a la solución obligatoria de controversias) implicaría una desventaja con respecto a las disposiciones de fondo, cuyo mecanismo de protección es el mencionado artículo 66°. Es por ello que los estados que no se oponen en la entrada en vigor del tratado con el Estado que formuló esta reserva, no aplicarán la parte V de la Convención en algunos casos y, otros, específicamente los artículos 53^a y 64°, en sus relaciones convencionales con tal Estado.

Con respecto al requisito de no frustrar el objeto y fin del tratado, es conocido que, en virtud del artículo 18° de la Convención, ningún estado que haya manifestado su consentimiento de ser parte del tratado puede frustrar el objeto y fin del mismo por lo que este criterio se toma a la luz de la disposición contenida en el artículo 18°. Adicionalmente, carece de sentido aplicar un tratado cuyo objeto y fin se verá deteriorado por la inaplicación de disposiciones directamente vinculadas a este.

Las objeciones con efectos intermedios, a diferencia de las objeciones contempladas explícitamente en el régimen de Viena, necesitan la aquiescencia del Estado que formuló la reserva para desplegar sus efectos. Es por ello que el análisis de la validez de estas objeciones está relacionado con los efectos que puedan desplegar. De esta manera, sumándose a los dos criterios de validez establecidos por la Comisión, en los comentarios a la Directriz 3.4.2 se pregunta si sería factible incluir los criterios de validez del artículo 19^{o2} y la prohibición de hacer referencia contraria a una norma imperativa del derecho internacional general (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 431). Sobre el primer punto, la Comisión comenta que es un supuesto tan hipotético que no merece un comentario aparte, más aún si recordamos que se corroboró en el trabajo que las objeciones con efectos intermedios no son reservas. El segundo punto sí merece análisis a propósito de responder uno de los comentarios realizados a la investigación.

El artículo 53° de la Convención menciona que la norma *jus cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. De esta manera, los estados no pueden pactar en contra de una norma *jus cogens* y, asimismo, «una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un Tratado de

2 Específicamente sobre los apartados a) y b).

una manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general» (Asamblea General de las Naciones Unidas 2011: 517). Una objeción, cuya finalidad es contrarrestar los efectos de una reserva, no podrá hacer referencia a normas cuya fuente no sean disposiciones convencionales, es decir, una objeción no podrá impedir la aplicación de una norma *jus cogens*. De esta forma se pronunció la República Checa con respecto a la reserva formulada por Qatar a la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer (1979)³ (United Nations Treaty Collections).

Con respecto a los efectos de las objeciones bajo estudio, la Comisión establece en su Directriz 4.3.7 que las disposiciones a las que la objeción haga referencia no se aplicarán siempre que el Estado que formuló la reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado; para lo cual tendrá un plazo de 12 meses para manifestar dicha voluntad y en cuya omisión se entenderá por aceptada. Nótese que en este escenario, o se aceptan los efectos de las objeciones o no habrá vínculo convencional. A propósito de los parámetros de validez establecidos por la Comisión, es notorio que la discrecionalidad otorgada al Estado que formula la objeción brinda una oportunidad diáfana de frustrar el establecimiento de un vínculo convencional sin incurrir en violación del principio de buena fe. Esta situación representa el problema jurídico de estas objeciones, pues debilitan el establecimiento de relaciones convencionales, uno de los fundamentos principales de la flexibilidad del régimen de Viena.

Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

2011 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 66° periodo de sesiones. Suplemento número 10.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTIONS

1969 CHAPTER XXIII. LAW OF TREATIES. I. Vienna Convention on the Law of Treaties. Consulta: 24 de octubre de 2013.
https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-I&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en

3 La República Checa aseveró que la reserva de Qatar al Tratado, en virtud de disposiciones de su derecho interno, atentaban contra el objeto y fin del tratado y, asimismo, recordó que el artículo 27° de la Convención es parte del Derecho Consuetudinario que no se podían inaplicar las disposiciones que afectan el objeto y fin del Convenio.

SOBRE LOS AUTORES

Gilberto Mendoza del Maestro

Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y profesor del Departamento Académico de Derecho de misma universidad. Es especialista en temas civiles, registrales y constitucionales. Ha realizado cortas estancias de investigación como investigador visitante en el Instituto Max Planck – Institute für ausländisches und internationales Privatrecht en Hamburgo y en la Universidad de Hamburgo. Actualmente es abogado de la Gerencia Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y director de la Revista Electrónica de Derecho Registral y Notarial.

Jesús Córdova Schaefer

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en Derecho de la Empresa en la misma universidad. Ha sido director ejecutivo de la Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, ha desempeñado funciones en la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Presidencia del Consejo de Ministros y ha sido analista legal del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Asimismo, es autor de diversas publicaciones y ponente en eventos académicos.

Daniel Chancafe Rosas

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido asistente de docencia de los cursos de *Teoría General del Proceso y Sistema de Justicia y Fundamentos Constitucionales del Proceso* en la Facultad de Derecho de la PUCP, así como del *Seminario de Negociación y Conciliación* en la Facultad de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Hugo Forno Odría

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente de docencia en el curso de Contratos en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Ha sido miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil THEMIS y miembro de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE). Asimismo, ha sido finalista en la Competencia Internacional de Arbitraje junto al equipo de la PUCP, finalista del MOOT Lima y ganador de la décimo primera Contienda de Ética «Abogados al Banquillo». Actualmente es asistente legal en el estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

Paul Nina Nina

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios en Economía en la Facultad de Ciencias Sociales de la misma universidad y en Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin - Madison. Ha sido becario de la Dirección Académica de Relaciones Institucionales de la PUCP para realizar estudios universitarios en la Universidad de Wisconsin – Madison. Actualmente se desempeña como asesor tributario con énfasis en procedimientos tributarios.

Alfredo Maraví Contreras

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia por la misma universidad. Ha estudiado en el Summer Programme on International Intellectual Property (University of Bern and The Chinese University of Hong Kong - Hong Kong /China) y en el Summer Academy on International Trade and Investment Law and Policy (World Trade Institute, University of Bern –Berna/Suiza). Asimismo, se ha desempeñado como abogado, docente, investigador, asesor y gestor en el área del Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia. Actualmente se desempeña como Especialista Legal en la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi

Javier André Murillo Chávez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la misma universidad. Es adjunto de docencia de los cursos *Derecho Mercantil I*, *Derechos de Autor* y *Derecho de la Competencia 2* en la Facultad de Derecho de la PUCP, y exdirector de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico. Asimismo, ha trabajado en el área de Derecho de Propiedad Industrial en Clarke, Modet & C° Perú y Barreda Moller. Es autor del libro *La protección jurídica de las expresiones del folklore* (Lima 2015) y de numerosos artículos de Derecho en diversas revistas académicas nacionales e internacionales.

Miguel F. Canessa Montejo

Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor en maestrías de la PUCP, así como conferencista, investigador y consultor internacional. Ha publicado libros en el país y en el extranjero, destacando *La protección internacional de los derechos humanos laborales* (Madrid 2008), *El sistema interamericano de derechos humanos y la protección de los derechos humanos laborales* (Lima 2014).

Renato Constantino Caycho

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudiante de la maestría en Derechos Humanos en la misma universidad. Es investigador en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP), jefe de práctica del curso de *Ciudadanía y Responsabilidad* en la Facultad de Estudios Generales Letras y adjunto de docencia del curso de *Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos* en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asimismo, es miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP (GRIDIS) y miembro de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Saulo Galicia Vidal

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y adjunto de docencia de los cursos *Instituciones del Derecho Privado 2* y *Seminario de Integración en Derecho Laboral* en la

Facultad de Derecho de la misma universidad. Es fundador y director del Grupo de Estudios de la Organización Social y el Empleo de la PUCP (GEOSE). Asimismo, es exconsultor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y diversas instituciones públicas (Produce y EsSalud). Es tutor de investigaciones en temas de Derecho del Trabajo y Discapacidad.

Víctorhugo Montoya Chávez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca. Asimismo, cuenta con especializaciones en el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos y en el Institut International des Droits de l'Homme; y ha sido *visiting scholar* en la Boston University. Actualmente, es profesor de la PUCP y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, así como consultor del Ministerio de Economía y Finanzas.

Renée Villagra Cayamana

Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y magíster en Tributación por la University of Florida. Ha sido miembro de la Comisión encargada de evaluar la conveniencia de celebrar convenios para evitar la *doble imposición* internacional en el Perú; formó parte del equipo negociador de los convenios para evitar la doble imposición celebrados con Chile y Canadá, en representación del Ministerio de Economía y Finanzas; ha sido funcionaria de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT); y, actualmente, es abogada asociada del Estudio Zuzunaga, Assereto & Zegarra Abogados. Asimismo, es autora de diversas investigaciones y artículos publicados en el Perú, España, Panamá, Venezuela y Holanda; así como ponente en diversos foros mundiales de tributación internacional, como el foro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) en París y en México, y el foro de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra.

José Arrieta Caro

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y alumno de la Maestría en Derecho Penal de la misma universidad. Becario de la Comisión Fulbright (2015-2016) y ganador de la beca Aristóteles entregada por la Escuela de Posgrado de la PUCP (2015-2016). Actualmente se desempeña como abogado del Centro de Información Abierta Liber y del Estudio Pereira & Asociados. Ha sido asistente y adjunto de docencia del curso de *Derecho Penal 2* en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de la misma universidad. Es investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP) y adjunto de docencia del curso *Criminología y de Instituciones del Derecho Sancionador* en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asimismo, es miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP (GRIDIS) y del Grupo de Investigación de Derecho Penal y Corrupción de la PUCP (DEPC).

Pamela Morales Nakandakari

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y adjunta de docencia de los cursos *Introducción al Derecho Sancionador* y *Comunicación Jurídica Eficaz* en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Asimismo, ha sido miembro del equipo ganador en la VII Competencia de Arbitraje Internacional - MOOT Madrid 2015, organizada por la Universidad Carlos III de Madrid y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

José Manuel Pacheco Castillo

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la misma universidad. Ha sido presidente de la Asociación Civil *Ius Inter Gentes* (2012-2013), asociación de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho PUCP. Asimismo, ha sido asistente legal en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cuenta con investigaciones en Derecho Internacional Público.

