

REVISTA
QUAESTIO IURIS
Nº 6

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



Universidad Nacional
de Cajamarca



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

REVISTA

QUAESTIO IURIS

AÑO V - N° 6 - 2018

Director:

Jorge Luis Salazar Soplapuco

Comité Editorial:

- > María Isabel Pimentel Tello
- > Julio Alejandro Villanueva Pastor
- > Sandra Verónica Manrique Urteaga
- > Nixon Javier Castillo Montoya

GRILEY



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza
Rector

Dr. Ángel Dávila Rojas
Vicerrector Académico

Dr. Juan Chávez Rabanal
Vicerrector de Investigación y Responsabilidad Social

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Decano

Mg. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho

Dr. José Pedro Cerdán Urbina
Director del Departamento Académico de Derecho

Mg. Abg. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Directora de Unidad de Posgrado Derecho

Dra. María Ysabel Pimentel Tello
Directora del Instituto de Investigación Jurídicas y Políticas, IIJUP

Abg. Juan Carlos Miranda Rodríguez
Secretario Académico

© 2018, Revista QUAESTIO IURIS • N° 6

© 2018, Universidad Nacional de Cajamarca

© 2018, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa N° 1050 - Edificio 4 f - 102
Ciudad Universitaria - Cajamarca - Perú
Telefax: 076-369293
e-mail: jorgeluisalazar@hotmail.com

© 2018, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Diseño y diagramación e impresión:

Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Dirección: Jr. Azángaro 1075 - Of. 207 - Lima
T: (51-1) 337-5252
e-mail: elay_grijley@hotmail.com

**Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2016-12693**

Tiraje 1,000 ejemplares

® **DERECHOS RESERVADOS**

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio,
sin autorización del director de la revista o sus autores.

Cajamarca - Perú

DOCENTES PRINCIPALES

Castillo Román, José
Cerdán Urbina, Pedro José
Nacarino Carrión, Julio

Salazar Soplapuco, Jorge Luis
Villanueva Pastor, Julio Alejandro

DOCENTES ASOCIADOS

Castillo Montoya, Nixon
Grández Odiaga, José
Manrique Urteaga, Sandra
Miranda Rodríguez, Juan Carlos

Nue Sessarego, Ivy
Tantaleán Odar, Reynaldo
Vásquez Chuquilín, Mirtha

DOCENTES AUXILIARES

Araujo Vera, José
Álvarez Alvarado, Segundo Absalón

DOCENTES CONTRATADOS

Castañeda Sanchez, Magaly
Coronel, Adolfo
Chavez Rosero, Fernando
Gutiérrez Roque, Walter
Lopez Nuñez, José Luis
Medina, María Anita
Pimentel Tello, María Isabel
Quispe Sanchez, Nepalí

Rubio Barboza, Eduar
Ruiz Bazan, Edgar
Tello Villanueva, Juan Carlos
Teresa Bazan, Teresa
Salazar Chavez, Homero
Valdivia Díaz, Franklin
Ventura Chilon, Andy
Villar Narro, Víctor Andrés

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Melgar Alva, Maruja
Secretaria de Facultad

Isabel Arias Silva
Secretaria de Notas y Registros

Carmela Ramírez Herrera
Secretaria de Escuela Académica Profesional

CPC Rosa Elisabeth Chico Huamán
Asistente Administrativo

SERVICIOS DE BIBLIOTECA

Lic. Kathya Mantilla Moreno
Analí Bravo Ayay

PERSONAL DE MANTENIMIENTO

Moya Linares, Julio

Índice

Presentación	13
Editorial	15

Derecho Constitucional

Derechos fundamentales y garantías Fundamental rights and guarantees FERRAJOLI, Luigi	19
Constitucionalización de la filiación: De la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva Constitutionalization of filiation: The biological paternity to fatherhood socio affective MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica	29
Jurisdicción culturalista ¿Cuestión de sangre o cuestión de vino? Culturalist jurisdiction. Blood issue or wine issue? LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis	43
Perspectiva constitucional y mecanismos de protección de los derechos fundamentales de información; intimidad personal y familiar en el sistema jurídico peruano Constitutional perspective and protection mechanisms of the fundamental rights of information; personal and familiar intimacy in the peruvian juridical system ROJAS TORRES, Luis Ángel	61

El derecho de defensa como mecanismo de interdicción a la indefensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano The right of defence as a mechanism of ban to the helplessness in the peruvian constitutional court TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel.....	75
Constitución y derechos del consumidor Constitution and the rights of the consumer SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis.....	89
Derecho Civil, Procesal Civil	
¿Es adecuado declarar la improcedencia de la asignación anticipada en los procesos de aumento de alimentos? Is it appropriate to declare the improcedence of early allocation in food increase processes? RUIZ BAZÁN, Edgar	123
Los costos de información en los pagos anticipados y cancelaciones de tarjetas de crédito Information on the anticipated payments costs and cancellation of credit card CHÁVEZ ROSERO, Fernando Augusto	135
Lineamientos para conocer la utilidad y la seguridad de los contratos electrónicos vía web Guidelines for the utility and safety of electronic contracts via web MERCADO PORTA, Marco Antonio	179
Apuntes sobre la responsabilidad civil médica en el Perú Notes on liability medical in Peru COLORADO HUAMÁN, William	193

Función económica del derecho procesal y los medios probatorios en el proceso civil: Desde el razonamiento del análisis económico del Derecho Economic function of procedural law and the evidence in the civil process: From the reasoning of the economic analysis of law DE LA CRUZ CHALÁN, J. Abelardo	215
--	-----

Derecho Arbitral

Propuesta para el uso exclusivo del arbitraje institucional en la Contratación Pública en el Perú Proposal for the exclusive use of institutional arbitration in the public procurement in Perú ROMERO MENDOZA, Joel	241
--	-----

Derecho Laboral y Procesal Laboral

La funcionalidad de las presunciones legales y el estándar de prueba en el proceso laboral peruano The functionality of the legal presumptions and the standard of proof in the peruvian labor process CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier	257
Propuestas para hacer eficientes las medidas cautelares en el proceso laboral Proposals to make the precautionary measures efficient in the labor process VALDIVIA DÍAZ, Franklim.....	281

Derecho Penal y Procesal Penal

Responsabilidad penal del adolescente y la posición de la víctima en el nuevo código de responsabilidad penal del adolescente y su reglamento Liability criminal of the teenager and the position of the victim in the new code of responsibility criminal adolescents and its regulation PIMENTEL TELLO, María Isabel.....	295
---	-----

El embargo en el proceso penal Un extraño necesario dentro proceso penal The however in the criminal proceedings necessary stranger within criminal proceedings AMAYA VALDERRAMA, María Jesús	313
Lesiones por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Código Penal Injuries for violence against women and members of the family group in the criminal code MUÑOZ OYARCE, Bruce Eugenio	327
La ejecución provisional de las penas privativas de libertad suspendida The provisional execution of the privative penalties of suspended freedom CHACÓN NÚÑEZ, Edwin Sergio	341
Distinción entre prueba ilícita y prueba irregular Distinction between irregular test and illicit VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander	353

Presentación

La Universidad Nacional de Cajamarca UNC, luego de obtener su Licenciamiento institucional por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria SUNEDU, ha entrado a la fase de acreditación, que se inicia con el proceso de autoevaluación.

En este esfuerzo se encuentran todas las carreras de la UNC, se evaluará, entre otros aspectos, las capacidades, actividades e iniciativas investigativas y de publicación. Pues ello es muy importante para evaluar el logro de las finalidades universitarias, tal como lo establece la Ley Universitaria, Ley N.º 30220 y nuestro propio Estatuto y Reglamento General de la UNC.

En ese sentido, expresamos nuestro reconocimiento y satisfacción que una de las importantes Facultades con que cuenta la UNC está permanentemente realizando actividades de investigación y publicación. La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con la presente Revista y otras que sus estudiantes y docentes publican, viene demostrando el interés y esfuerzo de la comunidad universitaria unecina por cumplir sus objetivos formativos, de investigación y responsabilidad social.

Este Rectorado expresa su felicitación a las autoridades, docentes, estudiantes y personal administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad, por este resultado, y en particular por la edición y publicación del Número 6 de *Quaestio Iuris*.

Reiteramos nuestro compromiso de trabajar arduamente por promover la investigación universitaria y, en general, el mejoramiento de los estándares de calidad en la formación científica, democrática y humanística de toda la comunidad universitaria unecina.

Cajamarca, Perú, noviembre 2018.

Dr. Angelmiro Montoya Mestanza

Rector

Editorial

La Universidad Nacional de Cajamarca UNC, obtuvo su Licenciamiento como lo establece la Ley Universitaria vigente Ley N.º 30220. Este licenciamiento se logró en base al esfuerzo de la comunidad universitaria unecina: estudiantes, docentes, autoridades, egresados y personal administrativo. También es el resultado del esfuerzo investigativo, de publicación y difusión del conocimiento y la cultura que realiza la Universidad.

En ese esfuerzo, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas ha cumplido un rol fundamental. No solo con sus avances en el desarrollo académico, en el mejoramiento de su infraestructura, en la realización permanente de eventos académicos y culturales. Sobre todo, en su actividad constante de investigación y publicación en el campo de las ciencias jurídicas y políticas.

Este esfuerzo investigativo y de publicación se expresa en la edición y publicación de esta Revista *Quaestio Iuris*, además de la actividad que realizan las asociaciones y círculos de estudiantes que publicitan periódicos, revistas y boletines, tales como *Ley & Orden*, *Juventus Iuris*, *Boletín de Derecho Empresarial*, entre otros. Tarea en donde se conjugan el esfuerzo de todos los que participamos en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Quaestio Iuris N.º 6 comprende investigaciones en las diferentes áreas del Derecho: en el Derecho Constitucional, Derecho Civil y Procesal Civil, en el Derecho Laboral y del Derecho Penal y Procesal Penal, realizadas por los docentes de la Facultad. Es remarcable que la mayoría de

artículos que se publican en este número, expresan un enfoque crítico y reflexivo sobre importantes conceptos e instituciones jurídicas.

Asimismo, publicamos una remembranza de la ponencia del Dr. Luigi Ferrajoli durante la III Convención Mundial de Derechos Fundamentales y Garantías que la Facultad, conjuntamente con la Asociación *Essentia Iuris* y el Colegio de Abogados de Cajamarca., realizó en octubre del presente año.

En este momento fundamental para la Universidad pública, y en especial para la UNC, reafirmamos el compromiso por mejorar la investigación y publicación de sus resultados, más aun cuando el proceso de acreditación de las diferentes carreras universitarias se ha iniciado. Afirmamos que, como parte de este proceso, trabajaremos decididamente por indizar a *Quaestio Iuris*, con el esfuerzo de todos, estamos seguros que lo lograremos.

Agradecemos a todos los que colaboraron en la presente edición de *Quaestio Iuris* N.º 6. Nuestro reconocimiento a la Alta Dirección de la UNC, por su respaldo y apoyo financiero para la publicación y difusión de esta Revista.

Cajamarca, República del Perú, Noviembre 2018

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Director

Derecho Constitucional



Derechos fundamentales y garantías^(*)

Fundamental rights and guarantees

FERRAJOLI, Luigi^(**)

(*) **Nota de edición:** El presente artículo es la transcripción de la ponencia del distinguido jurista y maestro italiano, Dr. Luigi Ferrajoli, que expuso en la III Convención Mundial de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales realizado en la ciudad de Cajamarca, Perú, los 25 y 26 de octubre del presente año 2018, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Centro de Investigación Jurídica Essentia Iuris y auspiciado por el Colegio de Abogados de Cajamarca, Estudio Jurídico Chávez Rosero & Asociados y Estudio Jurídico López & Velásquez Asociados. Hemos agregado un resumen, así como el sumario y subtítulos para guardar los estándares de la Revista y facilitar la lectura y el análisis de la trascendente ponencia.

(**) Luigi Ferrajoli, Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940, es uno de los principales teóricos del garantismo del Derecho Penal, teoría que desarrolló sobre todo los ámbitos de Derecho, especialmente aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales, la democracia y el Estado. En 1969 obtiene la habilitación en Filosofía del Derecho con el trabajo Teoría Axiomatizada del Derecho. Parte general. De 1970 a 2003 fue profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Università degli Studi di Camerino, donde fue Director del Instituto de Estudios Histórico-Jurídicos, Filosóficos y Políticos, y Decano de la Facultad de Jurisprudencia. A partir de 2003 enseña en la Universidad de Roma, de la que actualmente es profesor emérito de Filosofía del Derecho. Luigi Ferrajoli se ha desempeñado como juez y filósofo entre 1990 y 1995. Es autor de numerosas publicaciones tales como: Democracia autoritaria y capitalismo duro, escrito junto a Danilo Zolo, Derecho y Razón; Teoría del garantismo penal; Derechos y Garantías. La ley del más débil; Epistemología y Garantismo; Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia; La Democracia a través de los Derechos; El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político; Los derechos y sus garantías. El Dr. Luigi Ferrajoli ha sido reconocido como Doctor Honoris Causa por importantes Universidades del mundo, tales como Universidad Autónoma de Madrid, España, Universidad de Barcelona, España, Universidad Castilla la Mancha, España; Universidad de Buenos Aires, Argentina; Universidad Nacional de la Plata, Argentina; Uni-

SUMARIO: I. Introducción. II. Democracia formal y sustancial y garantías. III. Dimensiones de la democracia y garantismo. IV. Democracia formal y validez. V. Crisis de la democracia. VI. Futuro de la democracia y del constitucionalismo.

Resumen: El maestro Ferrajoli con esta ponencia resalta el surgimiento y contenido del garantismo desde el Derecho Penal hacia los Derechos Fundamentales. Asimismo hace hincapié de las dimensiones de la democracia y el garantismo, especialmente de la dimensión social y su relación con los derechos sociales y sus garantías. Asimismo hace constancia de la crisis de la democracia, sus riesgos frente a las crisis planetarias y los riesgos del descontrol de los poderes fácticos. Finalmente identifica los rasgos del futuro de las democracias, de los derechos fundamentales y del constitucionalismo.

Palabras clave: Garantías, derechos fundamentales, democracia, derechos sociales, constitucionalismo.

Abstract: *The Ferrajoli master with this paper highlights the emergence and contents of the do from the criminal law towards fundamental rights. It also emphasizes the dimensions of democracy and the do, especially the social dimension and its relation with social rights and their guarantees. It is also proof of the crisis of democracy, its planetary crises and risks from the lack of control of the powers that be. Finally identifies the features of the future of democracy, fundamental rights and constitutionalism.*

Key words: *guarantees, fundamental rights, democracy, social rights and constitutionalism.*

I. Introducción

Buenas tardes, reciban mi afectuoso saludo y agradecimiento por su invitación, por su acogimiento y su asistencia a este evento, al cual asisto con placer, más aún después de escuchar tantas importantes ponencias sobre Derechos Fundamentales y Garantías.

versidad Nacional de Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina; Universidad de Cuyo, Argentina, Universidad del Litoral, Argentina, Universidad de Chile, Universidad de Valparaíso, Chile, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Universidad de Guayaquil, Ecuador, Universidad Libre de Bogotá, Colombia; Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. entre otras.

El Garantismo es hoy una cuestión fundamental del Derecho, se trata de un término que yo mismo dilucido vital, que ha nacido en el tenor del Derecho Penal y, sin embargo, tiene la capacidad de ser una clave de lectura de la efectividad de todos los Derechos, lectura que trae consigo la construcción de los límites ínsitos a los poderes jurídicos y a los poderes privados.

Esta es la razón principal del enfrentamiento del poder y las garantías. Para la estructuración de la teoría del Garantismo, debe estudiarse la influencia que sus componentes tienen en aquella primigenia relación de enfrentamiento entre el ejercicio legítimo del poder y las garantías vistas como el componente objetivo de dicha estructura. Sobre esta discusión se han esbozado ya diversos argumentos que explican la autonomía de los poderes respecto de las garantías y de la influencia de éstas en el ejercicio de los primeros, por tratarse de límites ínsitos, pues tutelan la garantía de los derechos fundamentales, que parten por los intereses propiamente que se oponen a estos límites.

II. Democracia formal y sustancial y garantías

Debemos leer la realidad del Derecho existente con el punto de vista de la Constitución y sus garantías, proveer no solo su legitimación, sino también su deslegitimación. El Constitucionalismo de la posguerra en Italia, en Alemania, en España y, también en América Latina, ha transformado la idea misma de democracia, primero en el sentido común, según su significado etimológico, pero también en base a las teorías dominantes; como la del maestro Norberto Bobbio, Sartori, entendida ésta -la democracia- como un método de la producción de las decisiones legislativas, de las decisiones políticas, solo privilegiando la forma, el don, es decir la procedencia de garantizar las representatividad de la voluntad popular; pues bien, esta noción de democracia es obviamente necesaria, remarco es una dimensión necesaria. Sin embargo, no es suficiente, pues para explicar la naturaleza de la democracia constitucional moderna no basta una dimensión formal sino también una sustancial. Las Constituciones han establecido límites y vínculos a todos

los poderes, lo mismo que han diseñado lo que es llamado la esfera de lo no decidido, lo que ninguna mayoría puede decidir o no decidir.

Es decir, ninguna mayoría puede limitar o reprimir los derechos fundamentales, los derechos de libertad. Ninguna mayoría puede no satisfacer los derechos sociales, a la salud, a la educación, contraviniendo el ideal común de la ideología liberal, pues son las más importantes inversiones económicamente productivas; los países más ricos que existen en Europa del norte, hasta la misma Italia, Alemania, que después de la Segunda Guerra Mundial fueron debilitados, relativamente heridos; se constituye en la causa de la garantía de los derechos sociales, pues estos derechos no son o no deben ser entendidos como un lujo para los países pobres, son la primera inversión de los países pobres sin la garantía de los derechos sociales son también condiciones de desarrollo económico.

Pues bien, las constituciones rígidas posguerra, también la peruana, han cambiado las condiciones de validez de las leyes, pues no se trata solamente del respeto de las formas, del procedimientos, sino también el respeto de la sustancia; es decir, de los derechos fundamentales que imponen la no contradicción de parte de la ley y la actuación por parte de la legislación de los derechos fundamentales.

III. Dimensiones de la democracia y garantismo

Contrariamente a la idea certificada de la democracia formal, política, hoy la democracia es un sistema político muy complejo, que tiene cuatro dimensiones, correspondiente a otros tantos tipos de derechos fundamentales, la dimensión política y la civil, aseguradas por la garantía de los derechos políticos y los derechos civiles; los derechos políticos en la esfera del Estado, la esfera pública, los derechos civiles en la esfera del mercado, que son derechos y poderes, su efectividad y su ejercicio tiene un gran nivel en la realidad de las fuentes, subordinado a la Ley y a la Constitución. Otras dimensiones de la democracia, es decir, la dimensión liberal, la dimensión social garantizada por los derechos de libertad y los derechos sociales, se explica, se manifiesta, se realiza a través del Garantismo.

Garantía es un término que proviene del Derecho Romano, relativa a los derechos patrimoniales, pero actualmente se entiende sobretodo como las garantías de los derechos fundamentales; existe una diferencia estructural entre la idea de los derechos patrimoniales y los fundamentales, mientras que la garantía de los derechos patrimoniales se producen simultáneamente los derechos civiles, el débito simultáneamente al crédito, la prohibición de lesionar la propiedad privada simultáneamente al derecho de propiedad; los derechos fundamentales requieren todos leyes de actuación que introduzcan las garantías.

No es suficiente establecer el derecho social a la salud, sino que ello impone la introducción de leyes de actuación que obliga a la esfera pública a prestar la asistencia sanitaria gratuita, universal; lo mismo se puede decir para el derecho a la educación; el derecho mismo a la vida que sería declarativo sin la garantía de la prohibición del homicidio o sin la garantía de la prohibición de la pena de muerte.

Todos los derechos fundamentales requieren garantías, lo que se encuentra relacionado a la conformación de una política de garantías; los derechos fundamentales tomados en serio, requieren la introducción de garantías por parte de la política, creo que se ha producido una verdadera revolución institucional con el constitucionalismo garantista; antes la ley era la fuente suprema, y no era sometida a ninguna otra ley, era la última y perfecta forma de gobierno de los hombres en contradicción con el principio del gobierno, lo que ha producido el suicidio de la democracia, el fascismo, el nazismo han tomado el poder con medios legales, a través de acciones, y han destruido la democracia, a través de formas legales, con una ley ordinaria, sin rigidez; la gran invención de la posguerra ha sido la rigidez constitucional, con lo cual la política ha sido sometida a estos pactos de convivencia que conforman las constituciones y los derechos fundamentales, hoy estamos en presencia de una crisis que está dirigida al pueblo que continúa con esta conducta, quitando las bases institucionales al Estado de Derecho Constitucional.

Lidera mucha ideología populista, no casualmente de acuerdo con la ideología liberal, la esencia de límites y obligaciones de los poderes

políticos por un lado y de los poderes económicos y financieros por otra parte. Lideran otra vez que los poderes políticos son legitimados únicamente en el voto popular, los poderes económicos que son a través de una identificación conceptual con libertad, mientras que existe una diferencia estructural entre libertades de autonomía civil que son derechos que producen efectos en la esfera pública, en la esfera de los ciudadanos que deben ser sometidos a la ley. Estas dos ideologías están amenazando las estructuras del Estado de Derecho.

IV. Democracia formal y validez

Existe también en el plano de la teoría del derecho algunos principios contra el paradigma de la democracia constitucional; eso en particular, el teórico del Derecho más importante, Hans Kelsen o mi maestro Norberto Bobbio, la idea de que la validez es idéntica con la existencia, que la democracia es solamente un método formal de producción normativa, que sin obligaciones y, este es Kelsen específicamente, que sin sanciones, no existe el Derecho, yo creo que esta es una tesis, en la cual Kelsen se ve en contraste con sí mismo, Kelsen contra Kelsen; debemos a Kelsen la teoría de la estructura, de los grados en el ordenamiento, la invención del juicio de constitucionalidad; sin embargo ha postulado también esta idea según la cual sin sanciones, sin las obligaciones correspondientes, no existe el derecho, con efecto sobre los derechos fundamentales en la idea de que sin legislación de actuación no serían derechos, se trata de una tesis antipositivista expresada paradójicamente por el máximo exponente del positivismo jurídico, es una tesis que contrasta con el principio penal de que es derecho todo lo que es producido por fuentes legitimadas. Tesis que contradice la jerarquía de las fuentes, sobre la base de esta tesis el legislador tiene el poder de no aplicar la Constitución, de no introducir dentro de la legislación las correspondientes garantías.

Existe también otra orientación teórica, la formulación del realismo, del cual hablaré muy someramente, es decir el realismo jurídico,

que se manifiesta en la tesis de que el derecho es lo que se produce por las fuerzas del legislador, que produce mi comprensión de la normatividad de las constituciones, que impone el deber y el derecho también criticando las antinomias y las lagunas, es decir la violación del derecho mismo la violación de los derechos fundamentales, en otra propuesta el realismo político, no hay alternativa a los que se pasa, yo creo que el garantismo, respecto a las dos ideologías, la ideología populista y la liberal, orto liberal, de la falta de límites a los poderes del Estado, a los poderes políticos y, por otra parte, a los poderes económicos.

V. Crisis de la democracia

Frente a los lineamientos de carácter realista, sin garantías no existen derechos, debemos leer la parte de las garantías con diligencia, debemos leer la violación u omisión de la actuación con antinomias y lagunas, como vicio, esta es la tarea más importante hoy de la ciencia jurídica, debemos ser conscientes que hoy existe una crisis en la democracia constitucional que se manifiesta en muchas dimensiones; en este congreso la gente ha hablado de la violencia contra las mujeres, de la violación de los derechos fundamentales de libertad, de la violación de los derechos sociales, del crecimiento de la pobreza, de la falta de garantías en materia penal, en particular esta paradoja absurda de ver a la prisión preventiva como instrumento de punibilidad en contradicción con la presunción de inocencia; sin embargo existe también otro peligro conectado al hecho de que, después que se ha perfeccionado el modelo de la democracia constitucional, con los límites y obligaciones a los poderes del Estado, éste ha dejado de ser el lugar exclusivo del poder, la propia legislación se manifiesta ahora como el poder sin garantías, sin esfera pública, yo creo que el futuro de la democracia incrementado a este desarrollo del constitucionalismo de garantías, existe una expresión Estado de Derecho en que es sintomática la idea de que los poderes del Estado deben ser sometidos al derecho y no los poderes del mercado que son poderes legítimos, sin embargo, deben ser sometidos a la ley ordinaria y a la norma constitucional.

VI. Futuro de la democracia y del constitucionalismo

El futuro de la democracia y del constitucionalismo, es más, la supervivencia misma de la humanidad, del planeta, contra el desarrollo de poderes salvajes, sin límites, a nivel grupal que producen el debilitamiento del medio ambiente, el peligro de destrucción nuclear, contra esos peligros la sola respuesta racional es el límite, el vínculo, contra todos los poderes, puede parecer un utopía, pero la verdadera utopía es la idea que la realidad no puede restar la manera como es sin producir catástrofes, la verdadera utopía es que los poderes del mercado y de la política, los poderes domésticos, el del más fuerte, pueda prevalecer por la falta de límites, el futuro de la democracia, de la paz, hoy aportan más que nunca al Derecho, esto es una novedad; en el pasado, la ciencia política era una ciencia conservadora, la jurisdicción era un poder conservador; hoy se ha producido una inversión, la política es impermeable, la asimetría del carácter global de la economía, el carácter local de la política; la jurisdicción constitucional y ordinaria es el lugar de la configuración de los derechos, muy débil por la falta de garantías, hoy se ha producido esta función progresiva y democrática del derecho, los jueces y los juristas transformar la función de la constitución, siempre la cultura jurídica se ha opuesto, e infortunadamente los referéndums que han sido celebrados han confirmado la Constitución en estos términos.

La Ciencia Jurídica puede ser el lugar de la defensa de los derechos, el lugar del progreso, esto confiere un sentido nuevo a nuestra materia, un sentido revolucionario, transformador, igualdad, dignidad de la persona, son principios violados masivamente a nivel mundial, las ocho personas más ricas del mundo tienen la misma riqueza que la mitad de la población mundial, esto es una locura intolerable, la actuación de las garantías es hoy la lucha por el Derecho y la lucha por los derechos es hoy la cosa más pertinente y relevante para la ciencia jurídica y los juristas, lo que hace de nuestro trabajo importante en un sentido civil, no solamente científico, la ciencia política no debe limitarse a describir los derechos, debe también criticar, proyectar nuevas garantías, tomando en serio estos pactos, debemos saber que siempre habrá un margen de ineffectividad, jamás habrá un constitucionalismo perfecto con una per-

fecta actuación de los derechos; sin embargo, la lucha por los derechos consiste, sobretodo en la crítica de su violación, en el cumplimiento de las promesas, este es un papel preponderante de la ciencia política y sobretodo de la ciencia jurídica, su rol actual radica en la capacidad de comprometer a los juristas de todo el mundo, porque sus implicancias son globales, se trata de una novedad en el mundo por la primera vez que existe un interés de la humanidad, un interés público que no es solamente el interés nacional, del Perú, de Italia, de Europa, sino que es un interés de todos, todos estamos interesados en la paz que requiere igualdad, la garantía de los derechos fundamentales para todos que produce la posibilidad de una lucha global por los derechos, de una ciencia política conectada a nivel internacional, el Constitucionalismo hoy puede dividir la teoría, la concepción compartida por todos los países organizados, del derecho, la política y la democracia.

Constitucionalización de la filiación: De la paternidad biológica a la paternidad socio afectiva

Constitutionalization of filiation: The biological paternity to fatherhood socio affective

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Paternidad biológica y Paternidad socio afectiva.- Implicancias en el derecho a la identidad. III. Criterio judiciales adoptados. IV Análisis y Discusión. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: El establecer la paternidad/maternidad de una persona, importa garantizar su derecho a la identidad, el mismo que es un derecho fundamental cuyo contenido no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático),

(*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Docente Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC y Directora de la Unidad de Posgrado de la referida Facultad. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. Doctoranda de Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. savemanu@hotmail.com.

sino sobre todo en que se respete ese espacio de nuestro vivir, cargado de experiencias, afectos, pertenencia a un grupo familiar, que conforman los atributos de la personalidad; nos referimos al aspecto dinámico del derecho a la identidad. Desde que la prueba de ADN alcanzó aplicación, se convirtió en el fundamento último e irrefutable respecto a la filiación de una persona, una especie de verdad absoluta frente a la cual sucumbía cualquier argumento; sin embargo, actualmente no podemos decir lo mismo; pues, existen supuestos en los cuales, aun cuando la prueba de ADN haya arrojado una determinada realidad biológica, este dato no ha sido determinante para que la judicatura resuelva en coherencia con el mismo; y ello por razones totalmente justificadas y acordes con el derecho a la identidad dinámica del menor y su interés superior; en suma gracias al proceso de constitucionalización del Derecho de Familia.

Palabras Clave: *Identidad estática, dinámica, prueba de ADN, filiación biológica, socio afectividad.*

Abstract: *The establishment of paternity / maternity of a person, it is important to guarantee their right to identity, which is a fundamental right whose content is not exhausted in knowing the true biological origin based on a genetic data (static aspect), but above all in that that space of our life is respected, full of experiences, affections, belonging to a family group, that make up the attributes of the personality; we refer to the dynamic aspect of the right to identity. Since the DNA test became applicable, it became the ultimate and irrefutable foundation regarding the filiation of a person, a kind of absolute truth against which any argument succumbed; however, at the moment we can not say the same thing; then, there are assumptions in which, even when the DNA test has thrown a certain biological reality, this data has not been decisive for the judiciary to resolve in coherence with it; and this for reasons that are fully justified and in accordance with the right to the child's dynamic identity and its best interests; in sum thanks to the process of constitutionalization of Family Law.*

I. Introducción

Uno de los conflictos más álgidos que se presenta en el Derecho de Familia, es el de la determinación de la filiación, sea esta matrimonial o extramatrimonial. A lo largo de la codificación civil la investigación y

determinación de la filiación ha tenido marcados momentos; así, inicialmente se apoyaba en una serie de presunciones y la casi nula permisión a la libre investigación de la filiación; en un segundo momento, con la inclusión de la prueba científica del ADN en el Código Civil, las presunciones perdieron importancia, siendo desplazadas de manera absoluta por esta prueba, pero aún con una permisión restrictiva a la investigación de la paternidad, sobre todo la matrimonial; en un tercer momento, en base a la prueba de ADN se permitió de manera irrestricta la investigación y establecimiento de cualquier tipo de paternidad, bajo la justificación de que el niño tiene derecho a conocer su verdadero origen biológico (identidad estática); para luego en este cuarto momento que actualmente atravesamos, dar paso a la necesidad de no condicionar la filiación únicamente al antecedente biológico, sino más allá de ello, a tener en cuenta que el derecho a la identidad no se agota en conocer ese dato y que en base a él se establezca la paternidad o maternidad, sino en entender que resulta cardinal el cúmulo de experiencias, afectos, compenetración con aquella persona, que sin compartir carga genética, ha sido parte de ese caminar por la vida y por tanto conforma la identidad dinámica.

Surge así frente a la filiación biológica, la filiación socio afectiva, que no se sustenta en el vínculo biológico, sino que en muchos de los casos, éste es dejado de lado; en el entendido de que si bien el dato biológico va a permitir conocer el origen genético y por tanto establecer rasgos de identificación, junto a él está la construcción de la propia personalidad, que se la hace en el día a día, y que también se constituyen en criterio determinante para atender o dejar de lado la vinculación biológica.

Esta nueva manera de enfocar la filiación, no es una casualidad, se justifica y se explica en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y específicamente del derecho de familia, que ha dado lugar, al tránsito de un estado legal de derecho al estado constitucional de derecho, basado en que en todo ordenamiento jurídico además de reglas hay principios jurídicos, que dotan de sentido a las reglas y son pensados para la protección y promoción de ciertos bienes o valores jurídicos que se ven expresados en los derechos fundamentales (los denominados derechos principios).

El presente artículo pretende mostrar, a partir de algunas decisiones judiciales, que es constitucionalmente viable, el hacer prevalecer la filiación socio afectiva frente a la filiación biológica, claro atendiendo al caso concreto; todo ello con la finalidad de más allá de las normas regla que regula el Código Civil, se garanticen normas principio referidas específicamente a la protección del derecho fundamental a la identidad, en su dimensión dinámica, el derecho a vivir en una familia y el interés superior del niño.

II. Paternidad biológica y paternidad socio afectiva. Implicancia en el derecho a la identidad

2.1. Paternidad biológica

La filiación, está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética determinada en base a pruebas de validez científica como lo es el ADN. “La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un nexo o vínculo biológico entre el hijos y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente determinadas” (Plácido, 2001, p. 274).

Conforme se advierte, la filiación biológica se cimienta en el vínculo consanguíneo, y su establecimiento tiene directa relación con el derecho a la identidad de cada sujeto, en el entendido de saber quiénes son sus padres o concretamente su procedencia biológica, por tanto, resulta fundamental para todo ser humano conocer su verdad biológica. En la casación 950-2016-Arequipa, refiriéndose al cariz estático del derecho a la identidad, se precisa que:

(...) el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que el **derecho a la identidad**, a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por

diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., (...).

Sin embargo el acceso al dato genético, si bien forma parte del derecho a la identidad, no lo agota; pues esta identidad estática, debe ser necesariamente complementada con el cariz dinámico del derecho, que está referido al proyecto continuo de vida de cada ser humano, es decir al carácter subjetivo, conforme lo resalta el Tribunal Constitucional

2.2. Paternidad socio afectiva

Este tipo de paternidad, a diferencia de la biológica no se basa en el dato genético sino en los lazos afectivos generados a lo largo de la vida. Varsi (2013) afirma:

(...) la paternidad socio afectiva es sinónimo de convivencia familiar en la que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos de derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones familiares (afectividad). Sustentada en una posesión de estado la paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito a la verdad real que la sostiene, reafirmandose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación (p. 94).

Wong (2017) comentando la Cas. N.º 2726 -2012, Del Santa (17-07-2013) emitida en un Proceso Impugnación de Reconocimiento de Paternidad precisa:

(...) buscando asegurar los derechos de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y su superior interés, es que surge también la teoría de la paternidad socio afectiva, la cual se sustenta en reconocer jurídicamente como padre a aquel que demuestre más allá de una presunción legal o un dato biológico, la existencia de lazos afectivos con el hijo al que reclama como suyo. (pp. 57-65)

Como se aprecia, más allá del dato biológico, resulta determinante la posesión de estado en la que se hallen los sujetos (padre/madre e hijo), independientemente de si comparten rasgos genéticos. Importan entonces, experiencias, vivencias, grado de afectividad e identificación, en suma lo que se construye con el pasar de los años y los vínculos que se perennizan en el día a día, rasgos que aluden al contenido del derecho a la identidad en su aspecto dinámico.

Respecto a la identidad dinámica, en la casación N.º 3797-2012, Arequipa, de fecha 18-06-2013, se estableció que:

(...) cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo (...).

El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, precisa que el derecho a la identidad, involucra, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, precisión que hace alusión estrictamente a la identidad biológica; sin embargo, esta disposición normativa también indica que tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad, es decir al aspecto dinámico del derecho; que se halla constitucionalmente protegido por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, el cual se ocupa del libre desarrollo de la personalidad.

Respecto al derecho mencionado precedentemente, el Tribunal Constitucional, en la STC 2868-2004-PA, precisa:

(...) que el derecho al libre desarrollo de la personalidad refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la

construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos (...)

Así, el derecho a la identidad, se halla conformado tanto por el aspecto estático, como por el aspecto dinámico; siendo integral.

III. Criterios judiciales adoptados

Ateniendo a que el derecho a la identidad es integral, pues involucra tener en cuenta tanto el dato biológico como el desarrollo mismo de la personalidad de cada sujeto; al establecer judicialmente la filiación, los Magistrados de nuestro país, han ido abandonando el criterio de hacer prevalecer en todos los casos el dato biológico, para ocuparse de los lazos afectivos, es decir, tener en cuenta el aspecto dinámico del derecho a la identidad, tal como mostramos a continuación:

En la Casación N.º 3797-2012, Arequipa (18-06-2013):

(...) cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo así analizando el caso en concreto, concluyó que: “(...) el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara sólo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones vagas de terceros que no individualiza y realizando su impugnación catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Para casos como éstos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad

por motivos irrelevantes, generando un estadio de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

En la Casación N.º 1622-2015 Arequipa (03-05-2016):

“El hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria. (...) asimismo, de conformidad con el artículo 399 del Código Civil solo se encontraría facultado para impugnar la paternidad, el padre que no intervino en el reconocimiento, cuestión distinta al caso de autos, adonde el actor efectuó el reconocimiento a favor de la menor, pretendiendo ahora, luego de más de dieciséis años negar la paternidad basándose en el supuesto engaño de la madre y el argumento que “por conversaciones con el hijo de la demandada” habría tomado conocimiento recién de que no es el padre biológico de la menor; es decir se encuentra basada en afirmaciones vagas de terceros. En ese orden de ideas, el plazo concedido por la norma para negar el reconocimiento, habría vencido en exceso”. (...) en esta medida, las normas cuya infracción se denuncian (artículos 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestas al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se

opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. Contrario sensu, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona (...).

En la Casación N.º 950-2016 Arequipa (29-11-2016):

(...) que la menor de iniciales F.K.M.S. se encuentra identificada con su padre Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno “medina”, configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática (...).

IV. Análisis y discusión

La protección de la paternidad socio afectiva, como vemos reflejada en las sentencias anteriores, muestra claramente que la investigación de la filiación ya no es determinada de manera irrefutable por el vínculo biológico, pues habrá casos en los que el hacer respetar el dato biológico no solo no sea insuficiente, sino por el contrario genere una clara vulneración a derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, como el de la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.

La paternidad socio afectiva no se encuentra regulada de modo específico en el Código Civil ni en el Código de los Niños y Adolescentes. El Código Civil, establece las reglas de determinación de la filiación matrimonial en el artículo 396⁽¹⁾ y de la filiación extramatrimonial en el artículo 402⁽²⁾ a través de presunciones y sobre ellas, mediante la prueba

(1) Presunción de paternidad: “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

(2) “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimo-

de ADN; por tanto, en el texto legislativo no encontramos amparo para este tipo de paternidad. Es a partir de sentencias emitidas en casos concretos, que se ha reconocido la existencia de la paternidad socio afectiva; para ello los jueces han tenido que justificar sus decisiones, no en la norma legal, sino en normas convencionales y constitucionales como la protección al interés superior del niño, el derecho a la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.

Consideramos, que esta forma de resolver los conflictos relacionados con la filiación, está impregnada de un contenido valorativo, que es expresión de la constitucionalización del derecho. Manuel Atienza (2014) al respecto precisa:

(...) atendiendo a los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, la constitucionalización, implica una nueva forma de ver el derecho; hoy ya no es solo el impuesto por la autoridad, sino es una creación humana cuyo sentido es satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales. Agrega que una teoría constitucionalista del derecho se caracteriza por la existencia de rasgos sustantivos, más que formales. Valorativos: reconocimiento y protección de derechos fundamentales, así para resolver un problema se invoca directamente principios y valores constitucionales, prescindiendo incluso del tenor literal de la ley; pero ello no significa que exista en la Constitución un orden de valores bien definido, pues las Constituciones reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas. Sin embargo, casi siempre ofrecen al jurista la posibilidad de una solución justa sin salirse del Derecho, respetando los materiales autoritativos del mismo y

nial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable. 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores de la práctica constitucional; orden de valores no preestablecido, sino que se trata de encontrar o construir (pp. 10-12).

Así, conforme se ha resuelto en los casos anteriores, si los jueces se limitaban a la aplicación de las disposiciones normativas del Código Civil, hubiesen hecho prevalecer el dato biológico sobre cualquier otra circunstancia; sin embargo, decidieron diferente a lo legalmente regulado, y para ello fue necesario justificar sus decisiones en normas constitucionales; es decir aplicar directamente la Constitución.

Al respecto Luis Prieto Sanchís (2003), precisa:

(...) que la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial, no es la misma por cierto, porque la del legislador era inmotivada, mientras que la del juez pretende basarse en una depurada argumentación racional. Resume los elementos caracterizadores de ese neoconstitucionalismo en: Carácter vinculante de la Constitución, supremacía en el sistema de fuentes, eficacia o aplicación directa, garantía judicial, presencia de un denso contenido normativo, que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder, en sus relaciones horizontales, rigidez constitucional (pp. 116-117).

Esto está íntimamente ligado a la concepción sobre la familia y la constitucionalización del Derecho de Familia. Landa (2017) afirma: “el concepto de familia ha sido históricamente objeto de cambios conceptuales y actualmente no puede afirmarse la existencia de un único concepto de familia” (p. 126).

Prieto Perlingieri (como se citó en Landa, 2017) refiere que “los lazos de sangre y el afecto son razones autónomas de justificación del origen de la familia, pero el perfil consensual y la *affectio* constante y espontánea constituyen cada vez más el denominador común del núcleo familiar” (p. 126).

Hoy se reconoce efectos jurídicos a relaciones paterno/materno filiales establecidas más allá del vínculo biológico impuesto por la natura-

leza, pues se brinda protección jurídica a aquellos vínculos afectivos que los sujetos generan a lo largo de su existencia.

V. Conclusiones

- La determinación de paternidad/maternidad está directamente relacionada con el derecho a la identidad, cuyo contenido no se agota en conocer el verdadero origen biológico en base a un dato genético (aspecto estático), sino en que se respete ese espacio de nuestro vivir, cargado de experiencias, afectos, pertenencia a un grupo familiar, que conforman los atributos de la personalidad (aspecto dinámico).
- La filiación biológica, está determinada por los lazos de sangre, el vínculo que se desprende de la propia naturaleza humana, y que une a padres, madres e hijos en atención a la coincidencia en la carga genética determinada en base a pruebas de validez científica como lo es el ADN.
- La paternidad socio afectiva a diferencia de la biológica no se basa en el dato genético sino en los lazos afectivos generados a lo largo de la vida. Más allá del dato biológico, resulta determinante la posesión de estado en la que se hallen los sujetos (padre/madre e hijo), independientemente de si comparten rasgos genéticos.
- La tendencia jurisprudencial peruana, muestra claramente que la filiación ya no depende irrefutablemente del vínculo biológico, pues, atendiendo al caso concreto, el dato biológico no solo resultará insuficiente, sino podría generar una clara vulneración a derechos fundamentales del niño, niña o adolescente: identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia.
- La paternidad socio afectiva no se encuentra regulada de modo específico en el Código Civil ni en el Código de los Niños y Adolescentes. Es a partir de sentencias emitidas en casos concretos, que se ha reconocido la existencia de la paternidad socio afectiva.
- La prevalencia de la paternidad socio afectiva sobre la biológica, se justifica, no en la norma legal, sino en normas convencionales y

constitucionales como la protección al interés superior del niño, el derecho a la identidad dinámica y el derecho a vivir en una familia; en suma es expresión de la constitucionalización del Derecho.

VI. Lista de referencias

- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista”. Observatorio da Jurisdicao Constitucional. Brasilia 2014.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz T. II. 9.^a edición. Lima 1998. Gaceta Jurídica editores.
- LANDA ARROYO, César. La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú. 1era. edición. Lima 2018. Palestra Editores.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia T IV. 1era. edición. Lima 2013. Gaceta Jurídica editores.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia. 1era. edición. Lima 2001. Gaceta Jurídica editores.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 1era. edición. Editorial Trotta, España, 2003.

Jurisdicción culturalista ¿Cuestión de sangre o cuestión de vino? Culturalist jurisdiction. Blood issue or wine issue?

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto y problemática de la línea trazada entre *culturalismo*, *etnicismo* y facultad jurisdiccional; 2.1. Acerca de la delimitación de la cultura; 2.2. Idoneidad de las concepciones sobre culturalismo; 2.3. Relación del culturalismo con el reconocimiento de los grupos étnicos; 2.4. Verificación del carácter étnico y el carácter cultural en las regulaciones sobre comunidades campesinas y nativas; 2.5. Correspondencia de los contenidos esbozados con el fenómeno de las Rondas Campesinas. III. Discusión acerca de la facultad jurisdiccional otorgada a las Rondas Campesinas. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: La formulación del presente trabajo académico inicia con la verificación del ámbito valorativo supranacional del *multiculturalismo* y el *pluriculturalismo* a nivel teórico, para luego aterrizar en los reconocimientos normativos relativos a dichos valores que se han realizado tanto en el ámbito internacional como en el nacional, ello, con la fi-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Cajamarca y Doctorando en la misma casa de estudios.

nalidad de comparar los elementos considerados convencionalmente con los originados en virtud del *ius imperium* del Estado peruano y, a su vez, abrir la posibilidad a la verificación de la configuración del carácter étnico y cultural en los asuntos relativos a las Rondas Campesinas y la facultad jurisdiccional que se le ha reconocido recientemente; interrelaciones en las que se han identificado disociaciones, en primer lugar, desde el reconocimiento en el Derecho Internacional Público de los Pueblos Indígenas y Tribales y la regulación interna de las Comunidades Campesinas y Nativas, y en segundo lugar, de todos estos grupos con la agrupación de las Rondas Campesinas.

Palabras clave: Multiculturalismo, Pluriculturalismo, Pueblos Indígenas, Pueblos Tribales, Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Rondas Campesinas.

Abstract: *The formulation of this academic work begins with the verification of the supranational value field of multiculturalism and pluriculturalism at the theoretical level, to then continue with the normative recognition of those values, both internationally and nationally. with the purpose of comparing the elements considered conventionally with those originated under the ius imperium of the Peruvian State and, at the same time, opening the possibility to verify the configuration of the ethnic and cultural character in the matters related to the Rondas Campesinas and the jurisdictional power that has been recently recognized; interrelationships in which dissociations have been identified, first, from the recognition in Public International Law of Indigenous and Tribal Peoples and the internal regulation of the Comunidades Campesinas y Nativas, and secondly, of all these groups with the grouping of the Rondas Campesinas.*

Key words: *Multiculturalism, Pluriculturalism, Indigenous Peoples, Tribal Peoples, Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas and Rondas Campesinas.*

I. Introducción

A nivel nacional existe y se ha desarrollado una trilogía que se presume correcta cierta por cuestión de fe, como si se tratase de un dogma religioso, pero que no necesariamente guarda la relación que se le otorga o difícilmente debe estar ubicada en el mismo grupo de discusión.

Esta trilogía se encuentra compuesta por las nociones de *culturalismo*, pueblos indígenas y tribales, y comunidades campesinas y nativas; y, como si no fuera suficiente el establecimiento de una interrelación no constatada entre dichas concepciones, éstas suelen ser utilizadas como justificación del otorgamiento de jurisdicción a las Rondas Campesinas (Yrigoyen Fajardo, 2004), tal y como se presenta en los motivos establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 01-2009/CJ-116 (Pleno jurisdiccional, 2009, fund. 6º-8º) y en su propia regulación legal (Congreso de la República, 2003, art. 1).

Lo paradójico del asunto radica en que, esta visión, aparentemente respetuosa de la diversidad cultural existente en los distintos grupos de la sociedad, se gesta a partir de la estructura occidentalizada de Estado-gobierno y utilizan las figuras e instituciones sociales y jurídicas acuñadas por la tradición europea de la cual es heredero el Derecho americano y, particularmente, el Derecho peruano.

Es decir que, tal y como lo hace la teoría del Estado, conciben a la cultura como uno de los elementos del Estado (Häberle, 2001, p. 21), pero lejos de la propuesta de Häberle, suelen tergiversar ese reconocimiento con una suerte de subyugación o, si se quiere, subdivisión del Estado; cuando en realidad, la comprensión de la cultura como su elemento no niega la autonomía y preexistencia de la cultura como una construcción social antes que política o jurídica.

Aquella inexacta comprensión de la cultura ha llevado, en el caso peruano, al reconocimiento de derechos inexistentes, como la denominada propiedad comunal (Congreso Constituyente Democrático, 1993, arts. 88 y 89) y la muchas veces argüida jurisdicción comunal (art. 149), falsos reconocimientos que, además, suponen una relación de equidad entre cultura y etnia, posición también inexacta; que fueron necesarios para acabar con la situación de iniquidad que existía entre los pueblos dominantes y los dominados pero que, superada esa etapa, deben ser comprendidos en sus reales dimensiones.

Debe tenerse en cuenta que esta visión de equidad entre cultura y etnia no se presenta en el Derecho internacional, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, cuyo preámbulo recuerda "...la particular

contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales...” (Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, 1989), contiene clara diferencia entre la cultura y la concepción de las etnias, dentro de la cual se ubica una de las categorías señaladas.

No obstante, la definición de pueblos indígenas y tribales no ha sido adoptada en la normatividad nacional, tanto en el texto de la Constitución Política del Perú como en las normas de desarrollo constitucional; es decir, la ratificación del Convenio 169 de la OIT se ha convertido en una isla que generalmente es relacionada con las comunidades campesinas, las comunidades nativas o las rondas campesinas, pero sin determinar los límites conceptuales o de contenidos de cada una; aclaración que se emprende en el este documento.

II. Contexto y problemática de la línea trazada entre culturalismo, etnicismo y facultad jurisdiccional

Distintos son los componentes que determinarán la discusión a la que se pretende arribar, el *culturalismo* como el origen de posiciones de *interculturalidad*, *multiculturalidad* y *pluriculturalidad*, todas con influencia en las cuestiones relativas a las etnias, pero con implicancias diversas y, como consecuencia, diversas interpretaciones de las figuras que se desprenden o no de ellas.

Para tal finalidad, es imperativo comprender un concepto previo, sin el cual, no es posible discutir los anteriormente mencionados; este es, el contenido de cultura, con el que se partirá el conocimiento de las referencias.

2.1. Acerca de la delimitación de la cultura

Es importante sentar la diferencia entre el concepto de sociedad como medio para el desarrollo de una cultura y los conceptos de Estado-nación, etnia y religión, como expresiones, actuaciones o fenómenos derivados de la cultura de una sociedad.

Al respecto es de tenerse en cuenta la sistematización realizada por Baumann (2001) desde la perspectiva del Estado-nación, al señalar los problemas que se presentan entre éste y las otras dos manifestaciones que generalmente se equiparan a la cultura, “...1) El Estado-nación y la etnicidad mantienen un peculiar relación entre sí debido a la herencia romántica del concepto de nación; y 2) el Estado-nación y la religión mantienen una tensa relación debido a las tradiciones racionalistas y seculares del Estado moderno...” (p. 41).

El primer extremo de lo señalado por Baumann tiene en cuenta la mirada histórica de las etnias y la nación como origen del Estado; ocurre que, el término etnia desde la mirada etimológica surgió en Grecia como denominación de lo que ahora se conoce como pueblo (Lamus Canavate, 2012, p. 72), es decir que, un pueblo griego que por definición era autónomo e independiente, era denominado una etnia, sentido que involucraba además, la unidad, las características comunes, las prácticas y sentimientos comunes, por lo que bien podría decirse que es equiparable a lo que ahora se concibe como cultura, pero como un momento distinto, que se desprende de las peculiaridades y actividades de cada etnia y que, a su vez, expresan la unidad del todo, es decir, no solo de Atenas o Esparta, sino de toda Grecia, lo que distancia el término etnia del de cultura.

El término cultura también fue utilizado en inglés para referirse a los pueblos bárbaros o paganos hasta el siglo XIX y luego como sinónimo de raza cuando las ideologías raciales se encontraban en su apogeo, así como, para referirse a las minorías (Wade, 2000, p. 23).

No obstante, este término es utilizado para suavizar el encono que en la actualidad causa la utilización del término raza, el mismo que, científicamente hablando, ya no es aplicable a la diferenciación entre seres humanos (Grueso, 2003, p. 20); en este contexto, el término etnia, cuenta con definiciones comunes que involucran el reconocimiento de un grupo basado en la descendencia, que se adquiere por nacimiento, que comparte rasgos culturales como el idioma, puntos de vista, entre otros, y que forma una comunidad de destino y una forma de organización política (Baumann, 2001, p. 45).

Definiciones, la mayoría, que son compatibles con el término nación, pues, históricamente hablando, la nación surgió como una ficción que buscaba condensar los rasgos comunes de todas las etnias reunidas en un Estado, en este sentido, las naciones son definidas como un grupo basado en la descendencia, que se adquiere por nacimiento, que comparte rasgos culturales como el idioma, puntos de vista, entre otros, y que forma una comunidad de destino sobre la base de un Estado (Baumann, 2001, p. 45).

La nación, entonces, constituye la formalización del sentimiento, costumbres, pensamientos y actuaciones comunes a una o más etnias reunidas en virtud del poder soberano y el territorio que les son comunes. Es por ello que, la cultura, puede presentarse como una unidad en toda la nación, o de manera individual por cada etnia que compone una nación.

Cosa distinta ocurre respecto de la relación entre cultura y religión que, inicialmente se encontraban íntimamente ligadas, es más, la noción de ciudad estado, religión y cultura se han mantenido juntas hasta la reciente escisión entre el Estado y la religión, a partir de que se propugnó la laicidad de los Estados, al menos dentro de la historia occidental de la que somos parte (Arbós Marín, Ferrer Beltrán y Péres Collados, 2010), momento a partir del cual la religión se mantiene como una manifestación cultural distinta y separada de la idea de Estado, es decir, los ciudadanos son materialmente y formalmente libres de profesar la religión que prefieran o de no profesar ninguna; asimismo, se proscriben el reconocimiento de una religión oficial del Estado.

Sobre este extremo, entonces, no cabe duda respecto de la diferencia que se presenta entre cultura y religión; así como, la pérdida de fuerza de este elemento como manifestación uniforme de una cultura en específico, es decir, pueden perfectamente existir culturas sin religión alguna.

Volviendo al discurso que equipara a la cultura con la etnia y que, pretende el respeto de la autonomía de dicha "cultura" diferenciada en términos de inmutabilidad, no logra más, por lo menos en algunas zonas del Perú, que convertir a las etnias en "...un recurso dentro de la competencia económica..." (Bauman, 2001, p. 50), expresión que, traí-

da a la realidad cajamarquina, se verifica en el interés de los ciudadanos por convertirse en ciudadanos integrantes de comunidades campesinas debidamente inscritas en Registros Públicos con el único fin de ser beneficiarios de los trabajos y oportunidades que otorga el Estado con motivo de la inversión minera.

En consecuencia, si hay que definir a la cultura, diferenciada de Estado-nación, de etnia o de religión, puede decirse que se trata del fenómeno dinámico que resulta de la asimilación y expulsión de componentes varios de la vida de una sociedad a lo largo de su existencia, lo que determina sus prácticas, usos y costumbres, determina su autonomía, generalmente, y, excepcionalmente, su integración o fusión con otras culturas, también por efecto de su autonomía.

Es innegable, entonces, que un concepto remozado de cultura, exige el respeto de las autonomías, pero también de la libertad, tanto desde la perspectiva individual de cada uno de los integrantes de una determinada sociedad, como desde la perspectiva consensual del grupo social, pero en ambos casos desde la perspectiva de sociedad, es decir, del grupo de personas que se caracterizan por la convivencia, la comunidad de caracteres, comportamientos, percepciones, sentimientos, pensamientos y costumbres.

2.2. Idoneidad de las concepciones sobre culturalismo

Tras haber delimitado el contenido de la cultura como un fenómeno distinto a las etnias, el Estado-nación y la religión, así como tras haber verificado su autonomía respecto de cualquier otro fenómeno, figura o construcción social, política o jurídica, corresponde revisar las posturas que, sobre esta base se han desarrollado.

El primer postulado a revisar es el llamado pluralismo, que no necesariamente se ha presentado en el ámbito cultural estático, sino como parte de la dinámica misma con el que cuenta dicho ámbito; tan es así que, las principales formulaciones del pluralismo, reconocen a las manifestaciones sociales que conforman una cultura, como objetos de protección de las posturas pluralistas.

Haberle (2001), por ejemplo, sostiene que “...es preciso que todos los Estados constitucionales, independientemente de lo mono o pluricultural que puedan ser en la realidad, se conciben en todos sentidos como pluralistas...” (p. 29), puesto que, tal y como lo afirma, existen Estados unitarios y republicanos como Francia que, “...deben encontrar un refugio tolerante para el Islam, que ya es la segunda religión en importancia en el país.” (p. 29).

Es decir que, el pluralismo es entendido desde una óptica de respeto por los fenómenos individuales que van surgiendo dentro de la sociedad y que rompen con el esquema hasta el momento estático, en una mirada micro, y que forman parte de la dinámica inmersa en el concepto de cultura desde un mirada macro; claro está que, dentro de esta visión de pluriculturalidad se encuentran también los grupos étnicos independientes y el reconocimiento y respeto de su autonomía.

No obstante, algunos autores yerran en considerar al *pluriculturalismo* como una construcción únicamente relacionada a las etnias, como es el caso de aquellos que utilizan el término asociado a la multi-etnia y realizan conclusiones sin diferenciar entre una u otra, como ocurre en la siguiente afirmación:

... El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma... (Yrigoyen Fajardo, 2004, p. 173).

Es más, como puede verificarse en la cita, se interrelaciona los términos, incluso, con el reconocimiento de los derechos indígenas, sin verificar si se trata de los mismos fenómenos, de distintos, si unos contienen a los otros, etc.; es más, el concepto de *pluriculturalismo* desarrollado por los teóricos, lo presentan como una posición respetuosa de las diferencias que se presentan dentro de una sociedad, diferencias que con-

forman el contenido dinámico de cultura y, al tratar de reconocer los derechos indígenas específicos, únicamente se consigue lesionar la autonomía de los pueblos indígenas para definir sus propios derechos, si es que cabe llamarlos así, lesión que resulta de la falta de pretensión de superioridad que se tiene en nuestra cultura dominante y que concibe que todas las figuras desarrolladas por nosotros son suficientes para catalogar las vivencias que se presentan en grupos distintos, tan es así que hasta osamos llamarlos minoritarios, como si se tratara de ciudadanos de segundo orden, sin caer en la cuenta de que, bajo la concepción de la mayoría de estos, no existe la estructura estadual, no existe la concepción de ciudadano, la concepción de derechos humanos o de derechos.

Ahora, al tratarse el pluralismo del respeto por las particularidades que forman parte del contenido dinámico de cultura, la autodeterminación de dichos pueblos por modificar sus costumbres, en uso de su autonomía, libertad de decisión, o cualquier categoría que resulte aplicable, también debe ser respetada; es decir, cualquier modificación de su estructura cultural no debe asustarnos, porque estos grupos no cuentan con culturas jóvenes que necesitan de tutela, son, en su mayoría, ancestrales, anteriores a nuestra cultura y cuentan con la capacidad de mutar estructuralmente si así lo desean; constituye un craso error, entonces, creer que la adopción de nuevas costumbres o actuaciones que, por ejemplo, les faciliten la vida, sea un asunto de contaminación cultural; cosa distinta es la imposición de comportamientos u obligaciones aun en contra de su voluntad, tal y como ocurre con la redacción del artículo 13 de la Ley de Consulta Previa (Congreso de la República, 2011).

El multiculturalismo, es un concepto que se ha construido para el reconocimiento de la diversidad de culturas dentro de una sociedad, y se ha constituido en una “...corriente política normativa que, con independencia de sus múltiples versiones, reivindica o promueve el reconocimiento y respeto de la diversidad cultural...” (Forte Monge, 2007, p. 613); la diferencia del pluriculturalismo con el multiculturalismo radica en que, el primero, es una corriente de respeto, tolerancia, reconocimiento de las individualidades y las características propias, autónomas de ciertos grupos que van construyendo cultura; en cambio, el segundo, es una corriente reaccionaria, que busca proteger a los grupos minorita-

rios de las intromisiones que se presentan respecto de su autonomía por los grupos llamados imperantes o dominantes.

No obstante:

...aunque el multiculturalismo abogue por el reconocimiento de la diferencia y de lo distintivo, éste se lleva a cabo con políticas que pretenden la igualdad, incluso en aquellos casos en que se trata de programas de discriminación positiva. Es decir, nuevamente, como en el caso del pluralismo, nos encontramos con que el reconocimiento supone una idea de igualdad que apela a la tradición eurocéntrica liberal o socialdemócrata de derechos y libertades, y que, por consiguiente, no parece transportable a la estructura de cualquier comunidad dada... (Forte Monge, 2007, p. 617).

Estas dos posturas, entonces, han sido planteadas desde la óptica del eurocentrismo, puesto que se han generado en esta estructura y social, política y jurídica; motivo por el que no son suficientes para cubrir la multiplicidad de fenómenos distintos que pueden presentarse en la sociedad, como la adopción de nuevas religiones, la verificación de nuevos comportamientos y, también, la autonomía de algunos grupos étnicos.

2.3. Relación del culturalismo con el reconocimiento de los grupos étnicos

Con relación a lo dicho en el último párrafo del acápite anterior, ha de entenderse entonces a las posturas *pluriculturalistas* o *multiculturalistas* como posturas referidas al concepto dinámico de cultura que sobrepasa los límites de las etnias; empero, cabe aquí tomar partido por una de las posturas planteadas, remozando algunos de sus términos.

Y, dado que es el *pluriculturalismo* el que se maneja en términos de respeto por los cambios sociales que se presentan como parte de la dinamicidad de las culturas, es el que resulta más adecuado para la defensa de cualquier aspecto de la cultura, particularmente el aspecto étnico; no obstante, cabe aclarar que ese respeto debe concebirse no como una relación de dominante y dominado, en referencia a la cultura europeizada y la que no cumple con tal requisito, puesto que de ser así se estaría rayando con el multiculturalismo; sino bajo la comprensión de que di-

chos grupos étnicos son autónomos, independientes, con características propias y, totalmente capaces de tomar sus decisiones en el marco de su autonomía y su libertad.

El culturalismo en relación a los grupos étnicos, entonces, no debe ser visto como un sinónimo de aquellos; es decir, cuando se habla de cultura no necesariamente se hace referencia a las etnias, puesto que cada una de estas cuentan con una cultura propia y, es posible, que un grupo de ellas conformen también una cultura; empero, cuando se habla del respeto de la autonomía de dichos grupos étnicos, si nos estamos refiriendo a un aspecto de la cultura.

Ello ha sido comprendido en la redacción del Convenio 169 de la OIT que sustenta el papel contributivo que ostentan los pueblos indígenas o tribales a la diversidad cultural, bajo el entendido de que estos pueblos forman parte de etnias diferenciadas; pues los pueblos tribales son entendidos como aquellos que existen en países independientes con condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que cuentan total o parcialmente con sus propias costumbres o tradiciones, o con una legislación especial; mientras que los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica del mismo desde antes de la conquista y conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (art. 1).

Es decir que, este convenio comprende que la cultura es solo un componente de la vida de estos pueblos y que ambas figuras, etnia y cultura, no pueden ser confundidas como una sola; sin embargo, resulta evidente que todo el tratamiento de estos pueblos, se realiza bajo la concepción de que son minorías, o de que no se trata de grupos diversos, sino de grupos de segundo orden respecto del grupo dominante.

Parte de la presunción de que dichos grupos requieren de protección y reconocimiento por parte de la sociedad o grupo imperante, no de la constatación de que todos los grupos existentes en la sociedad son diversos y que la agrupación europeizada es una más de las muchas que se pueden encontrar en un solo país o dentro de un Estado o en una región determinada.

No tiene por qué ser entendida como un grupo superior, sino como un grupo integrante de la diversidad cultural compuesta por grupos de toda índole, étnica, ideológica, religiosa, sexual, todas estas manifestaciones capaces de conformar culturas independientes o, en conjunto, una nueva configuración cultural.

2.4. Verificación del carácter étnico y el carácter cultural en las regulaciones sobre comunidades campesinas y nativas

Es sustentable, entonces, que existe el germen para construir una visión de pluralidad en términos de respeto y que, el reconocimiento internacional de la existencia de grupos tribales o indígenas, debe ser entendido en ese sentido; no obstante, en la regulación nacional únicamente se cuenta con dicho reconocimiento a nivel de tratado suscrito y ratificado, así como a través de la ley de consulta previa en cuyo título de publicación consigna a las denominaciones antes dichas; aunque, como ya se dijo anteriormente, aplica de manera totalmente errada la figura.

Pero en el texto de la Constitución Política de país, no existe referencia alguna a los grupos o pueblos indígenas o tribales, lo que sí se puede verificar es la regulación de las comunidades campesinas y nativas, pero también desde una perspectiva de herencia eurocentrista, catalogándolas como personas jurídicas con existencia legal, otorgándoles autonomía pero dentro del marco de la ley, estableciendo prescripciones para el uso de sus tierras y, como si esto fuera poco, relacionándolas a la identidad cultural (Congreso Constituyente Democrático, art. 89).

Entonces, al darles categoría de personas jurídicas con reconocimiento legal, remontándonos al artículo primero del Convenio 169 de la OIT, puede decirse que pueden ser catalogadas como grupos tribales, que son los únicos a los que se les reconoce la posibilidad de contar con una regulación especial, siguiendo con la lógica de la aplicación de figuras formales de tradición europea a la configuración material de los pueblos tribales; no obstante, ello puede ser admitido en el caso de las comunidades campesinas que poco o nada conservan de autonomía y que tienen existencia formal, pero, no de algunas comunidades nativas que todavía conservan sus costumbres, prácticas, pensamientos y estructuras

diferenciadas del grupo dominante, las cuales, independientemente del reconocimiento legal o la constitución como personas jurídicas, tienen existencia autónoma; en esto radica el error de redacción en la primera parte del artículo 89 de la Constitución.

En cuanto a la autonomía supeditada a las regulaciones legales, en realidad, no son autonomías, es decir que, en dicha regulación no existe una influencia *pluriculturalista*, sino *multiculturalista*, que entiende a los grupos campesinos e indígenas como ciudadanos de segundo orden que pueden ejercer sus autonomías solo en cuanto no colisionen con los intereses de la sociedad imperante, que necesitan ser educados y que, pueden ser respetados, siempre y cuando no afecten nuestra estructura.

Es decir, que este artículo no se sustenta en la autonomía justificada en la etnia, sino en una autonomía conveniente para quienes elaboran las leyes o para quienes toman las medidas administrativas; sin tomar consciencia de que el propio respeto de la autonomía podría propiciar, dentro del ejercicio de su libertad, la adopción de nuevas costumbres que, incluso, comulguen con las que pretendemos imponer.

En cuanto a la relación con la cultura, no existiría problema alguno, al ser las etnias una manifestación de la cultura, si no fuera porque en las normas de desarrollo constitucional, como ocurre con las ley de Comunidades Campesinas o la Ley de Rondas Campesinas, se equiparan estos dos conceptos generando la confusión de sustentar la existencia de una propiedad independiente, o una jurisdicción independiente, en la diferencia cultural; cuando, en dichos grupos, muchas de las veces, no existe consciencia de la estructura jurídica que se propugna en la sociedad de tradición europeo continental.

2.5. Correspondencia de los contenidos esbozados con el fenómeno de las Rondas Campesinas

Las Rondas Campesinas, muy por el contrario de lo que parece creerse en la regulación de la materia, no son equiparables a la Comunidades Campesinas, es más, han surgido como grupos de reacción ante la inacción de las autoridades para dar solución a conflictos sociales o a la comisión de delitos, tales como el abigeato (Vargas Tarrillo, 1987).

Es decir que, las Rondas Campesinas, no son grupos cuyas condiciones económicas, sociales y culturales les distinguen de otros sectores de la colectividad y mucho menos descendientes de las poblaciones anteriores a la conquista (Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, 1989, art. 1), sino que se trata de un sector de la población, compuesto por ciudadanos de la zona rural, no necesariamente con distinto nivel educativo, ni con costumbres autónomas, sino integradas completamente a la sociedad de herencia europea, cuyas diferencias deben ser entendidas como parte de las diferencias propias entre ciudadanos de la zona urbana y ciudadanos de la zona rural, pero no en razón de diversidad cultural o diferenciación étnica.

Tan es así que, las Rondas Campesinas están compuestas por profesores, abogados o, en su defecto, personas que cuentan con educación primaria o secundaria completa, o con alguna carrera técnica; en igual o mayor medida que las personas que presentan analfabetismo.

Asimismo, realizan sus actividades dentro de la comprensión del concepto de delitos o faltas, utilizando categorías tales como el pago de deudas, la sanción por infidelidad, entre varias otras que han sido extraídas de las figuras jurídicas formalmente aceptadas en esta sociedad.

En ese sentido, mal se hace en comprender a las Rondas Campesinas como entidades culturales independientes, también en comprenderlas como grupos étnicos autónomos, ya sea tribales o indígenas, puesto que no cuentan con las características propias de éstos sino que están compuestas por ciudadanos que no pueden ser distinguidos de los demás ciudadanos del país.

No obstante, a tal error se ha arribado en documentos tales como el Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, en el cual se sustenta la autorización para ejercer jurisdicción por parte de las Rondas Campesinas, reconociéndolos como grupos étnicamente independientes, lo que es peor, se equipara esta concepción étnica a una distinción cultural, no entendiéndola tal distinción desde el punto de vista dinámico del derecho sino desde un punto de vista estático, como si la cultura fuese inmutable; concepciones, ambas, que distan mucho de la realidad y que son

sustentadas por personas que jamás han verificado de cerca la actuación de las Rondas Campesinas, que no se han tomado el tiempo de verificar si realmente se trata de grupos etnológicamente distintos, por razón de sangre, costumbres, ideales, actuaciones; sino que, cómodamente, detrás de un escritorio y, tal vez, bajo la compañía de un buen vino, decidieron adoptar una postura *multiculturalista* reaccionaria, al menos formalmente, para la protección de los pobres y desvalidos grupos minoritarios compuestos por las diversas culturas y razas que componen a las Rondas Campesinas.

III. Conclusiones

- La cultura es un concepto dinámico que hace referencia a las diversas manifestaciones presentes en una sociedad, independientemente de si esta está compuesta por una o varias etnias, de si cuenta o no con religión, estructura política o jurídica.
- La cultura, es un concepto distinto al de etnia, relacionado pero independiente, que denota las manifestaciones que se desprenden de aquella pero que sobrepasa sus límites estructurales y puede condensar un conjunto de etnias.
- Los conceptos de pueblos indígenas y pueblos tribales, sirven para identificar las características de determinadas culturas, pero no deben ser entendidos como sinónimos de cultura, en ese sentido, la justificación de la toma de una medida normativa o administrativa referida a estos grupos pasa por reconocer el respeto del *pluriculturalismo* y no la imposición del *multiculturalismo*.
- Las comunidades campesinas podrían ser comprendidas como pueblos tribales, pero no indígenas, así como, las comunidades nativas, podrían ser entendidas como pueblos tribales.
- El ordenamiento constitucional y el desarrollo normativo nacional confunde los conceptos de cultura, etnia, comunidad campesina y comunidad nativa, como si se tratara de categorías con relación de sinonimia, cuando en realidad se presentan diferencias muy marcadas.

- La normatividad sobre Rondas Campesinas confunde los conceptos de cultura, etnia, comunidad campesina, comunidad nativa y rondas campesinas, como categorías equiparables, sin haber constatado la realidad material de las últimas, bajo deducciones lógicas que poco o nada aportan a la construcción de la figura.
- El error en la concepción de las comunidades campesinas, nativas y Rondas Campesinas, en lugar de construir un ordenamiento sostenible al respecto lo que hace es construir edificios sin bases al justificar las actuaciones de ciudadanos comunes como manifestaciones culturales, o los mal llamados usos y costumbres.
- La falta de comprensión de la pluriculturalidad y el respeto de las autonomías y libertad de todos los pueblos o grupos que componen el Estado peruano, ha llevado a tergiversar, justificar y crear figuras que lejos de adecuar las actuaciones de las rondas campesinas a los preceptos que dan fundamento al ordenamiento jurídico, terminan por solapar sus actuaciones en contra de los derechos fundamentales.

IV. Lista de referencias

- ARBÓS MARÍN, X., FERRER BELTRÁN, J., & PÉRES COLLADOS, J. M. (2010). *La laicidad desde el Derecho*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- BAUMANN, G. (2001). *El enigma multicultural. Un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas*. ISBN 978-84-493-1054-6. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. (7 de junio de 1989). *Convenio 169 de la OIT. Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, Ginebra, Suiza: Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. (30 de diciembre de 1993). *Constitución Política del Perú*. Constitución Política del Perú. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano”.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (7 de enero de 2003). *Ley N.º 27908. Ley de Rondas Campesinas*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano”.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (7 de septiembre de 2011). *Ley N.º 29785. Ley del Derecho a la Consulta Previa, a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano”.
- FORTE MONGE, J. (2007). *Multiculturalismo, identidad y reconocimiento*. *Thémata. Revista de Filosofía*, 613-618.
- GRUESO, D. (2003). *¿Qué es el multiculturalismo?*. *El Hombre y la Máquina*, núm. 20-21. ISSN: 0121-0777, 16-23.
- HÄBERLE, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LAMUS CANAVATE, D. (2012). *Raza y etnia, sexo y género: El significado de la diferencia y el poder*. *Reflexión Política*, vol. 14, núm. 27. ISSN: 0124-0781, 68-84.
- PLENO JURISDICCIONAL. (13 de noviembre de 2009). *V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal. Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano”.
- VARGAS TARRILLO, S. (1987). *Rondas Campesinas-Relaciones de Poder y Movimiento Social en la provincia de Chota (1977-1981)*. Lima.
- WADE, P. (2000). *Raza y Etnicidad en América Latina*. Quito: Abya Yala.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (2004). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. El otro derecho*. número 30, 171-195.

Perspectiva constitucional y mecanismos de protección de los derechos fundamentales de información; intimidad personal y familiar en el sistema jurídico peruano

Constitutional perspective and protection mechanisms of the fundamental rights of information; personal and familiar intimacy in the peruvian juridical system

ROJAS TORRES, Luis Ángel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho fundamental a la libertad de información y el habeas data. 2.1 Perspectiva constitucional del derecho en estudio. 2.2 Sus límites jurídico-normativos. 2.3 Sus mecanismos de protección. III. La vida privada: “el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, sus límites y mecanismos de protección”. 3.1 Perspectiva constitucional del derecho en estudio. 3.2 Sus límites jurídico-normativos. 3.3 Sus mecanismos de protección. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

(*) Abogado, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Escuela de Postgrado de la UNC. Ganador del VII Premio a la Excelencia Académica en Derecho: “José León Barandiarán Hart”. Email: elsonidoimigrante@hotmail.com

Resumen: El presente trabajo repasa las diferentes tesis asociadas a la perspectiva constitucional de los derechos fundamentales de información; intimidad personal y familiar. Analiza en ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, sus conceptos, ideas principales y evidencia sus mecanismos de protección establecidos en nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: Libertad de información; intimidad personal y familiar; perspectiva constitucional; mecanismos de protección.

Abstract: *The present work revises the different theses associated with the constitutional perspective of the fundamental rights of information; personal and familiar intimacy. He analyzes in this sense, the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court, its concepts, main ideas and demonstrates its protection mechanisms established in our juridical system.*

Keywords: *Information freedom; personal and familiar intimacy; constitutional perspective; protection mechanisms.*

I. Introducción

Es muy grato el poder expresar por medio del presente artículo académico, una visión netamente constitucional en relación a los derechos fundamentales de información; intimidad personal y familiar. Claro está, que para lograr dicho objetivo, se hace indispensable la aplicación de un estudio metodológico que permita tratar el tema desde el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hasta desembocar en las diversas perspectivas constitucionales y mecanismos de protección establecidos en nuestro sistema jurídico nacional, que busca evidentemente, el logro de la defensa y protección de la dignidad humana como el fin supremo del Estado, del derecho y de la sociedad.

Es así, que en un Estado de Derecho constitucionalmente integrado por la nomofiláctica jurídica⁽¹⁾ y por la plena vigencia de los derechos fundamentales, la humanidad, siempre tendrá garantizada el respeto teleológico o finalístico de la libertad, claro está, con los límites constitucionales que dan origen a los cánones de justicia y equidad.

⁽¹⁾ Protección de la norma de derecho.

Expuesto lo antes mencionado, resulta lógico inferir lo que el jurista Prieto ha denominado como tránsito del Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. Tránsito que implicaría necesariamente la presencia de ciertos lineamientos de evolución jurídica del denominado neoconstitucionalismo⁽²⁾ en nuestro sistema socio-jurídico, resumidos en “(...) más principios que reglas; más moderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, (...); omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último, coexistencia de una constelación plural de valores, (...) en lugar de homogeneidad ideológica (...)” (Prieto, 2002, p. 121).

A continuación, se desarrollan los puntos más resaltantes que permitan la comprensión esperada del tema.

II. El derecho fundamental a la libertad de información y el habeas data

Como se expresó líneas arriba, en la introducción del presente trabajo, se hace necesario y en consecuencia indispensable iniciar el estudio desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por ello, que tomando dicha orientación, podemos rescatar lo que se ha establecido fehacientemente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el capítulo primero, exactamente en su artículo IV, en donde se ha señalado taxativamente que sin distinción alguna toda “(...) persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (Alzamora Valdez, 1977, p. 84). Precepto supranacional, que intrínsecamente está haciendo referencia al derecho de información, el cual supone tanto el derecho de informar como el de recibir información sobre los asuntos más diversos y variados.

⁽²⁾ Antes de catalogarlo y desmerecerlo como “(...) una etiqueta vacía que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera” (Carbonell, 2007, pág. 9), hay que considerarlo firmemente como una nueva teoría del derecho, no como un “(...) cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido, (...)” (Bernal, 2007, pág. 301), sino como una oportunidad teórico-fáctica de poder enfocar correctamente la idea cambiante del derecho.

2.1. Perspectiva constitucional del derecho en estudio

Luego de haber ubicado el tema dentro de la normativa internacional de los Derechos Humanos, corresponde en este momento realizar un análisis desde la perspectiva constitucional interna. Partiendo de tal óptica, en nuestro vigente Código Político en el artículo 2º inciso 4º, se ha establecido que toda persona tiene derecho a gozar de “(...) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...)” (Bernaes Ballesteros, 1999, p. 18). En tal sentido, del mencionado mandato constitucional se puede inferir los siguientes conceptos lógico-jurídicos que a continuación pasamos a describir:

- **La información.** Partiendo desde una concepción básica y/o elemental, se la puede conceptualizar como la “(...) acción de investigación, indagación o averiguación” (Larousse, 1990, p. 543). Sin embargo, teniendo en cuenta una configuración netamente jurídica, importa notoriamente rescatar tanto el derecho de expresar o transmitir ciertos datos, asuntos y noticias; así como el derecho a recibirlos. En palabras más resumidas, el derecho a la libertad de información se refiere a conocer y dar a conocer situaciones diversas de la realidad.

En esa misma línea de ideas, el jurista Julio Núñez Ponce, nos indica que la información cuenta con dos connotaciones jurídico-sociales. Es decir, la información “(...) es un bien inmaterial e incorporal desde el punto de vista jurídico, pero también es un bien en sentido económico que sirve para la satisfacción de alguna necesidad, que puede ser elemento de producción y consumo, así como puede cotizarse en el mercado conforme a la ley de la oferta y la demanda (...)”. Agregando que “(...) la información jurídicamente puede analizarse también desde una doble dimensión: el derecho a expresar y producir libremente información y el derecho a conocer esa información dentro de los límites de la ley (...)” (Núñez Ponce, 1996, p. 56).

- **La opinión.** Como concepto de sumo elemental, es el “(...) sentimiento que se forma uno de una cosa” (Larousse, 1990, p. 699). Jurídicamente es la libertad de adoptar pensamientos propios y cri-

terios particulares sobre las personas y las cosas. En ese orden y siguiendo la línea del doctrinario Ballesteros, la libertad de opinión encuentra su refuerzo constitucional en el artículo 2º inciso 3º de nuestra Carta Magna, en donde se ha establecido claramente que no hay delito de opinión.

- **La expresión.** Su definición primordial señala que consiste básicamente en manifestar “(...) un sentimiento” (Larousse, 1990, p. 427). Jurídicamente es aquella libertad que se traduce en el derecho de poder comunicar pensamientos, ideas y opiniones. Sin embargo, el jurista peruano Ballesteros nos indica que “(...) mientras la libertad de información se refiere, en general, a los datos de la realidad, la de expresión tiene que ver con comunicar las propias ideas. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión no es sino una de las especies de la libertad de dar información y de formular opiniones” (Bernaes Ballesteros, 1999, p. 89).
- **La difusión.** Cardinalmente se la puede definir como la “(...) distribución de elementos y substancias en un determinado organismo” (Larousse, 1990, p. 343). Sin embargo, desde la perspectiva jurídica implica necesariamente una mayor amplitud o cobertura en el derecho a dar información y en el derecho a expresarse.

Vistos los conceptos que nos antecieron, y luego de haberlos analizado, el Tribunal Constitucional Peruano ha sido claro y tajante al establecer que los derechos emanados del artículo constitucional en estudio, son en estricto tanto la libertad de expresión como la libertad de información. Aclarando que sus contenidos fundamentales se encuentran debidamente delimitados, por ejemplo, mientras “(...) la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor

que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser (...)”⁽³⁾.

Por su parte, y para finalizar esta sección, en el artículo 2º inciso 5º de nuestra vigente Constitución Política se ha legislado taxativamente que toda persona tiene derecho a “(...) solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido (...)” (Bernalles Ballesteros, 1999, p. 90). Como se podrá advertir, el mencionado artículo complementa constitucionalmente el circuito jurídico del referido derecho, al establecer una norma que no solamente enuncia, sino que también hace posible el uso fáctico o la actividad práctica del mismo. Es decir, lo que en doctrina constitucional se conoce con la denominación de norma enunciativa de tipo fáctico, al brindar tutela al derecho de acceso a la información pública. Así, nuestro principal intérprete constitucional ha señalado que del análisis minucioso del artículo en estudio, brota evidentemente una realidad de doble naturaleza, “(...) pues no solo constituye el reconocimiento de un derecho fundamental, sino el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (...)”⁽⁴⁾.

2.2. Sus límites jurídico-normativos

En la doctrina constitucional, al haberse establecido que las dimensiones de la información implican el derecho a expresarla y producirla libremente; y a su vez, el derecho a conocer esa información dentro de los

⁽³⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0905-2001-AA/TC, fundamento 9.

⁽⁴⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0959-2004-HD/TC, fundamento 4.

límites que establece la ley, lo que se está haciendo es fijar el término o demarcación de tipo genérico de dicha facultad. Es decir, no tiene un carácter absoluto, y como señala el jurista Miguel Castro, el derecho a la información que cabalmente nos asiste como integrantes de un cuerpo social organizado, está en cierto modo enfrentado a otro derecho individual, que también ha de ser asegurado por los poderes públicos. Nos referimos en específico a la intimidad, ya que la referida confluencia o fricción de derechos, posibilita que la legislación se incline constitucionalmente a la búsqueda del equilibrio en el ejercicio real de los mismos. Desde tal óptica, en el citado artículo 2º inciso 5º de nuestro Código Político se ha plasmado también que se “(...) exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)” (Bernalles Ballesteros, 1999, p. 92).

A su turno, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que del estudio detallado del artículo en análisis “(...) el secreto o lo oculto frente a la información de interés público resulta una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional (...)”, surgiendo como regla general “(...) que todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligada a proveer la información solicitada, siendo excepcional la negación de acceso a la misma por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o supuestos establecidos por ley (...)”⁽⁵⁾.

En consecuencia, de lo indicado líneas arriba se puede inferir que los límites al derecho fundamental de la libre información, son:

- La intimidad personal y familiar que también asumen un rango constitucional en el artículo 2º inciso 7º de nuestra Constitución; y
- Por el principio de legalidad, la información clasificada para fines estrictamente ligados con la seguridad nacional.

⁽⁵⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0959-2004-HD/TC, fundamentos 4 y 5.

2.3. Sus mecanismos de protección

Toca en este acápite tratar brevemente el tema del *Habeas Data*, como aquel mecanismo constitucionalmente establecido y diseñado para la defensa y protección del derecho a la libertad de ser informado en determinados aspectos de la realidad, siempre y cuando no se transgreda la esfera mínima de protección del derecho a la intimidad personal.

Es así que los legisladores de nuestra vigente Constitución Política, tomando la extensa experiencia brasileña, incorporaron una garantía constitucional muy novedosa al indicar en el artículo 200º inciso 3º, que el *Habeas Data* “(...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refieren el artículo 2º, inciso 5 y 6 de la Constitución” (Chanamé Orbe, 2011, pp. 302-303). Por su parte, en el Código Procesal Constitucional Peruano, aprobado por Ley N° 28237 del 31 de mayo de 2004, se introducen significantes cambios en el tratamiento actual del mencionado proceso⁽⁶⁾.

III. La vida privada: “el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, sus límites y mecanismos de protección”

Siguiendo con el planteamiento metodológico diseñado, y con el objetivo de iniciar el presente análisis, se hace indispensable ubicar en un primer momento la normativa jurídica supranacional, para de esta forma, poder tener una visión amplia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lograr en ese sentido, el desarrollo temático en su máxima expresión.

Siendo así, y con mucho acierto de la comunidad internacional, se ha establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su capítulo primero, artículo V, que toda persona “(...) tiene derecho a la protección de la Ley contra ataques abusivos de su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (Alzamora Valdez,

⁽⁶⁾ Revisar el artículo 61º inciso 1, del Código Procesal Constitucional Peruano.

1977, p. 84). Precepto universal, que permite satisfactoriamente sentar las bases de nuestra normativa constitucional de la siguiente manera:

3.1. Perspectiva constitucional del derecho en estudio

Inmediatamente después de haber ubicado el tema en la normativa internacional, corresponde enfocar nuestro estudio desde la perspectiva constitucional interna. Así, en la Carta de 1993, se ha expresado en su artículo 2º inciso 6º, que toda persona tiene derecho a “(...) que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (Chanamé Orbe, 2011, p. 26).

Por su parte, en el artículo 2º inciso 7º de nuestra vigente Ley Fundamental, se enuncia taxativamente que toda persona tiene derecho a gozar del “(...) honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que esté se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (Chanamé Orbe, 2011, p. 27).

A continuación, y ante los mandatos constitucionales que acabamos de describir líneas arriba, pasaremos a desarrollar un conjunto de conceptos lógico-jurídicos de suma importancia, a saber:

- **Los servicios informáticos.** Catalogados como aquellos sistemas de archivos de información vinculados con el ámbito personal y familiar, los cuales pueden ser computarizados o no; y a su vez, públicos como por ejemplo el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), las empresas televisivas y de radio comunicación, o no públicos, verbigracias, las ONG, entre otros.
- **La intimidad.** Del latín íntimus, y que hace alusión a lo interior y profundo, o que forma parte de la esencia de una cosa o naturaleza íntima de un ser. Sin embargo, la perspectiva jurídica del término, según el especialista Juan Morales Godo, no ha sido la más pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pues se trataría de una

noción “(...) que va impregnada de la idiosincrasia de los valores culturales que derivan muchos de ellos, de la estructura económico-social de una sociedad (...)” (Morales Godo, 2002, p. 52).

A su turno, y de una manera muy acertada, nuestro principal intérprete constitucional advierte que el referido derecho posee un núcleo de protección que implicaría necesariamente “(...) excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal (...)”. Agregando que se trataría por ende de una “(...) libertad en un sentido negativo, en tanto excluye o impide que terceros -entre ellos, claro está, el mismo Estado puedan acceder a determinados contenidos que la propia persona desea resguardar (...)”⁽⁷⁾.

Para concluir el citado concepto que nos evoca en esta oportunidad, es prudente hacer referencia al antecedente del famoso fallo norteamericano recaído en el caso *Brents vs. Morgan*, en donde se indicó puntualmente que es “(...) el derecho a gozar de una soledad: el derecho que tiene cada persona a no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene interés legítimo (...)” (Morales Godo, 2002, p. 983). O como la recordada doctrina anglosajona, que en su momento lo catalogó en el sentido de “(...) right to be alone, esto es, el derecho a no ser perturbado (...)”⁽⁸⁾. Desde tal óptica, y según lo plasmado anteriormente se puede afirmar con certeza que se trataría del “derecho a ser dejado solo y tranquilo”⁽⁹⁾, o simplemente el “derecho a ser dejado en paz”⁽¹⁰⁾.

- **El honor.** Se lo puede definir lógicamente como el sentimiento eminentemente subjetivo de autoestima, es decir, la apreciación positi-

⁽⁷⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0009-2014-PI/TC, fundamento N.º 6.

⁽⁸⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0009-2014-PI/TC, fundamento N.º 7.

⁽⁹⁾ Famosa definición del juez norteamericano Cooley en 1873.

⁽¹⁰⁾ El juez norteamericano Brandeis definió en 1928 el derecho a la intimidad como “el derecho a ser dejado en paz, el más extenso de los derechos y el derecho más atesorado por un pueblo libre” (Mazon Costa, 2003).

va que la persona hace de sí misma. Esta autoestima es violentada o trasgredida, cuando terceras personas cometen casos de ofensa, en público o en privado, o cuando profesan una agresión física, espiritual o psicológica.

- **La reputación.** No es otra cosa que la idea que los demás tienen o suponen de uno. Es la imagen de cada persona frente a los demás, y será vulnerada con el ejercicio de mentiras, calumnias y difamaciones.

En consecuencia, y luego de haber examinado cada uno de los conceptos que nos antecedieron, el Tribunal Constitucional Peruano ha dejado notoriamente establecido que el contenido de la vida privada se encuentra delimitado por “(...) los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (...)”⁽¹¹⁾. En ese sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el particular del caso *von Hannover c. Alemania*, definió “(...) la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano (...)”. Agregando en múltiples casos que dicha protección [...] se extiende más allá de círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aún si es conocida por el público, debe poder gozar de una “legítima expectativa” de protección y respeto de su vida privada [...]”⁽¹²⁾.

3.2. Sus límites jurídico-normativos

Se puede empezar afirmando que el derecho a la vida privada no es considerado en términos absolutos. Es un derecho relativo que tiene notorias limitaciones. En tal sentido, si bien es cierto se pretende garantizar a las personas la defensa de los hechos que considera pertenecen a su vida privada; sin embargo, existen restricciones debidamente funda-

⁽¹¹⁾ Sentencia recaída en el expediente N.º 0009-2007-PI/TC, fundamento N.º 43.

⁽¹²⁾ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Application N.º 59320/00, fundamento 10.

mentadas en la seguridad colectiva, como es el caso de la lucha contra la delincuencia y la corrupción, o cuando está en peligro la seguridad nacional, o por razones eminentemente de salud pública. Pero la dificultad se muestra claramente cuando no se sabe precisar los límites entre el interés individual de proteger la vida privada y el interés social o colectivo de conocer ciertos hechos privados, siempre y cuando existan justificaciones como las ya mencionadas líneas arriba. Es por ello que nuestro legislador debería ser más minucioso al momento de fijar dichos límites.

3.3. Sus mecanismos de protección

Como hemos señalado en el acápite anterior, el derecho a la vida privada no es absoluto; y bien puede ocurrir que sea dejado de lado cuando existan algunas justificaciones legítimas; pero de no ser así, debe respetarse cabalmente el interés de las personas de reservar hechos que corresponden e interesan únicamente a ellas. Por tal motivo, nuestra normativa nacional establece los siguientes mecanismos de protección:

- Artículo 200º inciso 3º de la Constitución Política del Estado Peruano, sobre la Garantía de *Habeas Data*;
- Artículo 61º inciso 2º y artículos 62º, 63º, 64º y 65º del Código Procesal Constitucional Peruano, sobre los lineamientos procesales de la Garantía de *Habeas Data*; y
- Artículos 14º, 15º, 16º y 17º del Código Civil Peruano⁽¹³⁾.

IV. Conclusiones

- El desarrollo de las normas jurídicas supranacionales en el campo del Derecho Internacional de los derechos Humanos, relacionadas estrictamente con las facultades de información; intimidad personal y familiar, poseen un considerable margen o esfera de protec-

⁽¹³⁾ Vinculado con el derecho a la intimidad personal y familiar; derecho a la imagen y voz; confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones; y defensa de los derechos de la persona.

ción de los núcleos esenciales de cada derecho analizado, lo que permite avizorar el establecimiento fáctico de la llamada garantía internacional de las prerrogativas humanas;

- En cuanto a las normas constitucionales pertenecientes al sistema jurídico peruano, vinculadas con las facultades de información; intimidad personal y familiar, se puede apreciar tanto en la doctrina especializada, como en la intención de nuestro legislador y en la visión del supremo interprete constitucional, la necesidad de cumplir con aquel tránsito denominado por el jurista Prieto como el justo y necesario paso del Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho; y
- Finalmente, los mecanismos de protección legal concernientes a nuestro sistema jurídico nacional, relacionados con las facultades de información; intimidad personal y familiar, deben encuadrarse obligatoriamente dentro de los límites legales a los que están sujetos dichas prerrogativas. En otras palabras, circunscribirse dentro del concepto no absoluto de los derechos.

V. Lista de referencias

- ALZAMORA VALDEZ, M. (1977). Los Derechos Humanos y su Protección. Lima: Ariel.
- AYLLÓN, J. R. (2012). El Eclipse de Dios. Viejos náufragos y nuevos ateos. Madrid: Palabra.
- BERNAL, C. (2007). Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo. México: Trotta.
- BERNALES BALLESTEROS, E. (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima: Rao.
- CARBONELL, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. México: Trotta.
- CHANAMÉ ORBE, R. (2011). La Constitución de todos los peruanos. Lima: Fondo Editorial Cultura Peruana.

- LAROUSSE. (1990). Diccionario Enciclopédico Ilustrado . Buenos Aires.
- MAZON COSTA, J. L. (2003). El país. Recuperado el 20 de Julio de 2018, de https://elpais.com/diario/2003/11/30/domingo/1070167969_850215.html.
- MORALES GODÓ, J. (2002). Derecho a la Intimidad . Lima: Palestra Editores.
- NÚÑEZ PONCE, J. (1996). Derecho Informático y Nueva Disciplina Jurídica para una Sociedad Moderna. Lima: Marsol.
- PRIETO, L. (2002). Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Lima: Palestra Editores.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, fundamento 9.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.º 0959-2004-HD/TC, fundamentos 4 y 5.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.º 0009-2007-PI/TC, fundamento 43.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expediente N.º 0009-2014-PI/TC, fundamentos 6 y 7.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Application N.º 59320/00, 2004, fundamento 10.

El derecho de defensa como mecanismo de interdicción a la indefensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

The right of defence as a mechanism of ban to the helplessness in the peruvian constitutional court

TERÁN RAMÍREZ, Teresa Ysabel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho de defensa. 2.1. Concepto de Derecho de Defensa. 2.2. Dimensiones del Derecho de Defensa. 2.3. Derechos que Comprende el Derecho de Defensa. 2.4. Contenido Constitucionalmente Protegido del Derecho de Defensa. 2.5. Anotación en cuanto al Principio de Defensa Privada. 2.6. Anotaciones acerca del Derecho de Defensa o Derecho de Contradicción. 2.7. Modos de Vulneración al Derecho de Defensa. 2.8. Importancia del Derecho de Defensa. III. Conclusión. IV. Lista de referencias.

RESUMEN: El presente documento tiene como propósito dar a conocer los aspectos generales del Derecho de Defensa como derecho fun-

(*) Abogada, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y, Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Conciliadora Extrajudicial y Especializada en Familia. Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca-Perú. Correo electrónico: tyteranr@unc.edu.pe

damental procesal en el Perú. Para tal fin, se acude, esencialmente, a lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, particularmente, a lo anotado en las resoluciones recaídas en los expedientes: EXP. N.º 3997-2005-PC/TC, EXP. N.º 8605-2005-PA/TC, EXP. N.º 00654-2007-AA/TC, EXP. N.º 00926-2007-PA/TC, EXP. N.º 1672-2010-PA/TC, EXP. N.º 00431-2007-Pa/TC, EXP. N.º 05195-2008-PA/TC, EXP. N.º 02098-2010-PA/TC, EXP. N.º 02566-2011-PA/TC, las cuales desarrollan los principales perfiles configurativos de este importante derecho. Ello permitirá comprender la finalidad de la institución mencionada como mecanismo de interdicción a la indefensión de las partes procesales.

Palabras clave: Derecho de Defensa, Indefensión, contradicción.

Abstract: *The present document has as intention announce the general aspects of the Law of Defense as fundamental procedural right in Peru. For such an end, one comes, essentially, to indicated by the Constitutional Peruvian Court in his jurisprudence, particularly, to annotated in the resolutions relapsed into the processes: EXP. N.º 3997-2005-PC/TC, EXP. N.º 8605-2005-PA/TC, EXP. N.º 00654-2007-AA/TC, EXP. N.º 00926-2007-PA/TC, EXP. N.º 1672-2010-PA/TC, EXP. N.º 00431-2007-Pa/TC, EXP. N.º 05195-2008-PA/TC, EXP. N.º 02098-2010-PA/TC, EXP. N.º 02566-2011-PA/TC, which develop the principal profiles configurativos of this important right. It will allow to understand the purpose of the institution mentioned as mechanism of interdiction to the defenselessness of the procedural parts.*

Key words: *Law of Defense, Defenselessness, contradiction.*

I. Introducción

El artículo 139.14 de la Constitución Política peruana de 1993 establece, como principio de la función jurisdiccional, el no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. De ello puede notarse que, el derecho de defensa es un *derecho fundamental procesal*, forma parte del debido proceso y “[...] garantiza sobre toda persona la facultad de alegar lo que convenga a sus derechos e intereses, de modo tal que no pueda ocasionarse en ella un estado de indefensión” (STC, de fecha 07-12-2009, recaída en el Exp. N.º 00431-2007-Pa/TC. F.J. 13); por consiguiente, su observancia es necesaria para determinar la validez del proceso.

En tal sentido, mediante el presente artículo, fundaremos anotaciones acerca del derecho de defensa, considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano; aspecto que permitirá abundar en el conocimiento jurídico en torno a garantías jurisdiccionales.

II. El derecho de defensa

2.1. Concepto de Derecho de Defensa

El Alto Tribunal de la Constitución, en relación al derecho de defensa, ha precisado que, “[...] éste es uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes y que por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-AA/TC), es decir, “el derecho de defensa implica asegurar a las partes la posibilidad de formular alegatos, probarlos y contradecir aquellos que se les opongan” (STC, de fecha 14-11-2005, recaída en el Exp. N.º 8605-2005-PA/TC. F.J. 19).

Agregado a ello, Cubas Villanueva (2009, 59) entiende al derecho de defensa como “[...] la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario”, otorgando así, un sentido a la titularidad de la defensa y al modo en el que la misma se realiza. A su vez, Chamorro Bernal (1994, 112-113) utiliza el término “indefensión constitucional” para referirse al derecho de defensa, el cual significa, “[...] la protección del derecho de todo posible litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*. [...] Esta garantía implica el respeto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis”. En este último caso, además de su titular, la defensa importa un marco de igualdad entre partes procesales, quienes esperan obtener una decisión, acorde a derecho, que refleje sus argumentos expuestos.

2.2. Dimensiones del Derecho de Defensa

Para el desarrollo de este punto, acudiremos a lo que el Tribunal Constitucional ha precisado en la STC, de fecha 22-06-2011, recaída en el EXP. N.º 02098-2010-PA/TC. Así, el Alto Tribunal ha precisado que el derecho de defensa presenta una doble dimensión: material y formal.

2.2.1. Dimensión material

Se encuentra “referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo”. Esta definición de la dimensión material del derecho de defensa, pareciera que se encuentra ligada al proceso penal; o, tuviese su aplicación dentro de éste; sin embargo, debe indicarse que, en virtud de que el Derecho de Defensa se extiende o tiene su campo de aplicación dentro de todo proceso existente, tal derecho no sólo se aplicará dentro de un proceso penal, sino también al interior de los procesos civil, mercantil, administrativo, etc.; ello en razón de que toda persona natural o jurídica a quien se le atribuya la comisión de un delito o se requiera satisfaga un interés, deberá hacer uso del derecho de defensa que le asiste, es decir, podrá contradecir las imputaciones o las exigencias que se le atribuyan, podrá ofrecer pruebas, podrá hacer uso de los recursos que el ordenamiento jurídico prevé, etc.; todo ello con el fin de desvirtuar las imputaciones o las exigencias que se le requieran.

2.2.2. Dimensión formal

En términos del Tribunal Constitucional, esta dimensión se caracteriza por lo siguiente:

“Supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso”.

Entonces, la defensa significa el derecho de toda persona a contar con un abogado de su libre elección, quien ejercerá la tutela de sus de-

rechos e intereses durante todas las fases procesales y dentro del marco de lo que establecen la Constitución y la ley. Ello con el fin de la no indefensión de quien es parte procesal.

2.3. Derechos que Comprende el Derecho de Defensa

En cuanto a los derechos que comprende el Derecho de Defensa, el supremo Tribunal considera lo siguiente:

“[...] el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce las garantías judiciales, mientras que en su inciso 2 establece las garantías mínimas que la defensa debe tener. Siendo ello así, algunas de las garantías judiciales mínimas reconocidas a la defensa son: (i) la presunción de inocencia; (ii) la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; (iii) el plazo razonable para la preparación de la defensa; (iv) el derecho de defensa técnica; (v) el derecho a tener un defensor; (vi) el derecho a interrogar testigos; (vii) el derecho a no autoinculparse; y (iv) el derecho a presentar un recurso de apelación” (STC, de fecha 03-11-2007, recaída en el EXP. N.º 00926-2007-PA/TC. F.J. 31-32).

De lo aquí anotado entendemos que el derecho de defensa se compone de determinadas garantías, las cuales se singularizan por otorgarle protagonismo a las partes procesales con el objeto de que, éstas, no se encuentren bajo circunstancias de indefensión. A continuación, anotamos aspectos genéricos, en relación a los derechos que comprende el Derecho de Defensa.

2.3.1. La presunción de inocencia

Es el derecho que goza el imputado, en un proceso penal, que comporta el hecho de que a éste no se le considere autor del delito que se le atribuye, mientras no se declare judicialmente su responsabilidad. Esta garantía se encuentra regulada en el literal e. del artículo 2 de la Constitución, cuando se señala: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”, y en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), al prescribir que: “*1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se declare lo contrario*”.

y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado...”.

Ahora bien, en opinión de Binder, citado por Cubas Villanueva (2009, 55), “[...] la presunción de inocencia significa, *primero*, “construir su inocencia”; *segundo*, que solo una sentencia declara esa culpabilidad “jurídicamente construida” que implica la adquisición de un grado de certeza; *tercero*, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial; y *cuarto*, que no pueda haber ficciones de culpabilidad, la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad”.

De lo anotado cogimos que, la presunción de inocencia es un derecho que corresponde al imputado, quien es considerado inocente desde el inicio del proceso hasta el momento en que, judicialmente, se lo declare como responsable de determinada conducta ilícita; tal consideración permite custodiar el derecho de defensa del imputado.

2.3.2. La comunicación previa y detallada de la acusación formulada

Esta garantía, “[...] se refiere al conocimiento efectivo que debe tener el imputado del hecho que se atribuye, el cual debe comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo; los elementos de convicción y prueba existentes. Esta información debe hacerse antes de comenzar la declaración, debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal. Así se posibilita el ejercicio real del derecho de defensa” (Cubas Villanueva; 2009, 61).

Por tanto, para la concretización del Derecho de Defensa del acusado, es necesario que se cuente con una acusación previa y detallada; a fin de que dicho sujeto se encuentre en la posibilidad de cuestionar su contenido y, por ende, con ello, desvirtuar la correspondiente acusación en su contra.

2.3.3. El plazo razonable para la preparación de la defensa

Consiste en el periodo prudencial que debe otorgarse al defensor, a efectos de que prepare los argumentos que sustentan la defensa del imputado.

2.3.4. El derecho de defensa técnica y el derecho a tener un defensor

Significa que, dentro de un proceso, toda persona debe contar con el asesoramiento de un abogado, cuyo rol, entre otros, es aportar el material probatorio que permita sustentar sus alegaciones y contrariar las imputaciones de la contraparte. Asimismo, “[...] la ausencia de la asistencia letrada de las partes en juicio determina una desigualdad procesal y propicia la indefensión constitucionalmente reprobada” (Quiroga León; 2003, 72).

2.3.5. El derecho a interrogar testigos

En todo proceso, es facultad de las partes el formular pruebas que permitan justificar y/o desvirtuar las alegaciones que tengan de acuerdo a sus intereses; en tal sentido, las testimoniales son las declaraciones realizadas por los testigos, debidamente identificados, y que constituyen medios de prueba; por lo que, es derecho de las partes participar en el interrogatorio a los mismos, con el fin de obtener información que sirva para la estricta defensa de la parte procesal.

2.3.6. El derecho a no autoinculparse

Tal garantía está referida al derecho que tiene el justiciable de expresar declaraciones que convengan a sus intereses, pudiendo, dentro de este marco, no atribuirse responsabilidad respecto a los hechos que se le imputan.

2.3.7. El derecho a presentar un recurso de apelación

La presentación de un recurso de apelación u otro recurso impugnatorio, constituye derecho del justiciable; mediante el cual, dicho sujeto pretenderá que el órgano jurisdiccional superior jerárquico revise la decisión expedida en primera instancia, con la finalidad de revocar la decisión emitida y/o con el fin de confirmarla.

2.4. Contenido Constitucionalmente Protegido del Derecho de Defensa

Al respecto el Tribunal Constitucional, ha indicado lo siguiente:

“[...] el derecho de defensa, contemplado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, tal contenido garantiza que toda

persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva” (STC, de fecha 12-08-2005, recaída en el EXP. N.º 3997-2005-PC/TC. F.J. 8)

En el mismo sentido se encuentra referido el voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz en la STC, de fecha 15-09-2010, recaída en el EXP. N.º 05195-2008-PA/TC. F.J. 2. A su vez, entiéndase que el Tribunal Constitucional concibe al Derecho de Defensa como parte integrante del debido proceso; pues, el inciso 3 del artículo 139 está referido a la garantía del debido proceso y no al derecho de defensa puntualmente. Por tanto, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, es *la prohibición de indefensión* de todo sujeto de derecho que es parte de un proceso.

2.5. Anotación en cuanto al Principio de Defensa Privada

En relación a este Principio, en doctrina nacional se ha acotado lo siguiente:

Es el “[...] principio vinculado a la actividad del demandado en un proceso judicial, corresponde en principio al sujeto pasivo del proceso ejercer el derecho de defensa, ejercer el contradictorio, el juez no puede tomar partida en esta actividad pues sólo le corresponde al destinatario de la pretensión, por el contrario corresponde al juez darle la oportunidad al demandado de ser escuchado, es decir efectuar un debido emplazamiento, evitando la indefensión” (Hurtado Reyes; 2009, 151-152).

De otro lado, se requiere para el ejercicio de la defensa privada, la existencia de un emplazamiento válido; por cuanto, para poder defenderse hay que tener conocimiento de aquello frente a lo que hay

que hacerlo; de ahí la importancia de las notificaciones, citaciones y emplazamientos.

2.6. Anotaciones acerca del Derecho de Defensa o Derecho de Contradicción

El Tribunal Constitucional ha precisado:

El derecho de defensa, “[...] en cuanto derecho fundamental se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés (fundamento 3 de la STC 0282-2004-AA/TC)” (STC, de fecha 31-08-2011, recaída en el Exp. N.º 02566-2011-PA/TC. F.J. 5).

Como puede notarse, el Derecho de Defensa es de carácter “fundamental” y presenta una doble proyección; toda vez que, prohíbe la indefensión dentro de un proceso así como permite la configuración de la contradicción. En este último lineamiento, corresponde anotar que la doctrina equipara el derecho de contradicción con el derecho de defensa. Así, Hurtado Reyes (2009, 374) ha precisado que, “[...] técnicamente es más correcto decir que el demandado ejercita su defensa haciendo uso del derecho subjetivo de contradicción”. Por su parte, García Chávarrri (2008, 139) precisa que “[...] la contradicción tiene que ver con la posibilidad de formular alegatos o pretensiones en igualdad de condiciones. Este derecho de contradicción también comprende el disponer de un tiempo adecuado para preparar dicha defensa; el derecho de contradicción incluye además el derecho a ser informado, sin demora, en forma detallada y en idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra”.

Por tanto, concluimos que, el derecho de contradicción es la facultad del justiciable de ejercer su defensa frente a las alegaciones formuladas en su contra; para ello, empleará los medios probatorios que sustenten sus alegaciones y ejercerá su derecho a la impugnación, en este último caso, a fin de expresar su disconformidad con las decisiones judiciales que le causen perjuicio, a efectos de tutelar sus derechos e

intereses. Asimismo, el derecho de contradicción no tiene independencia en su ejercicio; debido a que, únicamente será ejercitado cuando el derecho de acción del actor haya sido activado.

2.7. Modos de Vulneración al Derecho de Defensa

En cuanto a la vulneración del derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha indicado que:

“[...] el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (Exp. N.º 1231-2002-HC/TC, fundamento 2) (STC, de fecha 15-09-2010, recaída en el EXP. N.º 05195-2008-PA/TC. F.J. 2)⁽¹⁾.

Además, en opinión de Cubas Villanueva (2009, 63):

“[...] se vulnera el derecho de defensa cuando se adopta cualquiera de las siguientes actitudes:

- Se obliga al imputado a autoinculparse.
- Se niega la asistencia de un abogado.
- Se impide al abogado comunicarse con su defendido.
- Se hacen las notificaciones con retraso.
- Se niega el acceso al expediente o a las diligencias vinculadas al proceso.
- Se obstaculizan los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos”.

En consecuencia, todo acto contrario a los derechos que comprenden el Derecho de Defensa, importando un estado de indefensión, constituye afectación a esta garantía; situación que, dentro de nuestro Estado, se encuentra proscrita.

⁽¹⁾ En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC, de fecha 10-07-2007, recaída en el EXP. N.º 00654-2007-AA/TC. F.J. 15 y en la STC, de fecha 14-04-2009, recaída en el EXP. N.º 1672-2010-PA/TC. F.J. 4.

Ahora bien, conforme dejáramos precisado, el Derecho de Defensa se presenta en todo proceso, incluso en el procedimiento Administrativo. En este contexto, es de precisar un singular escenario. Imagine que dentro de un procedimiento administrativo, cuyos sujetos intervinientes son la Administración y el Administrado, la Administración notifica al Administrado con un Acta en la que se le manifiesta haber incurrido en un conducta tipificada como infracción en determinada normativa jurídica, concediéndole, a este último sujeto, el plazo de 7 días para que realice su “descargo” en relación al caso. Es así que, dentro del mencionado plazo, dicho Administrado presenta, ante la Administración, el descargo correspondiente y adjunta, en él, las pruebas necesarias que sustentan sus alegaciones, las cuales son pertinentes e idóneas para desvirtuar las exposiciones de la Administración; ello en ejercicio de su Derecho de Defensa, según el cual, encuentra abierta la posibilidad para contradecir, justificadamente, las alegaciones en su contra. Empero, con posterioridad, la Administración emite Resolución Administrativa mediante la cual establece sanción al Administrado, sin haber valorado el contenido del documento del descargo presentado. En este contexto, corresponde preguntarnos: ¿La no valoración del contenido del documento de descargo, por parte de la Administración, implica una afectación al derecho de Defensa del Administrado?; consideramos que sí, por cuanto, el descargo, documento mediante el cual el Administrado ejerció su derecho de Defensa, no ha sido considerado ni valorado por la Administración; aspecto que representa quebrantamiento a la dimensión material del Derecho de Defensa del Administrado, dado que, si bien dicho sujeto ejerció su derecho a la contradicción, presentando medios de prueba necesarios para justificar sus argumentos, los mismos no fueron considerados por la Administración al momento de decidir el asunto. Definitivamente, en el supuesto aquí puntualizado, queda accesible la oportunidad, del Administrado, de actuar según sus derechos e intereses, conforme a lo regulado por el derecho.

Finalmente, el Derecho de Defensa debe ser efectivizado, evitando su vulneración como derecho fundamental procesal, máxime si permite dotar de validez y de garantía al proceso en el cual opera.

2.8. Importancia del Derecho de Defensa

Consideramos que la importancia del derecho de defensa tiene un doble contenido, de un lado, es relevante por cuanto permite que ninguna de las partes procesales se encuentre en estado de indefensión; y, de otro lado, teniendo en cuenta que el Derecho de Defensa forma parte del Debido Proceso, es significativo por cuanto permite la validez del proceso y de los actos procesales en él realizados; por consiguiente, su tutela se encuentra plenamente aprobada.

III. Conclusión

El Derecho de Defensa tiene regulación en el artículo 139.14 de la Constitución Política peruana de 1993; asimismo, considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este derecho pertenece al Debido Proceso en tanto principio-derecho de la función jurisdiccional, señalado en el artículo 139.3 del texto constitucional. En cuanto a su particular carácter, como derecho fundamental procesal, la Defensa se singulariza por la prohibición de indefensión de las partes procesales y, por la posibilidad de ejercer, dentro del proceso, contradicción a la contraparte, de cara a la igualdad de condiciones. Por ello, en un Estado Constitucional de Derecho, como el nuestro, su observancia es exigida de modo incluíble.

IV. Lista de referencias

IV.1. Textual

- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. 2009. El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación. Lima: Editorial Palestra.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. 1994. La Tutela Judicial Efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. 2008. Acusación Constitucional y Debido Proceso. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

HURTADO REYES, Martín. 2009. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Lima: Editorial IDEMSA.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. 2003. El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derecho Humanos. Lima: Editorial Jurista Editores.

IV.2. Resoluciones del Tribunal Constitucional peruano

- Exp. N.º 3997-2005-PC/TC, de fecha 12-08-2005.
- Exp. N.º 8605-2005-PA/TC, de fecha 14-11-2005.
- Exp. N.º 00654-2007-AA/TC, de fecha 10-07-2007.
- Exp. N.º 00926-2007-PA/TC, de fecha 03-11-2007.
- Exp. N.º 1672-2010-PA/TC, de fecha 14-04-2009.
- Exp. N.º 00431-2007-Pa/TC, de fecha 07-12-2009.
- Exp. N.º 05195-2008-PA/TC, de fecha 15-09-2010.
- Exp. N.º 02098-2010-PA/TC, de fecha 22-06-2011.
- Exp. N.º 02566-2011-PA/TC, de fecha 31-08-2011.

Constitución y derechos del consumidor

Constitution and the rights of the consumer

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Defensa de la Persona como fin supremo del orden económico, social y jurídico, fundamento del derecho del Consumidor. III. Libertad específica, libertad contractual y el derecho a la igualdad (asimetría informativa): fundamento del derecho consumidor. IV. Modelo protección del consumidor y usuario en la Constitución peruana. V. Conclusiones VI. Lista de referencias.

Resumen: El Derecho de los Consumidores es uno de los aspectos novísimos del desarrollo histórico del Estado Constitucional de Derecho, en donde justamente la protección y promoción de los derechos fundamentales configuran su naturaleza ontológica. El presente artículo pretende someramente ubicar los fundamentos constitucionales de los derechos del consumidor y usuarios, su nexo entre la concepción de defensa de la persona, los principios económicos y los deberes del

(*) Doctor en Derecho. Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III, Madrid, España. Magister en Derecho por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Docente de Pre y Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Comisionado de la Comisión Regional de Cajamarca, del INDECOPI.

Estado. Para ello, analizamos el modelo de protección establecido en el artículo 65 de la Constitución. Asimismo, indicamos los desafíos del debate de las garantías de los derechos del consumidor y la necesaria reforma constitucional para mejorar su protección.

Palabras clave: Defensa de la persona, derechos del consumidor y usuario, constitución económica, deber de protección.

Abstract: *The rights of consumers is one of the newest aspects of the historical development of the constitutional rule of law, on where precisely the protection and promotion of fundamental rights set up its ontological nature. This article aims to briefly place the constitutional foundations of the rights of consumers and users, your link between the concept of defence of the person, the economic principles and the duties of the State. This analyses the model of protection laid down in article 65 of the Peruvian Constitution. Also sets challenges for the discussion of the guarantees of the rights of the consumer and the necessary constitutional reform to improve its protection.*

Key words: *Defence of the person, rights of the consumer and user, economic Constitution, duty of protection.*

I. Introducción

Un país, una sociedad, un Estado solo sobrevive produciendo y comercializando bienes y servicios para satisfacer las necesidades básicas o suntuosas de su población. Se produce para el consumo. Sin consumo no hay producción. El consumidor es la parte final de todo el proceso de producción. Sin consumidores no hay retorno de la inversión productiva, utilidad, ganancia, no hay capitalización.

Por tanto, debemos empezar afirmando que el consumidor es un elemento esencial del modelo económico y social, de la estructura económica de un determinado país, y ahora lo es en la estructura mundial del mercado, como resultado de la globalización del mismo. Ese modelo económico predominante en mundo se traduce en modelos jurídicos normativos, desde el plano jurídico legal e incluso, modernamente, en el plano constitucional. Entonces, debemos empezar discutiendo cuáles son los elementos de ese modelo económico constitucionalizado y cuál es dentro de este modelo, la concepción de consumidor, sus derechos y estatus jurídico.

II. Defensa de la persona como fin supremo del orden económico social y jurídico: fundamento del derecho del consumidor

Encabeza nuestra Constitución la prescripción de que *La defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*. Comprender en su magnitud esta prescripción sustancial de nuestro orden constitucional nos ayuda a ubicar en toda plenitud la importancia de la defensa del consumidor y usuario.

La persona como tal es el elemento esencial del orden social, económico, político o cultural. Sin ella, no existe sociedad ni Estado y por tanto orden jurídico. Pero qué es la persona? Siguiendo al maestro Fernández Sessarego, la persona es una “unidad psicósomática y sustentada en su libertad” (Constitución comentada), siendo ello correcto, precisamos que para nosotros la persona, es una unidad psico bio-social. Es decir, una combinación de cuerpo, psiquis y libertad, entendida ésta como la interrelación intersubjetiva de la persona con su prójimo y su entorno. De ahí que, el maestro Fernández afirme que es la libertad la que determina la contextura ontológica de la persona. *“La libertad es lo que permite al ser humano constituirse como un ser dotado de una dimensión espiritual. Ser libre significa tener permanentemente que elegir (...) para elegir hay que preferir entre las múltiples opciones con que se cuenta para vivir la vida, es decir para determinar el destino personal, para decidir sobre el singular proyecto de vida”*

La persona es el componente central de la sociedad, es decir parte del conjunto de relaciones intersubjetivas libres, que configura la pertenencia a un grupo, a un ente colectivo, a una cosmovisión, a un idioma, a un colectivo humano. La persona es el centro del orden político pues su libertad se traduce en su capacidad de elección, aceptación o rechazo de las relaciones de poder y de gobierno y su libertad para autodeterminarse al establecer límites a su propia libertad para no afectar la libertad del otro, esto a través del derecho. Asimismo, la persona es el componente central del orden económico, pues como propietario de bienes o de su fuerza de transformación, constituye la única posibilidad de lograr riqueza social: con su trabajo y la propiedad.

Es el ejercicio de esa libertad el ámbito donde ubicamos a la persona como consumidor y usuario. Pues la persona para lograr su proyecto de vida tiene que adquirir, elegir, bienes y servicios para satisfacer sus necesidades, sean básicas o suntuarias. Sin consumo y uso de esos bienes y servicios que las propias personas producen y comercializan, no se puede configurar el proyecto de vida.

Entonces, cuando la norma fundamental pone como primera piedra jurídica del enorme edificio que es la sociedad, el Estado y el Derecho, a la persona, no solo está expresando una realidad, sino que apertura la norma fundamental con una orden, una prescripción sustancial, si la persona es lo más importante en la existencia, su defensa y el respecto de su dignidad será el fin supremo de la sociedad y del Estado, y por consiguiente del orden normativo.

III. Libertad contractual y el derecho a la igualdad (asimetría informativa): fundamento del derecho consumidor

Por otro lado, uno de los logros históricos del ámbito de los derechos fundamentales es el ámbito de la libertad individual, entendida como la no interferencia del poder (cualquiera sea su denominación, pero mayormente entendido como el poder del Estado) para limitar, prohibir o reprimir el accionar, la actividad, la iniciativa, el pensamiento o la conducta de la persona en su logro de su finalidad como tal.

Una de esas expresiones de esta libertad es la libertad contractual, en sus dimensiones de libertad de contratación y libertad a contractar, sustentada en la autonomía en la autonomía de la voluntad. En ese razonamiento, si todos tenemos esa libertad, todos podemos celebrar bajo esa supuesta autonomía, contratos y, por tanto, sujetarse a los efectos de los contenidos (cláusulas) de esos contratos.

Pero ahora bien, el propio ordenamiento de protección de la libertad contractual, basándose en la supuesta igualdad de las partes, ha diseñado instrumentos de protección para evitar que alguna parte, abusando de su posición de dominio, o sobre todo abusando de su poder económico, induce a la otra parte a someterse a contratos de naturaleza

leoninos, injustos o arbitrarios o que lesione su proyecto de vida. De ahí que, los ordenamientos jurídicos, en su mayoría, disponen limitaciones a la libertad contractual teniendo en cuenta el interés social, el interés público o ético, y prohíbe el abuso del derecho.

Ahora bien, cómo se traduce esta limitación a la libertad contractual y represión al abuso del derecho, en el ámbito de la defensa del consumidor. Pues, el gran desarrollo de la producción en serie, con masiva presencia de productos en el mercado de contenido altamente tecnológico y complejo para el entendimiento del adquirente, sea por su contenido o dificultad en el uso o consumo, nos referimos, por ejemplo, a los productos transgénicos, productos medicinales con contenido y efectos secundarios, productos financieros complejos para el entendido, monedas virtuales, transferencias electrónicas, comisiones, etc. o plazos contractuales incomprensibles frente a un adquirente que compra el bien por necesidad, sea básica o suntuosa y de satisfacción mediata. Este comprador no cuenta con el conocimiento o información adecuada para que su voluntad sea discernida con justicia y razonabilidad. Se genera en la práctica un desequilibrio entre el ofertante (vendedor) y demandante (comprador) con respecto al producto y a las condiciones de utilización y pago del mismo. Se quiebra el principio de igualdad contractual, generándose un abuso del derecho a la libertad de contratación por una de las partes, pues existe una asimetría informativa de la oferta en afectación a la demanda, configurándose un abuso del dominio, informativo, procedimental con cláusulas abusivas predeterminadas y sin posibilidad de negociar su contenido. Más aún, cuando modernamente los ofertantes utilizan campañas de mercadeo masivo y de inducción al consumo de productos que llevan a una serie de abusos en la comercialización de otros.

El estado a quien voluntariamente hemos cedido autoridad para limitar nuestros derechos o evitar el abuso del ejercicio de los mismos, tiene que intervenir, buscando restablecer el equilibrio, la igualdad.

a. La libertad de empresa y comercio y derecho a la persona

Otro logro histórico de los derechos fundamentales es la libertad de empresa y comercio, que junto al derecho a la propiedad, sustenta-

ron las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, permitiendo como expresión de la libertad de disfrutar del trabajo y la riqueza, imponer el criterio que la persona es libre para establecer cualquier tipo de industria, trabajo, o negocio con el fin de generar riqueza y comercializar el producto o el servicio que se genera. Obviamente, el ejercicio de esa libertad suponía el previo reconocimiento al derecho de la propiedad, tanto de aquella que genera riqueza directa, la propiedad de la tierra, es decir la renta, o la riqueza de los medios de producción, la plusvalía. Entonces, la realización de la persona propietaria es producir y comercializar, utilizando el mercado como espacio para transferir, vender, intercambiar el bien o servicio que ha producido, sin que el poder del Estado impida o restrinja esta producción y comercialización generada por su empresa. Evidentemente, el ejercicio de este derecho supone que alguien primero tenga propiedad o capital, pero eso otra discusión.

Sin embargo, esta libertad de empresa y comercio también puede afectar y, así lo hace, al consumidor de los bienes y servicios que realiza la empresa. Pueden afectar la salud de la persona, puede afectar el orden público, la seguridad de la persona, o las expectativas que el adquirente del bien o servicio espera disfrutar. Así por ejemplo, la empresa de bienes alimentarios que produce alimentos con graves contenidos contaminantes. O, una empresa que divulga la venta de un producto que dice que es leche y no lo es. Una clínica que vende el servicio de cirugía estética y el resultado no es lo esperado teniendo en cuenta en grado de especialidad y detalle que se espera; una discoteca que funciona con fumadores de tabaco abiertos y afectando la salud de los vecinos; una red de antenas aéreas que puede ocasionar distorsiones en el funcionamiento neuronal. Una empresa que distribuye frutas frescas con alto contenido de pesticidas no aptos para el consumo humano. Un banco que oferta intereses por depósito bancarios con mecanismos engañosos. Todas estas circunstancias, genera que el Estado, en nombre del interés social, intervenga precisamente para proteger los intereses difusos, pues promoción y ejercicio de la solidaridad es inherente a los derechos sociales, por ejemplo el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, a la utilización de los recursos naturales, derecho a la seguridad, información y salud de los consumidores

y usuarios, derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, derecho a la paz, entre otros.

Por otro lado, las empresas o negocios pueden comportarse en el mercado con un actitud agresiva o de mala fe, que por un lado concentre en una toda las posibilidades de oferta de bienes limitando la posibilidad de elección que tiene el consumidor y por otro lado, puede que el negocio o la empresa abusando de su posición en el mercado concerté precios afectando el interés del consumidor o usuario al momento de tomar una decisión por tal o cual producto conforme al precio. Este actitud empresarial evidentemente entran en colisión no solo con reglas del libre mercado, transgresión de la libre competencia (monopolio), sino con actitudes anticompetitivas (concertación), pero que sobre todo afectan la libre decisión de los consumidores y usuarios.

Frente a estas circunstancias agresivas a los derechos de las personas, en calidad de consumidores o usuarios, el Estado debe intervenir, para proteger el interés social, sea en el sentido difuso o subjetivo. En ese sentido debemos afirmar que ante el ejercicio y protección de los derechos de las personas, el Estado no un ente neutral, siempre estará al lado de los primeros, aunque ante un litigio de interés o derechos, su función, a la hora de resolverlos, será imparcial.

IV. Modelo protección del consumidor y usuario en la constitución peruana

Hemos visto cual es el modelo económico del Estado peruano, sus principios y reglas constitucionales, como también hemos explicado la importancia de considerar al consumidor y sus derechos, como parte de este modelo económico constitucional.

Ahora pasaremos a analizar y discutir el contenido de la norma constitucional peruana de protección de los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que esta cláusula debe interpretarse como parte inseparable de todo el texto constitucional. La norma constitucional que expresa la regulación sobre los derechos de los consumidores y su protección es el Artículo 65, el mismo que prescribe:

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

4.1. Efectos de la disposición constitucional

a. *Efectos objetivos: Deber del Estado*

El artículo 65 de la Constitución establece un principio rector de la actuación del Estado ante el interés del consumidor y usuario. La Constitución le ordena al Estado defender sus intereses. Este deber se concretiza en orientar, en algunos casos regular, la actividad económica, financiera o de otra índole teniendo en cuenta la defensa del interés del consumidor y usuario. En ese sentido, está obligado constitucionalmente a desarrollar políticas públicas y normativas concernientes a la protección de los intereses del consumidor y usuario, por ejemplo, sobre la promoción de la calidad en la producción de bienes y servicios, sean estos de fuente pública o privada, políticas de empaquetado de productos, políticas o normas sobre el uso de pesticidas, promoción de la libre competencia, promoción de la calidad en los servicios educativos, médicos, servicios públicos de agua, de telefonía, entre otros.⁽¹⁾ Tal como veremos más adelante.

b. *Efectos subjetivos*

El Artículo 65 configura otro efecto. Consagra derechos subjetivos, reconoce la facultad de acción defensiva del consumidor y usuario en los casos de transgresión o desconocimiento de sus derechos por parte de los privados, exigiendo al Estado una actuación determinada cuando se produce una acción u omisión del proveedor que afecte sus derechos expresos: derecho a la información, salud y seguridad o sus derechos implícitos. La cláusula constitucional también obliga al Estado a establecer garantías de protección de los derechos fundamentales: garantías procesales: órganos de resolución de conflictos con procedimientos

⁽¹⁾ Ver: Exp.N.º 008-2003 AI/TC, ff.jj.30 y 31

especiales para resolver las controversias: INDECOPI, OPSITEL, entre otros. En los próximos ítems trataremos sobre los derechos subjetivos del consumidor y usuario.

c. *Efectos verticales y horizontales*

Los derechos fundamentales surgieron en la historia como límites al poder, especialmente del poder político estatal. En ese sentido, se estructuraron con efectos verticales, por decirlo así, la persona frente al Estado. Sin embargo, sus efectos en el moderno constitucionalismo también se expande en forma horizontal, es decir plantean exigencias, limitaciones y deberes de la persona con respecto a otra, y en donde el Estado se modela no como un mero observador, sino como veedor del respecto de esos valores que encierran los derechos fundamentales. En ese sentido, los derechos del consumidor y usuario exigen un determinado comportamiento del proveedor frente al consumidor y usuario. Son derechos que configuran una relación entre dos sujetos el proveedor y consumidor o usuario, a estos últimos se le reconoce una serie de derechos subjetivos a los primeros una serie de deberes y obligaciones que garantizan los derechos de los primeros.

4.2. Sujetos de Protección

La cláusula constitucional contenida en el artículo 65 establece dos sujetos de protección: consumidor y usuario, a diferencia de la mayoría de disposiciones constitucionales de otros Estados que bajo el término consumidor, engloban ambos. Esta es una especificidad que hay que tomarla en serio. Los términos consumidor y usuario en el texto constitucional configuran términos abiertos, indeterminados, que en nuestra opinión, tratándose de un derecho fundamental, su ámbito de aplicación referido al sujeto, debe ser cuidadosamente explicado. Esta ambigüedad ha venido siendo resuelta por las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y las decisiones administrativas no sin controversias, como veremos.

a. *Primera ambigüedad: quién es el consumidor y usuario*

En el ámbito de los derechos del consumidor ocurre, como en la mayoría de derechos que tienen que ver con la producción, la ganancia

y utilidad, como es en el derecho laboral, derecho empresarial, y otros, que se manifiestan dos tendencias claras al momento de discutir su contenido constitucional. Por ejemplo, en el derecho laboral suele haber el enfoque pro empleador y pro trabajador al interpretar las normas sobre la estabilidad, despido y beneficios laborales. Dependiendo en qué lado uno se sitúa en el razonamiento, para otorgar mayor o menor fundamentos suficientes para resolver, sobre todo cuando hay litigios. Lo mismo ocurre en el Derecho del Consumidor, la tendencia pro consumidor es bien marcada como lo es también la tendencia pro empresario. Generalmente, esta última tendencia olvida el carácter tuitivo que tiene el Derecho del Consumidor, sobre todo cuando explicamos que este derecho es parte de los pilares en que se cimienta una República democrática y social, como es la nuestra.

Estas tendencias en el Derecho Consumidor se expresan, por ejemplo, a la hora de definir lo que es consumidor o usuario. Para unos, el concepto de consumidor y usuario deben ser lo más restringido posible supuestamente para poder defender su interés y derechos, para otros no, cuando más amplio es su ámbito conceptual más amplio en su protección.

Sobre este aspecto, sobre la interpretación y protección de los derechos, tratándose del Estado, incluyendo a sus funcionarios, éste no puede ser neutral sino imparcial. Me explico: en el ámbito de la interpretación de los derechos, el Estado por mandato de la Constitución tiene el deber de promover, proteger y garantizar los valores, principios y contenidos de los derechos fundamentales, pues así está diseñado el modelo de una República, democrática y social como es la nuestra, por ello, los principios *pro homine* y el *indubio pro personae* prevalecen sobre cualquier otra consideración. Lo que sí estamos de acuerdo es que el Estado, sus órganos y funcionarios, deben ser imparciales cuando existan litigios o controversias con respecto al ejercicio de esos derechos.

En la doctrina se emplea el término consumidor en tres sentidos: genérico o abstracto, concreta, y restrictiva. El sentido genérico o abstracto, identifica al consumidor como todo ciudadano que como tal aspira a satisfacer sus necesidades, mejorando sus estándares de vida. Esa idea genérica o abstracta es la que se emplea en los primeros inicios del

derecho del consumidor. Por ejemplo, así se establece en la Resolución del Comunidad Económica Europea de 1975 y que sirve de antecedente de estos derechos. Esta noción ayuda a establecer políticas públicas de protección del consumidor, acudiendo al deber que tiene el Estado de proteger sus intereses, en ese sentido justifica la protección de los derechos difusos del consumidor en general.

Sin embargo, hay otro concepto de consumidor que la doctrina le denomina la concepción concreta de consumidor, la misma que a la vez incluye una concepción amplia y estricta. Esa concepción permite justificar el derecho consumidor como derecho subjetivo. En la primera, consumidor es todo aquel que participa en el mercado de bienes y servicios como cliente, es decir adquiriendo, comprando bienes y servicios. No interesa si el bien adquirido sea para el uso final, personal o familiar del comprador, es el caso del empresario que compra bienes para dedicarle a sus fines empresariales. En la concepción estricta, consumidor es aquella persona natural o jurídica que adquiere bienes y servicios para su utilización final, para su consumo directo e inmediato. En esta concepción, solo será consumidor la persona que está al final, en la parte última del proceso de producción, el sujeto que adquiere el bien para su uso directo y final, y no como valor de intercambio.

En el caso peruano, la doctrina y la jurisprudencia influenciada por ese ánimo restrictivo, ha sostenido la idea estricta de consumidor, es decir aquél que adquiere un bien para su uso final y directo, adicionando a ello, la tesis de que para que el Estado proteja sus derechos, este consumidor deberá ser catalogado como consumidor razonable, consumidor diligente. Para esta tesis si se cumplen los estándares del consumidor razonable, éste es el que debe ser protegido y defendido en sus derechos e intereses.

Así, lo entendió INDECOPI en sus diversas jurisprudencias. Para esta institución consumidor razonable es “(...) una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado”⁽²⁾. En otras palabras, consumidor

⁽²⁾ Ver: Resolución N.º 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI

razonable es *aquel que antes de tomar una decisión de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente sobre los bienes y servicios, siendo sus principales fuentes de información el documento o medio que contiene los términos y condiciones en los que se contrata el producto o servicio, el lugar de contratación, la publicidad, la información contenida en el rotulado o envase del producto, las marcas de los mismos, los precios, etc.*⁽³⁾

Esta interpretación restrictiva de la definición de consumidor, no toma en cuenta nuestra realidad social, económica y cultural, en donde el consumidor es una persona, muchas veces analfabeta, o con muy poca educación o baja autoestima. Y, aun siendo una persona educada, con un mínimo de razonabilidad en sus decisiones, su condición de aborigen, perteneciente a una etnia, o con una diferencia idiomática distinta a la del castellano, lo hace particular en sus preferencias y particular en su posibilidad de comprender a cabalidad las condiciones contractuales de circulación de los bienes y servicios o los contenidos de los productos que adquiere en el mercado. La consecuencia práctica de esta interpretación restrictiva, sería la de proteger a un grupo selecto, minoritario de sectores de las clases medias y ricas peruanas, “los consumidores diligentes”, el “good man” de la doctrina anglosajona.

Otra discusión que se generó fue si el consumidor o usuario solo podría ser una persona natural, excluyendo de su denominación a las personas jurídicas sin importar su tamaño, participación en el mercado u otra consideración.

Estamos en una área en donde fabulosas fuerzas económicas están en pugna, esta tensión entre un modelo de economía excesivamente liberal, todo lo puede la autonomía de la voluntad y la libertad contractual pretende ser omnímoda, incluso también a la hora de definir lo que es consumidor, restringiendo al máximo el contenido del concepto de consumidor y otros la expanden conforme a una realidad y posición económica, pues precisamente el reconocimiento de la calidad de consumidor a una sujeto implica otorgarle protección y defensa de

⁽³⁾ Ver: Resolución N.º 0866-2008/TDC INDECOPI, del 6.05. 2008. Recaída en el Expediente N.º 1351-2007/CPC

sus derechos. Esa pugna se ha traducido, también en el ámbito de los mecanismos de su protección, por ejemplo, en la regulación de la vía procedimental, como luego señalaremos.

Esta discusión saludable para el novísimo Derecho del Consumidor, en el caso peruano ha venido siendo dilucidada por la doctrina del Tribunal constitucional, el mismo que ha definido al consumidor como: “El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica, es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza y disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos en el mercado. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor –independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio. En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generales por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.”⁽⁴⁾

Posteriormente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido que consumidor es:

“1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.
1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

⁽⁴⁾ Ver: Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, ff.jj. 28 y 29.

4.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”⁽⁵⁾

Por otro lado, se puede identificar al consumidor como aquel que se encuentra en una relación de consumo, es decir, *la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata in servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III* ⁽⁶⁾

a. Segunda ambigüedad: Consumidor de qué producto. Usuario de qué servicio

Si bien la Constitución no ha determinado el origen del producto, podríamos decir que el consumidor puede ser de un producto originario, fabricado, elaborado, manipulado, acondicionado, mezclado, envasado, almacenado, por un proveedor sin previa calificación, es decir puede ser de una empresa privada, mixta, pública, comunal, cooperativa, grande, mediana, pequeña o micro empresa, a condición que el producto sea puesto en el mercado y que su actividad del proveedor sea habitual.

Por otro lado, el usuario es de cualquier servicio que se brinde en el mercado: sea éste de naturaleza privada, mixta, o pública. Así, por ejemplo, tenemos usuarios del servicios públicos pero gestionados privadamente, por ejemplo el servicio de telefonía, de electricidad, cuyos proveedores son privados.

Los usuarios de servicios públicos cuyo proveedor es el Estado, aquí habría una ambigüedad manifiesta. Calificará el servicio público genérico que brinda el Estado en el ámbito del artículo 65 de la Constitución, por ejemplo servicios educativos, servicios de salud, servicios de justicia, nuestra condición es que si bajo la condición de que el servicio se brinde en el mercado, bajo las reglas de prestaciones y contraprestaciones. Si alguien se pregunta si el Estado puede brindar servicios públicos regulados por el mercado y por tanto sujetos a las reglas de protección del

⁽⁵⁾ Ver Artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N.º 29571.

⁽⁶⁾ Ver: Art. IV.5 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571.

usuario del Artículo 65, habría que recordar que el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, lo autoriza previa ley expresa.

Sin embargo, hay que indicar brevemente que los usuarios de los servicios públicos no ofertado en el mercado, servicios de salud, hospitales, seguro social, sistema de justicia, recojo de basura, entre otros, deberían ser protegidos por los mecanismos internos de los entes que brindan estos servicios, servicios de control y auditoría y por la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, la indefensión de los usuarios por el deficiente servicio es clamorosa, sobre todo en los servicios de salud pública. En mi opinión hay una laguna normativa de orden Constitucional que permita la fiscalización y control de los servicios públicos brindados por el Estado, no basta indicar la naturaleza democrática y social del Estado peruano, (artículo 43) no es suficiente indicarle sus deberes (artículo 44) si no existen las garantías institucionales y procedimentales para hacerlos exigentes, en particular en los referente a sus servicios.

Existen usuarios de servicios cuyo proveedor es de naturaleza mixta, por ejemplo los servicios de agua y desagüe.

Esta es una indicación muy importante pues debemos recordar que hay organismos constitucionales y administrativos *infra* constitucionales que expresamente tienen el encargo de asegurar la defensa de los usuarios en su ámbito. Así por ejemplo: el artículo 162 de la Constitución establece que la Defensoría del Pueblo tiene competencia para “*supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.*” Asimismo el artículo 87 de la Ley Fundamental establece que la Superintendencia de Banca y Seguros ejerce control de los servicios financieros, pero en la práctica no puede dictar medidas correctivas, hay lagunas normativas que no permiten la fiscalización de las diversas cooperativas del ámbito financiero.

A nivel infraconstitucional se han desarrollado una frondosa institucionalidad, en su mayoría inoperante, de defensa de los usuarios de servicios públicos o de naturaleza mixta. Veamos:

- **SUNEDU**, Superintendencia Nacional de la Educación Superior Universitaria, creada en la Ley Universitaria, Ley N° 30220. Fue

constituida para proteger el derecho de los estudiantes de universidades públicas o privadas, a recibir una educación universitaria de calidad y, de esta manera, mejorar sus competencias profesionales. Es responsable del licenciamiento para ofrecer el servicio educativo superior universitario con los estándares de calidad que se requiere. Es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de Educación, se encarga también de verificar el cumplimiento de la Condiciones Básicas de Calidad y fiscalizar si los recursos públicos y los beneficios otorgados a través del marco legal son destinados hacia fines educativos y el mejoramiento de la calidad. Normar y supervisar las condiciones básicas de calidad exigibles para el funcionamiento de las universidades, filiales, facultades, escuelas y programas de estudio conducente a grado académico, así como revisarlas y mejorarlas periódicamente. Fiscaliza si los recursos públicos, la reinversión de excedentes y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades han sido destinados a fines educativos, en el marco de las normas vigentes sobre la materia y en coordinación con los organismos competentes, con el objetivo de mejorar la calidad. Proponer al Ministerio de Educación, las políticas y lineamientos técnicos en el ámbito de su competencia.

- **SUNASS**, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento en el ámbito de los servicios de agua potable, es un organismo público descentralizado, creado por Decreto Ley N.º 25965, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Tiene facultades de normar, regular, supervisar, fiscalizar y sancionar, y de solucionar las controversias y reclamos de los usuarios. Comprende la facultad exclusiva de dictar en el ámbito de su competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las Empresas Prestadoras o actividades bajo su ámbito o de sus usuarios. Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos u otras disposiciones de carácter particular. También, comprende la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como

por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por la Sunass.

- **OPSITRAN**, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público creado en enero de 1998, mediante Ley 26917. Es un organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Tiene como funciones generales supervisar, regular, normar, fiscalizar, sancionar, solucionar controversias y atender reclamos, respecto de actividades o servicios que involucran la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y su mercado, incluida la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo.
- **OPSITEL**, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público especializado, regulador y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera. Creado en 1991 mediante Decreto Legislativo N.º 702, inicio sus actividades después de 3 años, cuando se instaló su primer Consejo Directivo el 26 de enero de 1994. Goza de funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias, solución de reclamos de los usuarios.
- **OSINERMIN**, es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, una institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan. Se creó el 31 de diciembre de 1996, mediante la Ley N.º 26734, bajo el nombre de Osinerg. Inició el ejercicio de sus funciones el 15 de octubre de 1997, supervisando que las empresas eléctricas y de hidrocarburos brinden un servicio permanente, seguro y de calidad. A partir del año 2007, la Ley N.º 28964 le amplió su campo de trabajo al subsector minería y pasó a denominarse Osinergmin. Por esta razón, también supervisa que las empresas mineras cumplan con sus actividades de manera segura y saludable. Osinergmin tiene

personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera. Las labores de regulación y supervisión de esta institución se rigen por criterios técnicos, de esta manera contribuye con el desarrollo energético del país y la protección de los intereses de la población.

- **SUSALUD**, la Superintendencia Nacional de Salud, es la institución encargada de proteger los derechos de salud, para lo cual orienta sus acciones a empoderar y colocar al ciudadano en el centro del sistema de salud nacional, sin importar donde se atienda o su condición de aseguramiento. La Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de la reforma de la salud cambia de denominación el 6 de diciembre de 2013 a través del Decreto Legislativo N.º 1158, publicado en el diario oficial El Peruano. SUSALUD tiene potestad para actuar sobre todas las Instituciones Prestadoras de Salud (IPRESS) así como las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), públicas, privadas y mixtas del país.
- **INDECOPI**, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N.º 25868. Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología. El INDECOPI es un Organismo Público Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno. En consecuencia, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa (Decreto Legislativo N.º 1033).

4.4. Derechos expresos del consumidor y usuario

El artículo 65 de la Constitución menciona expresamente tres (3) derechos fundamentales que debe protegerse a los consumidores y usuarios: derecho a la información, derecho a la salud y derecho a la seguridad.

a. *Derecho a la información*

El derecho a la información como derecho del consumidor establecido en el artículo 65 de la Constitución, es una concretización del derecho genérico a la información, establecida en el artículo 2.4 de la misma norma fundamental, que prescribe los derechos genéricos a la información, prensa y comunicación.

El contenido de este derecho a la información a favor del consumidor se refiere a aquella información que un consumidor consideraría relevante para poder decidir entre uno u otro producto o servicio, o simplemente si adquiere un determinado producto o servicio, o no. También está referida a la información requerida por el consumidor para utilizar de manera adecuada el producto o servicio que adquiera.⁽⁷⁾

El derecho a la información que goza el consumidor y usuario, tiene una manifestación práctica, configura un deber de hacer, una prestación privada que asegura un derecho constitucional. Es decir el proveedor está obligado constitucionalmente a brindar, constatar, consignar la información del producto o servicio que pone el mercado para el consumo. Esa prestación de hacer asegura el ejercicio del derecho subjetivo del consumidor y usuario a recibir la información adecuada del producto, (contenido, forma de uso o consumo, efectos, entre otros) para que tome una decisión adecuada en informada.

b. *Derecho a la salud*

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecido en el artículo 2 de la Constitución, y más se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refiere los artículos 7 y 9 de la Carta y especialmente en el capítulo sobre el régimen económico, precisamente en el artículo 65. El Tribunal constitucional ha establecido que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto

⁽⁷⁾ Ver Resolución 05-36-2004-/TDC-INDECOPI, del 29 de setiembre 2004, recaída en el Expediente N.º 048-2003/CPC SUR/CUS

física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación, otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.⁽⁸⁾

Ahora bien en el ámbito del derecho de consumidor y usuario, el derecho a la salud implica una obligación práctica del proveedor de asegurar que el bien o servicio que pone en el mercado no afecte la salud de quien lo consume, entonces el fin que se persigue es la de “la acción de conservación” de la salud del consumidor o usuario. Entonces el derecho a la salud que goza el consumidor y usuario, tiene una manifestación práctica, configura un deber de hacer, una prestación privada que asegura el ejercicio de este derecho constitucional cuando se adquiere, usa o consume el producto o servicio. Es decir el proveedor está obligado constitucionalmente a elaborar, fabricar, diseñar, empacar el producto o servicio que pone el mercado para el consumo, sin que este afecte el derecho a la salud de consumidor o usuario. Esa prestación de hacer asegura el ejercicio del derecho subjetivo del consumidor y usuario a su salud en relación al bien o servicio que adquiere. El derecho a la salud tiene conexiones con el Derecho ambiental, situación que solo indicaremos aquí.

c. *Derecho a la seguridad*

Para el Tribunal Constitucional peruano la seguridad se constituye en uno de los aspectos que se encuentra comprendido dentro del orden interno. El derecho a la seguridad es un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados

⁽⁸⁾ Ver: Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, f.j. 28

en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que el del Estado y la colectividad se espera.⁽⁹⁾ Así, sostuvo que fundamentalmente, la seguridad y el orden interno comprenden tres aspectos:⁽¹⁰⁾

La seguridad ciudadana (protección a la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.);

- La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública; y
- El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.)

4.5. **Derechos innominados del consumidor y usuario**

Si bien en el artículo 65 de la Ley fundamental existe un reconocimiento expreso del derecho a la información, a la protección de la salud y a la seguridad de los consumidores y usuarios, estos derechos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad de los consumidores. Esta prescripción supone un *numerus apertus* en relación a otros derechos que desde una interpretación sistemática se pueden incluir. En ese sentido, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de “nuevos” derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, a partir de la defensa de la dignidad humana y de la naturaleza del Estado peruano, como República democrática y social. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716) no solo reguló los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, comprendió a otros de naturaleza análoga para los fines que establece el artículo 65 de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mer-

⁽⁹⁾ Ver: Exp. N.º 3482-2005-HC/TC, f.j. 13

⁽¹⁰⁾ Ver: Exp. N.º 0012-2006-PI/TC f.j. 65

cado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, y otros, se rigen también como derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.⁽¹¹⁾ Asimismo, los derechos establecidos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, conforman todo ello, todo un bloque constitucional de derechos y garantías de protección del usuario y consumidor. A continuación desarrollaremos algunos derechos que nos parecen indispensables mencionarlos.

a. *Derecho a no ser discriminado*

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental establecido en el artículo 2.2 de la Constitución. En relación al consumidor tiene sus expresiones particulares. Así la jurisprudencia del INDECOPI ha venido prescribiendo que en los actos de consumo, una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentra en situación de igualdad, es decir, cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado. Acreditar la existencia de ese criterio objetivo es lo que distingue un trato diferenciado de un trato discriminatorio. Constituirá un trato discriminatorio y por tanto ilícito, el trato diferenciado que se sustente en razones meramente subjetivas e injustificadas. Por el contrario, el trato diferenciado o la segmentación de mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que los justifique.⁽¹²⁾

b. *Derecho a la idoneidad de productos y servicios*

Si bien este derecho no tiene rango constitucional, expresa o implícitamente, podemos asimilarlo al haz de derechos que comprende el deber del Estado de defender los intereses del consumidor y está relacionado al Derecho a la información. Su contenido ha venido siendo desarrollado por el INDECOPI. Así su Sala de Protección del Consumidor ha señalado que “Se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando

⁽¹¹⁾ Ver: Exp. N.º 008-2003- AI/TC, f.j. 32.

⁽¹²⁾ Ver: Resolución N.º 0277-2007/TDC-INDECOPI, del 1 marzo de 2007. Expediente N.º 203-2006/CPC.

no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor. Por lo que en el análisis de la idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que le informó al consumidor o usuario. El Derecho del consumidor gira sobre la base de los estándares de la información y de la idoneidad. La idoneidad está referida a las condiciones de comercialización de un bien o la prestación de un servicio, las mismas que deben permitir que se cumpla aquello que el proveedor ha ofertado. De manera que un consumidor espera recibir un bien o un servicio que colme aquellas expectativas por las cuales ha pagado y se le han ofrecido, por lo que cualquier situación contraria dependiente del proveedor, supone una falta de idoneidad”⁽¹³⁾.

4.6. Deberes del Estado de protección del consumidor

La primera parte del artículo 65 de la Constitución contiene un genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado, que se traduce entre otros en garantizar “el Derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a sus disposición, así como en velar “en particular, por la salud y la seguridad, por la salud y la seguridad de la población”. Esta concretización del deber especial de protección sobre los derechos e interés de los consumidores y usuarios no se agotan allí, puesto que incluyen las expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración. A criterio del Tribunal, los deberes impuestos al Estado en el artículo 65º de la norma suprema, subyacen una serie de exigencias que recaen sobre diversos órganos del Estado. En primer lugar, sobre el legislador al que se le impone la tarea, mediante la legislación de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. También la tarea de establecer procedimientos apropiados

⁽¹³⁾ Ver: Exp. N.º 1337-2005/TDC- INDECOPI, del 7 de diciembre de 2005. Expediente N.º 125-2004/CPC

para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses. Estos procedimientos no sólo deben facilitar una vía para la satisfacción de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sino también las reglas conforme a las cuales puedan solucionarse equitativamente los problemas. Al legislador incumbe en efecto, ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, como carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales deberán resolver las controversias entre agentes económicos y los usuarios y consumidores.⁽¹⁴⁾

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en sus diferentes interpretaciones jurisdiccionales un haz de deberes del Estado con respecto al consumidor y usuarios a saber:

- Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.
- Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber ser de protección.
- Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por acción o inacción de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
- Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).

⁽¹⁴⁾ Ver: Exp. N.º 0858-2003-AA/C, f.j. 12.

- e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.⁽¹⁵⁾

4.7. Principios de Defensa del Consumidor y Usuarios

La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los órganos administrativos y el Código de Defensa y Protección del Consumidor, han venido desarrollando diversos principios de defensa del consumidor y usuarios, que brevemente exponemos a continuación:

- **El principio pro consumidor.** Dicho postulado plantea la acción tuitiva del Estado a favor del consumidor y usuario en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.
- **El principio de proscripción del abuso del derecho.** Esta proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.
- **El Principio de isonomía real.** Este postulado plantea que las relaciones comerciales entre proveedores y los consumidores y usuarios se establezcan en función del trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- **El principio de restitutio in integrum.** Esta proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores y usuarios en el marco de una relación comercial.
- **El Principio de transparencia.** El postulado plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

⁽¹⁵⁾ Ver: Exp. N.º 0018-2003-AI/TC, ff.jj.2. párr.: 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

- **El Principio de veracidad.** Este plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor transmita a los consumidores y usuarios en relación con las cualidades y propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.
- **El Principio In dubio pro consumidor.** Este postulado plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. Alude a una proyección del principio pro consumidor.
- **El principio de economía de mercado y consumidor.** Este principio supone la relación estrecha entre la economía de mercado y la defensa de los valores y dignidad de la persona, traducida en el consumidor y usuario.
- **El principio pro asociativo.** Plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, para que estos puedan defender corporativamente sus intereses.⁽¹⁶⁾

4.7. Carácter social del derecho al consumidor

Si bien el derecho al consumidor comprende un haz de derechos fundamentales, tales como el derecho a la información, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad, el derecho a la no ser discriminado, y todos los demás derecho conexos a ellos, su naturaleza dentro de la clasificación de los derechos, lo configuramos como un derecho social sustentado en que comprende la protección de ciertos grupos humanos que siendo parte de la sociedad, pueden ser discriminados, afectados, excluidos por prácticas del mercado o de un sector de la economía, agravando sus bienes, intereses y expectativas. Y, por otro lado, siendo que los derechos consumidor, sitúa al Estado si bien en su rol de promotor y protector los derechos del consumidor, los propios derechos reconocidos a estos expresan la dimensión horizontal del ejercicio y protección de los derechos, en este caso de la relación privada entre el proveedor

⁽¹⁶⁾ Ver: Exp. N.º 3315-2004-AA/TC, f.j. 9.

y el consumidor, y su finalidad es restablecer la igualdad (informativa, contractual, de trato comercial, entre otros) que se expresa en prácticas o prestaciones del ofertante o proveedor en relaciones con las necesidades del demandante. Por ejemplo, el proveedor deberá cuidar que el producto no este confeccionado, empaquetado, o presentado afectando a salud o seguridad del consumidor, en ese contexto, tanto uno como el otro, ponen al Estado como garante de protección de los derechos de la parte más débil de la relación de consumo.

4.8. Fortalecer las garantías primarias y secundarias

Si bien el concepto de garantía en el ámbito del derecho proviene del derecho civil, de raíces romano-germano, especialmente aquél que respalda las obligaciones reales y personales, Ferrajoli recogiendo esta tradición y aplicándola al derecho constitucional (CARBONELL, 2009) precisa que garantía como concepto general puede entenderse como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiéndose como derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de beneficiarse de una prestación realizada por el obligado por la norma) o negativa (de no lesionar o de abstenerse de obrar o accionar conforme a la norma). (FERRAJOLI, 2010).

Cuando el derecho subjetivo se traduce en una obligación de no hacer por parte de uno o más sujetos nos encontramos ante una garantía negativa, que precisamente ordena a los sujetos obligados a abstenerse de realizar ciertas conductas. Contrariamente, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estamos frente a una garantía positiva, es decir la norma que obliga, ordena, manda a realizar a otros, comportamientos activos (prestación de obrar o de satisfacción, prestaciones de previsión, prestaciones de prevención o de disposición) a favor del que es portador del derecho subjetivo.

Ferrajoli también plantea una categorización de las garantías como primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son aquellas obligaciones previstas como conductas de hacer o no hacer, prescritas como contenidos de las normas jurídicas que garantizan esos derechos subjetivos. Las segundas, son las obligaciones que

tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde una anulación) que violen las garantías primarias. Carbonell señala que desde ese sentido, las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativas y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias apoyaría uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías (CARBONELL, 2009).

En este contexto argumentativo, consideramos que el ordenamiento jurídico peruano, debe fortalecer las garantías primarias y secundarias de protección de los derechos del consumidor. En ese sentido planteamos.

4.9. Establecer un órgano autónomo constitucional de protección al consumidor

Es indudable que en el Perú en los últimos veinte años ha habido avances sustanciales en la defensa del consumidor y usuario, a partir de la aplicación de las normas constitucionales. Así, vemos que contamos con un desarrollo normativo coherente con lo que estipula norma constitucional, Código de Protección y Defensa del Consumidor, leyes de especiales, procedimientos, entre otros, Asimismo, la institucionalidad administrativas ha tenido en INDECOPI un pilar fundamental en esa tarea. Sin embargo, la expansión de la economía, de los avances tecnológicos, del acceso de millones de nuevos consumidores y usuarios al consumo de los productos que compiten en el mercado, exige a algunos cambios precisamente para fortalecer y garantizar el deber del Estado de proteger los intereses y derechos del consumidor.

La actual configuración de la defensa de los usuarios frente al servicio público por parte de la Defensoría del Pueblo como ordena la Constitución aparentemente no da resultados en el sentido de identi-

ficar y mejorarla calidad y cobertura del servicio, probablemente por la propia naturaleza casi consultiva de la Defensoría, sin competencia sancionadora. De igual forma, las limitaciones de la Superintendencia de Banca y Seguro de cumplir con un deber constitucional de proteger al usuario del servicio financiero, probablemente sumido al intereses de grupos financieros nacionales e internacionales y a omisiones o lagunas normativas. Asimismo, la amplísima red de organismos reguladores de protección del consumidor y usuario, que incluso reciben fondos de las empresas operadoras de los servicios para mantener su operatividad, hace inoperativos y pocos legítimos su actuación frente al interés del consumidor o usuario. Lo que si hay que reconocer es la gran labor de defensa y protección de los derechos subjetivos del consumidor a través del INDECOPI tras más de veinte años de existencia, sin embargo siendo INDECOPI una institución descentralizada que vela por la libre competencia, marcas, patentes, siendo una de sus competencias la protección del consumidor, sus órganos de protección del consumidor se da a través de órganos muy segmentados de la estructura interna de la organización, no especializada en estos temas, y por el contrario preocupado por la competencia, marcas y patentes entre otros, los hace sujeto también a las presiones y lobbies que no se hacen patentes, pero si son efectivos para lograr sus resultados.

Asimismo, esta extensa red de organismos supuestamente protectores del consumidor y usuario uno dependen del Ministerio de la Presidencia, otros del Ministerio de Educación o del Ministerio de Salud, y por tanto carecen de la visión global de las relaciones económicas y jurídicas que provienen de la relación de consumo, o deciden en forma dispar. A pesar que el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido un Consejo Nacional de Protección del Consumidor con representación de todo los sectores y amplias competencias y ha creado una Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, estas iniciativas normativas a ocho años de su creación, a la fecha no exhiben mayor resultados.

Por ello, planteamos la creación de la Superintendencia del Defensa del Consumidor (SUNADCO) como órgano autónomo constitucional con facultades de iniciativa normativa, reguladora, supervisora, fisca-

lizadora y sancionadora, y de solución de controversias y reclamos, con procedimiento de reclamación y medidas correctivas, ante las prácticas transgresoras de los derechos del consumidor y usuario. De igual forma que promueva políticas públicas integrales e inclusivas de personas con diversas capacidades, que haga participe de estas del acceso del mercado y disfrute de los derechos económicos y sociales como consumidores.

V. Conclusiones

A manera podemos arribar algunas conclusiones sobre los contenidos constitucionales del artículo 65 de la Constitución peruana, siendo estas:

- El artículo 65 de la norma fundamental establece los deberes del Estado ante la protección de los intereses del Consumidor y Usuario.
- La norma constitucional antes indicada, contiene conceptos de consumidor y usuario que son indeterminados que han sido precisados por el Tribunal Constitucional, Indecopi y el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- En los últimos años se ha desarrollado de las garantías primarias y secundarias de los derechos de consumidor, legislación administrativa, órganos e instituciones y procedimientos. Sin embargo, se viene manifestando una seria des legitimidad de los organismos reguladores que a excepción de INDECOPI, ofrecen deficiencia y falta de iniciativa en la defensa del consumidor y usuario.
- En tal sentido es necesario establecer una Superintendencia Nacional de Defensa del Consumidor, un órgano de rango constitucional que centralice o al menos coordina con la amplia red institucional con competencias para defender y proteger a los consumidores y usuarios en el Perú.

VI. Lista de referencias

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, (2004). Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores.

- CARRANZA ALVAREZ, César (2007). Temas Actuales de Derecho del Consumidor. Lima: Normas Jurídicas.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (2005) Garantismo, Estudios sobre el Pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Edit. Trotta.
- FERRAJOLI, FERRAJOLI, L.
 (2001). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta
 (2010). Principio Iura. Ts.I.II.III. Madrid: Trotta.
 (2013). Democracia en Derechos. Madrid: Edit. Trotta.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2006). Derecho de los Consumidores. Lima: Editorial Rodas.
- GARCIA BELAUNDE, (2016). Las Constituciones del Perú. Lima: 3.^a edic. Revisada, corregida y aumentada. Edit. Jurado Nacional de Elecciones.
- GACETA, (2010). Los Derechos Fundamentales.- Estudios de derechos fundamentales desde las diversas especialidades del Derecho, Lima.
- INDECOPI (2014). II Foro Internacional sobre Protección al Consumidor. Lima.
- INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito.- Jurisprudencia del Indecopi, Lima.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, (2009). Derecho Constitucional Económico. Lima: Editorial PUCP.
- SUMAR, Óscar (Editores), (2011). Ensayos sobre Protección al Consumidor. Lima: Edit. Universidad Pacífico.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (1978). Historias de las Constituciones del Perú, Lima: Edit. Andina.
- VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. (2008). La Protección al consumidor en la jurisprudencia del INDECOPI. Lima: Edit. Griley.
- VILLARAN, Luis Felipe, (2016). La Constitución peruana comentada. Lima: Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucionales del Perú.

Derecho Civil, Procesal Civil



¿Es adecuado declarar la improcedencia de la asignación anticipada en los procesos de aumento de alimentos?

Is it appropriate to declare the improcedence of early allocation in food increase processes?

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Medidas Cautelares. 2.1. Presupuestos. 2.2. Ausencia de identidad entre la pretensión y la medida cautelar. 2.3. Inaudita et altera pars. 2.4. Contracautela. III. Medidas anticipadas. 3.1. Identidad entre la medida anticipada y la pretensión procesal. 3.2. Inaudita pars. 3.3. Requisitos para el otorgamiento de las medidas anticipadas. 3.3.1. Verosimilitud- Derecho manifiesto. 3.3.2. Peligro en la demora- Agravio. 3.3.3. Adecuación. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El autor explica los fundamentos por los cuales, la recurrente práctica jurisdiccional declara inadecuadamente la improcedencia de la asignación anticipada en los procesos de aumento de

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de Maestría en la Mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC. Actualmente se desempeña como responsable del Estudio Jurídico "IUS Y LEX" ABOGADOS, Cajamarca.

alimentos, en razón a que la eficacia de la sentencia de este proceso estaría garantizada, por el monto otorgado mensualmente a raíz de la sentencia primigenia de alimentos, bajo la postura de que no se cumple el segundo presupuesto de las medidas cautelares, siendo éste, el peligro en la demora. Además, explica las diferencias entre las medidas cautelares y medidas anticipadas, sus características y la necesidad de entender, en principio, la afectación que se causa al alimentista por la aplicación errónea e indistinta que realizan los órganos jurisdiccionales de estas dos figuras procesales.

Palabras clave: Medidas cautelares, medidas anticipadas, aumento de alimentos.

Abstract: *The author explains the grounds by which the recurrent jurisdictional practice inappropriately declares the inadmissibility of the anticipated assignment in the food increase process, because the effectiveness of the judgment of this process would be guaranteed, for the amount granted monthly as a result of the original sentence of food, under the position that the second budget of the precautionary measures is not met, this being the danger in the delay. In addition, explains the differences between precautionary measures and anticipated measures, their characteristics and the need to understand, in principle, the effect that is caused to the retailer by the erroneous and indistinct application made by the jurisdictional bodies of these two procedural figures.*

Key words: *Precautionary measures, anticipated measures, food increase*

I. Introducción

Los procesos judiciales de alimentos conforman, en esencia, la gran mayoría de carga procesal en el sistema peruano, teniendo como una de sus causas, la existencia de familias disfuncionales en nuestro país, las mismas que tienen como su principal característica, el que uno solo de los padres se encargue del cuidado, asistencia y guarda del menor, viéndose el otro obligado a cumplir con el deber de alimentar al hijo, lo que en términos de la realidad social, lo hace económicamente a través de un monto acordado por las partes o a través de un proceso judicial.

La obligación alimentaria, es en puridad, de naturaleza urgente, puesto que se trata de la subsistencia de la persona, que imprime no solo la alimentación propiamente dicha, sino también, el vestido, educación,

vivienda, salud, recreación, y asistencia psicológica, conforme lo establece el artículo 472º del código civil vigente; por tanto, requiere del órgano jurisdiccional, pronta tutela por parte del Estado, de lo contrario, la afectación sería irreparable.

Siendo así, por la necesidad impostergable del alimentista es que en este tipo de procesos, la ley faculta la interposición de la llamada “asignación anticipada de alimentos” (art. 675º del código procesal civil), la misma que en su gran mayoría es otorgada en los procesos primigenios de alimentos, y decimos primigenios, ya que éstos, al llegar a obtener una sentencia favorable consentida y ejecutoriada, no constituyen el respeto al principio de cosa juzgada material, sino solamente, formal; esto es, que la misma puede ser variada en cuanto al monto, reduciéndolo, aumentándolo, exonerando sus efectos o extinguiendo los mismos a través de nuevos procesos judiciales.

Sin embargo, al tratarse de los procesos subsecuentes de alimentos, en específico el de aumento de éstos, las asignaciones anticipadas son denegadas, razón por la cual, muchos abogados prefieren, incluso, ya no interponerla, y así evitar pasar por el penoso momento, de la improcedencia bajo un criterio poco analítico.

Pero, cabe preguntarse, ¿cuál es el fundamento por el cual las asignaciones anticipadas de alimentos, son declaradas improcedentes?, para responder a esta pregunta, haré alusión a un caso que a la luz de la actividad profesional dio origen al presente trabajo, el proceso fue signado con el número de expediente 1405-2014, sustanciado en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca, en el cual, se solicitó como pretensión aumento de alimentos y una variación en el monto de prestación, teniendo como demandante a una estudiante universitaria de la Universidad Nacional de Cajamarca, que provino de la provincia de Celendín, y que en su proceso primigenio de alimentos fue “favorecida” con cien soles mediante sentencia emitida en el año 2007, y que evidentemente sus necesidades al año 2014 habían variado, así como las posibilidades económicas del demandante.

La demanda judicial incorporó el pedido de asignación anticipada de alimentos, declarándose éste improcedente, sustentando su decisión

principalmente en “dos aspectos: 1) Que, no existe peligro en la demora ya que se viene otorgando una pensión de alimentos a favor de la demandante, y 2) De ampararse la medida cautelar, constituiría un ejercicio abusivo de la jurisdicción”.

A decir del juez, no se ha cumplido con uno de los requisitos de toda medida cautelar, el peligro en la demora, que junto a la verosimilitud del derecho y la adecuación de la medida, dan fundamento a la tutela cautelar. Desde nuestro punto de vista, este criterio es errado en atención a las reflexiones expuestas a continuación.

II. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares son consideradas mecanismos asegurativos de la eficacia de la sentencia futura, debido a que los procesos judiciales tienen un tiempo de duración lato, incluso los que tienen la vía más rápida como la sumarísima, y que cuya sentencia reconoce un derecho, lo otorga, o establece una condena, puede tornarse de imposible cumplimiento por el paso del tiempo.

En palabras del maestro Juan Monroy Gálvez (2003), la medida cautelar es:

“Una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas” (p. 71).

2.1. Presupuestos de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares tienen tres presupuestos o requisitos para su otorgamiento:

a) *Verosimilitud del derecho*

La doctora Marianella Guerra Cerrón (2016), señala que “también se le denomina “derecho aparente” o “apariencia del derecho”. Basta la verosimilitud o la apariencia, siendo innecesaria la certeza o con-

vencimiento pleno del juez, es una probabilidad de certeza o de la posibilidad que la decisión final sea favorable al solicitante” (p. 80).

b) *Peligro en la demora*

Este requisito es considerado como el más importante de la tutela cautelar, este presupuesto “está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Monroy Palacios, 2004, 175).

c) *Adecuación o razonabilidad*

Refiere “la necesidad de que se tomen decisiones en materia cautelar que sean congruentes y proporcionales con la pretensión que se discute en el proceso principal” (Palacios 2009, p. 31).

2.2. Ausencia de identidad entre la pretensión y el pedido cautelar

Cabe precisar, que la medida cautelar solicitada, no siempre coincide con la pretensión procesal, por ejemplo, una demanda de obligación de dar suma de dinero puede tener como mecanismo cautelar un embargo en forma de retención, inscripción, intervención en recaudación, etc., en este caso, el demandante lo que pretende no es despojar de los bienes al deudor, sino que se le pague lo adeudado. De esta forma, podría también ser modificada si es que el solicitante lo considera pertinente para la satisfacción de su interés.

2.3. *Inaudita et altera pars*

Toda medida cautelar se caracteriza por la falta de conocimiento de la otra parte en el inicio de ella, y por tanto en la imposibilidad de ejercer la defensa ante tal pedido hasta la etapa de ejecución de dicha medida, ello a fin de que aquél cuyo derecho es verosímil, no vea perjudicado la satisfacción de su interés ante cualquier acto tendiente a alterar las situaciones de hecho que realice el contrario. De esta forma, las medidas cautelares se tramitan en cuaderno a parte y solo cuando sea ejecutada, trasuntará al cuaderno principal a fin de realizar el procedimiento forzado.

2.4. Contracautela

Es un mecanismo procesal que se utiliza para garantizar que ante la afectación que fuese dada por la medida cautelar concedida y una vez que el proceso principal contravenga a ésta, los daños ocasionados puedan repararse.

III. Medidas Anticipadas

Si bien es cierto, estos mecanismos han sido tratados más doctrinal que normativamente, nuestro sistema las contempla en los artículos 618º y 674º del código procesal civil, como medidas anticipadas y medidas temporales sobre el fondo respectivamente, respecto a las cuales diversos autores han tratado de encontrarles diferencias, pero en puridad resultan siendo lo mismo.

Las medidas anticipadas requieren para su concesión acreditar la existencia de un “perjuicio irreparable”, ello nos lleva a preguntarnos si dicha exigencia constituye realmente la verificación de un peligro en la demora para la emisión del fallo final (requisito propio de las medidas cautelares) o, por el contrario, la certificación de que es el mismo derecho el que desaparecerá si no se concede la misma. Creemos que se trata de esto último por lo que estamos ante lo que definiéramos anteriormente como un *plus* del peligro en la demora. (Rosario Domínguez, 2008, 71)

Algunos autores como Juan Francisco Rosario Domínguez consideran que al no tener un tratamiento diferenciado y al estar contenida en el capítulo de las medidas cautelares, las medidas anticipadas deben cumplir con los mismos presupuestos o requisitos que las primeras para su concesión, esto es: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora y c) adecuación.

Sin embargo a nuestro parecer, al hacer, el legislador, una distinción terminológica en el adverbio de cantidad “además” de las medidas cautelares, incluso señalar en los artículos del 675º al 681º del código procesal civil qué medidas en específico se pueden aplicar de forma anticipada, no siendo necesariamente taxativas, exige la identificación de características totalmente independientes, teniendo como las más importantes:

3.1. Identidad entre la medida anticipada y la pretensión procesal

Lo que se busca con las medidas anticipadas, no es básicamente, garantizar la eficacia de la sentencia ni evitar que por el paso del tiempo, el cumplimiento pueda tornarse en imposible, sino adelantar el cumplimiento de la sentencia, lo que pueda ser otorgado en todo o en parte; ya que si no fuese de ese modo, las consecuencias serían irreparables, por tal razón, los efectos requeridos como pretensión es lo mismo que se requiere en la medida anticipada, de ninguna forma, diferentes.

3.2. Inaudita Pars

Como ya señalamos, las medidas cautelares se sustancian sin conocimiento de la otra parte para evitar alterar las condiciones de hecho, sin embargo las medidas anticipadas se tramitan junto al proceso de cognición, pudiendo incluso, el solicitado, ejercer defensa ante ella, por esa razón, se lleva en el mismo cuaderno que el principal.

3.3. Requisitos para el otorgamiento de las medidas anticipadas

Como mencionamos líneas arriba, parte de la doctrina considera que las medidas anticipadas debe contener los requisitos exigidos para las medidas cautelares, sin embargo, consideramos que no es así, puesto que asimilar ello implica precisamente la confusión jurisdiccional, al punto de denegar reiteradamente la asignación anticipada en los procesos de aumento de alimentos porque al tener un monto del proceso primigenio, no existiría peligro en la demora; dicho esto, creemos necesario desarrollar comparativamente los elementos de la medida cautelar respecto a los que se deben tener en cuenta para la concesión de las medidas anticipadas.

3.3.1. Verosimilitud del Derecho- Derecho manifiesto

Mientras en las medidas cautelares se exige la existencia de una verosimilitud o posibilidad de obtener el derecho, en las medidas anticipadas el derecho debe ser manifiesto, casi cierto, por eso el juez otorga de manera anticipada los efectos de la sentencia.

De esta manera, el Dr. Juan Francisco Rosario Domínguez (2008), señala:

Cuando el derecho es “manifiesto” y la amenaza de frustración es “inminente y cierta”, pueden anticiparse total o parcialmente los efectos ejecutivos de la pretensión principal, atribuyendo al actor en forma provisoria el íntegro o parte de la pretensión procesal que reclama, permitiendo y asegurando de ese modo la “utilidad” de la futura y eventual resolución definitiva, la que, sin esta atribución anticipada, se tornaría inútil y vacía por declaración tardía. (p. 66)

3.3.2. Peligro en la demora (*perjuicio hipotético*)- *Agravio (perjuicio real)*

Comúnmente se entiende en la práctica, que el requisito del peligro en la demora se cumple en el supuesto de la duración del proceso, y que al no otorgarse la medida, el cumplimiento de la pretensión y del derecho reclamado, devendría en insatisfecho; vale decir, que el cumplimiento no está garantizado, lo que hace presumir de las conductas hipotéticas que podría tomar la otra parte para eludir el mismo.

Son, en evidencia, dos cosas completamente distintas, puesto que en una, el peligro es hipotético, mientras que en la otra, es real y efectivo; en la primera, se trata de interponer los llamados embargos, para asegurar el cumplimiento en función a una potencial conducta evasiva, en el último, por el contrario, no existe una potencialidad de peligro o riesgo hipotético, sino una necesidad impostergable de disfrutar de un derecho casi cierto, es por ello el llamado de petición anticipada.

De esta manera, referente al tema es importante citar a la gran profesora procesalista y magistrada del Tribunal Constitucional, Dra. Marianella Ledesma Narváez (2013), en su obra “La Tutela Cautelar en el Proceso Civil”, de este modo:

En ambos casos hay urgencia, sin embargo, las justificaciones son diversas; de ahí que cuando un juez trabaje una medida anticipada no solo tendrá que apreciar la casi certeza del derecho invocado, sino precisar si los hechos que se invoquen son de necesidad impostergable o el peligro del daño irreparable e inminente justi-

fica su decisión. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida ha de ser real y efectivo, nunca hipotético y, además, de tal gravedad que sus consecuencias sean irreparables. Aquí no concurre un supuesto de peligro en la demora, más bien una situación de mayor trascendencia y magnitud que justifica no una cautela asegurativa ordinaria, sino una tutela antelada del derecho conculcado que se busca restablecer (p. 88).

Del mismo modo, el profesor y jurista destacado Juan Monroy Palacios (2004) hace la distinción entre el peligro y el agravio en los siguientes términos:

“Peligro es el riesgo que se produzca la ineficacia de la función jurisdiccional por el tiempo del proceso. El agravio se define como el “estado de peligro”, producido por circunstancias extraordinarias ocurridas fuera de la relación procesal, esto es, en la realidad, pero determinantes para que la duración del proceso produjera un agravio mayor a quien la soporta” (p. 62, 63).

Lo mencionado, en palabras de Ledesma Narváez (2013), “justifica que no solo aparezca en el escenario del Derecho Procesal la medida cautelar, sino que existan otras manifestaciones de tutela urgente que no solo busque garantizar sino anticipar los efectos de dicho fallo, como es la que se aborda en las medidas temporales sobre el fondo, lamentablemente catalogadas por el CPC bajo el rubro de medida cautelar” (p. 87) (negrita nuestra).

Finalmente, para el profesor Adolfo Rivas:

“Daño irreparable de las medidas se refiere no ya al peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no poder ejecutarse, sino al riesgo de perecimiento de la pretensión si no es anticipada de tutela. Hay una diferencia entre “daño irreparable” y “peligro en la demora” (...)” (Rivas 1995)

3.3.3. Adecuación

Este elemento es advertido de manera similar al de la medida cautelar, con la particularidad de que no se pide una contracautela, ante

el posible daño, puesto que no se trata de una verosimilitud sino de un derecho casi cierto.

Siendo de este modo, volviendo al análisis de la asignación anticipada en el aumento de alimentos, y al declararse en reiterados casos su improcedencia por no existir peligro en la demora, tal criterio carece de un correcto fundamento jurídico, pues las medidas anticipadas deben ser vistas a partir del agravio en los derechos de urgente tutela del solicitante y no garantizar los efectos de la sentencia ante un posible incumplimiento. En consecuencia, se deben declarar fundadas las asignaciones anticipadas en los procesos de aumento de alimentos, pues están en grave riesgo las necesidades más urgentes de la persona, sin las cuales su subsistencia es una utopía, y por tanto requieren del amparo apremiante del Estado.

IV. Conclusiones

- Los procesos de alimentos son de urgente tutela no solo desde el proceso de cognición sino desde la tutela urgente, siendo necesaria la aplicación de las medidas anticipadas.
- Dentro de la Tutela cautelar, existen las medidas cautelares, medidas autosatisfactivas y medidas anticipadas, teniendo cada una de ellas características diferentes, no siendo posible aplicar los elementos de la medida cautelar a las medidas anticipadas.
- Las asignaciones anticipadas en los procesos de aumento de alimentos deben ser amparadas, y no es atendible el criterio que se declare improcedente, en función a que el cumplimiento de la sentencia estaría garantizada por el monto mensual ordenado en la sentencia primigenia de alimentos, puesto que se debe evaluar el agravio y daño irreparable que se ocasionaría si no se tutela de manera urgente los derechos del alimentista.

V. Lista de referencias

- GUERRA CERRÓN, M. (2016). Sistema de Protección Cautelar. Lima: Pacífico Editores SAC.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2013). La tutela cautelar en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONROY GÁLVEZ, J. (2003). Formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos. Lima: Edit. Comunidad.
- MONROY PALACIOS, J. (2002). Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: S/d.
- MONROY PALACIOS, J. (2004). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. En: La tutela procesal de los derechos. Lima: Palestra Editores.
- PALACIOS PAREJA, E. (2009). Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar. Actualidad Jurídica N.º 188. Lima.
- RIVAS, A. (1995). La jurisdicción anticipatoria. En: Libro de Ponencias del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe.
- ROSARIO DOMÍNGUEZ, J. (2008). Aproximaciones al estudio de la tutela anticipada, Lima: Foro Jurídico.

Los costos de información en los pagos anticipados y cancelaciones de tarjetas de crédito

Information on the anticipated payments costs and cancellation of credit card

CHÁVEZ ROSERO, Fernando Augusto(*)

Sumario: I. Introducción. II. La Constitución Económica y la Tutela Jurídica del Consumidor. III. La Tutela Jurídica del Consumidor en el Sector Bancario y Financiero. IV. Resultados y Discusión. V. Propuesta Normativa de Implementar Sistemas Electrónicos para realizar el cálculo de intereses, comisiones y gastos por el uso de tarjetas de crédito en tiempo real. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias

Resumen: El objetivo de este artículo es determinar los efectos jurídicos de los costos de información en los derechos del consumidor

(*) Doctorando y Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios de Postgrado y especialización en la Universidad de Bologna – Italia en “Metodologia del la Comparazione. Lo Studio Dei Sistemi Di Organizzazione Guidiziarria Nazionali e Internazionali. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca. Perú. E- mail: fernando.chavez@unc.edu.pe

cuando se realizan pagos anticipados y cancelaciones de tarjetas de crédito en el sector bancario de la ciudad de Cajamarca. En la práctica no es posible conocer en tiempo real el importe de la totalidad de la obligación pendiente de pago por parte del consumidor; más aún no se ha establecido plazos a nivel legal y/o contractual para realizar la liquidación de la deuda pendiente de pago, pues solamente en algunos casos el consumidor tiene que esperar al final del cierre de la facturación del mes siguiente en el cual realizó el pago para conocer con mediana certeza su obligación pendiente de pago. Suponemos ello, pues en algunos casos aun cuando ha cancelado el importe del total de la obligación pendiente de pago, el Banco liquida en el siguiente estado de cuenta importes que para el consumidor muchas veces no son reconocidos o provienen de prácticas poco transparentes de los Bancos conforme se ha podido advertir e identificar en esta investigación. De ésta manera, el consumidor no cuenta con la información relacionada con el importe de la totalidad de las obligación pendiente de pago frente a una entidad bancaria en tiempo real que le permita tomar decisiones de consumo eficientes que se ajusten a sus intereses y necesidades.

Palabras clave: Costos de Información, Derecho del Consumidor, Pago anticipado, Contrato de Tarjetas de Crédito, Derecho a la Información, Derecho a la Protección de Intereses Económicos, Derecho a la Seguridad Jurídica en el marco de la Contratación.

Abstract: *The objective of our research was to determine what the legal effects of the costs of information on consumer rights when making advance payments and cancellations of credit cards in the banking sector of the city of Cajamarca, as in practice it is not possible to know in real time the amount of all outstanding consumer obligation; even more time limits on legal and/or contractual level has not been established to carry out the liquidation of the outstanding debt, only in some cases the consumer has to wait until the end of the closing of the billing of the next month in which paid for to know with medium certainty what your unpaid obligation. We express this, because in some cases even though it has canceled the amount of all of the obligation outstanding, in the majority of cases not to say all the Bank liquid on the following statement amounts that often are not recognized for the consumer or they come from not very transparent banks practices as we've been able to warn and identified in our research. This way, the consumer does not have the information with the amount of all of the obligation outstanding front of a bank in real time allowing you to make efficient consumption decisions that match their interests and needs.*

Key words: *costs of information, consumer law, advance payment, credit card contract, right to information, right to the protection of right to legal security in the context of procurement.*

I. Introducción

El presente artículo pretende explicar las implicancias jurídicas de los costos de información y sus efectos jurídicos en los derechos del consumidor, con relación al derecho a la información, seguridad jurídica e intereses económicos, ello en la medida en que cuándo un consumidor realiza el pago anticipado de sus créditos vinculados a una tarjeta de crédito o realiza la cancelación de la misma, no tiene la información completa, íntegra, total respecto del importe que le correspondería pagar.

Desde ésta perspectiva, nosotros consideramos que los Bancos no están asumiendo el costo que implicaría trasladar la información completa, íntegra al consumidor con relación a la deuda total que el consumidor mantiene con la entidad, pues para ello debería haber un sistema informático y/o aplicación que le permita al consumidor tener la información en tiempo real para que de ésta manera pueda conocer de manera plena la información sobre su comportamiento crediticio y su deuda.

De ésta manera, el consumidor podría realizar pagos anticipados de su deuda en cualquier momento, cancelar las tarjetas de crédito y no esperar que el banco, en algunos casos le haga: i) esperar la siguiente facturación para liquidar la deuda y poder tener con certeza el monto total de la obligación pendiente de pago; ii) recurrir ante las plataformas de atención al cliente y/o *Call Centers* con la finalidad de conocer el monto total de la deuda, siendo con ello perjudicado pues para ello necesita tiempo, esfuerzo y dinero.

Consideramos además que los Bancos no están dispuestos a internalizar los costos de trasladar la información al consumidor- que implicaría implementar sistemas informáticos y/o aplicaciones que permitan conocer la información en tiempo real - ello al menos por el momento, pues simplemente en algunos casos indican que no tienen la información en tiempo real y que hay que esperar, dejando en una total incertidumbre también al consumidor y a la merced de lo que el Banco le instruya.

En éste sentido, el hecho de que los Bancos no estén internalizando el costo de trasladar la información al consumidor con relación a que éste pueda conocer el importe total de la deuda pendiente de pago por el uso de sus tarjetas de crédito tiene implicancias jurídicas en sus derechos como: la vulneración del derecho a la información; ii) vulneración a la seguridad jurídica en el marco de la celebración de los contratos por el uso de tarjetas de crédito; y, iii) la vulneración a sus intereses económicos por las implicancias patrimoniales.

II. La Constitución Económica y la Tutela Jurídica del Consumidor

La Constitución Económica hace referencia precisamente al Título III del Régimen Económico de la Constitución Política de 1993, en ella se consagran una serie de principios y libertades de carácter económico, que desde una perspectiva limitan el poder público con relación a los privados y los privados tienen las garantías para ejercer actividades económicas en el marco de un modelo económico de economía social de mercado.

Desde esta manera en nuestro estado Constitucional, o provisto de Constitución, solo puede llamarse así, si, y solo si satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes) 1: por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado (el Poder Legislativo, El Poder Ejecutivo o de gobierno y el poder judicial) estén divididos y separados (o sea que se ejerzan por órganos diversos) (Guastini, 2001, p. 31).

De ésta manera el Estado deberá garantizar los derechos de los ciudadanos de contenido fundamental económico, contenidos en la constitución y los que han sido desarrollados por leyes especiales como las que involucran nuestro estudio.

2.1. Economía Social del Mercado

La economía social de mercado es el componente de dos elementos fundamentales, por un lado se encuentra el componente libertad y de otro lado el de solidaridad de intereses.

Es en base a la combinación de ambos elementos que se busca eficiencia económica y justicia social, de tal forma que en nuestro modelo constitucional adoptado se buscará la máxima eficiencia pero con solidaridad para así alcanzar el máximo bienestar social.

En nuestro modelo económico constitucional primero será la libre iniciativa privada y en un segundo plano encontraremos el rol subsidiario del Estado en la economía.

2.2. La Libre Iniciativa Privada

La Constitución Política, en su artículo 58 consagra la libre iniciativa privada, la cual se ejerce en una economía social de mercado, así el Estado orienta al desarrollo del país en las áreas de promoción del empleo salud, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 58.

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

La libre iniciativa privada, es aquel derecho consustancial a la persona humana, la cual se basa en la autonomía de los privados para poder realizar la actividad económica que más se ajuste a sus necesidades, a partir de ello poder generar riqueza y dinamizar la economía de país.

Sin incentivos a los privados difícilmente se podría lograr el desarrollo, de esta manera así se dispuso la constitución económica, con la finalidad de que en base las iniciativas se fomenten las bases de la estructura económica, sobre este punto el Tribunal Constitucional en el Expediente 011535-2006-PA/TC, en el caso de Transportes Turismo Imperial S.A. señaló:

“(…) Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.

De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.

Esta función orientadora presenta, las siguientes características:

a) El Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado, y c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las “reglas de juego”, configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos”

2.3. Libertad de Empresa

La libertad de empresa constituye la materialización de la libre iniciativa privada a través de la cual los privados escogen la mejor forma de organización que se ajuste a sus intereses y necesidades sea a través de iniciativas empresariales individuales o iniciativas en función de lo dispuesto en la Ley General de Sociedades o formas asociativas de participación empresarial. El artículo 59 de la Constitución, señala:

Artículo 59.

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”.

Este artículo consagra la libertad de empresa, sobre este punto señalaremos que a nivel constitucional no se ha definido bien cuál es su contenido; sin embargo a nivel doctrinario se ha esbozado algunos aspectos; cabe señalar que a nivel Constitucional el supremo intérprete de la constitución, refiriéndonos aquí al Tribunal Constitucional ha pretendido desarrollar su contenido en una forma no muy clara.

Aproximándonos a esta libertad, señalaremos que la libertad de empresa se basa en aquella potestad, facultad, derecho, libertad; mediante la cual los privados escogen la mejor forma de organización empresarial que deseen emprender, sea título personal o colectivo, en base a las diferentes formas societarias amparadas en la Ley General de Sociedades, o las iniciativas empresariales individuales basadas en la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, o a título individual mediante la iniciativa empresarial como persona natural con negocio, todas estas formas las podrá adoptar libremente cualquier persona natural y jurídica según el caso y naturaleza, que desee emprender una iniciativa empresarial.

Nuestro orden público económico consagrado en la constitución, el centro de la actividad recae en la empresa privada, es decir se deja en manos de los particulares la organización y dirección del proceso económico, siendo ellos los encargados de crear riqueza, siendo el Estado el responsable de generar las condiciones para que el mercado funcione, concluyendo que su función es más bien reguladora. Para Gutiérrez (2005, p. 813):

“la libertad de empresa sólo será posible si existe libertad de empresa, derecho de propiedad, libre competencia y protección al consumidor; garantías que forman el núcleo duro de la constitución económica; señala además que la libertad de empresa es uno de esos derechos económico esenciales; sin embargo, esta libertad no es solo una declaración, una facultad que le reconoce a todas las personas, naturales y jurídicas, sino también una doble limitación, frente a los consumidores y a las propias empresas. (p. 814)

Trayendo a colación una sentencia del Tribunal Constitucional, se estableció lo siguiente con relación a la libertad de empresa: Expediente 07339-2006-PA/TC, en el caso de Empresa de Transportes Mega Bus.

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

Para el Tribunal Constitucional la libertad de empresa es la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de la unidad de producción, la cual ejercerá su actividad enmarcada en el contexto de una economía social de mercado, donde la corresponsabilidad social tiene que ir de la mano, en la medida en que dicha actividad se realice velando por la responsabilidad social a nivel ético, laboral, la preservación del medio ambiente y porque no señalar aquí la corresponsabilidad con los consumidores y los diferentes clientes externos e internos de una organización empresarial.

2.4. La Tutela Jurídica de los Consumidores y Usuarios

El artículo 65 de la Constitución, señala que el Estado Tutela los Derechos de los Consumidores y Usuarios y vela principalmente por el derecho a la información y la seguridad de los consumidores.

Artículo 65.

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

De la disposición normativa constitucional, podemos advertir que la piedra angular del Sistema de Protección al Consumidor es en definitiva el derecho a la información y la justa correspondencia entre lo que se le informa al consumidor y lo que éste finalmente recibe, en lo que conocemos como idoneidad.

Asimismo, el Estado vela por el derecho a la salud de los consumidores y la seguridad de la población a través de políticas públicas de carácter transversal que involucran a diferentes entidades públicas del Estado Peruano.

Por ello una manifestación clara de lo que la Constitución Económica llama la defensa de los consumidores y usuarios es el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, el cual tuvo como antecedentes legislativos, la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, modificada por el Decreto Legislativo 1045 y se sistematizó en el TUO de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, DS 006-2009.

Desde ésta perspectiva, según Gutiérrez (2005):

“Las funciones del Estado en materia económica se podría resumir en proveer la seguridad, los recursos y las oportunidades a todas aquellas personas naturales o jurídicas que necesitan para crecer y generar la riqueza del país. Este marco se expresa puntualmente en las siguientes actividades:

- a) Proteger los derechos y libertades económicas de las personas.
- b) Crear y mantener el marco institucional y jurídico que facilite el funcionamiento del mercado y la generación de riqueza.
- c) Garantizar la seguridad necesaria para que los particulares puedan trabajar, realizar sus transacciones, y concretar sus iniciativas económicas” (p. 839).

En éste sentido la llamada a tutelar los derechos del Consumidor es la Comisión de Protección al Consumidor y los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos del INDECOPI, garantizando principalmente el derecho a la información, protección de intereses económicos y seguridad jurídica en toda relación de consumo, teniendo en consideración lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1033. Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

III. Tutela Jurídica del Consumidor en el Sector Bancario y Financiero

El núcleo duro de la protección jurídica de los derechos del consumidor lo encontramos en el artículo 65 de la Constitución. Sin embargo, a lo largo de los años se han emitido a nivel de legislación especial diversos cuerpos normativos hasta llegar a la emisión del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571 y los Reglamentos y disposiciones normativas emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante la SBS) que pretenden de manera específica la regulación de la tutela jurídica del consumidor en el ámbito del sector bancario y financiero.

Con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se da un gran paso por sistematizar la legislación de la materia y se busca también, sentar las bases de los principios inherentes al momento de contratar bienes y servicios en el mercado, ello con la finalidad de salvaguardar los intereses legítimos de las partes que intervienen en los llamados contratos de consumo.

El Código de Protección mencionado, recoge toda la experiencia administrativa en materia de protección al consumidor y es la base para la construcción del sistema integrado de protección al consumidor, en la medida que en el marco de las políticas públicas, se busca que la tutela jurídica del consumidor no sólo sea una labor que desempeñe el INDECOPI, sino también los diversos organismos públicos especializados que regulan servicios específicos.

Es importante resaltar que dentro del contenido del Código de Protección y Defensa del Consumidor, existen apartados específicos que están referidos a la tutela jurídica del consumidor en el ámbito del sector bancario, en concreto nos referimos al Capítulo V, que regula sobre Productos o Servicios Financieros, conforme se detalla a continuación:

Artículo 81.

La materia de protección al consumidor de los servicios financieros prestados por las empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de

Pensiones se rige por las disposiciones del presente Código, así como por las normas especiales establecidas en la Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, y las normas reglamentarias emitidas para garantizar su cumplimiento.

La regulación y supervisión del sistema financiero así como los productos y servicios se rige en virtud del principio de especialidad normativa por la Ley núm. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

3.1. Contrato de Tarjeta de Crédito

Es aquel contrato, mediante el cual un Banco emisor le confiere al titular una línea de crédito revolvable con la finalidad que éste realice operaciones con cargo a ella, en los establecimientos afiliados al uso de la tarjeta. En el marco de la celebración del contrato tanto el emisor y el titular poseen obligaciones las cuales deberán constar en el contrato, teniendo en consideración como mínimo lo establecido en el artículo 5 de la Resolución Reglamento de Tarjetas de Crédito, aprobado por Resolución S.B.S. N° 6523 -2013, que entró en vigencia el 1 de abril de 2014, conforme se detalla a continuación:

Artículo 5º.- Contenido mínimo del contrato: El contrato de tarjeta de crédito deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

1. Las condiciones aplicables para la reducción o aumento de la línea de crédito y los mecanismos aplicables para requerir el consentimiento previo del usuario en caso se busque realizar un aumento de la línea conforme lo dispone el artículo 30º del Reglamento de Transparencia, cuando corresponda.
2. Forma y medios de pago permitidos.
3. Procedimientos y responsabilidades de las partes en caso de extravío de la tarjeta de crédito o de la sustracción, robo o hurto de esta o la información que contiene.
4. Casos en los que procede el bloqueo o anulación de la tarjeta de crédito y la resolución del contrato.
5. Condiciones aplicables a la renovación del contrato, de ser el caso.

6. Periodicidad con la que se pondrá a disposición o entregará los estados de cuenta.
7. A nombre de quién se emitirán los estados de cuenta, titular o usuario, de ser el caso.
8. Condiciones de emisión y remisión o puesta a disposición, según corresponda, del estado de cuenta en forma física o electrónica y plazo de aceptación del estado de cuenta.
9. El orden de imputación aplicable para el pago de la línea de crédito debe ser claro y, en el caso de contratos celebrados con usuarios bajo la protección del Código, no puede conllevar un agravamiento desproporcionado del monto adeudado para el titular.

Así de manera complementaria según lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, aprobado por Resolución S.B.S. N° 6523 -2013, señala que:

Tarjeta de crédito es un instrumento que permite, de acuerdo con lo pactado entre la empresa emisora y el titular, realizar operaciones con cargo a una línea de crédito revolvente, otorgada por la empresa emisora a favor del titular.

Con esta tarjeta, el usuario puede adquirir bienes o servicios en los establecimientos afiliados que los proveen, pagar obligaciones o, de así permitirlo la empresa emisora y no mediar renuncia expresa por parte del titular, hacer uso del servicio de disposición de efectivo u otros servicios asociados, dentro de los límites y condiciones pactados; obligándose a su vez, a pagar el importe de los bienes y servicios adquiridos, obligaciones pagadas, y demás cargos, conforme a lo establecido en el respectivo contrato.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, aprobado por Resolución S.B.S. N° 6523 -2013, se ha normado lo relacionado con la información mínima, condiciones, vigencia y servicios asociados a las tarjetas:

Artículo 6°.- Información mínima, condiciones y vigencia aplicable a la tarjeta de crédito Las tarjetas de crédito se expedirán con carácter de intransferible y deberán contener la siguiente información mínima:

1. Denominación social de la empresa que expide la tarjeta de crédito o nombre comercial que la empresa asigne al producto; y la identificación del sistema de tarjeta de crédito (marca) al que pertenece, de ser el caso.
2. Número de la tarjeta de crédito.
3. Nombre del usuario de la tarjeta de crédito y su firma. Las firmas podrán ser sustituidas o complementadas por una clave secreta, firma electrónica u otros mecanismos que permitan identificar al usuario antes de realizar una operación, de acuerdo con lo pactado.
4. Fecha de vencimiento.

El plazo de vigencia de las tarjetas de crédito no podrá exceder de cinco (5) años, pudiéndose acordar plazos de vencimiento menores. Artículo 7°.- Servicios asociados a las tarjetas de crédito Las empresas, en función a sus políticas internas, darán a los titulares la posibilidad de hacer uso de uno o más de los siguientes servicios:

1. Disposición de efectivo: deberá otorgársele la posibilidad, para cada operación, de decidir si estas disposiciones deberán ser cargadas en cuotas fijas mensuales y el número de cuotas aplicable a estas.
2. Operaciones de compra, consumos o pagos por internet, a través de una página web distinta a la de la empresa.
3. Consumos u operaciones efectuadas en el exterior, con presencia física de la tarjeta.
4. Otras previstas por la empresa en los contratos.

Los servicios aludidos pueden otorgarse al momento de contratar o posteriormente. Su supresión o reactivación a voluntad del titular será posible a través de los mecanismos establecidos por las empresas, los que no podrán ser más complejos que los ofrecidos para contratar la tarjeta de crédito.

Esta posibilidad deberá informarse en forma destacada, previa a la celebración del contrato y contemplarse como parte de su contenido.

3.2. Costos de Información

El concepto de coste de transacción se ha convertido en una pieza clave de la teoría económica moderna, siendo del mismo parecer Soto (2000) al afirmar que: “Este es uno de los presupuestos fundamentales del análisis económico” (p. 394)

Bullard (como se citó en Soto, 2000), señala que:

La idea básica del concepto de costos de transacción, (...) consiste en que usar el sistema contractual cuesta, o dicho de otra manera, el uso del mercado no es gratuito. Entonces, celebrar un contrato implica incurrir en una serie de costos, muchas veces no despreciables. (p. 394)

Por su parte Polinsky (como se citó en Soto, 2000), señala que

Los costes de transacción incluyen los costes de identificación de las partes con las que uno va a tratar, los costes que implica reunirse con dichas partes, los costes del proceso de negociación en sí y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue. (p. 394)

Bullard (como se citó en Soto, 2000), agrega que:

Cuando una persona desea contratar (por ejemplo comprar una casa) tiene que realizar una serie de actos para lograr su cometido, tales como: buscar ofertas de casas en los medios de publicidad, recurrir a una inmobiliaria o preguntar a sus amigos; solicitar los antecedentes del vendedor y del bien a adquirir, entre otros datos que sean necesarios. A todos estos costos de transacción los podemos denominar “costos de información”. Un segundo costo es el “costo del tiempo” que deberían emplear los contratantes en conseguir la información necesaria. Luego, para lograr comprar la casa deseada tendrán que asumir otros costos, como “costos de oportunidad” en decidir si compran o no; “costos de asesoría”, donde figuran los honorarios de los abogados que redactan los contratos y de los notarios que otorgan la correspondiente escritura pública; y, finalmente, podríamos mencionar a los “costos de ejecución de dicho contrato”, que cumplen con la finalidad de evitar el incumplimiento del mismo. (p. 394-395)

Al respecto Bullard (2003) precisa: “todos estos aspectos de la negociación (costos de información, costos de oportunidad e incluso los derivados de la negociación misma) son costos de transacción”. (p. 340)

En definitiva dentro de las relaciones contractuales existen costos de transacción los cuales implican una cuantificación patrimonial, uno de estos costos para lograr vincularse contractualmente son los llamados costos de información los cuales serán materia de nuestro estudio pues están vinculados al intercambio de información que existe entre el proveedor y el consumidor al momento de realizar el contrato de consumo e inclusive por la naturaleza del contrato los intercambios de información que se realizarán posteriormente.

En éste orden existe un costo asociado a: i) la entrega de la información total por parte de los bancos relacionada con los saldos deudores, intereses, comisiones y otros que la entidad haya considerado al momento de la facturación y al cierre de la misma; ii) la información relacionada con los movimientos y consumos realizados por el consumidor luego de haber recibido su estado de cuenta y luego del cierre de la facturación, los consumos que se encontrarían pendientes de procesar y en tránsito antes de la cancelación anticipada de la deuda luego del cierre de la facturación; y iii) el costo que implicaría para el consumidor poder acceder a la información pendiente por procesar y que forma parte de los consumos que éste podría haber realizado luego de la facturación o cierre, de manera previa a la cancelación anticipada de la deuda total incluyendo cualquier cargo adicional que se devengue a la fecha del pago; iv) el costo asociado a la entrega de la información al consumidor en tiempo real sobre sus consumos, movimientos y saldos que se debería ser asumido desde nuestra perspectiva por el Banco.

Desde esta manera se tendrá costos de información antes, durante y después de realizado el contrato de consumo de tarjeta de crédito.

3.3. Derecho a la Información del Consumidor

Dentro del Código de Protección y Defensa del Consumidor, encontramos una enumeración taxativa de los derechos que les asisten a los consumidores y dentro de ellos los derechos a la información, a la protección de los intereses económicos del consumidor y a la seguridad.

En el caso del derecho a ser informado éste se encuentra regulado en los artículos 1 literal b); 2 y 5 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el cual se señala lo siguiente⁽¹⁾:

“Derechos de los consumidores Artículo 1.- Derechos de los consumidores: 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios; (...)

Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado. (...)

El Derecho a la información es quizá la piedra angular del sistema de protección al consumidor, se encuentra consagrado en el literal b del artículo 1 de la Ley 29571, al señalar que el consumidor tiene derecho

⁽¹⁾ Ídem

a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como efectuar un uso o consumo adecuado de los bienes y servicios.

Por su parte el artículo 2 de la Ley 29571, define lo relativo a la información relevante; y, este busca garantizar que el consumidor reciba toda la información antes de contratar, al momento de contratar, y durante la ejecución del contrato en el caso de contratos de ejecución continuada.

3.4. Derecho del Consumidor a realizar pagos anticipados

Como parte de la problemática circundante con relación al hecho de que el consumidor que una vez obtenido un crédito desee realizar pagos anticipados, a nivel de los precedentes administrativos y el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor, se realizó una enumeración taxativa de los derechos del consumidor y entre ellos se ha considerado como derecho el de realizar pagos anticipados o prepagos de los créditos con la deducción de intereses al momento de su realización.

Asimismo, por ningún motivo se podrá limitar éste derecho al consumidor, reconocido taxativamente en el Código de Protección y Defensa del Consumidor en los artículos 1, literal k; 86 y 87, en éste último caso lo relacionado con la imputación de pagos.

(...)

Derechos de los consumidores

Artículo 1.- Derechos de los consumidores:

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

k. Derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar. (...)

Artículo 86.- Derecho a efectuar pagos anticipados

Los consumidores tienen derecho, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, a efectuar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

Artículo 87.- Imputación de pagos

Los consumidores tienen derecho a ser informados respecto a las condiciones aplicables a las distintas obligaciones que pueden ser asumidas en virtud de un mismo contrato de crédito, detallando para tal efecto las tasas de interés, demás cargos aplicables y la oportunidad de pago para cada una de dichas obligaciones, así como el orden de imputación de pagos de estas.

En los contratos de crédito por adhesión o con cláusulas generales de contratación de empresas financieras sujetas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, el orden de imputación de pagos pactado no puede conllevar un agravamiento desproporcionado del monto adeudado, salvo que la empresa acredite fehacientemente la existencia efectiva de negociación e informe adecuadamente al consumidor en documento aparte sobre las consecuencias e implicaciones económicas de la regla de imputación adoptada. La carga de la prueba de la existencia de negociación y de que se informó al consumidor corresponde al proveedor.

De existir contratos de crédito por adhesión o celebrados en base a cláusulas generales de contratación con distintas obligaciones en los que no se haya pactado la aplicación de los pagos, o en caso de no ser preciso el convenio celebrado o genere dudas respecto a sus alcances, o no se haya cumplido con la obligación a cargo del proveedor a que se refiere el párrafo precedente, los pagos se aplican en primer lugar a la obligación menos garantizada, y de estar igualmente garantizadas, a la más onerosa, y de ser igualmente onerosas, a la más antigua. No se puede, sin el asentimiento del proveedor, aplicar los pagos al capital antes que a los gastos y a estos antes que a los intereses.

3.5. Derecho a la Protección de sus Intereses Económicos

El literal c del artículo 1 de la Ley 29571, ha consagrado la protección jurídica de los intereses económicos de los consumidores; y en particular, frente a prácticas que involucren desinformación que conlleven a la vulneración de los derechos a la información de los consumidores y su desprotección frente a métodos que involucren el desconocimiento del contenido esencial del derecho del consumidor; es decir aquellas prácticas que por su naturaleza impliquen un perjuicio económico para los intereses de los consumidores.

De otro lado la garantía de los intereses económicos de los consumidores se expresa- entre otros medios- en: i) el trato equitativo y justo de las transacciones comerciales; ii) la protección contra métodos comerciales coercitivos; iii) la proscripción de la desinformación o información equivocada. (Vega, 2001, p. 108-109)

De ésta manera la norma jurídica en mención dispone expresamente lo siguiente:

“Derechos de los consumidores Artículo 1.- Derechos de los consumidores: 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios. (...)”

3.6. Derecho a la Seguridad Jurídica en el Marco de la Contratación

El numeral 1.2 del artículo 1 de la Ley 29571, señala que la enumeración de los derechos no excluye los demás que el código garantiza ni los reconocidos en leyes especiales.

“Derechos de los consumidores Artículo 1.- Derechos de los consumidores: 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

1.2 La enumeración de los derechos establecidos no excluye los demás que este Código garantiza ni los reconocidos en leyes especiales.”

En atención a ello nosotros postulamos que en toda relación contractual, el consumidor deberá tener derecho a la seguridad jurídica, la cual consiste en que en el marco de la contratación de servicios bancarios no debería haber incertidumbre con relación a las prestaciones que las partes están obligadas a cumplir; por ejemplo, en el caso de pagos anticipados de tarjetas de crédito, que el consumidor pueda tener acceso de manera plena y en tiempo real a la información respecto de los saldos deudores totales para poner en definitiva fin a la relación contractual o realizar la cancelación anticipada total de la deuda pendiente de pago.

Por tal motivo hablamos de la predictibilidad en el comportamiento tanto del consumidor como del proveedor del bien o servicio para garantizar la coexistencia de la relación jurídica contractual de manera armoniosa que genere valor en el tiempo para las partes.

En este contexto, lo cierto es que dependiendo de las reales circunstancias y/o de la fecha de cancelación de la deuda con relación a la fecha de cierre de facturación y/o de corte se cargarán intereses y otros cargos que el Banco considere atendible de manera desinformada para el consumidor, motivo por el cual éste hecho lo coloca en la práctica a merced de lo que el Banco disponga, motivo por el cual, el consumidor durante dicho periodo se encontrará en una total incertidumbre.

Manifestamos ello, pues los Bancos por lo general no informan qué cargos están realizando en perjuicio del consumidor o la forma como se imputarán los pagos para cancelar la deuda, motivo por el cual este tipo de práctica da lugar al surgimiento de conflictos intersubjetivos de intereses que terminan en reclamos ante el mismo proveedor, el servicio de atención al ciudadano del INDECOPI y/o denuncias administrativas cómo analizaremos más adelante.

Por ello se deberá garantizar un mínimo de protección con relación al hecho de contratar estableciendo los plazos mínimos para el cumplimiento de las prestaciones a favor de los intereses del consumidor y/o entregar la información en tiempo real respecto de la liquidación total, plena de la deuda conforme nosotros proponemos.

En éste sentido, el derecho a la seguridad jurídica en el marco de la contratación de servicios bancarios y financieros podría ser reconocido

en función de la norma legal en comentario y las disposiciones relacionadas con el contrato desde una perspectiva civil general y obligacional.

IV. Resultados y Discusión

En nuestra investigación se analizaron casos y los pronunciamientos emitidos por la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI Cajamarca, durante los años 2009-2011 en materia de servicios bancarios y financieros y la Sala de Defensa de la Competencia N° 02 del Tribunal del INDECOPI, hoy Sala Especializada en Protección al Consumidor, ello sin perjuicio de considerar pronunciamientos recientes para efectos ilustrativos y seguir las actuales tendencias de los órganos resolutivos.

Con relación al tipo de investigación, ella corresponde a la investigación básica, habiendo sido necesaria la utilización de los métodos lógico formales (inductivo - deductivo y analítico - sintético); y, los específicos como el dogmático, el exegético; y el Análisis Económico del Derecho.

De las Resoluciones que fueron materia de análisis se determinó que en todos los casos se vulneró el derecho a la información de los consumidores; el derecho a la seguridad jurídica en el marco de la contratación de tarjetas de créditos y los intereses económicos del consumidor según se muestra a continuación:

4.1. Análisis de Reclamos presentados ante entidades bancarias

Reclamo N.º / Hoja de Reclamación	Reclamante	Reclamado	Materia	Producto
406592	Fernando Augusto Chávez Rosero	Banco Continental	Información	Tarjetas de Crédito
2090235	Fernando Augusto Chávez Rosero	Banco de Crédito	Información pago anticipado de tarjetas de crédito	Tarjetas de Crédito

En el caso del Reclamo 406592 presentado ante el Banco Continental BBVA, el consumidor advierte inconsistencias con relación a la deuda total de su tarjeta de crédito con relación al periodo de facturación diciembre de

2012, en el cual se indicaba que los “totales” adeudados por su persona al 20 de diciembre de 2012 por el uso de su tarjeta de crédito ascendían a S/ 891.39 (Ochocientos Noventa y Uno con 39/100 Nuevos Soles).

Asimismo, se detalla que el importe adeudado por concepto “total de cuotas del mes de línea de crédito” asciende a S/ 166.20 (Ciento Sesenta y Seis con 20/100 Nuevos Soles)

De otro lado el importe que corresponde a “total de cuotas efectivo plus” asciende a S/ 808.53 (Ochocientos Ocho con 53/100 Nuevos Soles)

Al respecto se evidenció inconsistencias en los saldos deudores totales, motivo por el cual en primer plano solicitó al Banco por qué el pago total del mes que incluye: Total del Saldo Sistema Revolvente + Cuotas del mes al cierre de facturación+ Comisiones + Intereses al mes de diciembre asciende a S/ 2470.00 (Dos Mil Cuatrocientos Setenta con 49/100 Nuevos Soles); si de la sumatoria de los importes “totales” señalados en los párrafos precedentes el importe asciende a S/ 1866.12 (Mil Ochocientos Sesenta y Seis con 12/100 Nuevos Soles).

Asimismo en virtud a las inconsistencias en la sumatoria el consumidor solicitó información sobre el “Total del Saldo Sistema Revolvente”.

Como es evidente en el presente caso existen cuatro (04) inconsistencias con relación a los saldos totales en principio con relación a: i) “totales” adeudados al 20/12/2012; ii) “total cuotas del mes de línea de crédito”; iii) “total cuotas efectivo plus”; iv) la sumatoria total que incluye Total del Saldo Sistema Revolvente + Cuotas del mes al cierre de facturación+ Comisiones + Intereses al mes de diciembre, sin perjuicio de la información relacionada con el Total del Saldo Sistema Revolvente que no se informaba en el Estado de cuenta.

De ésta manera consideramos que en el presente reclamo existe una clara contravención al: i) derecho a la información; ii) vulneración de los intereses económicos del consumidor pues es evidente que al no tener la certeza del importe total a pagar; más aún, si se paga además se estaría afectando el interés patrimonial del consumidor; y, iii) la seguridad jurídica en el contrato en el marco del principio de buena fe que debe guiar toda relación contractual.

Cabe señalar que el consumidor deseaba se le informe el saldo total deudor con la finalidad de realizar el pago anticipado de su deuda; sin embargo, frente a esta circunstancia, cómo podría haber ejercido tal derecho, en definitiva no pudo realizar el pago anticipado de su deuda, más aún el Banco atendió su requerimiento de información el 13 de febrero de 2013, más de dos (02) meses después conforme se puede advertir de la comunicación hecha llegar por el Banco posteriormente. Ello sin perjuicio de indicar que la información le fue entregada al consumidor luego de haber formulado su denuncia por la no entrega de información.

Finalmente es posible advertir que el consumidor no tiene la posibilidad de conocer en tiempo real el importe total de su deuda, motivo por el cual este hecho también limita el ejercicio del derecho a realizar pagos anticipados en el tiempo y oportunidad que el consumidor decida.

Con relación al reclamo 2090235 presentado ante el Banco de Crédito del Perú, es posible advertir que el consumidor realizó el pago total de la deuda de su tarjeta de crédito en función de la información que se le proporcionó a través de Banca por Internet, sin embargo, en el siguiente estado de cuenta evidenció que se le estaba realizando cargos adicionales, a pesar de haber realizado el pago total de la deuda, motivo por el cual a través del Banco de Crédito solicito información dándole la siguiente respuesta:

“Damos respuesta a su solicitud de fecha 08 de enero de 2013, presentada a través de nuestra Unidad de Atención al Cliente, referente a la Tarjeta de Crédito Visa N.º 4021-6101-1339-2016.

Al respecto, le informamos que el día del cierre mensual se carga en el total facturado de la tarjeta referida, los consumos realizados durante el periodo, las disposiciones en efectivo, cuota, intereses y comisiones.

Cabe señalar que el detalle de la deuda otorgada por el saldomático y a través de nuestra Página de internet corresponde a la línea utilizada con la Tarjeta, la cual incluye las últimas operaciones realizadas; sin embargo, no los intereses generados, debido que dichos intereses son cobrados al cierre de la facturación.

No obstante, si desea cancelar el total de la deuda puede comunicarse con nuestra banca por teléfono donde nuestros asesores podrán brindar la información detallada a fin que pueda cancelar el saldo deudor registrado con la Tarjeta.

Ante cualquier duda o consulta quedamos a su disposición a través de nuestra Banca por Teléfono al 311-9898, donde será gustosamente atendido por nuestros asesores de servicio.”

En el presente caso es posible advertir que el consumidor realiza el pago total de la deuda en función a la información que aparece detallada en Banca por Internet a través de la cual se le informa el importe de su “deuda total”; sin embargo, dicha información no cumple las características de lo que es la información al consumidor pues ésta debe ser información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios, pues lo cierto es que dicho importe de “deuda total” no correspondía finalmente al importe total.

Conforme se puede advertir de la respuesta del Banco de Crédito del Perú, vulnera: i) el derecho a la información; ii) sus intereses económicos; y, iii) el derecho a la seguridad jurídica en el marco de la contratación de tarjetas de crédito, pues existe una total incertidumbre respecto del monto total a pagar.

De ésta manera consideramos que la información que aparece detallada en Banca por internet inclusive no cumple con las características que señala la norma debería cumplir, siendo por tal motivo necesario la utilización de un sistema electrónico eficiente que proporcione información al consumidor en tiempo real con relación al monto total de la deuda de un consumidor.

4.2. Análisis de Resoluciones Administrativas emitidas por el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de la Oficina Regional del INDECOPI Cajamarca

Expediente	Resolución	Denunciante	Denunciado	Materia
0012-2013/PSO-INDECOPI-CAJ	Resolución 05	Aristides Ramón Alva Rodríguez	Banco Falabella Perú S.A. / Saga Falabella Perú S.A.	Idoneidad del Servicio

Así en el presente caso el señor Aristides Ramón Alva Rodríguez denunció lo siguiente:

1. Infracción a los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por falta de idoneidad en la prestación del servicio consistente en:
 - 1.1. Cargar indebidamente el importe S/ 104.74 (Ciento Cuatro con 74/100 Nuevos Soles) por diversos conceptos tales como: i) seguro de desgravamen; ii) interés moratorio; iv) cargos por comisiones de cobranza; v) cargo por saldo pendiente, en el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2012 al 30 de setiembre de 2012.
 - 1.2. Haber requerido, el 12 de octubre de 2012, indebidamente el pago de S/ 142.30 (Ciento Cuarenta y dos con 30/100 Nuevos Soles) por diversos conceptos tales como: i) seguro de desgravamen; ii) interés moratorio; iv) cargos por comisiones de cobranza; v) cargo por saldo pendiente, que no me eran exigibles.
 - 1.3. Haberlo reportado indebidamente ante las centrales de riesgo por una deuda de 146.51 S/ (Ciento Cuarenta y Seis con 51/100 Nuevos Soles) por diversos conceptos tales como: i) seguro de desgravamen; ii) interés moratorio; iv) cargos por comisiones de cobranza; v) cargo por saldo pendiente, que no me eran exigibles
 - 1.4. No haber realizado la devolución completa de los importes indebidamente cobrados, pues solamente me hizo la devolución de S/ 135.18 (Ciento Treinta y Cinco con 18/100 Nuevos Soles) de los S/ 142.30 (Ciento Cuarenta y dos con 30/100 Nuevos Soles) abonados el 12 de octubre de 2012, quedando como saldo a nuestro favor la suma de S/ 7.12 (Siete con 12/100 Nuevos Soles).
 - 1.5. No haber entregado los estados de cuenta mensuales correspondientes a los meses comprendidos en el periodo febrero de 2012 a enero de 2013.
2. Infracción al artículo 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por:
 - 1.1. No haber informado de manera adecuada y oportuna a través de ningún medio.

Asimismo, dentro de los hechos relevantes señaló que el miércoles 15 de febrero de 2012, realizó una compra de una Notebook TOSHIBA –L745/SP4256CL, al crédito, utilizando su tarjeta CMR Visa del Banco Falabella, por un importe de S/. 2499.00, siendo atendido por el vendedor código: 10104834, William Serpa; pues en ese momento no tenía disponibilidad de efectivo.

El viernes 17 de febrero de 2012, tras haber transcurrido apenas dos (02) días, se apersonó a caja de Banco Falabella, con la finalidad de hacer el pago anticipado de la deuda por la adquisición de la Notebook TOSHIBA –L745/SP4256CL, y, en esa oportunidad le cobraron incluyendo todos los cargos- comisiones, el importe de S/ 2507.90 (Dos Mil Quinientos Siete con 90/100 Nuevos Soles), en efecto consideró que había cancelado la totalidad de su deuda porque así se lo habían informado.

Posteriormente, en el mes de octubre, se apersonó ante una entidad del sector Bancario, con la finalidad de solicitar un crédito para COVIGSER S.R.L., empresa de seguridad, de la cual es el Gerente General, y tras haber solicitado un crédito, le informaron que no era posible atender su solicitud, pues me encontraba -como persona natural- reportado ante las centrales de riesgo como DEFICIENTE Y DUDOSO, situación que en definitiva le ocasionó un grave perjuicio.

Ante ésta situación acudió al establecimiento de la denunciada con lo finalidad de indagar el motivo por el cual se lo estaba reportando ante la central de riesgo; siendo en ese momento que tomó conocimiento que la denunciada sin mayor preocupación a partir del 01 de marzo de 2012 al 30 de setiembre de 2012, cargó a su cuenta de manera unilateral, arbitraria, inconsulta y bajo el imperio de la desinformación, conceptos tales como: i) seguro de desgravamen; ii) interés moratorio; iv) cargos por comisiones de cobranza; v) cargo por saldo pendiente, hasta por la suma S/ 104.74 (Ciento Cuatro con 74/100 Nuevos Soles), que no le correspondían pagar, pues como señaló en líneas precedentes el 17 de febrero de 2012, realizó la cancelación total de su deuda .

Al respecto consideramos que al igual que en los casos anteriores una vulneración del derecho a la información, pues el señor Alva consideró haber realizado el pago total de sus deuda conforme lo hemos

detallado; sin embargo, el Banco le hizo el recargo de importes que jamás le comunicó, ni envió a través de sus estados de cuenta y más aún decidió reportarlo por los saldos deudores ante las centrales de riesgo por su mala calificación crediticia.

De ésta manera consideramos que el Banco vulneró: i) su derecho a la información; pues a pesar de haber realizado el pago total anticipado de su deuda no le informó respecto de la totalidad del saldo deudor pendiente de pago; ii) sus intereses económicos pues le hizo pagar un importe que no le correspondía; y, iii) la seguridad jurídica en el marco de la contratación de servicios bancarios pues jamás tomo conocimiento de los saldos deudores luego de haber pagado anticipadamente su deuda colocándolo en una situación de incertidumbre frente al Banco pues el contrato de tarjeta de crédito no le brindó ninguna garantía o seguridad.

4.3.- Análisis de Resoluciones Administrativas emitidas por la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI Cajamarca y en el trámite de procedimientos Administrativos por la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal del INDECOPI.

Expediente	Resolución	Denunciante	Denunciado	Materia
0059-2008/CPC-INDECOPI-CAJ	0034-2010/SC2-INDECOPI	Luis García Rojas	Banco Continental	Idoneidad del Servicio
0159-2009/CPC-INDECOPI-CAJ	0075-2010/INDECOPI-CAJ	Jorge Enrique Jaramillo Narváez	Banco Interamericano de Finanzas S.A.	Idoneidad del Servicio
0009-2010/CPC-INDECOPI-CAJ	0006-2011/SC2-INDECOPI	Pedro Alberto Mejía Sáenz	Scotiabank Perú S.A.A.	Idoneidad del Servicio

En el caso de la Resolución 0034-2010/SC2-INDECOPI, en el trámite del Expediente 0059-2008/CPC-INDECOPI-CAJ, en los seguidos por el señor Luis García Rojas contra el Banco Continental es posible advertir que en función a la información emitida por el Banco éste consideró que ya había cancelado la totalidad de su deuda que incluía la deuda de la “campana efectivo cuotas”; y todos sus consumos realizados bajo el sistema “*revolving*” según lo establecido en el fundamento 14, 15 y 16 de la Resolución.

En éste orden el consumidor conforme lo venimos sosteniendo a lo largo de nuestra investigación no tuvo la posibilidad de conocer la totalidad de la deuda pendiente de pago, vulnerando con ello su derecho a la información, intereses económicos y seguridad jurídica en el marco del contrato de tarjeta de crédito, pues a pesar de haber realizado el pago total de la deuda “campana efectivo cuotas”, lo cierto es que la Sala luego de un análisis a profundidad determina en los fundamentos 18 al 22 que el consumidor aún adeudaba el importe correspondiente al sistema “*revolving*”; sin embargo, ésta controversia se habría evitado si el consumidor habría contado con la información en tiempo real respecto de sus obligaciones pendientes de pago.

En el caso de la Resolución 0075-2010/SC2-INDECOPI, en el trámite del Expediente 0159-2009/CPC-INDECOPI-CAJ, en los seguidos por el señor Jorge Enrique Jaramillo Narváez contra el Banco Interamericano de Finanzas podemos advertir que al igual que en los casos anteriores se denunció lo siguiente:

- (i) El 4 de setiembre de 2008, cursó una carta al banco mediante la cual informó haber extraviado su tarjeta de crédito, solicitando la entrega de un duplicado o en su defecto, su anulación e informó que toda comunicación futura debería realizarse en su domicilio ubicado en Jr. Juan Villanueva N.º 358.
- (ii) Asimismo, en la misma fecha pagó el monto total de la deuda generada equivalente a S/ 241,98 (Doscientos Cuarenta y Uno con 98/100 Nuevos Soles)
- (iii) Posteriormente recibió, en reiteradas oportunidades, llamadas telefónicas a su domicilio, mediante las cuales se le informa que mantenía una deuda pendiente de pago con el Banco.
- (iv) El 26 de enero de 2009 presentó al Banco una segunda carta, mediante la cual informaba que no se había tramitado la obtención del duplicado de su tarjeta de crédito.
- (v) En la misma fecha con la finalidad de evitar inconvenientes, procedió a pagar la deuda total de su tarjeta, equivalente a S/. 61,40 (Sesenta y Uno con 40/100 Nuevos Soles)

- (vi) Pese a lo señalado, ha recibido nuevas llamadas telefónicas mediante las cuales se le informa que mantiene una deuda pendiente de pago con el Banco generada por el uso de su tarjeta de crédito.
- (vii) El 30 de noviembre de 2009 se acercó a las instalaciones del Banco, entrevistándose con el señor Juan Manuel Alvarado Sarmiento (en adelante el señor Alvarado), quien le informó que haría un seguimiento de su caso; sin embargo, no ha recibido ninguna respuesta a la fecha.
- (viii) Actualmente se encuentra reportado ante las centrales de riesgo por el Banco, generándole el rechazo de un crédito por otra institución bancaria.
- (ix) El estrés y preocupación generados por estos hechos ocasionaron que el 04 de diciembre de 2009 acuda a Clínica Limatambo S.A.C. para recibir tratamiento médico.

Al respecto la Comisión en virtud a la norma vigente imputó como presuntos hechos infractores al artículo 8 de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor los siguientes:

- (i) Exigir indebidamente el pago de una deuda no reconocida por el denunciante.
- (ii) Haber reportado indebidamente al señor Jaramillo ante las Centrales de Riesgo.

Al respecto el 19 de enero de 2010 el denunciado presentó sus descargos señalando lo siguiente:

- (i) En relación a la primera imputación indicó:

El 31 de marzo de 2008 otorgó al denunciante una tarjeta de crédito estipulando que el periodo de facturación de la misma era el 18 de cada mes al 217 del mes siguiente, y la fecha límite de era uno de los 4 primeros días hábiles del cada mes.

El señor Jaramillo realizó con su tarjeta de crédito dos (02) consumos el 21 de agosto de 2008, los cuales estaban comprendidos dentro del periodo de facturación del 18 de agosto al 17 de setiembre de 2008, y tenían como fecha límite de pago el 06 de octubre de

2008, los mismo que no fueron pagados, generando una deuda que fue incrementada por intereses y comisiones de cobranza.

El 04 de setiembre el señor Jaramillo informó la pérdida de sus tarjeta de crédito, solicitando el duplicado o anulación de la misma, ante lo cual procedió a su bloqueo y a emitir una nueva tarjeta de crédito, la misma que fue enviada a la dirección fijada por el denunciante, y al no ser posible su entrega se derivó para recojo a su oficina de Cajamarca.

El denunciante realizó el 26 de enero de 2010, el pago de los consumos del 21 de agosto de 2008, sin cancelar los intereses y comisiones de cobranza, existiendo un saldo pendiente.

(ii) Con relación a la segunda imputación indicó:

El señor Jaramillo fue reportado ante la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP debido a su incumplimiento de pago, por lo cual se encuentra debidamente reportado.

Conforme se puede advertir, en el presente caso evidenciamos que prácticamente el consumidor se encuentra a merced de lo que el Banco le indique e instruya.

En éste orden el señor Jaramillo, consideró haber pagado la totalidad de su obligación crediticia con el Banco porque así se lo habían informado, aquí nos podríamos preguntar, si el consumidor acude a la entidad Bancaria ésta le debería haber instruido respecto del pago del monto total adeudado, sin embargo, el señor Jaramillo solamente consideró el importe facturado y no el importe por el servicio de tarjeta de crédito.

En éste orden consideramos que si se le habría brindado la información al consumidor de la deuda global, que incluya los importes de los cargos por consumos y por el uso de tarjeta de crédito éste conflicto intersubjetivo de intereses se habría evitado, por ello se hace necesaria la implementación de mecanismos de información idóneos relacionado con la entrega de la información para el consumidor en tiempo real de las obligaciones pendientes de pago con los Bancos.

De ésta manera consideramos que se vulneró: i) el derecho a la información del señor Jaramillo, al no poder obtener la información en tiempo real del total de sus obligaciones pendientes de pago para con el Banco; ii) vulneró sus intereses económicos pues terminó pagando un importe mayor al adeudado incluyendo intereses mayores e inclusive reportado ante las centrales de riesgo por S/ 9.00 (Nueve Soles); y, iii) el derecho a la seguridad jurídica en el marco de los contratos de tarjetas de crédito, fue tal la incertidumbre generado para el consumidor que según refirió inclusive tuvo que recibir tratamiento médico por el estrés que ésta situación le generó.

En el caso de la Resolución 0006-2011/SC2-INDECOPI, en el trámite del Expediente 0009-2010/CPC-INDECOPI-CAJ, en los seguidos por el Pedro Alberto Mejía Sáenz denunció que luego de bloquear su tarjeta de crédito solicitó la anulación, orden que el Banco Scotiabank no cumplió, y contrariamente a ello, emitió un duplicado de la misma, exigiendo el pago por dicho concepto; y, ante ello presentó un reclamo el mismo que no fue contestado.

Por su parte el Banco denunciado indicó que la tarjeta de crédito del denunciante se encontraba cancelada y sin reportar morosidad. Respecto al reclamo presentado indicó que éste se resolvió internamente habiendo declarado procedente y se procedió al extorno de las sumas de dinero que le fueron cargadas e indicó que el denunciante no se encuentra reportado ante centrales de riesgo.

Al respecto al igual que en el caso anterior evidenciamos que el consumidor se encuentra nuevamente a merced de los Bancos, pues en éste caso a pesar que el consumidor solicitó la anulación de su tarjeta de crédito es decir – manifestó su voluntad de desvincularse del contrato de tarjeta de crédito – muy por el contrario el Banco decidió de manera unilateral emitir otra y no conforme con ello decidió realizar cargos y le exigió el pago por dicho concepto.

Esta práctica definitivamente es inaceptable y constituye una falla o distorsión en el mercado, pues nos muestra una clara contravención a: i) el derecho a la información del consumidor pues en el marco de la desinformación decide emitir un duplicado de su tarjeta de crédito sin

la manifestación de la voluntad del consumidor para ello; ii) vulneración total de sus intereses económicos pues si el reclamo no habría sido atendido éste debería haber pagado un importe equivalente al costo de la emisión de la tarjeta de crédito; y, iii) finalmente mientras todos estos hechos se materializaban- ¿existía seguridad jurídica para el consumidor en el marco de la contratación de servicios bancarios? – la respuesta es evidente, definitivamente NO.

4.4.- Análisis de Resoluciones Administrativa del INDECOPI - Sede Central, Comisiones de Oficinas Regionales del INDECOPI a Nivel Nacional, Sala de Defensa de la Competencia N.º 02 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual hoy Sala Especializada en Protección de Consumidor del INDECOPI, de manera complementaria a nuestra investigación.

Expediente	Resolución	Denunciante	Denunciado	Materia
055-2014/CPC-INDECOPI-LAL	0609-2017/SPC-INDECOPI	José Alejandro Manchay Mejía	Banco Ripley Perú S.A.	Idoneidad

En el caso de la Resolución 0609-2017/SPC-INDECOPI, en el trámite del Expediente 055-2014/CPC-INDECOPI-LAL, en los seguidos por José Alejandro Manchay Mejía contra Banco Ripley S.A ocurrieron los siguientes hechos:

“(…)

El 12 de marzo de 2014, el señor José Alejandro Manchay Mejía (en adelante, el señor Manchay) denunció a Banco Ripley Perú S.A.1 (en adelante, el Banco), por infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:

- (i) El 26 de octubre de 2013, realizó el pago anticipado del total de la deuda que mantenía con el Banco, correspondiente a su Tarjeta de Crédito Clásica 9604-1004-****-1288, ascendente a S/ 2 787,32; no obstante, en su estado de cuenta correspondiente al periodo de facturación del 26 de setiembre al 26 de octubre de 2013, se le imputó un saldo deudor pendiente de S/ 390,21;

- (ii) El 19 de noviembre de 2013, interpuso un reclamo por tal situación, siendo que el mismo no fue atendido oportunamente;
- (iii) Si bien en dicha ocasión se le indicó que se había procedido a regularizar el abono de S/ 2 787,32 y el extorno del monto de S/ 196,06 por concepto de cargos y comisiones; mediante estado de cuenta correspondiente al periodo de facturación del 27 de diciembre de 2013 al 26 de enero de 2014, el Banco le requirió el pago de una nueva suma pendiente;
- (iv) Mediante correo electrónico del 27 de febrero de 2014, el Banco le aseguró que la regularización del pago efectuado se registraría en dos (2) días hábiles; no obstante, en la consulta de movimientos que realizó el 6 de marzo de 2014 no figuraba ningún concepto por pago de deuda total de fecha 26 de octubre de 2013, sino otros conceptos que lo mantuvieron en incertidumbre respecto a la información brindada por el denunciado;
- (v) En dicho reporte figuraban el monto de S/ 247,20 por concepto de “RET. EFEC CUOTAS TDA”, pese a que no había realizado ninguna disposición en efectivo; y, la suma de S/ 251,35 por concepto de deuda total;
- (vi) Debido a las constantes deudas reportadas de manera indebida por el Banco, se había generado el bloqueo automático de su tarjeta de crédito; y,
- (vii) Solicitó la rectificación de los reportes emitidos por el Banco de noviembre de 2013 a enero de 2014, así como los reportes referidos a las sumas de S/ 247,20 y S/ 251,35.

En su defensa, el Banco señaló lo siguiente:

- (i) La regularización del pago anticipado del señor Manchay fue procesado el 27 de febrero de 2014 y registrado en el estado de cuenta con vencimiento 10 de abril de 2014, razón por la cual el denunciante carecería de interés para obrar;
- (ii) La suma de S/ 247,20 registrada en el estado de cuenta del periodo comprendido del 24 de febrero al 26 de marzo de 2014, correspondía al saldo de la disposición de efectivo que el denunciado realizó el 5 de octubre de 2013, el cual fue cancelado con la devolución de penalidades realizada el 31 de marzo de 2014, reflejada en el estado de cuenta del periodo comprendido del 27 de marzo al 25 de abril de 2014;

- (iii) Según el estado de cuenta del 26 de junio al 26 de julio de 2014, el saldo deudor del señor Manchay era cero; y,
- (iv) Finalmente, indicó que en tanto no se había determinado con precisión y claridad el periodo reportado cuestionado por el denunciante, no le era posible ejercer su derecho de defensa respecto a dicho extremo.

Mediante Resolución 814-2014/INDECOPI-LAL del 1 de setiembre de 2014, la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI de La Libertad (en adelante, la Comisión) resolvió lo siguiente:

- (i) Declaró fundada la denuncia contra el Banco, por infracción del artículo 19º del Código, al haberse acreditado que el denunciado: (a) omitió consignar el pago adelantado efectuado por el denunciante el 26 de octubre de 2013, por lo que lo reportó ante las centrales de riesgos, sancionándolo con una multa de dos (2) UIT; y, (b) requirió al denunciante el pago de una deuda, pese a que la misma había sido cancelada, sancionándolo con una multa de una (1) UIT;
- (ii) declaró fundada la denuncia contra el Banco, por infracción del artículo 88. 1º del Código, al haberse acreditado que el denunciado no atendió el reclamo del 26 de octubre de 2014 en el plazo establecido legalmente para tal efecto, sancionándolo con una multa de una (1) UIT;
- (iii) ordenó al Banco, como medida correctiva, que, en el plazo de diez (10) días, proceda a rectificar el reporte del denunciante ante las centrales de riesgo; y,
- (iv) condenó al Banco al pago de las costas y costos del procedimiento.

Ante el recurso de apelación interpuesto por el Banco, mediante Resolución 2580-2015/SPC-INDECOPI del 19 de agosto de 2015, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) declaró la nulidad parcial de la Resolución 814-2014/INDECOPI-LAL por vulneración del principio de congruencia y del debido procedimiento, en el extremo que declaró fundada la denuncia contra el Banco por presuntamente omitir consignar el pago adelantado efectuado por el señor Man-

chay el 26 de octubre de 2013, y reportarlo ante las centrales de riesgos; al haberse verificado que dicha instancia no se pronunció respecto al pedido de nulidad planteado por el Banco en su escrito de descargos, respecto a que no se había precisado el periodo reportado materia de denuncia, situación que afectaría el derecho de defensa del denunciado.

En atención a dicho mandato, mediante Resolución 0744-2016/INDECOPI-LAL del 10 de junio de 2016, la Comisión desestimó la solicitud de improcedencia de la denuncia formulada por el Banco respecto a la presunta falta de interés para obrar del denunciante; asimismo, declaró fundada la denuncia contra el denunciado por infracción del artículo 19º del Código, al haberse acreditado que omitió consignar el pago anticipado del 26 de octubre de 2013 efectuado por el denunciante, a causa de lo cual lo reportó indebidamente ante la Central de Riesgos de la SBS, sancionándolo con una Amonestación, y lo condenó al pago de costas y costos del procedimiento.

El 21 de junio de 2016, el Banco apeló la citada resolución reiterando que el denunciante carecía de interés para obrar, en tanto la operación que no fue debidamente procesada fue regularizada el 27 de febrero de 2014, esto es antes de la interposición de la denuncia – 12 de marzo de 2014-, por lo que no persistió la necesidad del denunciante de iniciar el presente procedimiento administrativo, en tanto no existía perjuicio.

Asimismo, consideró que la Comisión no motivó su decisión al desestimar el pedido de improcedencia de la denuncia por falta de interés para obrar.”

En éste sentido la Sala desarrollo los siguientes fundamentos:

“(…)

12. Al respecto, conviene mencionar que esta sala verifica que efectivamente el 26 de octubre de 2013, el denunciante efectuó un pago anticipado respecto a la deuda ascendente a S/ 2 787,22 que mantenía en su tarjeta de crédito Clásica N.º ****-88, y que dicho monto era el total adeudado por el señor Manchay, de acuerdo al estado de cuenta con fecha de vencimiento 10 de noviembre

de 2013⁶, por lo que se advierte que, tras realizar dicho abono no correspondía al interesado mantener deuda alguna.

13. Teniendo en cuenta ello, si bien el Banco aseveró que el 27 de febrero de 2014 cumplió con regularizar el pago anticipado efectuado por el señor Manchay y que comunicó ello a la Central de Riesgos de la SBS, por lo que el denunciante carecía de interés para obrar para denunciar la presunta conducta infractora; lo cierto es que este pago realizado por el consumidor el 26 de octubre de 2013 fue considerado como se hubiera efectuado el 27 de febrero de 2014, según el estado de cuenta del 24 de febrero al 26 de marzo de 2014, por lo que a dicha fecha se generaron intereses y penalidades que fueron regularizados desde marzo a julio de 2014, quedando la tarjeta en cero recién en agosto de 2014.

Cabe destacar que no se verifica nuevas operaciones a partir del pago anticipado efectuada por el señor Manchay que habrían dado justificación a que la línea mantuviera un cargo o deuda pendiente de cancelación.

14. Incluso, se aprecia que en el reporte de la Central de Riesgos de la SBS respecto del mes de marzo de 2014, el Banco reportó al denunciante por una presunta deuda de S/ 13,00; pese a que, como se señaló previamente, no correspondía al señor Manchay mantener deuda pendiente a cancelar pasible a ser reportada, según los estados de cuenta obrantes en el expediente, por lo que corresponde desestimar el alegato del denunciado respecto a la falta de interés para obrar del denunciante, al no haberse acreditado la invocada subsanación del hecho controvertido antes de la formulación de la presente denuncia, que fue interpuesta en marzo de 2014.

15. En ese sentido, esta Sala considera que ha quedado acreditado que la entidad financiera no cumplió con imputar el abono efectuado por el denunciante el 26 de octubre de 2013 como un pago anticipado y, en consecuencia, lo reportó indebidamente ante la Central de Riesgos de la SBS

16. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia contra el Banco por infracción del artículo 19º del Código.

De manera similar que en el caso anterior podemos advertir que a pesar de que han existido diferentes modificatorias en las normativas de transparencia y el reglamento de tarjetas de crédito con la finalidad de transparentar el mercado en el ámbito del sector Bancario, siguen generándose las mismas fallas y distorsiones

Manifestamos ello pues en el presente caso también es posible evidenciar una vulneración al derecho del consumidor con relación a i) a la información pues conforme lo hemos postulado en nuestra tesis el consumidor no cuenta con la información que dé cuenta de la totalidad de la obligación pendiente de pago con la entidad Bancaria al momento de realizar el pago anticipado, pues resulta que a pesar de que el denunciante creyó haber cancelado la totalidad de su deuda, el Banco le imputó un saldo deudor y cargos por conceptos que no le eran exigibles al consumidor e inclusive por ellos terminó reportándolo a la Central de Riesgo; ii) este hecho también vulneró su derecho a la protección de sus intereses económicos pues se le estuvo exigiendo el pago de sumas no adeudadas y más aún se dañó su reputación económica ante las Centrales de Riesgo- este hecho es muy lamentable; iii) de igual manera se transgredió del derecho a la seguridad jurídica en el marco de la contratación de tarjetas de crédito, pues el consumidor durante el periodo de tiempo que presentó su reclamo ante el Banco e inclusive su denuncia permaneció en una total incertidumbre, y a merced de lo que le Banco le instruya.

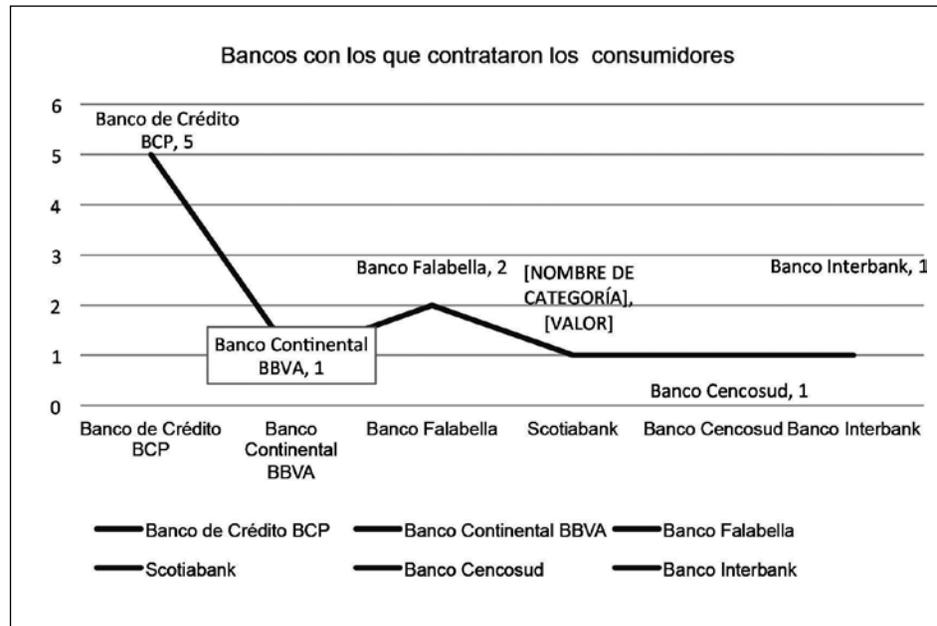
Precisamos que es lamentable que frente a estos hechos infractores el Banco haya sido sancionado con una amonestación, pues lo cierto es que éste tipo de prácticas reiterativas en el mercado definitivamente no se desincentivaran con sanciones de naturaleza no pecuniaria, pues los Bancos preferirán transgredir la norma antes que no realizar la conducta infractora, pues no les irroga ningún costo realizar éste tipo de prácticas.

4.5. Análisis de encuestas aplicadas a consumidores afectados

En nuestra investigación con la finalidad de determinar cuáles son los efectos jurídicos de los costos de información en los derechos del

consumidor al momento de realizar pagos anticipados, se realizó una encuesta, habiendo obtenido los siguientes resultados:

Con relación a la pregunta: **¿la tarjeta de crédito que usted contrato, pertenece a alguno de los siguientes Bancos?:**



Los encuestados respondieron:

1. Banco de Crédito del Perú – BCP en un 45 %
2. Banco Falabella en un 18%
3. Banco Continental - BBVA en un 9 %
4. Banco Scotiabank en un 9 %
5. Banco Cencosud en un 9%
6. Banco Interbank en un 9%

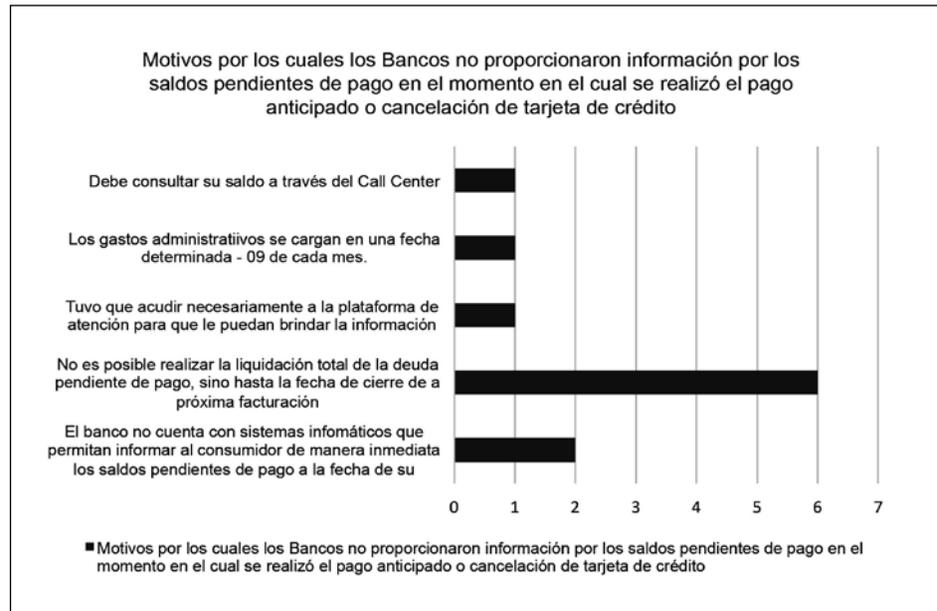
Con relación a la pregunta **¿En alguna oportunidad usted realizó el pago anticipado de su tarjeta de crédito y/o realizó la cancelación de su tarjeta de crédito?,** el 100 % contestó que sí.

Con relación a la pregunta: **¿Conocía Usted que tiene el Derecho a realizar pagos anticipados por el uso de la tarjeta de crédito?,** el 100 % contestó que sí.

Con relación a la pregunta: **¿Cuándo Usted, realizó el pago total del saldo o lo saldos pendientes de pago por el uso de su tarjeta de crédito, al mes siguiente y/o en la próxima facturación o fecha de cierre, tuvo que cancelar conceptos adicionales por saldos no procesados o pendientes de pago que no le habían informado a través de su estado de cuenta anterior y/o cuando realizó el pago anticipado simplemente el banco no le informó que debería pagar un monto mayor al que le fue facturado?,** el 100 % contestó que sí.

Con relación a la pregunta respecto de los motivos por el cual los Bancos no le proporcionaron la información por los saldos pendientes de pago en el momento en el cual usted realizó el pago anticipado o la cancelación de su tarjeta de crédito, los encuestados respondieron:

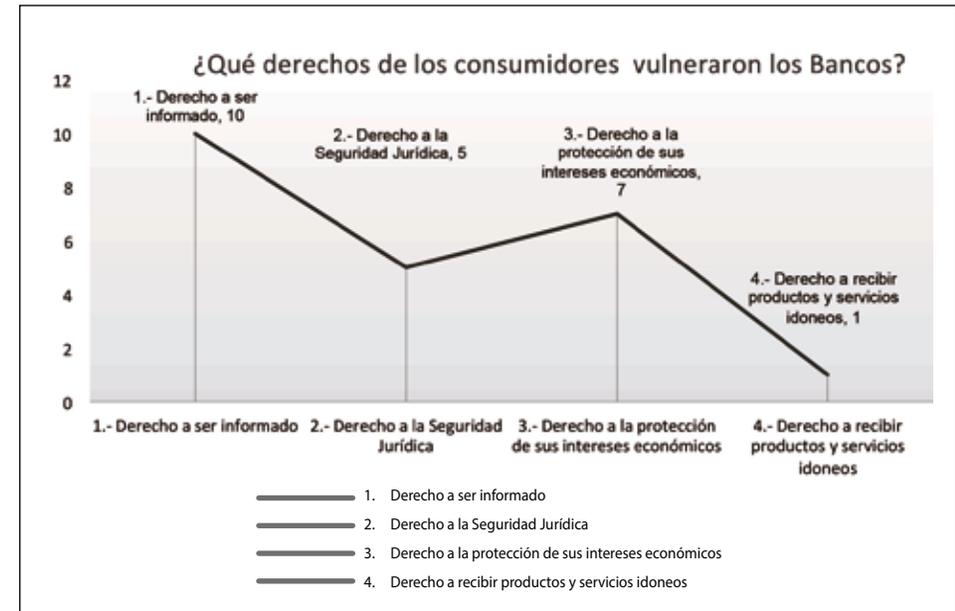
1. Dos (02) encuestados, respondieron que el banco no cuenta con sistemas informáticos que permitan informar al consumidor de manera inmediata los saldos pendientes de pago a la fecha de su realización, equivale a un 18 %
2. Seis (06) encuestados respondieron que no es posible realizar la liquidación total de la deuda pendiente de pago, sino hasta la fecha de cierre de la próxima facturación, equivale a un 55 %
3. Un (01) encuestado, especificó que tuvo que acudir necesariamente a plataforma de atención para que me puedan brindar la información, equivale a un 9%
4. Un (01) encuestado, especificó que los gastos administrativos en los que incurre el Banco se cargan en una fecha exacta por ejemplo los días nueve (09) de cada mes, equivale a un 9%.
5. Un (01) encuestado especificó que el Banco le instruyó que puede consultar su saldo deudor a través del Call Center, equivale a un 9%.



Con relación a los hechos descritos en los puntos precedentes de la encuesta, los consumidores consideraron que se vulneró sus derechos a:

1. Los diez (10) encuestados, respondieron que el Banco vulneró su Derecho a ser informado;
2. Cinco (05) encuestados, respondió que el Banco vulneró Derecho a la seguridad jurídica
3. Siete (07) encuestados, respondió que el Banco vulneró Derecho a la protección de sus intereses económicos.
4. Un (01) encuestado, respondió que el Banco vulneró su derecho a recibir productos y servicios idóneos

Con relación a la pregunta: **¿Si considera Usted, que el costo que implica que el Banco le brinde tutela jurídica e información en la relación de consumo de manera veraz, oportuna, transparente y personalizada, sobre los saldos pendientes de pago por el uso de su tarjeta de crédito, a través de tecnologías de la información y/o plataformas de atención especializada, debería ser asumido por la entidad bancaria?, el 100 % de los encuestados respondieron que sí.**



IV. Propuesta Normativa de Implementar Sistemas Electrónicos para realizar el cálculo de intereses, comisiones y gastos por el uso de tarjetas de crédito en tiempo real.

En virtud a que los servicios que brindan los Bancos es un servicio regulado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, consideramos pertinente proponer la siguiente Resolución:

“Lima, 24 de octubre de 2017

Resolución S.B.S. N° xxxx-2017

El Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

CONSIDERANDO: (...)

Artículo Primero. - Modifíquese los artículos 5 y 10° en los siguientes términos:

“Artículo 5°.- Contenido mínimo del contrato El contrato de tarjeta de crédito deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

14. La implementación de sistemas de información electrónico en tiempo real que le permita al consumidor conocer el importe de la deuda total que mantiene con la entidad Bancaria a efectos de garantizar el derecho a la información, proteger sus intereses económicos y procurarles seguridad jurídica en el marco de la contratación de los servicios Bancarios y Financieros. (...)

“El estado de cuenta debe contener como mínimo lo siguiente:

Artículo 10º.- Contenido mínimo de los estados de cuenta El estado de cuenta debe contener como mínimo lo siguiente: (...)

14. La información que se detalla en el estado de cuenta mensual deberá señalar que la información es referencial con relación a la fecha de facturación y se deberá indicar que se le remitirá al consumidor en tiempo real actualizaciones permanentes a su sola solicitud ante el Banco y/o los canales de atención que éste establezca en función de los consumos que ésta haya realizado.

V. Conclusiones

- Los costos de información relacionados con la entrega de la información en tiempo real sobre los saldos deudores pendientes de pago hacia los consumidores no están siendo internalizados- asumidos por los Bancos, motivo por el cual se generan distorsiones en el mercado con relación al hecho que el consumidor no tenga la certeza de cuánto es lo que realmente adeuda al momento de realizar el pago anticipado de su deuda y/o cancelar su tarjeta de crédito, motivo por el cual al surgir el problema decide reclamar ante el mismo proveedor o denunciar ante la autoridad administrativa competente del INDECOPI.
- El hecho de que los Bancos no estén internalizando el costo que implica la implementación de mecanismos de entrega de la información en tiempo real para que el consumidor tenga la certeza de los saldos deudores pendientes de pago para con los Bancos, tiene como efecto jurídico la vulneración del derecho a: i) a la información; ii) a la protección de sus intereses económicos; y, iii) la seguridad jurídica en el marco de los contratos de tarjeta de crédito.

- Los costos de información relacionados con la entrega de la información al consumidor en tiempo real con relación a los saldos deudores de tarjetas de crédito debería ser internalizado por los Bancos, ello con la finalidad de transparentar el mercado, tutelar los derechos de los consumidores, mejorar la competitividad empresarial y reducir las denuncias presentadas por los consumidores relacionadas con la materia, pues a la fecha sigue siendo el sector más reclamado y denunciado.

VI. Lista de referencias

- BERNALES, E. (1997). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima, Perú. Editorial ICS.
- BULLARD, A. (2003). *Derecho y Economía*. Lima, Perú. Editorial Palestra.
- DURAND, J. (2006). *El Derecho del Consumidor*. Lima, Perú. Editorial Cuzco S.A.C.
- DURAND, P. (1992). *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*. Granada, España. Editorial Comares.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1996). *El Contrato en General*. Lima, Perú. Editorial Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ESPINOZA, J. (2005). *La Tutela Constitucional del Consumidor*. En la *Constitución Comentada*. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
- ESPINOZA, J. (2012). *Derecho de los Consumidores*. Lima, Perú. Editorial Rodhas S.A.C.
- GASCÓN, M. Y GARCÍA, A. (2003). *La Argumentación en el Derecho*. Editorial Palestra Editores.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de la Teoría Constitucional*. México D.F. Editorial Distribuciones Fontamara S. A.
- GUTIÉRREZ, W. (2005). *La Constitución Económica Comentada*. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- HERNÁNDEZ, S Y LÓPEZ, R. (2002). *Técnicas de investigación jurídica*. México, D.F. Editorial Programas Educativos S.A.

- MOISSET DE ESPANÉS, L. (2006). La investigación en las Ciencias Jurídicas. Lima, Perú. Editorial Ara Editores.
- RAMOS, C. (2002). Cómo hacer una Tesis de Derecho. Lima, Perú. Editorial Gaceta Jurídica
- ROMER, A. (1994). Introducción al Análisis Económico del Derecho. México. Editorial Fondo de Cultura Económica S.A.
- TORRES, J. (1987). Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal. Madrid. España. Editorial Tecnos S.A.
- SANTISTEBAN DE NORIEGA, J. (2005). La Constitución Económica Comentada. Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- SIERRALTA, A. (1996). Introducción a la Ius Economía. Lima, Perú. Editorial Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú
- SOLÍS, A. (1999). Metodología de la investigación Jurídico Social. Lima, Perú. Editorial Edigraf
- STIGLITZ, A. (1990). Protección Jurídica del Consumidor. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma
- STIGLITZ, A. (2001). Defensa de los consumidores de productos y servicios Protección Jurídica del Consumidor. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Rocca.
- SOTO, C. (2000). La Transformación del Contrato: Del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto. En Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado. (pp.372-436). Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis
- VEGA, Y. (1998). Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Lima, Perú. Editorial Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.
- VEGA, Y. (2001). Contratos de Consumo. Lima, Perú. Editorial Editora Jurídica Grijley.
- ZELAYARAN, M. (2003). Metodología de la investigación jurídica. Lima, Perú. Editorial Ediciones Jurídicas.

Lineamientos para conocer la utilidad y la seguridad de los contratos electrónicos vía web

Guidelines for the utility and safety of electronic contracts via web

MERCADO PORTA, Marco Antonio(*)

SUMARIO: I. Introducción; II. Referencias legislativas y doctrinarias, 2.1. Los contratos, a. Definición, b. Contrato de Adhesión, c. Cláusulas generales de contratación; 2.2 Contrato electrónico, a. Definición, b. Contrato electrónico vía web, c. Modalidades de contrato electrónico vía web, c.1 Persona a persona, c.2. Sitios Web, d. Perfeccionamiento del contrato vía web, d.1. Oferta, d.2. Aceptación, 3. Sistemas del perfeccionamiento del contrato; III. Nuestra posición; IV. Conclusiones; V. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo pretende dar a conocer la utilidad y seguridad de los Contratos Electrónicos vía Web, transacciones que se han facilitado haciendo uso de la Internet y pese a que nuestro Código Civil hace alusión a este contrato en algún articulado, pues no se encuentra nominado expresamente, en la actualidad viene sur-

(*) Abogado, Magister en Derecho, Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

tiendo efecto; sin embargo no es suficiente la legislación nacional e internacional relacionada a la seguridad jurídica. Para lograr nuestro objetivo, se ha desarrollado algunos aspectos como: los contratos, contrato de adhesión, cláusulas generales de contratación, diferencias del contrato de adhesión y las cláusulas generales de contratación, contrato electrónico, contrato electrónico vía web, modalidades de contrato electrónico vía web, perfeccionamiento del contrato vía web.

Palabras Claves: Contratos electrónicos, seguridad jurídica, sitios webs, perfeccionamiento de contratos webs

Abstract: *This paper seeks to highlight the usefulness and safety of electronic contracts via the Web, transactions that have been facilitated by making use of the Internet and even though our Civil Code refers to this contract in some articles, is not as expressly nominated, currently it is effective; However, it is not enough national and international legislation concerning legal certainty. To achieve our goal, has developed some aspects such as: contracts, contract of adhesion, clauses General, differences in the contract of adhesion and General Contracting, electronic contract, contract clauses electronic via the web, forms of electronic contract via the web, development of the contract via the web.* **Key words**

Key words: *Electronic contracts, legal security, websites, contracts websites development*

I. Introducción

Son conocidos como medios electrónicos, a aquellos dispositivos que tiene por finalidad almacenar y permitir la distribución o el uso de información electrónica, como el fax, CD ROMs, Internet, etc.; con el presente trabajo pretendo dar a conocer la utilidad y seguridad de los Contratos Electrónicos vía Web, transacciones que se han facilitado haciendo uso de la Internet y pese a que nuestro Código Civil hace alusión a este contrato en algún articulado, pues no se encuentra nominado expresamente, en la actualidad viene surtiendo efecto; empero no es suficiente la legislación nacional e internacional relacionada a la seguridad jurídica.

Para lograr nuestro objetivo, he desarrollado algunos aspectos como: Los contratos, contrato de adhesión, cláusulas generales de

contratación, diferencias del contrato de adhesión y las cláusulas generales de contratación, contrato electrónico, contrato electrónico vía web, modalidades de contrato electrónico vía web, perfeccionamiento del contrato vía web.

En este tenor, hemos podido concluir que al contrato electrónico vía web, es uno de adhesión, le son aplicables las normas del contrato tipo, tiene dos modalidades; son de utilidad tanto, para los ofertantes como para los aceptantes; vienen funcionando, pero no tiene la seguridad jurídica suficiente; la legislación nacional e internacional es insuficiente, se debe crear un registro en el Perú a efectos de que se tenga los datos necesarios para el inicio de las acciones legales.

II. Referencias legislativas y doctrinarias

2.1. Los contratos

a. Definición

Los contratos se entienden como la convención de voluntades, que hace emanar, regula, hasta modifica y extingue relaciones jurídicas con carácter patrimonial.

Según el artículo 1351 del Código Civil Peruano:

“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

“...Puede decirse que el concepto de contrato es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre si obligaciones lícitas de carácter patrimonial”. (De la Puente y Lavalle, El Contrato en General Tomo I, 2003, p. 730)

No hay duda que en nuestro país, según el dispositivo anotado y el maestro peruano aludido, que se llega a formar un contrato solo con el acuerdo de voluntades, claro está que existen algunos contratos que exigen cierta formalidad, pero que para el presente trabajo no es relevante tratarlos.

b. *Contrato de Adhesión*

Es tipo de contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, pues una de ellas oferta las estipulaciones y la otra acepta íntegramente estas, entendiéndose que el aceptante ha actuado con discernimiento, intensión, voluntad y por esta razón expresa su voluntad por cualquier medio, quedando vinculados, de negarse esa coincidencia de voluntad de las partes, existe la obligación de probar.

El Código civil en su artículo 1390 dice: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.”

El especialista en el tema contractual, profesor De la Puente, coincide con varios autores, en denominar contrato por adhesión de la siguiente forma: “[...] a aquellos en que las condiciones del mismo son pre redactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra sólo puede aceptarlas o rechazarlas en bloque”. (De la Puente y Lavalle, 1983, p. 736). En este tipo de contrato como se puede analizar, no se permite una aceptación parcial de las cláusulas, no se puede negociar al, la aceptación es total o no hay perfeccionamiento del contrato.

c. *Clausulas generales*

Son estipulaciones contractuales genéricas, para la contratación en masa.

Nuestro Código civil en su artículo 1392 dice: “Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. Este contrato tiende a realizarse por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, para satisfacer la demanda de individuos con necesidades similares, no idénticas, lo que hizo necesario idear clausulas llamadas generales para contratar.

d. *Diferencias del contrato de adhesión y las cláusulas generales de contratación*

Teniendo en consideración anteriormente, puedo manifestar que existen las siguientes diferencias:

- La adhesión como contrato ya es un acuerdo de voluntades, que se convierte de obligatorio cumplimiento de las partes, todo lo que se haya estipulado en este.
Mientras que no sucede lo mismo con las cláusulas generales de contratación, toda vez que estas, no obligan, por ser son declaraciones de voluntad de una de las partes y solo se convierten en obligatorias una vez que formen parte de la oferta de un contrato particular, el cual debe tener sus propios elementos.
- El contrato por adhesión considera en su contenido todos los elementos principales, accesorios y los acuerdos a celebrarse, de esta manera se perfecciona con la adhesión del consumidor; las cláusulas generales de contratación al contrario consideran en su contenido algunos elementos, principales o accesorios, de los contratos particulares a los cuales se incorporarán.
- Otra diferencia es que el contrato por adhesión no es sometido a la aprobación de autoridad administrativa. En cambio, las cláusulas generales de contratación pueden o no ser aprobadas administrativamente según Ley.
- De lo anterior, reluce otra diferencia importante, en efecto el contrato por adhesión queda perfeccionado en el instante en que el consumidor se adhiere al documento pre redactado.
Sin embargo, las cláusulas generales de contratación se convierte en obligaciones contractuales con su incorporación en el contrato particular que se celebre con arreglo a ellas, incorporación que se da automáticamente cuando son aprobadas administrativamente por la autoridad correspondiente, y si no tienen aprobación administrativa, su inclusión se da cuando son puestas en conocimiento o conocibles por la otra parte.

2.2. Contrato electrónico

a. Definición

El derecho ha tenido que ir a la par con la evolución tecnológica; es así que se ha regulado esta figura en el contexto de números apertus⁽¹⁾ contenido en artículo 141 Código Civil, cuando trata que la manifestación de voluntad es expresa, señalando que “[...] se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio [...], electrónico u otro análogo”.

Entendemos por contratación electrónica aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene o puede tener alguna incidencia real o indirecta sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo. (Malpartida Castilla, 2001, p. 128)

También regula el artículo 1374 en cuanto al conocimiento y contratación entre ausentes, prescribiendo “Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”. En cuanto a la formalidad adicional el artículo 141 - A, señala “En los casos que la ley establezca [...] alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, [...]”.

b. Contrato electrónico vía web

Ya se manifestó, que los medios electrónicos es todo tipo de dispositivo que almacena y permite la distribución o el uso de información electrónica por ejemplo la televisión, radio, Internet, fax, CD-ROMs, DVD, etc.

En consecuencia, consideramos que el contrato electrónico vía web, es aquel acuerdo de voluntades que celebran dos o más personas que se han contactado y exteriorizado esa voluntad a través de una dirección determinada de Internet, con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Este contrato es adhesivo.

⁽¹⁾ Decimos esto porque no se encuentra regulado dentro de los contratos nominados en tanto si se hace referencia en otro artículo.

c. Modalidades de contrato electrónico vía web

Así como los contratos tipo cuentan con modalidades reguladas en la Ley, considero que el contrato electrónico también cuenta con estas, que serían los modos más conocidos de intercambio de bienes y servicios en la Internet⁽²⁾. Si bien es cierto la imaginación de las personas y la evolución de las tecnologías, así como los resultados en el mercado constituyen un continuo estímulo a la evolución en esta materia; Se puede establecer que, dadas sus características, puede ser nacional o internacional, sin embargo, se mantienen las formas o tipo de negociaciones, siendo poco relevante la legislación aplicable. Con relación a esto y diferencia del Dr. Carpio (Del Carpio Narvaez, 2008)⁽³⁾, me atrevo a postular solo dos modalidades de contratación electrónica, a saber:

c.1. Persona a persona

Es aquella modalidad que se realiza en entre dos personas que se contactan vía web, siendo que la voluntad se expresa con él envió de un mensaje y su respectiva contestación; se trata de un contrato netamente consensual, no solemne y adhesivo.

c.2. Sitios Web

Se llaman así a la modalidad de contrato que, a través de ventanas, tanto personas naturales como jurídicas, ejerciendo su autonomía de voluntad, realizan transacciones electrónicas para la adquisición de bienes y servicios por medio de catálogos, en los cuales se elige lo requerido; luego generalmente se registran los datos y se autoriza la forma de pago.

⁽²⁾ Ante la duda de cómo se escribe el Internet o la Internet, la respuesta de la RAE indica que se trata de un término ambiguo, es decir que admite tanto el masculino como el femenino. Sin embargo en el Diccionario Panhispánico de Dudas, también perteneciente a la RAE, se aclara que la palabra Internet debe usarse preferiblemente sin ningún artículo y que, en el caso de emplear alguno, este debe ser preferiblemente femenino: la Internet.

⁽³⁾ LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
https://www.derechocambiosocial.com/revista018/contratacion%20electronica.htm#_ftn6

d Perfeccionamiento del contrato vía web

Cabe mencionar, que cuando se trata de la contratación entre personas presentes, o sus representantes si se trata de persona jurídicas no hay mayor problema, empero estos surgen cuando de ausentes se trata (como en el caso del contrato que nos ocupa en el presente artículo).

Es este sentido, se hace necesario analizar un poco sobre la oferta, la aceptación y el perfeccionamiento del contrato en general para aplicarlo al contrato electrónico.

d.1. Oferta

El Maestro De la Puente y la Valle (De la Puente y Lavalle, Fuentes de las Obligaciones (Libro VII), 2001, p. 474), refiriéndose a la oferta señala: “Dada esta diversidad de conceptos, voy denominar para los efectos de esta obra, quizá caprichosamente, policitud al ofrecimiento hecho al público en general, propuesta al ofrecimiento hecho a persona determinada que no ha llegado a conocimiento del destinatario y que, por ello, no tiene fuerza vinculante, y oferta al ofrecimiento hecho a persona determinada que se conocido por el destinatario, que si obliga al oferente”.

En este sentido, cuando se habla de contratos electrónicos vía Web hablamos de policitud, pues hasta que no se autorice el pago, no tiene la calidad de vinculante, una vez realizado el pago, se convierte en oferta y obliga a la oferente.

d.2. Aceptación

Asimismo, continua el mismo autor (De la Puente y Lavalle, Fuentes de las Obligaciones (Libro VII), 2001, p. 491), y refiriéndose a la aceptación dice: “Existe prácticamente unanimidad en considerar la aceptación como una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante al cual aquel comunica a este su conformidad con los términos de la oferta”.

En efecto, una vez enviado el mensaje al oferente, autorizando el pago, se expresa la aceptación.

d.3. Sistemas del perfeccionamiento del contrato

Como lo indique anteriormente, cuando se realiza una contratación entre ausentes, es donde aparecen problemas, al no existir coincidencia en la fecha, hora, lugar, en que se formula aceptación y aquel en que ésta es conocida por el oferente. Estos problemas también tienen que ver a las diferencias de jurisdicción y aplicación de leyes, a las incapacidades que puede producirse entre otros efectos.

Según el Dr. Areas (Areas Schreiber Pezet, 1995, pp. 137-138), los sistemas en cuestión son: El sistema de la declaración, el sistema de la expedición, el sistema de la recepción y el sistema del conocimiento.

Lo relevante para este artículo son los dos últimos mencionados, puesto que consideramos que son los que ha adoptado el Código Civil vigente:

“[...] Según el régimen de la recepción, el contrato queda concluido desde el momento de que el documento de aceptación llega a poder del oferente. Este sistema es igualmente objetivo, desde que supone la existencia de un hecho externo y visible; pero tiene el inconveniente de que la recepción de que la recepción no significa el conocimiento por parte del oferente, respecto a la aceptación del destinatario.

Por último, la teoría del conocimiento o cognición, señala que el contrato se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación del recipiendario de la oferta. El contrato existe, de consiguiente, sólo cuando ambas partes están informadas de que hay acuerdo entre ellas y se ha producido la coincidencia de voluntades. Este sistema es igualmente racional, pues no significa otra cosa que la palabra del destinatario es escuchada por el oferente y éste se entera de la voluntad de aquél. Como dicen los Mazeaud, el contrato no se forma por el concurso de dos voluntades que aun coincidentes se ignoran, sino por el concurso de dos voluntades que recíprocamente se conocen. [...]”.

En suma, la fórmula la recogida por el código objetivo peruano, es una mezcla de los sistemas del conocimiento y la recepción.

Siendo así, estos sistemas también son aplicables al contrato electrónico vía web, ya que el contrato se va a perfeccionar una vez autorizado

el pago, pues este momento importante es donde la oferta es vinculante y al mismo tiempo se expresa la aceptación.

III. Nuestra posición

Al iniciar el presente trabajo, me propuse dar los lineamientos para conocer los lineamientos y la seguridad de los contratos electrónicos vía web, es así que después de haber plasmado algunas reseñas legislativas, doctrinarias y aspectos conceptuales desde mi óptica, es necesario mostrar mi posesión en cuanto a la aludida utilidad y seguridad de estos contratos.

3.1. Utilidad de los contratos electrónicos

Importante es, analizar si los contratos electrónicos vía web son están rodeados de utilidad. La Real Academia de la Lengua Española establece que se entiende por Utilidad al provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.

a. Para los ofertantes

Es provechoso, por cuanto el contrato electrónico se reduce 100% el costo por uso de papel.

Los ofertantes, agrandan sus fronteras en cuanto se refiere a las posibilidades de aceptación y perfeccionamiento de contratos, gracias a la facilidad del internet pues brinda una fluida Gestión Digital de los documentos.

El contrato electrónico vía web, al mismo tiempo, funda una mayor oferta de bienes y servicios, facilitando a los interesados el ejercicio de elegir el bien o servicio que mejor satisfaga sus expectativas. El incremento de la oferta no simplemente se revela en la mayor diversidad de bienes y servicios ofertados, acaso igualmente en la puesta a disposición de los interesados nuevos bienes o servicios cuya provecho es potencial sólo por este medio.

b. Para los aceptantes

Gracias al contrato electrónico vía web, los interesados no requieren invertir tiempo en constituirse a una determinada oficina, a un determinado establecimiento comercial, en viajar a un país para adquirir un bien o servicio, conseguir estacionamiento, no se necesita estar al tanto o acomodarse a los horarios de atención, puesto que logran verificar sus pedidos por intermedio de plataformas de venta *online* que operan 24 horas, sábados, domingos y feriados.

En concreto el interesado tiene acceso a la contratación y al bien o servicio de manera inmediata.

c. Para ambos

Progreso en la autenticación y verificación gracias a la firma digital avanzada, impidiendo perdidas por no cancelación.

Ofrece un provechosa Rapidez, Tecnología avanzada, pendiente de patente, que brinda un dispensero electrónico líquido y claro para poder realizar prestaciones complejas.

Determinación de costos implícitos, cuya accesibilidad es posible desde cualquier lugar del mundo mediante la internet, lo que crea mercados para garantizar una mayor fluidez.

La utilidad se traduce en una red abierta, debido a que toda persona natural o jurídica puede acceder a esta contratación, caracterizada por ser: interactiva, ya que se generan datos y establece relaciones jurídicas; internacional toda vez que sobrepasa fronteras, su naturaleza es eminentemente no territorial y por el contrario es comunicativo no importando la legislación.

3.2. Seguridad de los contratos electrónicos vía web

Hemos hecho alusión a que los contratos son regulados, en el contexto de *numerus apertus*, cuentan con referencias normativas dentro de nuestro código civil, pero consideramos que no existe legislación suficiente, para dar la seguridad jurídica que requieren los interesados.

En la actualidad no existe normatividad nacional o internacional que regule, el procedimiento para imponer las sanciones administrativas; resoluciones, recisiones, inejecuciones e indemnizaciones derivadas del contrato electrónico vía web, máxime teniendo en consideración la ausencia de consignación de datos del oferente: como, nombre de representante, domicilio real, país ciudad etc.

En este contexto, sucede que, por la fluidez de este tipo de contratación, podría existir prestaciones de gran connotación, ya sea por su cuantía, ya por la importancia, valor sentimental etc., que su cumplimiento se vea frustrado, al no existir una vía clara y concreta para su reclamo; pues podría existir casos que tanto el oferente como el aceptante, con el fin de eludir sus obligaciones, opongan como defensa la legislación aplicable, es decir en el caso que se encuentre oferente y aceptante en países diferentes, que legislación se aplicaría.

Si bien he indicado en el presente artículo, que los contratos electrónicos vía web, pueden ser nacionales o internacionales siendo de poca relevancia la legislación aplicable, esto con referencia a lo viene aconteciendo en la actualidad, pero también he indicado que debido a la fluidez de este contrato se proyecta para abrir mercados mundiales, entonces, internacionalmente debería existir reglas claras para exigir el cumplimiento de las prestaciones objeto de la obligación vía web.

Es preciso, establecer una norma internacional, por lo menos por ahora, con los países que hemos suscritos tratados de libre comercio, donde se establezca, por ahora:

- Cuando es aplicable, la legislación el país del oferente.
- Cuando es aplicable, la legislación del país del aceptante.
- Establecer algún tipo de garantía cuando la cuantía es elevada.
- En lo administrativo establecer sanciones por incumplimiento.
- Establecer un registro de sanciones.
- En cada país establecer un registro de proveedores, con datos necesarios, para el logro de las acciones de resoluciones, recisiones, indemnizaciones, sanciones etc.

En el caso del registro en cada país, definitivamente por la naturaleza del contrato no podría ser obligatorio, sin embargo, los proveedores inscritos generarían mayor confianza, quedando a la decisión de los interesados la elección.

IV. Conclusiones

- Al contrato Electrónico vía web le son aplicables las normas del contrato tipo.
- El contrato electrónico vía web, es un contrato de adhesión.
- Existen dos modalidades de contrato electrónico vía web que son: persona a persona y sitios web.
- Los contratos electrónicos vía web son de utilidad tanto, para los ofertantes como para los aceptantes.
- Pese a que en la actualidad vienen funcionando los contratos electrónicos vía web, no tiene la seguridad jurídica suficiente.
- La legislación nacional e internacional es insuficiente, debe existir normas que propongan reglas claras para el logro de las resolución, recisión, indemnización de los contratos electrónicos vía web y también sanciones para los proveedores.
- Crear un registro en el Perú a efectos de que se tenga los datos necesarios para el inicio de las acciones legales, en caso de incumplimiento u otros aspectos que conllevan a una resolución, recisión, indemnización, etc.

V. Lista de referencias

- AREAS SCHREIBER PEZET, M. (1995). Exegesis del Código Civil de 1984. Lima: Gaceta Juridica Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1983). Estudios Sobre el Contrato Privado. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). Fuentes de las Obligaciones (Libro VII). Lima: Palestra Editores.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2003). El Contrato en General Tomo I. Lima: Palestra Editores srl.

DEL CARPIO NARVAEZ, L. A. (2008). La Contratación Electronica. Derecho y Cambio Social. Obtenido de Derecho y cambio Social.

MALPARTIDA CASTILLA, V. &. (2001). Contratos de Colaboración Empresarial. Lima: San Marcos. Editores.

Apuntes sobre la responsabilidad civil médica en el Perú

Notes on liability medical in Peru

COLORADO HUAMÁN, William(*)

Sumario: I. Introducción. II. Análisis. III. La relación médico – IV. La responsabilidad civil – médica V. La responsabilidad subjetiva u objetiva del profesional médico VI. La responsabilidad civil del establecimiento sanitario VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo, se describe la importancia de la actividad médica y como esta ha venido siendo tratada en el tiempo por cada grupo humano, resaltándose la existencia de una relación desventajosa entre el médico y el paciente, donde el primero de ellos gozaba de privilegios; pero ante las relaciones sociales y la masificación de la actividad médica, ha conllevado que dicha vinculación se vuelva más equitativa y se reconozcan derechos al paciente; en tal virtud, se describe la problemática del campo de la responsabilidad civil, para tratar la actividad médica para proteger a la víctima; analizándose la responsabilidad civil del médico, como de los establecimientos sanitarios.

Palabras claves: Médico, Establecimiento sanitario, Actividad médica, Responsabilidad civil.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestría de Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca.

Abstract: In this article, we describe the importance of medical activity and how it has been treated in time by each human group, highlighting the existence of a disadvantageous relationship between the doctor and the patient, where the first of them enjoyed privileges; but before the social relations and the massification of the medical activity, it has entailed that this connection becomes more equitable and the patient's rights are recognized; in this virtue, the problem of the field of civil responsibility is described, to treat the medical activity and to protect the victim; analyzing the civil responsibility of the doctor, as well as of the health establishments.

Key words: Medical, Health establishment, Medical activity, Civil liability.

I. Introducción

María luego de su embarazo quedó con bastantes flacidez en su cuerpo y ante el hecho de lucir bien, decide contratar con Pedro, la realización de una cirugía estética; de esta manera, es atendida en la clínica "Santa Fe", donde posteriormente se realiza la operación, en la cual interviene personal del establecimiento sanitario (*médicos y enfermeras*); sin embargo, a los ocho meses de producida la operación, la paciente tiene molestias, como es dolor abdominal, dolor en la espalda, ardor en la herida y no tiene los resultados queridos; ante ello, conversa con el médico, quien se justifica el haber realizado todo su esfuerzo en la operación, pero ante una supuesta descompensación en la intervención quirúrgica, implico no concluyera de forma exitosa la operación; por su parte, la clínica, indico que no puede responsabilizarse por los daños que presenta la paciente, ya que no ha contratado con ella, y además que sus instalaciones (*sala de operaciones*) fueron alquiladas al médico, quien además es ajeno a la institución.

El caso expuesto y muchos más que son publicitados por los medios de comunicación⁽¹⁾ nacional como internacional, nos muestran una

⁽¹⁾ Los medios de información nos ponen en conocimiento de un sin número de casos de mala praxis médica, donde se ha contagiado a los pacientes con bacterias, estos han sufrido perforaciones en varias partes de sus órganos producto de operaciones, han sufrido cortes en los

realidad que se presenta en el ámbito de salud, donde una persona que busca mejorar su estado de salud –*aspecto físico*–, se somete a una operación estética, en la cual termina empeorando e incluso hasta perdiendo la vida; frente a ello los médicos, como los establecimientos de salud, pretenden liberarse de cualquier tipo de responsabilidad, invocando diversos argumentos; de esta manera, el problema descrito, nos lleva a reflexionar sobre la responsabilidad civil que tiene el profesional médico en su actividad frente a su paciente.

II. Análisis

En el periodo precolombino de nuestro país, la medicina tradicional fue empírica, basada en un enfoque mágico religioso, así como también la fe en la medicina tradicional; siendo uno de los hallazgos más importantes de los restos humanos –en especial de las momias– las trepanaciones craneanas, técnica que se practicó con regular éxito en muchos grupos étnicos en todo el mundo; pero, la cultura "Paracas", fue quien la desarrolló con mayor éxito⁽²⁾.

En la época incaica el médico tenía una presencia reconocida, siendo conocido como *ambicamayoc*⁽³⁾, el cual contaba con autorización

nervios faciales al realizarse una operación odontológica, se han contagiado de VIH a raíz de una transfusión sanguínea e incluso han perdido la vida al afectarse sus órganos internos; lo que ha desencadenado incluso que se adopten conductas violentas contra el personal médico y las entidades sanitarias, el caso más reciente, es la venganza privada que han emprendido los señores Claudia Rocío Benites Aguirre y Lenin Alexander Benites Aguirre, al haber hecho detonar explosivos en las instalaciones de la Clínica Ricardo Palma-Lima, lugar donde aparentemente habrían dejado morir a su madre a raíz de una presunta mala praxis médica.

⁽²⁾ Para operar, se anestesiaba al paciente con coca o alcohol, luego se procedía a cortar el cuero cabelludo hasta llegar el cráneo y se delimitaba el área a cortar marcando el perímetro. Se ha descrito que para cortar el cráneo utilizaron la obsidiana (piedra volcánica), curetas de dientes de cachalote, el tumi, entre otros instrumentos. Se extraía el área afectada, teniendo mucho cuidado, se limpiaba y tapaba la zona con una placa de oro y, por último, se colocaban los vendajes con finos algodones propios de la zona. Disponible en: <http://www.cultura.gob.pe/?version=anterior>.

⁽³⁾ Sus características más resaltantes eran: "usar cabello largo, camiseta de algodón, (cumbi) blanca, estrecha y larga, encima una manta por capa anudada al hombro derecho con algodón y lana de colores de borda" (como se citó en García, 2015, p. 182).

del Inca para acceder a honorarios en oro, plata, pescado, maíz; por su parte, existían también personajes de la medicina conocidos como Hamicamayoc, o Chuksi Hampicamayoc, los cuales recibían grandes favores de la gente y gozaban de muchos privilegios sociales, ya que curaban con hierbas, polvos y agua; pero si mataban a un paciente por ignorancia, eran quemados y enterrados junto al hombre a quien hubiesen matado (García, 2015, p. 183).

En el mundo, se evidencia también el tratamiento de la actividad médica; así, en Mesopotamia, se exigió formalmente responsabilidad al médico por los errores cometidos en el ejercicio profesional. Y, a través del Código de Hammurabi⁽⁴⁾ (2400 a.c), se llegó a castigar severamente a estos cuando erraban en el tratamiento realizado (García, 2015, p.179). Distinguiéndose dos tipos de responsabilidad, según los daños fueran provocados por una persona libre o a un esclavo. En el primer supuesto, esto es cuando la lesión o muerte se provocaba a una persona libre, existía una responsabilidad de naturaleza penal, estableciéndose castigos físicos gravísimos para el médico infractor (amputación de manos). En cambio, cuando se trataba de daños a un esclavo, las consecuencias eran puramente económicas o patrimoniales⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ **Precepto 218:** “Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, que le corten las manos”.

Precepto 219: “Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo”.

Precepto 220: “Si el medico ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo pagará la mitad del precio del esclavo”.

⁽⁵⁾ Según García (2015): “En Egipto los médicos pertenecían frecuentemente a los grandes colegios sacerdotales y disfrutaban de iguales prerrogativas que la casta sacerdotal, siendo los templos los lugares preferidos para el desempeño de la actividad médica. Existiendo la tradición de castigar al médico cuando se apartaba del cumplimiento de las normas que recogía el libro sagrado –a través de las cuales se regulaba la actividad de los médicos- y, aunque el enfermo se salvase, comprobada la existencia de una indebida actuación, se le imponía penas variadas, inclusive la muerte. El libro sagrado de los egipcios contenía un código ético que obligaba al médico a poner todos sus conocimientos al servicio del paciente para su pronto restablecimiento; y le prohibía el uso de sustancias peligrosas, si bien es cierto, estos preceptos no tenían carácter jurídico, el respeto a su contenido era norma de comportamiento desde el punto de vista ético” (p. 180).

Por su parte, en Grecia, se produce el paso definitivo de una medicina meramente empírica, con tintes mágicos y divinos⁽⁶⁾, a una medicina eminentemente técnica, la cual se basaba en la experimentación y en el estudio racional, aplicando un método científico. Su ejercicio era libre y existían distintos tipos de médicos en función al grado de formación adquirida y del lugar que practicaban la profesión⁽⁷⁾ (García, 2015, p. 180). De este modo, entre los griegos había un tratamiento riguroso ante el presunto error médico; por lo que, incluso Alejandro Magno, estableció la pena de crucifixión para aquel médico que abandonaba libre y voluntariamente a un enfermo⁽⁸⁾.

En Roma, se destacó una verdadera plasmación jurídica de lo que hasta entonces solo eran preceptos deontológicos; recogidos en los textos romanos temas puntuales como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional, el abandono del enfermo por el galeno una vez comprometido en su curación etc.; en tal virtud, la Ley Aquiliana, se encargó de proteger a los pacientes de la negligencia o imprudencia de ciertos médicos a través de normas básicas sobre el concepto de responsabilidad. Admitiéndose que la relación médico – paciente, era una forma de arrendamiento de servicios, un contrato consensual de uso frecuente, de gran utilidad práctica y para el cual no se exigían formalidades especiales, pudiendo manifestarse el consentimiento por cualquier medio; destacándose la obra de Justiniano y el Digesto, donde la negligencia médica era considerada como un acto criminal y se castigaba con graves penas según el grado de responsabilidad (García, 2015, p. 181).

⁽⁶⁾ Como lo resalta Valdivia (2016, p. 180): “En la antigua Grecia, se atribuía a los médicos brujos y hechiceros poderes mágicos o divinos”.

⁽⁷⁾ Los médicos técnicamente formados –de escuela- médicos públicos – contratados por la ciudad para el cumplimiento de funciones asistenciales o forenses-, esclavos médicos- que bajo la dirección de un superior practicaban a medicina en las formas más rudas y atendían a los más pobres-, los médicos contratados para cometidos especiales –en los teatros, milicias, circo-. (como se citó en García, 2015, p. 180).

⁽⁸⁾ Como dato histórico, se indica que esta sanción le fue impuesta a Glauco, médico de Efeso, por haber dejado sucumbir a su paciente, como consecuencia de una infracción dietética, mientras el médico se encontraba en un teatro (García, 2015, p. 180).

Por su parte, en la edad media, supuso un regreso en cierto modo, a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, con abundantes connotaciones religiosas; en esta etapa los monasterios fueron los lugares donde se conservó el saber médico, con escasos avances científicos, y con cierto retroceso respecto a épocas anteriores en lo que a la concepción del profesional médico se refiere⁽⁹⁾.

En el siglo XIX, en Francia se resolvieron dos casos resonantes, el primero de ellos del doctor Hélie, quien, en 1825, al atender un parto cortó los brazos del recién nacido; y el segundo de ellos, fue en el año 1832, donde el doctor Thouret Nory, al practicar una incisión a un obrero, afectó una arteria, a la cual solo colocó un simple vendaje, recetando una pomaba y luego se negó en atenderlo, lo que conllevó una infección y la posterior amputación del brazo; en ambos casos los tribunales resaltaron una falta grosera en la actividad médica realizada (Valdivia, 2016, p. 180).

De este modo, los puntos históricos nos muestran que la actividad médica ha sido tratada de forma particular y especial, dependiendo de cada grupo social, donde se han formulado reglas en torno a la responsabilidad del profesional sanitario.

III. La relación médico – paciente

Dada la trascendencia de la actividad que realizaba un galeno, este fue considerado como un ser superior, quién no podía equivocarse, y si algo malo ocurría con el paciente, la situación era recibida como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad del destino; aunado al hecho que el paciente le entregaba un poder absoluto sobre su salud y el médico la aceptaba, asumiendo un papel paternalista; forma de pensar, que origina que nadie se atreviera a cuestionar, confortar o dudar un diagnóstico y mucho menos llevar a su doctor a los estratos judiciales.

⁽⁹⁾ Aquí, García (2015, p. 181), nos detalla que el sacerdote médico prevalecía sobre el médico seglar. Si bien con unas características distintas de aquellas que marcaban el ejercicio de la medicina en las culturas arcaicas, vuelve a vincularse esta profesión a lo religioso. Así, por ejemplo, la Regula de San Benito, dice: “ha de ser obligación personal y moral de abad-médico el que los enfermos no sean descuidados en ningún momento, sea cual fuere su estado y condición”.

Sin embargo, dada la evolución de las relaciones sociales (Aguerto y Quequejana, 2015, p. 199), y la llamada “masificación de la medicina” (García, 2015), conllevó una mayor demanda de prestaciones de servicios médicos, donde, la atención personalizada, fue sustituida por la llamada medicina social, la cual respondía a la necesidad de ampliar la prestación de servicios de salud a todos los sectores de la población (p. 184).

En ese sentido, la relación de desigualdad que hasta ese momento se tenía, fue dando paso a una de mayor equilibrio, reconociéndose al paciente, su derecho a la intimidad, a la dignidad⁽¹⁰⁾ y como manifestación de todos ellos, la autonomía de la voluntad⁽¹¹⁾, que se resumía en una palabra, su “libertad”. Como consecuencia de ello, se generó que los mismos pacientes se rehúsen entender que su caso no tenía solución y se nieguen panoramas o diagnósticos pesimistas; en tal virtud, ante cualquier consecuencia negativa en el tratamiento médico, las personas tienden a creer que el fallo o error se debe a la imprudencia o la negligencia del médico y no dudan ni por un instante en llevar su caso ante las instancias judiciales con el objeto de obtener un resarcimiento por el perjuicio sufrido.

Situación que implica, dejar de lado, una relación de sumisión con el galeno y generar una mayor protección de la salud de los pacientes; pero, también conlleva el incremento de demandas, desincentivando algunas especializaciones consideradas riesgosas (anestesiología, neurocirugía, etc.); aunándose, el incremento del costo de los servicios médicos, ya que los facultativos se verán forzados en adoptar medidas de precaución como programas de diagnósticos y terapéuticos excesivos, rechazando casos difíciles, ejerciendo su profesión a la defensiva, para eludir cualquier tipo de responsabilidad.

⁽¹⁰⁾ “[Aquí], el derecho del paciente a estar informado, solo tendrá cumplimiento con la verificación de la obligación del médico de informar adecuadamente; por lo que el consentimiento del paciente tendrá efectos jurídicos válidos, si para otorgarlos el médico ha informado correctamente, de lo contrario se tratará de un consentimiento viciado por una inducción a error debido a la información incorrecta” (Valdivia, 2016, p. 185).

⁽¹¹⁾ Para Cieza (2016, p. 809): “el paciente se encuentra en una situación de asimetría informativa frente al médico y frente a la clínica u hospital. No se les puede pedir a los pacientes y a los profesionales médicos que actúen como iguales, no lo son. Por tanto, el paciente se encuentra en una severa desventaja frente a la estructura sanitaria clínica, hospital o consultorio médico, ya que no puede en un proceso acreditar el dolo o la culpa inexcusable del médico que hace la historia clínica, que tiene la experiencia, la ciencia para la que ha estudiado”.

IV. La responsabilidad civil – médica

Conociendo que la actividad médica, no solamente genera la recuperación del paciente; sino, que puede tener resultados lesivos, donde se afecta la salud, la integridad personal e incluso la propia vida; el derecho no pudo ser ajeno a ello; por lo que, procedió a controlar el ejercicio del profesional sanitario, protegiendo al paciente, más aún, dado los extraordinarios progresos en el área de la medicina (García, 2015, p. 185); en ese orden de ideas, en el campo jurídico, se hizo indispensable afinar el mecanismo que permitan tratar socialmente los daños que se puedan generar, apareciendo de esta manera la “*responsabilidad civil*”, mediante la cual se obliga al causante de un daño a reparar⁽¹²⁾ la afectación que ha producido con su actuar⁽¹³⁾.

Ahora, la esfera de la responsabilidad civil, se encuentra dividida en dos ámbitos que son el “*contractual*” y “*extracontractual*”; manteniendo ambos sistemas una marcada diferenciación y el criterio utilizado para ello es la “relación obligacional” y no el contrato; como lo resalta, Taboada (2015, p. 36):

Debería hablarse de responsabilidad obligacional, cuando la obligación de reparar un daño proviene del incumplimiento de un

⁽¹²⁾ Para Chang (2014, p. 183 y 184), es curioso verificar como nuestro Código Civil, usa indistintamente los términos indemnización y reparación del daño como si fuesen de similar alcance; así, en la sección sexta del libro VII del Código Civil, se aprecia que los artículos 1972, 1977 y 1979, se utiliza el termino “*reparar*”; mientras que se habla de “*indemnización*” en los artículos 1969 y 1973, 1982, 1983, 1985 y 1987, incluso podemos apreciar que en un mismo artículo indistintamente se utilizan los términos “*indemnización*” y “*reparación*”, como se aprecia del artículo 1977. (...) esta bastedad de términos utilizados por el codificador invita a la confusión, pues, “*indemnización*” no es sinónimo de “*resarcir*” ya que mientras el primero es consecuencia de un daño tolerable por el ordenamiento jurídico y deviene de un mandato legal; el segundo denota la reparación de un daño antijurídico, esto es, un daño no tolerado por el derecho (...). Por nuestra parte creemos que nuestro Código Civil, regula una función resarcitoria – reparadora, lo que se concluye del contenido de los artículos 1969, 1970 y 1984, ya que las dos primeras normas hablan de reparar el daño y si bien el artículo 1969, alude a indemnizar, se entiende que esto se debe a un error en la conceptualización de dicho termino.

⁽¹³⁾ En igual sentido, para León (2017, p. 145): “la responsabilidad civil, significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento haga cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro”.

deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo.

Durante mucho tiempo, se ha debatido sobre los diferentes sistemas jurídicos y el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños (Espinoza, 2017, p. 39); ya que según el criterio tradicional, deben estar separados la responsabilidad contractual de la extracontractual⁽¹⁴⁾; sin embargo, debe tenerse presente que ambos sistemas de Responsabilidad Civil, tienen en común los mismos elementos, pero con cierto tratamiento distintivo; siendo que incluso la actual tendencia moderna del Derecho de Daños, propicia la unificación del sistema de Responsabilidad Civil⁽¹⁵⁾.

La disyuntiva descrita trasciende al tratamiento jurídico de la actividad médica, y ello se expresa en saber cuál de los dos campos la debe regular⁽¹⁶⁾, y esto pasa, según Espinoza, por “la transformación de la relaciones sociales, que han convertido al profesional en una especie de prestador de servicios” (2016, p. 919), donde al presentarse un daño al usuario, este puede exigir su respectiva reparación⁽¹⁷⁾. Tal es así, que “la responsabilidad del médico ocu-

⁽¹⁴⁾ Y esta es justamente la posición asumida por nuestro Código Civil; en tal virtud, en el Libro VI, se regula la denominada Inejecución de Obligaciones; en cambio en el Libro VII, ha previsto Responsabilidad Extracontractual.

⁽¹⁵⁾ Para León (2017, p. 152): “la unificación de la responsabilidad, también forma parte del elenco de productos defectuosos que arriban a nuestro país desde la bibliografía argentina. Hacia finales del decenio 1980 – 1990, en efecto se difundió entre los estudiosos peruano, provenientes, inequívocamente, de la doctrina argentina menos fiable y atendible, el discurso en torno a la llamada “unificación” de la responsabilidad civil”.

⁽¹⁶⁾ Por su parte, Agurto, et al. (2015, p. 199), señalan que la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica, es un tema de debate en la ciencia jurídica contemporánea; no solo del formante doctrinario, sino también y fundamentalmente, por la jurisprudencia, la cual ha centrado su atención respecto a este supuesto de la provincia de la responsabilidad de los profesionales, pues, la misma transformación de las relaciones sociales ha convertido al profesional en una especie de prestador de servicios y, por ello, al generar un daño al usuario de los servicios que brinda, este último tiene toda la facultad de exigir su respectiva reparación.

⁽¹⁷⁾ Sin perjuicio de lo esbozado, tanto Espinoza (2016, p. 919) como Agurto, et al. (2015, p. 200), expresan que existen diversos puntos dentro de la institución que son materia de debate,

pa un lugar privilegiado, pues a diferencia de otras profesiones liberales, que inciden en su accionar dentro de lo que podríamos denominar “patrimonial”, este se ocupa de la salud y bienestar de la persona” (Agurto y Quequejana, 2015, p. 199).

En esa línea de pensamiento, ante la lesión de la integridad personal de un paciente, un sector de nuestra doctrina nacional⁽¹⁸⁾, opina que la responsabilidad es de tipo contractual⁽¹⁹⁾, en razón de mediar un previo contrato de prestación de servicios médicos asistenciales⁽²⁰⁾ entre el facultativo y el paciente⁽²¹⁾ (Valdivia 2016, p. 182); por otro lado, se cuenta también, con la opinión de aplicar el campo extracontractual⁽²²⁾,

siendo su propio fundamento; por otro lado, si constituye una obligación de medios o de resultado; asimismo, si es objetiva o subjetiva; y finalmente, el campo que debe regularlos, contractual o extracontractual.

⁽¹⁸⁾ Conformado por los doctores García, J. (1 de agosto de 2015). La responsabilidad medica en el Perú – Aspectos básicos. Editorial Instituto Pacífico, Volumen (14), p. 191; Valdivia, C. (1 de noviembre de 2016). Reflexiones sobre algunos aspectos relevante de la responsabilidad médica. Editorial Instituto Pacífico, Volumen (28), p. 182. Cieza, J. (2016). Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil. Lima, Perú: Juristas Editores.

⁽¹⁹⁾ Según García (2015, p. 186): “Puesto que la lesión a la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce entre el interés (positivo de prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia (italiana) ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado”.

⁽²⁰⁾ Para Valdivia (2016, p. 194), surge aquí, el consentimiento informado, el cual es la aceptación a realizarse determinado tratamiento propuesto por el médico, de parte del paciente, siempre y cuando haya comprendido tanto el diagnóstico como las características del tratamiento propuesto, alternativas del mismo y fundamentalmente los riesgos, en caso de aceptarlo o no.

⁽²¹⁾ En Francia hasta antes del 20 de mayo del año de 1936, el problema de la responsabilidad civil profesional se situó en el terreno delictual, con fundamento en lo establecido por los artículos 1382 y 1393 del Código Civil. Recién desde la fecha citada la tendencia comenzó a volcarse masivamente a favor de la tesis contractualista, como regla genérica del deber de responder.

⁽²²⁾ Para García (2015, p. 191), uno de los pocos defensores contemporáneos de la tesis de la responsabilidad extracontractual de los médicos es el jurista argentino Guillermo Borda, quien alega que la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato, es decir, que el deber de

ya que, la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato, como ocurre, cuando se asiste a la víctima de un accidente callejero o cuando se asiste a un paciente desmayado en la calle⁽²³⁾.

Problemática que nuestra jurisprudencia tampoco ha sabido manejar, ya que en los Expedientes N.º 694-96, 1615-00, 121033-91, se opta por la naturaleza contractual⁽²⁴⁾; mientras que en los Expedientes N.º

responder se desenvuelve en el terreno extracontractual, agregando que si bien en ocasiones existe consentimiento recíproco en la prestación de salud, el paciente tiene derecho a no continuar con el tratamiento por diversas causas (sea porque le resulta molesto, porque no quiere o no puede gastar en remedios o, inclusive por puro capricho), por tanto no resulta posible admitir la existencia de un contrato si cada una de las partes está en la posibilidad de resolverlo libremente.

También se invocan como argumento a favor de la extracontractualidad los siguientes: i) el carácter intelectual del trabajo se opone a la existencia de un contrato entre el profesional y su cliente; ii) tales contratos serían nulos por recaer sobre derechos de la personalidad; y, iii) la actuación del galeno comporta un deber de altruismo, el ejercicio de la medicina al igual que el sacerdocio, resultaba ajeno a los pactos y divorciado de los contenidos económicos.

⁽²³⁾ Para Espinoza (2016, p. 922), los ejemplos descritos, se encontrarían dentro de la responsabilidad civil derivada por atención médica en caso de emergencia, donde el artículo 3 de la Ley General de Salud N.º 26842 del 15 de julio de 1997, señala: “Toda personas tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico o quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud”. Así, citando la opinión de Barchi, precisa que al regular el artículo que se comenta que los establecimientos están obligados a prestar atención, se deriva que por Ley se impone esta relación jurídica patrimonial entre el establecimiento y el paciente; y, por ende, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad contractual. En atención a que es impuesta por el Estado, se trataría de una “relación obligatoria heterónoma”, en contraposición a la relación obligatoria autónoma, que se realiza por las partes libremente.

⁽²⁴⁾ Exp. 694-96, emitida por la Cuarta Sala de Justicia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 17/10/1996, se indica: “la despreocupación por la salud del paciente, son muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación de los deberes médicos configurativos en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia de la paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual”.

Exp. 1615-00, sentencia emitida por la tercera sala civil de la Corte superior de justicia de Lima, de fecha 24/05/2000, se indica: “el hecho de atribuir a la institución demandada el haber utilizado para una transfusión de sangre infectada con el virus del SIDA, y que por tal causa el demandante es ahora portador, engloba un supuesto de responsabilidad civil contractual”.

148-95, 1688-94, se decide por su naturaleza extracontractual⁽²⁵⁾. Situación que es preocupante, ya que, el encuadre de la responsabilidad médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no solo importancia doctrinaria, sino también fáctica, pues, teniendo en cuenta el doble sistema, se tendrá diferente plazo de prescripción y distinto alcance en la obligación indemnizatoria⁽²⁶⁾.

Exp. 121033-91, resolución emitida el día 21 de junio de 1994, donde se indica: “Colectomía izquierda al intestino que fue realizada por el doctor José Delgado Rojas (...) ampara su pretensión en los artículos del Código Civil referidos a las obligaciones de hacer, obligaciones solidarias, inejecución de obligaciones y prestación de servicios (...) la presencia de gasa delata responsabilidad de la referida clínica, (...) existe la figura de responsabilidad vicaria del principal por el cual se consagra la responsabilidad objetiva de quien bajo sus órdenes a otro, esta figura es recogida en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Civil (...)”.

⁽²⁵⁾ Como ejemplo de ello, Espinoza (2016, p. 920 y 920), señala: “Dionicio Ramos Luza, interno a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una “tumoración de parótida” y neurofibroma. El doctor Víctor tejada Gutiérrez le practico una intervención y le ocasiono una “paresia fasil derecha”, lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la clínica. En apelación solo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil nuevos soles. Con fecha 17 de setiembre de 1998, se declaró que no había nulidad en la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, advirtiéndose que existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que, a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daños a otro.

Exp. 1688-94, resolución emitida el día 26 de octubre del año de 1994, donde se indica: “están obligados a responder solidariamente por la indemnización demandada conforme lo establece el artículo 1981 del Código Civil (...)”.

⁽²⁶⁾ Para León (2017, p. 158), se presentan las siguientes diferencias:

- El plazo de prescripción es de 10 años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para responsabilidad extracontractual (artículo 2001, incisos 1 y 4).
- En cuanto a la prueba, existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330). En la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969).
- En el incumplimiento se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (artículo 1321). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puede enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales por decisión del legislador son los de la teoría de la causa adecuada (artículo 1985).
- En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículo 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985).

Para la doctrina, en estos momentos, ya no existiría controversia, pues indican que la regla general de la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo “contractual”; en virtud de que los hechos muestran la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno (como se citó a López Mesa).

En el plano teórico resulta clara la distinción, pero es frecuente observar en la práctica que ambas formas de responsabilidad pueden concurrir cuando el medico además de incumplir obligaciones derivadas de un contrato también inobserva la obligación genérica de no causar daño a los demás. En estos supuestos la jurisprudencia ha gestado el “criterio o derecho de opción” al perjudicado, donde se le otorga a la víctima la facultad de hacer valer sus derechos bien en la vía contractual o extracontractual conforme a la situación más favorable que se presente, más no podrá escoger ambas a la vez; tal como se ha resaltado en la Casación N.º 344-2000-Lima:

“(...) En el contrato verbal sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además, “la violación del deber genérico de no causar un daño a otro”, lo que según la doctrina, ingresa en la esfera de la relación contractual (...) concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho una zona gris e indefinida en la medida que existe hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual, como en la extracontractual y es ahí donde surge el problema de procesal que puede definirse con el siguiente criterio: es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre un acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar un daño a otro, eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado (...)”.

- En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985).

De esta manera, el “*criterio*” o “*teoría de la opción*”⁽²⁷⁾, parte de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad; sistematización que surge a partir de tomar el elemento *daño* como centro de gravedad del problema, ya que a pesar de no compartir la naturaleza tiene como punto de confluencia la misma situación jurídica de la cual parte (Valdivia, 2016, p. 183). Además lo más importante es reparar el daño subyacente de la negligencia médica, amparando así el derecho a la tutela jurisdiccional procesal efectiva, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁽²⁸⁾.

V. La responsabilidad subjetiva u objetiva del profesional médico

Teniendo en cuenta, la postura que la responsabilidad del profesional médico, es de tipo contractual, el siguiente problema a tratar tiene que ver con la aplicación de la responsabilidad objetiva o subjetiva, para lo cual es pertinente indicar que en el año de 1925, el jurista francés Demogue, publico su obra, “Tomo V del tratado de obligaciones en general”, y al analizar sobre las relaciones de la responsabilidad delictual con la responsabilidad contractual, hizo una

⁽²⁷⁾ Con ello, podemos observar a un juez más permeable a tutelar efectivamente al agente dañado y que no se deja seducir frente a modelos legislativos correspondientes a otra realidad. Ello constituye un ejemplo para que los operadores jurídicos vean más allá de la literalidad de los dispositivos legales y se embarquen en nuevos horizontes interpretativos (Espinoza, 2016, p. 921).

Casación N.º 849-96 Arequipa, en la que se refiere: “la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas, sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual”.

⁽²⁸⁾ Artículo 139, inciso, 3 de la Constitución Política de 1993, que a la letra dice: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la observación del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil), que señala: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

distinción entre “obligaciones de medios y obligaciones de resultado”; clasificación que fue seguida luego por los hermanos Mazeaud, pero con la terminología de “obligaciones de generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”.

En términos sencillos, podemos entender, que las “*obligaciones de medios*”, son todas aquellas que solo importa la diligencia y la aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, sin asegurar la obtención del mismo. En cambio, las “*obligaciones de resultado*”, se debe conseguir el fin acordado, es decir, aquí no basta con el que el deudor actué diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido o esperado por el acreedor⁽²⁹⁾ (como se citó en García, 2015, p. 199)⁽³⁰⁾.

Con lo descrito, queremos entrar a detallar, que dentro de la actividad médica, el profesional de la medicina se compromete a procurar los mecanismos necesarios para poder curar una determinada patología que presenta una persona; aquí, es donde se debe tener en cuenta, que la curación del enfermo depende de diversos factores y no todos están bajo el control del médico, por tanto en la mayoría de casos la curación no es el fin directo de cumplir, aunque es el objeto deseado, si a pesar de prodigar lo cuidados idóneos y suficientes, no se logra el objetivo deseado

⁽²⁹⁾ Véase a Massimo, F. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”, en estudios sobre la responsabilidad, traducción y edición al ciudadano de León, L. (2001, p. 377).

⁽³⁰⁾ Como cita García (2015, p. 199): “Para el profesor trujillano Sedano Vásquez, sostiene que la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no esté sujeta a reglas claras; no obstante en nuestro ordenamiento dicha clasificación resulta inútil, ya que para todos los casos la culpa se presume, en tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los artículos 1329 y 1969 del Código Civil”. En el mismo sentido Osterling y Castillo indican que la diferencia entre medios y resultados resulta artificial, ya que en las primeras se busca también un resultado y en la últimas existe necesariamente un medio para cumplirlas.

Asimismo, no detalla (p, 203): “Para poder determinar las obligaciones de medios y de resultado, se debe considerar los siguientes criterios: i) la ausencia de gravedad de caso a tratar; ii) la implícita voluntad de las partes; y, iii) la presencia del riesgo que conlleva la actuación médica”.

de mejorar la salud del paciente, no se puede atribuir responsabilidad al médico, dado que esto depende de la propia naturaleza humana; en ese sentido, podemos ver que la obligación que asume un médico es una de medios, “que es conocida como responsabilidad subjetiva” (Valdivia 2016, p. 189 y 190).

Sin embargo, dado el avance de la tecnología, dentro del campo de la medicina, se han producido diversos avances, motivo por el cual, el mismo profesional en estos momentos tiene certeza sobre la consecuencia de su actividad; en tal virtud, puede obligarse a un resultado determinado, donde debe cumplir el objetivo, a esta obligación se la conoce como responsabilidad objetiva, siendo un claro ejemplo de ello las cirugías estéticas (Valdivia, 2016, p. 191), las intervenciones odontológicas, la colocación de prótesis, implante de cabello, transfusión sanguínea, análisis clínicos, ligaduras de trompas o vasectomía, emisión de dictámenes o certificados y otras intervenciones de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales las estadísticas suministran índices muy altos de probabilidad de eficacia (García, 2015, p. 201).

Así, lo viene entendiendo incluso nuestra Corte Suprema, al establecer en la Casación N.º 1258-2013-Lima:

“Por lo demás, es necesario precisar a esta parte impugnante que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (*salvo casos muy excepcionales en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico*), por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían (...).”

De este modo, en determinados supuestos de la medicina moderna el médico se obliga a la obtención de un resultado, lo que implica que, si no cumple con lo prometido, debe hacerse responsable de las consecuencias que conlleva su comportamiento.

VI. La responsabilidad civil del establecimiento sanitario

Es necesario también examinar el tema de la responsabilidad civil del establecimiento sanitario; para lo cual, la doctrina nacional, señala que, dada la aplicación del campo contractual a la actividad médica, si el galeno se vinculó con la víctima para brindarle sus servicios dentro de una estructura sanitaria, y se ocasionaron daños, la institución de salud, asume una responsabilidad civil contractual indirecta, siempre y cuando tenga previamente un vínculo con el médico; razonamiento que tiene coherencia con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley General de Salud N.º 26842, donde se dispone:

“El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia. Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece (...).”

Como podemos apreciar, el referido precepto normativo establece un supuesto de responsabilidad indirecta o refleja en mérito al cual el centro de salud asume responsabilidad objetiva y solidaria por los daños y perjuicios que causa el personal bajo su dependencia.

Ahora, cuando el paciente se vincula directamente con el establecimiento de salud, este también responderá de manera objetiva y exclusiva, conforme lo establece el artículo 1325, que a la letra dice:

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos culposos de estos, salvo pacto en contrario”.

En tal virtud, cada entidad sanitaria puede ser solidariamente responsable ante los daños que se produzcan a los pacientes que se atien-

den en sus instalaciones⁽³¹⁾. Así, lo entiende la nuestra Corte Suprema, en la Casación N.º 1116-2011-Lima, donde indica:

“El principal (sociedad francesa de beneficencia) responde por los daños causados a sus servidores, porque resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños a sus pacientes (demandante), por lo que se tiene por verificado que los daños sufridos por la actora son imputables a la demandada, por haber sido cometido por el personal dependiente de la misma, no siendo aplicables las normas sobre exoneración de responsabilidad por ruptura del nexo causal”.

En pocas palabras, los establecimientos de salud son responsables por el simple hecho de mantener un vínculo con el auto (director) del daño que implique dependencia de este. En suma, el damnificado tendrá frente así dos legitimados pasivos, estado en la posibilidad de demandar contra uno u otro, o contra ambos a la vez, aunque queda claro que una vez obtenido el resarcimiento íntegro de uno de ellos, ya no podrá perseguir al otro. Y la única forma que tendrá la institución sanitaria, para liberarse de responsabilidad es probando que el médico, actuó diligentemente y no fue el causante del daño o que entre el autor directo (galeno) y la víctima (paciente) no concurren los requisitos generales de responsabilidad civil por hecho propio, ello debido a que si el daño no resulta imputable a los prestadores directos del servicio médico, desaparece el fundamento de la responsabilidad refleja del centro de salud y por tanto este no queda obligado a ningún resarcimiento.

Sin embargo, el problema se presenta cuando el médico independiente del centro de salud, contrata con este, para hacer uso de parte de sus instalaciones; ante ello, encontramos la opinión de García (2015, p. 206), quien indica que la responsabilidad directa de médico no se puede extender más allá de la dependencia primigenia que tiene el galeno y la víctima; sin perjuicio de ello, al encontrarse la víctima en poder elegir

⁽³¹⁾ Según García (2015, p. 206), se discute la existencia de la relación de dependencia entre el médico y la estructura sanitaria, ya que los profesionales médicos no se encuentran subordinados dado su nivel de preparación intelectual y profesional.

la vía contractual y extracontractual, para poder resarcir el daño y a fin de que sea el centro de salud, quien también responde por los daños que presenta, consideramos que se puede invocar la aplicación del artículo 1981⁽³²⁾; siempre y cuando, personal del centro de salud, independiente al médico, haya participado en la intervención médica.

En este punto, podemos concluir de acuerdo a lo expuesto y dado nuestro caso, que la víctima puede accionar directamente contra el cirujano plástico, ya que la obligación a la que se comprometió este último es uno de carácter cierto (mejora del aspecto de salud); sin perjuicio de ello, la clínica también tendría responsabilidad al permitir que su persona intervenga en la intervención quirúrgica, donde obviamente se generó el daño a la paciente

VII. Conclusiones

- Desde la aparición del hombre, este ha presentado diversas dolencias, las cuales han sido tratadas obteniéndose su recuperación, pero, en otras oportunidades se han producido resultados lesivos, conllevando la afectación de la propia vida; en tal virtud, el Derecho de acuerdo a la realidad de cada grupo social ha brindado la protección, especialmente a la víctima, quien por su misma condición se encuentra en una situación de inferioridad ante los demás.
- Durante muchos años, el médico ha sido considerado como un ser superior, quien no podía equivocarse, de este modo, el paciente le entregaba un poder absoluto sobre su salud; sin embargo, dada la

⁽³²⁾ En la casación N.º 4721-2011-Cajamarca, la Corte Suprema ha indicado: “Se verifica que el hecho antijurídico quedó plenamente acreditado, por cuanto la muerte del neonato se produjo por incumplimiento del deber de diligencia profesional del personal que labora en la demandada Clínica Limatambo, en igual sentido está probado el nexo de causalidad y el factor de atribución, por cuanto en el proceso penal también quedó establecido que el accionar negligente de la obstetra (causa inexcusable) causó la muerte del neonato y que el establecimiento médico es demandado en calidad de responsable solidario de conformidad con lo previsto por el artículo 1981 del Código Civil”.

evolución de las relaciones sociales y la masificación de la medicina, ha conllevado que el paciente pueda reafirmar sus derechos (derecho a la intimidad, dignidad, libertad, información, entre otros).

- La vida actual, está cargada de riesgos, lo que genera daños a las personas; de esta manera, hay la necesidad imprescindible de poner en marcha los mecanismos jurídicos pertinentes para proteger y salvaguardar a las personas; de este modo, la responsabilidad civil que tiene como función principal el de reparar los daños que se presentan en la realidad, cobijando dentro de ella a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que se ven diferenciados por la existencia e inexistencia de un vínculo entre los sujetos.
- En la responsabilidad medica se presentan problemas, como es el hecho de la aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual, ya que cada uno tiene ciertas ventajas frente a la otra (plazo y forma de probar), pero finalmente se permite que cada persona en virtud de su caso, elegir cualquier esfera, ya que al final lo que se busca es reparara el daño.
- Finalmente, nuestra doctrina de forma unánime resalta que la actividad medica es una de medios; pero dado los avances de la medicina ha conllevado que ciertas áreas de esta, se pueda tener certeza del resultado, como es el caso de la cirugía estética. En tal virtud, el medico puede responder directamente, sin perjuicio de ello, y dado el criterio de opción la victima también puede generar responsabilidad en la institución de salud, siempre y cuando el personal haya intervenido en la operación.

VIII. Lista de referencias

- AGURTO, C., Y Quequejana, S. (2015). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. Lima: Instituto Pacífico, (10), 198-210.
- CHANG, G. (2014). Algunos apuntes sobre el sistema actual de responsabilidad civil en el Perú. Lima: Instituto Pacífico, (6), 180-186.
- CIEZA, J. (2016). Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil. Lima: Juristas Editores.

- ESPINOZA, J. (2016). Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Instituto Pacífico.
- GARCÍA, J. (2015). La responsabilidad médica en el Perú. Aspectos básicos. Lima: Instituto Pacífico, (14), 178-217.
- LEÓN, L. (2017). La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Instituto Pacífico.
- TABOADA, L. (2015). Elementos de la responsabilidad civil. Lima: Instituto Pacífico.
- DE TRAZEGNIES, F. (2015). Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Lima: Instituto Pacífico, 2, 29- 54.
- VALDIVIA, C. (2016). Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica. Instituto Pacífico, (28), 179-196.

Función económica del derecho procesal y los medios probatorios en el proceso civil: Desde el razonamiento del análisis económico del Derecho

Economic function of procedural law and the evidence in the civil process: From the reasoning of the economic analysis of law

DE LA CRUZ CHALÁN, J. Abelardo(*)

SUMARIO: I. **Introducción.** II. Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal. III. Los medios probatorios en el Código Procesal Civil peruano: reflexiones económicas. IV. El costo de la verdad, análisis económico de la prueba de oficio y bienestar. V. La norma procesal y el ofrecimiento de los medios probatorios como mecanismos para alcanzar la eficiencia económica del proceso y la minimización de los costos. VI. Conclusiones. 7. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo se aborda, sumariamente, el Derecho Procesal desde el enfoque iuseconómico, sobre todo lo referente al derecho probatorio en el proceso civil y cómo debe operar para hacer un proceso eficiente en términos económicos que beneficie a los justi-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca.

ciables y al Estado. La cuestión central es ver hasta qué punto prevalece la eficiencia económica con la aportación de los medios probatorios al proceso civil para llegar a la meta de la verdad. Con ello no pretendemos desterrar el legado de la doctrina procesal histórica; sino, más bien, de analizarlo desde una perspectiva poco tratada en nuestro medio y qué es lo que verdaderamente debe procurar alcanzar en la administración de justicia y, por lo tanto, coadyuvar en la finalidad económica del sistema procesal de modo que ayude en lo posible al ser humano a mejorar su bienestar en una sociedad escasa de recursos.

Palabras claves: Iuseconomía, proceso civil, costo de la verdad, medios probatorios, prueba de oficio, eficiencia económica,

Abstract: *This work addressed, summarily, the litigation approach iuseconomico, on everything related to the probative right in the civil process and how it should operate to make an efficient process in economic terms that will benefit individuals and to the State. The central issue is to see to what extent prevailing economic efficiency with the contribution of the evidence to the civil process to reach the goal of truth. Thus we do not intend to banish the legacy of the historical procedural doctrine; but, rather, analyze it from a perspective some treated in our environment and what they truly you should seek reach in the administration of Justice and, therefore, contribute to the economic purpose of the procedural system so help if possible the human being to improve their wellbeing in a scarce resources society.*

Key words: *Iuseconomia, civil process, cost of the truth, evidence, trade, economic efficiency, prueba.*

I. Introducción

Una de las áreas de escaso estudio en las Facultades de Derecho es la disciplina iuseconomista denominada Análisis Económico del Derecho; esta situación se debe a diferentes razones, en particular, al mínimo interés por parte de los operadores jurídicos de introducir un modo de razonamiento jurídico-económico diferente para el estudio de las diversas normas e instituciones del derecho sustantivo y adjetivo, pero también lo que conduce al profesional del Derecho a tener distanciamiento de la teoría económica en el terreno de la doctrinaria clásica del positivismo y cuya herencia perdura en pleno siglo XXI en la formación del abogado.

El Análisis Económico del Derecho es, sin duda, aparte de ser una cuestión estimulante para estudiosos del Derecho, pues es una disciplina aplicable a diferentes áreas jurídicas, en específico, a las tradicionales, como son: el Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo, etc.; no obstante, también al ámbito del Derecho Procesal y, por ende, a las instituciones que forman parte de él, tal es el caso de la teoría de la prueba. Esto, definitivamente, es para nosotros algo que quizá sea calificado como “esquizofrenia” jurídica; pero eso es el Derecho, un campo que no precisamente tiene su razón de ser en las normas jurídicas y en el discurso conocido por todos, sino también en un contenido económico que es ampliamente difundido por quienes hacen Análisis Económico del Derecho.

Dicho ello, en el presente trabajo abordaremos, de modo sumario, el Derecho Procesal visto desde el ángulo iuseconómico, pero en estricto lo referente al derecho probatorio en el proceso civil y cómo debe operar para hacer un proceso eficiente en términos económicos que beneficie a los justiciables y al Estado como titular de la administración de justicia. De este modo, la cuestión central es ver hasta qué punto prevalece la eficiencia económica con la aportación de los medios probatorios al proceso civil para llegar a la meta de la verdad. Y con este enfoque del tema no pretendemos desterrar el legado de la doctrina procesal histórica, tal es el caso de los aportes de los procesalistas del derecho europeo continental y las diversas opiniones que han fortalecido el pensamiento procesal; sino, más bien, de analizarlo desde un panorama poco tratado en nuestro medio y qué es lo que verdaderamente debe procurar alcanzar en la administración de justicia y, por lo tanto, coadyuvar en la finalidad económica del sistema procesal de modo que ayude en lo posible al ser humano a mejorar su bienestar en una sociedad en donde los recursos son escasos.

II. Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal

Como se indicó en el introito del presente trabajo, el Análisis Económico del Derecho es, sin lugar a duda, una de las disciplinas de insuficiente estudio en el vasto campo del sistema jurídico de tradición europeo continental, tal es caso de los ordenamientos jurídicos latinoa-

americanos y, desde luego, de ello no es ajena la experiencia jurídica peruana⁽¹⁾. En realidad, el panorama histórico de ver el derecho ha originado que el profesional formado con el discurso del pensamiento positivista tenga un concepto basado en que el derecho tiene como centro a la justicia, esto cuando en la sociedad se presentan situaciones conflictivas o de incertidumbres jurídicas y que el Estado está encargado de solucionarlo por medio de sus órganos jurisdiccionales. Sin embargo, como ha expresado en el sector doctrinario Ayala Rojas (2015), el razonamiento jurídico es una actividad de “análisis y construcción” amplia, que no solamente tiene razón de ser jurídica o jurisprudencial, sino también se trata de crear soluciones innovadoras (p.95), y es aquí, exactamente, el lugar en donde el Análisis Económico del Derecho aterriza y adquiere protagonismo construyendo soluciones y explicaciones que no son posibles desde las normas jurídicas.

Dicho ello, el Análisis Económico del Derecho es una disciplina que “...se distingue de las disciplinas jurídicas tradicionales por los métodos de investigación empleados por sus exponentes. Ellos, en efecto, emplean sistemáticamente instrumentos de investigación económica...” (Chiassoni, 2013, p.42). En otras expresiones, podemos decir que el Análisis Económico del Derecho consiste en una nueva forma de pensamiento jurídico-económico, precisamente, se trata de una innovadora manera de ver los fenómenos jurídicos, o también de un peculiar modo de razonamiento no solamente de instituciones inmersas en el derecho sustantivo, sino también las que tienen que ver con la administración de justicia y, por lo tanto, el Derecho Procesal no tiene escapatoria para ser examinado de manera interdisciplinaria, en este caso teniendo en cuenta la ciencia económica pero en estricto la microeconomía y sus fundamentos. De ahí que, el Derecho Procesal

⁽¹⁾ El modo de estudiar y analizar el sistema jurídico no precisamente debe centrarse en cuestiones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias. Somos auspiciosos de que el estudio del derecho va más allá del enfoque clásico, esto es, alcanzando a otras áreas como la Economía. Y la ciencia económica nos permite ver de manera diferente los fenómenos jurídicos; sin embargo, tampoco debemos perder de vista la finalidad que busca el derecho, sino ambas áreas deben complementarse de tal manera que se pueda encontrar un punto en común a fin de explicar mejor el acontecer jurídico.

tiene una función económica en el desarrollo de la actividad procesal, y en general el derecho cumple una función distinta a la clásica.

Por otro lado, consideramos necesario mencionar que el Análisis Económico del Derecho es una disciplina no de antigua data, sino del siglo pasado, y es aplicable como sus mismos impulsores han manifestado, entre a otros ámbitos del sistema jurídico, “...al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación de la ley y la administración judicial...” (Posner, 2007, p.55). Entonces, es evidente que el Derecho Procesal no se distancia para ser estudiado y examinado desde el ángulo económico, y todo ello con el afán de hacer un proceso no solamente justo con la observancia de las garantías procesales y constitucionales, sino además de concebir un sistema procesal eficiente en términos económicos en donde los justiciables y el Estado no desperdicien mayores recursos o esfuerzos, porque en su mayoría de veces la administración de justicia se lleva a cabo incurriendo en costos tremendamente altos que soportan tanto el Estado como los privados, es decir, ello conduce a la producción de algunas externalidades que en palabras de Bullard González (2010) “...son costos o beneficios no contratados” (p. 46)⁽²⁾, y esto posiblemente se deba a la manera tradicional de hacer justicia implantada en los Códigos procesales, pero más que todo creemos que esto sucede porque quienes aplican el derecho⁽³⁾ reducen su razonamiento y sus decisiones a cuestiones exclusivamente jurídicas en donde los efectos directos de una sentencia si bien alcanzan a las partes litigantes, pero no se consideran los costos y utilidades para

⁽²⁾ Imaginemos que con la aportación de los medios probatorios necesarios al proceso las partes realmente logren acreditar los hechos que alegan y, por ende, el convencimiento del juez. Si así ocurre, el juzgador no tendría motivo alguno para ordenar, por ejemplo, pruebas de oficio porque los ofrecidos por las partes fueron insuficientes. Esto, desde ya, constituye un beneficio para el aplicador jurídico porque no acordó con las partes para ser beneficiado como consecuencia del material probatorio suficiente.

⁽³⁾ Por otro lado, consideramos también que los operadores jurídicos no solamente tienen el deber de coadyuvar en la difusión y desarrollo de las instituciones procesales, sino que orienten su trabajo por el camino de un proceso civil eficiente en donde los recursos que se inviertan sean mínimos. Sin embargo, el tener un proceso civil más barato no solo corresponde a los operadores jurídicos en general, también la tarea recae en el Estado el de implantar políticas con el fin de reducir el alto costo de la administración de justicia.

un grupo mayor o colectividad, esto es, que tenga repercusión económica para la sociedad (finalidad macroeconómica); en realidad, a veces se deja de lado la finalidad económica que debe cumplir el derecho en general, pero en estricto el Derecho Procesal, y este problema adquiere mayor fuerza cuando los cuerpos normativos procesales introducen instituciones que hacen costosa la maquinaria judicial de cualquier proceso. Por eso estimamos que no siempre las instituciones procesales son eficientes económicamente para el desarrollo del proceso judicial, y un claro ejemplo teniendo en cuenta esta alineación, es ver si realmente la prueba conlleva o no a tener un proceso que minimice los costos y maximice los beneficios a fin de mejorar el bienestar humano en general.

Entonces, apreciamos que el Derecho Procesal como la parte del derecho que se encarga de la regulación de la actividad procesal, a veces, puede resultar siendo un conjunto normativo que conlleva a incurrir en una serie de costos a los justiciables, pero ello se debe también, y como ya dijimos, al trabajo cotidiano de los aplicadores jurídicos en el sentido de que aplican las normas jurídicas no teniendo en cuenta las consecuencias económicas para la sociedad. Se trata, en efecto, de hacer del proceso en un mecanismo en donde se minimicen los costos, muy aparte del discurso tradicional propagado que proclama la prevalencia de las garantías y derechos de los justiciables. De eso se trata, hacer y aplicar el derecho para una mejor calidad de vida y, por tanto, para construir una administración de justicia más económica.

En efecto, estimamos bajo esta perspectiva y que nos servirá como base para lo que mencionaremos más adelante, que el proceso civil no debe tener exclusivamente una finalidad orientada a resolver los conflictos de intereses o de eliminar incertidumbres jurídicas⁽⁴⁾, sino es necesario que también tenga como objetivo el de hacer una sociedad en donde el ser humano administre de la mejor manera los pocos recursos dispo-

(4) Código Procesal Civil de 1993: "Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.

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. [...]".

nibles, pero partiendo de los justiciables, y para ello es indispensable utilizar herramientas que nos permitan hacer un proceso eficiente en el sentido económico y que ello trascienda a la sociedad. En otras palabras, con la introducción del pensamiento del Análisis Económico del Derecho, lo que se pretende en el sector del Derecho Procesal es "...buscar soluciones que generen mejores resultados a menores costos" (Pinzón Camargo, 2010, p.30). Por consiguiente, con ello se aspira convertir un proceso que acarrea una infinidad de costos en uno más barato, pero tampoco que pierda la esencia de resolución de conflictos de intereses y la justicia en sociedad.

Entonces, con la importación de conceptos económicos para explicar los medios probatorios en el proceso civil, no anhelamos darle superioridad o autoritarismo a la ciencia económica y minimizar la esencia del pensamiento procesal, dicho de otro modo, con ello no intentamos hacer que los conceptos jurídicos estén por debajo de los conceptos provenientes de la teoría económica (microeconomía), sino en lo posible utilizarlo para explicar mejor las situaciones problemáticas de esta parte del derecho y, a partir de ello, dar algunas salidas económicas que nos permitan mejorar el derecho probatorio, y eso es el motivo por el cual no debemos tener un comportamiento discriminatorio en contra del Análisis Económico del Derecho.

III. Los medios probatorios en el CPC: reflexiones económicas

Es de conocimiento por los profesionales del derecho acerca de los mecanismos para solucionar los conflictos de intereses, y encontramos entre estos a los llamados tradicionalmente como mecanismos alternativos, pero también al típico proceso judicial. Decimos esto, porque ambos caminos de solución de controversias tienen costos diferentes para el Análisis Económico del Derecho. A veces los sujetos pueden llegar a un acuerdo y no recurrir a la vía judicial, entonces los costos en estos casos serán mínimos; en otras palabras, "...las partes en litigación consideran a menudo mutuamente ventajoso ponerse de acuerdo para no incurrir en un gasto particular de litigación..." (Posner, 2007, p.877).

De ahí que, compartiendo este argumento, el acuerdo es la forma más barata para solucionar las diferencias entre sujetos; sin embargo, este medio no siempre llega a prosperar por diferentes razones, y es por tal motivo que se recurre al órgano jurisdiccional y es aquí en donde surgen los diversos costos del proceso y, desde luego, los costos de los medios probatorios⁽⁵⁾.

Ahora, el Tribunal Constitucional peruano, en cuanto al derecho a la prueba, ha manifestado que este derecho "...goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución Política del Perú"⁽⁶⁾. Por otro lado, en el sector de la doctrina extranjera ha expresado Ferrer Beltrán (2003), que el derecho a la prueba tiene varios elementos y uno de ellos es que es un "derecho subjetivo" que únicamente es ejercido por el sujeto partícipe del proceso, esto es, por la parte procesal (p.28). En consecuencia, podemos manifestar que el derecho a la prueba constituye un derecho fundamental de índole procesal que tienen las partes y lo ejercen dentro del proceso, y esto, evidentemente, se percibe con la aportación de los medios probatorios como instrumentos procesales que sirven para acreditar o dar soporte a lo que se alega y, desde luego, crear certeza en el juzgador, o siguiendo el pensamiento chiovendiano con ello lo que se pretende es "...crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de hechos de importancia en el proceso" (Chiovenda, 1954, p.221).

⁽⁵⁾ Ampliando, bajo el argumento económico un sujeto (persona natural o jurídica) decidirá recurrir al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurídica previa evaluación económica de diferentes aspectos que necesariamente tendrán que ver con el proceso, por ejemplo, el valor de la pretensión (si se trata de un derecho patrimonial), la facilidad de obtener los medios probatorios a un costo mínimo (ya sea en tiempo, dinero, esfuerzo e información para adquirirlo), la alta probabilidad de que el fallo sea a su favor, etc. Y el conflicto es atendido por el tercero imparcial cuando no ha sido posible una solución más rentable; por ejemplo, si los sujetos solucionan sus diferencias a un costo 10, será más económico que hacerlo en la vía judicial a un costo superior a 10, porque esa es la realidad de la administración de justicia en el Perú, no es de costo mínimo. Entonces, si seguimos este razonamiento, los conflictos entre sujetos no son rentables, por más que una parte salga vencedora asumiendo muchas veces un costo mayor a la utilidad obtenida, y además porque los costos del proceso que soportan las partes son altos hasta que el juzgador emita su sentencia.

⁽⁶⁾ Ver STC Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, fundamento 148.

Dicho ello, autorizada doctrina ha sostenido que "La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos" (Taruffo, 2008a, p.59). Sin embargo, las diferentes etapas que abarca la prueba, v.gr. su aportación u ofrecimiento, tiene un costo en el sentido económico. Así, aplicando lo que en la ciencia económica se denomina como el "costo de oportunidad", en un sentido general podemos sostener que el costo de aportar los medios probatorios al proceso es lo que el justiciable deja de percibir al hacerlo, es decir, es el costo de aquello que renuncia por ofrecer el material probatorio, lo que significa que demostrar la veracidad de los hechos en litigio o posiciones de las partes no se sustentan en la gratuidad o en el costo nulo⁽⁷⁾. Empero, hay que reconocer que la explicación económica de la prueba aquí mencionada, es prácticamente un sector intocable por la doctrina procesal tradicional, en la medida que el análisis del derecho probatorio desde siempre se ha limitado a cuestiones jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias.

Ahora bien, los medios probatorios en el Código Procesal Civil vigente lo encontramos regulados en el Título VIII, Capítulo I. Y estipula el Artículo 188 que "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones"⁽⁸⁾. Entonces, en el proceso civil cuando el demandante y demandado sustentan en hechos su pretensión formulada, definitivamente tienen que probarlos y generar certeza en el aplicador jurídico, y la probanza de los hechos objeto del proceso se hace utilizando los diferentes medios probatorios que el mismo cuerpo normativo regula⁽⁹⁾. En realidad, "...

⁽⁷⁾ La imposibilidad del ser humano de realizar varias actividades de diferente costo a la vez, conlleva a tomar decisiones y, por ende, dar preferencia a la más urgente que satisfaga una de las ilimitadas necesidades. Es allí en donde el hombre como ser racional tiene que sacrificar una actividad para llevar a cabo otra, y para adoptar una decisión de esta naturaleza se consideran varios aspectos, pero básicamente aquella que se ajuste a sus necesidades y no se vea reducido su bienestar.

⁽⁸⁾ Código Procesal Civil de 1993.

⁽⁹⁾ "Artículo 192.- Medios probatorios típicos.

los medios probatorios se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: ‘medio de prueba’ es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad de los hechos de la causa” (Taruffo, 2008b, p.15), pero son las partes quienes aportan el material probatorio y, por ende, concretizan esa conexión soportando un costo de manera directa, por eso la actividad de acreditar los hechos en controversia trae consigo una variedad de efectos económicos que muchas veces pasan desapercibidos porque lo que se ambiciona en la realidad procesal es llegar a la verdad sin importar su alto costo, y ni aun así es posible una verdad absoluta.

Como es visible siguiendo la argumentación económica, las partes procesales soportan los costos de manera directa al aportar los medios probatorios necesarios, y con ello se pretende en su mayoría de veces llegar a la verdad en el proceso judicial sin considerar el alto costo y el excesivo desperdicio de recursos que conlleva esa misma verdad; sin embargo, hay que indicar que esto es un imposible en la práctica jurisdiccional, porque consideramos que la verdad puede ser cuestionada y refutada, por eso “Aun cuando se asuma que la verdad de los hechos litigiosos se puede establecer tomando como base los elementos de prueba relevantes, el problema de la verdad judicial todavía está lejos de quedar resuelto satisfactoriamente” (Taruffo, 2008b, p.30).

Entonces, vemos que el objetivo de tales medios es totalmente claro si compartimos la normativa del ordenamiento procesal civil. Así también en la doctrina procesal nacional, siguiendo lo difundido por Alfaro Valverde (2016), se ha dicho que la prueba tiene dos funciones: en primer término, es una herramienta que sirve como “persuasión” y, por otro lado, también se trata de una herramienta de “conocimiento”

Son medios de prueba típicos:

1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial”.

De igual manera, los medios probatorios atípicos. Ver el Artículo 193 del Código Procesal Civil.

del juzgador para llegar a la verdad (pp.72-73). Pero lo que conviene analizar es, precisamente, el trabajo económico que implica todo ello, es decir, el costo para persuadir al juez y, por tanto, para llegar a meta de la verdad, ya que toda actividad humana en una sociedad con recursos escasos no se sustenta en la gratuidad⁽¹⁰⁾, y más cuando en el ámbito procesal la aportación del material probatorio no tiene un costo cero. Sin embargo, la prueba puede ser un instrumento para conseguir un objetivo más beneficioso, esto es, la reducción del alto costo que normalmente conlleva ofrecerlo, pues muchas veces lo esperado por el demandante y demandado no supera a lo invertido en el proceso para adquirir un determinado medio probatorio. Pero la prueba tendrá un fin económico o de mayor utilidad si en la práctica los justiciables y el Estado adoptan decisiones de eficiencia que tengan sustento en un balance económico del costo-beneficio⁽¹¹⁾, y más aún cuando los sujetos, en este caso las partes procesales, actúan de acuerdo a ciertos incentivos tratando siempre de realizar en el proceso comportamientos en general que les resulten más baratos. No obstante, desde esta orientación no simplemente se trata de hacer un proceso civil eficiente, sino además ver el límite entre la eficiencia económica y el costo en el que incurriría el órgano jurisdiccional si es que las partes no aportan los medios probatorios que traen consigo mayor tiempo, dinero y esfuerzo.

Dicho todo hasta aquí, el punto central que merece mayor atención es que los medios probatorios no generen mayores costos para los justiciables, pero tampoco que ello signifique cierta debilidad para las garantías procesales y para el ejercicio del derecho a la prueba. Por lo tanto, la discusión que aquí se presenta es, precisamente, determinar hasta qué punto es eficiente la aportación de los medios probatorios, ya que si compartimos el discurso difundido por la ciencia económica, se busca que el ser humano utilice los medios o recursos para alcanzar un resultado de utilidad o de satisfacción para su modo de vivir en sociedad; y en otras pa-

⁽¹⁰⁾ Vivimos en un mundo en donde toda actividad humana no es gratuita. Todo tiene un sacrificio que, en muchos casos, son altamente costosos.

⁽¹¹⁾ El ser humano es un ser racional en la medida que realiza una actividad cotidiana para obtener un beneficio, aunque a veces no obtenga el mejor resultado.

labras, siguiendo las ideas de Messina (2017), esta utilidad no solamente debe verse en términos pecuniarios, sino también logra alcanzar al bienestar de los sujetos (pp.181-182), en este caso nos referimos al bienestar de las partes procesales como de la administración de justicia.

Ahora, compartiendo las ideas de Cooter & Ulen (2002) los costos de presentación de la demanda abarca desde cuando se contrata el servicio de patrocinio de un abogado, pero también el costo que conlleva la redacción de la misma (p.481). Y hacemos referencia a ello para ubicar el costo generado por el ofrecimiento de los medios probatorios, que lo ilustramos de la siguiente manera: Si la pretensión formulada en la demanda tiene una equivalencia de x (tratándose de derechos patrimoniales en donde es posible cuantificar la pretensión), el costo que conlleva el proceso desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la sentencia tiene una equivalencia de y ; entonces, a simple vista y sin hacer mayor razonamiento, las ganancias para el demandante sería $x-y$, lo que resultaría $x-y=z$. Y decimos esto porque consideramos que los medios probatorios forman parte del valor de y , pues son precisamente los que sirven de fundamento a la pretensión de la demanda. Por eso, si el costo de los medios probatorios es mayor, en consecuencia el valor de y tiende a incrementarse, por esta razón no siempre puede resultar siendo beneficioso (o eficiente) para el demandante, y, además, también se debe considerar que la probabilidad p de que el fallo que emita el juez sea favorable, y sabemos que no siempre la decisión judicial es positiva para el demandante.

De ahí que, considerando la metodología del Análisis Económico del Derecho, el Derecho Procesal más que imponer las reglas para el desarrollo de la actividad procesal, debe pretender en sí, y de acuerdo a las ideas de Carrasco Delgado (2010), a minimizar los costos que conlleva el sistema judicial como también los costos del error judicial, y este objetivo se alcanzaría cuando se hace una ponderación de los mismos (p.171). Ahora, desde la orientación económica la aportación de medios probatorios debe ser una herramienta para reducir tales costos, pero ello se efectiviza cuando hay decisiones económicas, v.gr. no ofrecer al proceso medios probatorios que conlleven costos altos, pues si bien la probabilidad de tener una sentencia a favor es alta, pero ya no estaríamos en el

terreno de la eficiencia económica, de ahí la importancia de tener en cuenta el equilibrio económico entre lo que se invierte y las ganancias que se obtendrían con el fallo. De esta manera, nuestro afán no es procurar que el proceso civil sea un proceso en donde los costos sean nulos, ya que sería una quimera, sino que los justiciables y el Estado administren de la mejor manera los recursos con los que cuentan.

Vemos, pues, que la prueba desde el planteamiento jurídico tradicional, tiene una finalidad clara, pero no ocurre lo mismo cuando es analizada considerando el Análisis Económico del Derecho o disciplina que utiliza conceptos de la teoría económica para explicar los diferentes fenómenos jurídicos y sociales. Las partes que participan de manera activa en el proceso no deben hacer de la prueba en un mecanismo que no los conlleve a una finalidad económica beneficiosa para su bienestar, incluso utilizarlo de manera arbitraria, por eso es imprescindible que los abogados utilicen herramientas que sean menos costosas u óptimas con el propósito de sacar el mejor provecho en beneficio del patrocinado, pero también los efectos económicos positivos se extienden en favor del juez, y esto es en realidad una externalidad beneficiosa. Así, utilizando los fundamentos de la teoría económica, si el costo para ofrecer un medio probatorio es tremendamente alto, es conveniente analizar si ese costo verdaderamente corresponderá a lo que se pueda alcanzar en el proceso y, por tanto, tener una predicción favorable en la decisión del juez, porque puede ocurrir que las partes aporten pruebas cuyos costos sean altos, empero el beneficio sea cero o mínimo, en este caso ya no estaríamos ante una situación positiva o eficiente para el litigante.

Para finalizar esta parte, desde nuestra perspectiva consideramos que los medios probatorios si bien son herramientas para acreditar los hechos en litigio; sin embargo, desde la orientación económica su finalidad radica en hacer un proceso judicial más barato, es decir, un proceso en donde predomine la eficiencia económica tanto para las partes procesales como para el Estado. Por ello, si seguimos la noción clásica la decisión del juez únicamente no debe ser justa y sustentada fáctica y jurídicamente, sino además debe tratarse de un pronunciamiento judicial que coadyuve a tener un proceso eficiente con el propósito de hacer que los justiciables y la sociedad administren mejor sus recursos, porque son

los sujetos de esa sociedad quienes recurren en busca de tutela jurisdiccional efectiva⁽¹²⁾.

IV. El costo de la verdad, análisis económico de la prueba de oficio y bienestar

Para que el juez haciendo uso de su raciocinio y análisis crítico llegue a la verdad y, por ende, adopte una posición sobre lo que se discute, necesariamente en el proceso se asume un costo desde la presentación de la demanda. En otras expresiones, la verdad judicial no es gratuita pues el costo de la misma se manifiesta generalmente en el tiempo, dinero, esfuerzo que se invierte y en la información para conseguir un medio probatorio, y quien soporta ello son las partes procesales como protagonistas del conflicto de intereses, pero también es el órgano jurisdiccional. Y los costos que generan las pruebas para llegar a la verdad tienen efectos que alcanzan más allá de la sola inversión económica que se desprende del patrimonio de los justiciables, en realidad, en términos generales, se resume como la minimización del bienestar humano, por eso “Los costos de la búsqueda de pruebas, en un análisis económico correcto, no debe limitarse al tiempo y a otros costos directos” (Posner, 2007, p. 922). Y a veces el costo que acarrea la verdad no corresponde a lo que pueda sentenciar el juzgador, esto quiere decir, particularmente, que cuando una demanda es declarada infundada el costo es mayor a lo que el demandante invirtió a lo largo del proceso, y esto da lugar a la minimización del bienestar económico del justiciable, pues se estaría desperdiciando mayores recursos de los que normalmente se debieron destinar.

Ahora bien, para arribar a la verdad y, por ende, que el juzgador emita una correcta decisión judicial, no siempre las partes aportan los

⁽¹²⁾ Código Procesal Civil de 1993: “Artículo 2.- Ejercicio y alcances.

Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

medios probatorios suficientes al proceso; pero, frente a esta situación, el ordenamiento procesal ha introducido un instrumento que faculta al juez de poder ordenar pruebas (o desde su propia iniciativa), esto es la actividad oficiosa o pruebas de oficio “... que son las decretadas por el Juez (en decisión motivada e inimpugnable) cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para formarle convicción” (Hinostroza Minguez, 2002, p.123). Al respecto, no es del todo cierto que la prueba tenga como finalidad directa el convencimiento del juez, sino el rol fundamental que cumple la misma es el de llegar a la veracidad de los hechos alegados. Por otro lado, en este punto cabe mencionar que la institución de la prueba de oficio ha sido suficientemente debatida en la doctrina procesal y han surgido diversas opiniones sobre ello, tal como se ha expresado en los siguientes términos:

La prueba de oficio en el proceso civil es un tópico que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudiosos del Derecho Procesal, precisamente porque la doctrina presenta [un] panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez pueden tener actividad probatoria en el proceso. (Hurtado Reyes, 2009, p. 663).

Como vemos, la prueba de oficio regulada en el Código Procesal Civil⁽¹³⁾, no es una institución que tenga opinión uniforme en el ámbito

⁽¹³⁾ “Artículo 194.- Pruebas de oficio.

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

doctrinario procesal. En consecuencia, esta situación nos permite no precisamente formar parte del discurso o debate clásico que tiene como punto de partida en los dos grandes sistemas procesales (sistema procesal privatístico y sistema procesal publicístico) ampliamente estudiado en la doctrina, sino más bien nos conduce a hacer un esbozo desde la perspectiva de la corriente del Análisis Económico del Derecho, ya que siguiendo este lineamiento también podemos encontrar argumentos que nos permiten defender su prevalencia como también una posición contraria, en particular si se considera el costo-beneficio y, por lo tanto, la eficiencia e ineficiencia económica de este instrumento en el proceso civil.

Ahora bien, si para arribar a la verdad necesariamente hay que asumir un alto costo ⁽¹⁴⁾, en términos económicos no estamos en el supuesto de un bienestar óptimo que sea satisfactorio para el sistema de justicia y, sobre todo, para los justiciables. Si el órgano jurisdiccional pretende invertir tiempo y esfuerzo para llegar a la verdad, esto es mediante la actividad oficiosa, y cuyo costo no sea mayor al costo que pudieron invertir las partes, es todavía un trabajo que merece ser calificado como eficiente; sin embargo, puede suceder que el aporte de la prueba sea menos costoso para las partes que fácilmente, dependiendo al caso que se pretende resolver, se haría por medio de la distribución de costos, y es aquí en donde la prueba de oficio resultaría siendo ineficiente desde la perspectiva de la ciencia económica.

Ampliando, y compartiendo las enseñanzas de Arruiz (2016), la prueba de oficio es ineficiente en términos económicos, porque muchas veces puede generar dilación en el proceso (p. 121). Y en realidad

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

Cabe mencionar que este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 30293, publicado el 28/12/2014.

⁽¹⁴⁾ El Análisis Económico del Derecho nos enseña que la verdad en el proceso judicial es costosa; y en realidad en el proceso no se llega a una verdad incuestionable (todo es posible ser cuestionado y refutado), porque esto necesariamente incrementaría el costo que conlleva la actividad procesal y ya no estaríamos ante un proceso judicial sustentado en la eficiencia económica, y, como es obvio, serían las partes quienes soportarían de manera directa todos los costos hasta tener una decisión del órgano jurisdiccional.

la situación dilatoria hace que los costos del sistema procesal tiendan a incrementarse, y es allí en donde nuevamente adquiere protagonismo el famoso concepto del “costo de oportunidad”, porque los justiciables van a seguir sacrificando tiempo, dinero y esfuerzo que pueden ser invertidos en otras actividades económicas que renunciaron⁽¹⁵⁾ y que posiblemente sean más beneficiosas para su bienestar, pero también para el bienestar social⁽¹⁶⁾. Así, pues, en particular, será más eficiente desde el plano económico que en un litisconsorcio activo los demandantes ofrezcan los suficientes medios probatorios, ya que el costo que conllevaría la obtención de los mismos es posible ser distribuido entre ellos. No sucedería lo mismo si el juez, de oficio, ordena la actuación de medios probatorios, que en realidad no habría distribución de costos ya que el tercero imparcial lo estaría asumiendo invirtiendo tiempo y esfuerzo. Si nos apegamos a este razonamiento, es el Estado quien soporta un costo que fácilmente puede ser distribuido y, por consiguiente, minimizado.

Finalmente, consideramos que los medios probatorios de oficio si bien coadyuvan para llegar a la verdad de las hipótesis planteadas, pero en ciertas ocasiones pueden resultar siendo costosos para el órgano jurisdiccional. Por otro lado, si tenemos en cuenta los incentivos de la ciencia económica, la prueba de oficio podría conllevar a que los justiciables no aporten todos medios probatorios con el propósito de no generar mayores costos en su contra. Sin embargo, ante el supuesto sobre si no hay medios probatorios de oficio y el costo de los mismos, el enfoque económico del Derecho Procesal nos enseña a equilibrarlo con lo que los iuseconomistas han denominado como “los costos de los errores” (Cooter & Ulen, 2002, p.477)⁽¹⁷⁾, que también es mencionado por Posner (2007) cuando trata sobre la finalidad económica del sistema procesal, la prueba y la minimización del error judicial (pp. 850-853; 921-

⁽¹⁵⁾ Nos referimos a las actividades de naturaleza económica, pero también a las actividades no económicas que son de beneficio para un mejor bienestar humano.

⁽¹⁶⁾ Con esto se evidencia que la prueba de oficio si bien es una herramienta para minimizar el costo del error y, por consiguiente, evitar el impacto negativo que generaría en la sociedad; sin embargo, poner en práctica esta institución procesal trae consigo un costo adicional para el sistema procesal, pero se percibe aún más en el costo para las partes.

⁽¹⁷⁾ Mayor desarrollo en el siguiente subtítulo.

922), esto es, entonces, con el costo en el que incurriría el juzgador en el caso de que no se hayan aportado los medios probatorios suficientes para arribar a la verdad y, también, cuando no hayan pruebas de oficio, y ello podría vulnerar el derecho a la prueba, siendo esta una garantía fundamental en el proceso y, además, el juez tiene que dar cumplimiento a un mandato constitucional de expedir una resolución (sentencia) debidamente motivada fáctica⁽¹⁸⁾ y jurídicamente, pues constituye parte de la tutela jurisdiccional efectiva⁽¹⁹⁾.

V. La norma procesal y el ofrecimiento de los medios probatorios como mecanismos para alcanzar la eficiencia económica del proceso y la minimización de los costos

Como hemos venido indicando, es manifiesto que el proceso judicial tiene un costo inevitable que se origina en el conflicto de intereses intersubjetivo⁽²⁰⁾. Hasta la ley no es ajena a ello⁽²¹⁾. En realidad, el derecho se dinamiza sobre un determinado costo que puede explicarse con claridad desde el discurso difundido por el Análisis Económico del Derecho. De manera que, si por todos lados vivimos atrapados por

⁽¹⁸⁾ La motivación fáctica es precisamente la que resulta de los medios probatorios aportados al proceso, ya que estos son los instrumentos que sirven para verificar los hechos y, por lo tanto, llegar a la verdad.

⁽¹⁹⁾ Constitución Política del Perú de 1993: "Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. [...]".

⁽²⁰⁾ El conflicto de intereses intersubjetivo da lugar a una serie de costos que en realidad no son recuperables, sino más bien reducen el bienestar humano.

⁽²¹⁾ ¿Se ha imaginado el costo para que el legislador peruano produzca una ley? No podemos decir que el costo es cero, porque se invierte dinero, esfuerzo y tiempo. También cuando la ley entra en vigencia el cumplimiento o no cumplimiento de la misma es un costo que asume el ciudadano. Las personas no asumirían costos de cumplir o incumplir la ley si en una sociedad no habría leyes. Entonces, bajo el razonamiento económico la ley tiene un costo que no solamente hay que verlo como un desprendimiento patrimonial de los sujetos, sino también en el tiempo y esfuerzo que conlleva legislar, cumplir y aplicar una ley.

costos⁽²²⁾, lo que es indispensable hacer es no precisamente crear algún mecanismo novedoso para minimizar todos ellos, porque las normas procesales ya están dadas pero requieren ser aplicadas con el objetivo de reducir costos. Entonces, si anhelamos un proceso civil más rentable, lo que es imprescindible hacer es que las normas e instituciones procesales también tengan una dirección que se encamine hacia ello; de esta manera, en el ámbito del derecho probatorio la aportación de los medios probatorios aterrizan en la norma procesal y, entonces, deben tener también una finalidad económica dentro del proceso, esto es, el de reducir los costos tanto para los justiciables como para el órgano jurisdiccional y, por lo tanto, maximizar beneficios en lo posible. En efecto, siguiendo esta posición, el Derecho Procesal en su conjunto tiene la tarea de coadyuvar en la reducción de costos que conlleva la administración de justicia en el país, y aquí se incluyen a los costos en los que incurren las partes en el proceso y en los que podría incurrir el juzgador al momento sentenciar, y solamente así estaríamos hablando del cumplimiento de la función económica del Derecho Procesal⁽²³⁾.

Ahora bien, siguiendo las ideas de Cooter & Ulen, (2002), en un proceso hay un costo administrativo (CA) y un costo de error (CE), y que dan lugar a un costo social (CS), es decir, $CS=CA+CE$. De ahí que el Derecho Procesal tiene como finalidad económica la reducción de la

⁽²²⁾ A veces son costos irrelevantes para el ser humano, pero no dejan de ser costos porque ya ha generado una situación de menoscabo en el bienestar.

⁽²³⁾ El análisis económico del Derecho Procesal es amplio, pero consideramos necesario mencionar en esta parte solamente un aspecto que a veces imposibilita la búsqueda de la finalidad económica procesal; por ejemplo, muchas veces el exceso de rigurosidad de los actos procesales en el proceso judicial, introducido por el Derecho Procesal tradicional, y más aún en los que tienen que ver con los medios probatorios, en realidad no hace más que maximizar el costo del proceso y en general de la administración de justicia por parte del Estado, y quien soporta ello de manera directa son las partes procesales, al menos aquí se evidencia con mayor claridad, porque en cuanto a la prueba son los encargados de aportar el material probatorio para acreditar los hechos alegados; caso contrario, sería imposible llegar a la verdad. Sin embargo, con ello no queremos decir que se prescindiera de la rigurosidad en el proceso, sino que con ello no se pretenda generar un alto costo con el afán de minimizar el bienestar de los justiciables y de la sociedad. De ahí que, el Derecho Procesal en su conjunto debe buscar siempre su finalidad económica de minimizar costos y no solamente regular la actividad procesal.

sumatoria de los dos costos (p.477). Esto de igual manera ha sido defendido por el juez Posner (2007) cuando ha hecho referencia al objetivo económico o “meta económica” que debe alcanzar el sistema procesal (p.850). Entonces, si tenemos en cuenta las herramientas básicas facilitadas por la teoría económica, el Derecho Procesal o, exactamente, la norma procesal tiene que hacer mayor énfasis en la búsqueda de la eficiencia económica en el proceso civil, en otros términos, la tarea urgente es la reducción de costos; empero este objetivo es posible alcanzarlo si con la aplicación de las normas e instituciones procesales civiles se tiene un objetivo económico, tal es el caso de la prueba que coadyuva a tener un proceso civil más barato, pero sin pretender desviar el camino de la justicia. Ampliando, el Estado como el ente titular de la administración de justicia debe enfocarse cada vez más en menguar los diversos costos que se generan en el proceso judicial, y estos, según Querol Aragón & López Pérez (2014), son los costos privados, públicos, costos de error, pero también los costos que incentivan a tener conductas contrarias a la ley (p.167). Así, por ejemplo, el costo del error es posible reducirlo no solamente con los suficientes medios probatorios aportados al proceso o con la prueba de oficio, esto es una parte para minimizar costos; sino también tiene que ver, y en realidad es en donde recae la mayor responsabilidad, con políticas estatales dirigidas a la capacitación de los jueces de todas las instancias⁽²⁴⁾, y solamente así, al menos, se evitaría que la sociedad soporte un alto costo en ciertos casos en donde la decisión judicial no sea la más adecuada para el bienestar humano.

En suma, no estamos sosteniendo que las partes prescindan los medios probatorios, sino que con el ofrecimiento de los mismos se pretenda alcanzar la minimización de los costos de la actividad procesal –en este caso en materia civil–, más precisamente, la reducción de los costos en los que incurriría el demandante, demandado y el órgano jurisdiccional y, en general, la sociedad. No obstante, si aplicamos argumentos adoptados por el Análisis Económico del Derecho, es pertinente consi-

⁽²⁴⁾ Además de las políticas de capacitación, que es una responsabilidad posterior y permanente del Estado, es necesario que se seleccionen a jueces comprometidos no solamente con la aplicación de la ley y con la justicia, sino, sobre todo, es necesario un compromiso con el bienestar social que es también importante como la justicia.

derar también los costos que se generarían si no hay medios probatorios suficientes⁽²⁵⁾; por eso, aunque parezca una cuestión incomprensible, este asunto merece un examen cauteloso, siempre tratando no perder de vista el objetivo del proceso que es la solución de conflictos de intereses intersubjetivo y, por consiguiente, alcanzar la justicia.

VI. Conclusiones

De todo lo expresado en el presente trabajo, podemos decir que el Derecho Procesal regula todo lo referente a la actividad procesal para el normal desarrollo del proceso y, desde luego, para alcanzar la justicia y la paz social, en otras palabras, establece las reglas procesales; sin embargo, a lo largo del proceso la aplicación de las normas e instituciones jurídicas procesales no siempre tienen un objetivo económico consistente en la minimización de alto costo del proceso, sino solamente la aplicación se dirige a la solución de conflictos de intereses intersubjetivo y a eliminar incertidumbres jurídicas sin importar el costo que conlleva ello. Entonces, el Derecho Procesal en general tiene la tarea de impulsar cada vez más para que los justiciables inviertan sus recursos de manera óptima en el proceso, de modo que haya una reducción de costos y maximización de utilidades, y esa debe ser su función económica en el proceso civil.

El proceso civil peruano no debe ser únicamente un proceso en donde se garanticen los derechos procesales y constitucionales de las partes, sino además es vital hacer énfasis e inclinarse por el camino de la eficiencia económica procesal que busque la reducción de los costos administrativos (o costos de la maquinaria judicial) y los costos para la sociedad, haciendo que las instituciones del Derecho Procesal sean también menos rígidas que no hacen más que incrementar el costo del proceso y el curso eficiente del mismo, además

⁽²⁵⁾ Los medios probatorios en el proceso civil cumplen un papel importante, como en todo proceso ya sea Constitucional, Laboral, Penal, etc., sin embargo, es necesario mencionar que los medios probatorios, sin importar la naturaleza del proceso, tienen un costo distinto, incluso el costo del proceso en sí no es el mismo, por ejemplo, el tiempo que tarda hasta que el juzgador emita su sentencia.

que los aplicadores jurídicos tengan como objetivo la eficiencia económica en la administración de justicia.

El derecho probatorio, en estricto los medios probatorios, es la columna vertebral para que el Derecho Procesal logre una finalidad eficiente que signifique no solamente llegar a la verdad, sino que para arribar a la misma se haga de la manera más económica y no generando un alto costo y desperdicio de recursos, ya que por más que sea así no hay una verdad procesal absoluta. Por ello es importante que las partes aporten al proceso medios probatorios que no conlleven al incremento del costo del proceso pero que el resultado sea el más beneficioso posible, es decir el comportamiento de los justiciables debe ser de acuerdo con un análisis del costo-beneficio. De esta esta manera se busca un proceso civil en donde se ponderen costos, y con ello reducir los costos de la administración de justicia en general.

Con las líneas aquí plasmadas no se pretende dejar sentado que el proceso civil debe ser eficiente de manera forzosa, pues entendemos en principio que también implica una política estatal, y además siendo conocedores de que la justicia es una finalidad que ha quedado impregnada en el pensamiento del hombre jurídico. De lo que sí estamos seguros es que el Derecho Procesal, y en general el sistema jurídico peruano, debe tener como centro de atención el bienestar del ser humano, como son de los justiciables; caso contrario, la administración de justicia seguirá siendo un espacio en donde se desperdician mayores recursos.

VII. Lista de referencias

- ALFARO VALVERDE, L. (Enero-Julio de 2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6(1), 58-92. Recuperado el 02 de Mayo de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/15106/15612>
- ARRUIZ, S. G. (2016). Análisis Económico de la Prueba de Oficio. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol.2, 107-141. Recuperado el 20 de Abril de 2018, de <https://lajle.alacde.org/cgi/view-content.cgi?article=1024&context=journal>

- AYALA ROJAS, D. (2015). Análisis Económico del Derecho. Ciencia del Derecho y Justicia. *Ratio Juris. Revista de Derecho Privado*, III(1), 71-107. Recuperado el 01 de 25 Mayo de 2018, de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/3374/Analisis_Ayala-Rojas.pdf?sequence=1
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2010). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2da ed. Segunda reimpresión). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- CARRASCO DELGADO, N. (2010). La contra cautela. Una mirada desde el análisis económico del derecho procesal. *Derecho y Humanidades*, 2(16), 171-184. Recuperado el 27 de Marzo de 2018, de <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17042/17764>
- CHIASSONI, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho*. Lima: Palestra.
- CHIOVENDA, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Vol.III). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- COOTER, R., & ULEN, T. (2002). *Derecho y Economía*. (E. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- FERRER BELTRÁN, J. (Julio de 2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*(47), 27-34. Recuperado el 28 de Abril de 2018, de <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2004/11/revista-47-julio-2003.pdf>
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2002). *La prueba en el proceso civil. Doctrina y jurisprudencia* (3ra ed., Actualizada aumentada). Lima: Gaceta Jurídica.
- HURTADO REYES, M. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa.
- MESSINA, G. (Jan-Jun de 2017). Derecho y Economía: una aproximación. *Economic Analysis of Law Review*, 8(1), 171-193. Recuperado el 26 de Mayo de 2018, de <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7897/5174>
- PINZÓN CAMARGO, M. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- POSNER, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho* (2da ed.). (E. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

QUEROL ARAGÓN, N., & López Pérez, N. (2014). *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Dykinson.

TARUFFO, M. (2008a). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En *La Prueba, Artículos y Conferencias* (págs. 41-72). Santiago: Metropolitana.

TARUFFO, M. (2008b). *La Prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer Beltrán, Trads.) Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencia

STC Exp. N.º 0010-2002-AI/TC. Recuperado el 20 de Abril de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Legislación nacional

Código Civil de 1984.

Constitución Política de 1993.

Derecho Arbitral



Propuesta para el uso exclusivo del arbitraje institucional en la Contratación Pública en el Perú

Proposal for the exclusive use of institutional arbitration in the public procurement in Perú

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El arbitraje en el Perú. III. La obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública. IV. El arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional. V. Ventajas de la utilización exclusiva del arbitraje institucional en la contratación pública. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo de investigación busca brindar algunos alcances respecto al arbitraje en el Perú, así como su obligatoriedad en la contratación pública, proponiendo el uso exclusivo del arbitraje institucional en las controversias derivadas de dicha contratación que a nuestro parecer podría garantizar la transparencia del arbitraje en las contrataciones del Estado.

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte de Trujillo, Docente de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Palabras clave: El arbitraje en el Perú, el arbitraje institucional, el arbitraje ad hoc, la contratación pública.

Abstract: *This research work seeks to provide some scope regarding arbitration in Peru, as well as its obligation in public procurement, proposing the exclusive use of institutional arbitration in disputes arising from such contracting, which in our opinion could guarantee the transparency of arbitration in State procurement.*

Key words: Arbitration in Peru, institutional arbitration, *ad hoc* arbitration, public procurement.

I. Introducción

El arbitraje en las contrataciones del Estado por su propia naturaleza es distinto al arbitraje privado, por cuanto en el primero se garantiza la transparencia y en el segundo la confidencialidad.

En el Perú la contratación pública se ejecuta obligatoriamente por contrata y licitación pública por disposición del artículo 76 de la Constitución Política vigente, el cual prescribe que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público, estableciéndose en la ley el procedimiento, las excepciones, y las responsabilidades respectivas.

Por otro lado, las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades públicas para llevar a cabo sus diferentes contrataciones se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, cuyas normas están orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten, buscando promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que las contrataciones públicas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, conforme lo prescribe el artículo 1 de dicha ley.

La contratación pública en nuestro país tiene una regulación especial que a nuestro parecer se justifica por sus características especiales y los intereses que protege, siendo importante que se garantice la transparencia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. Asimismo

debe entenderse que dicha regulación no perjudica a los proveedores al no existir una obligación para contratar con el Estado, y en el caso de aquellos proveedores interesados en participar en los diferentes procedimientos de selección que se convoquen, éstos deben cumplir con las condiciones establecidas en la ley.

Ahora bien, en caso surjan controversias en las contrataciones del Estado, en la vigente Ley de Contrataciones del Estado se ha establecido la utilización del arbitraje, pudiendo acudir al arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*.

Como expondremos a continuación en el marco de la contratación pública el arbitraje institucional ofrece mejores ventajas que el arbitraje *ad hoc*, por lo que proponemos su uso exclusivo, a fin de buscar una mayor transparencia en el arbitraje.

II. El arbitraje en el Perú

El arbitraje es una institución jurídica por medio de la cual dos o más personas acuerdan voluntariamente que uno o más terceros resuelvan una controversia surgida entre ellos, de acuerdo a las condiciones y formalidades establecidas en la ley.

El arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surgen de una relación contractual, y tiene jurisdicción independiente, tal como lo establece el artículo 62; y numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, respectivamente.

En nuestro país se tiene un reconocimiento constitucional y legal del arbitraje, y a continuación conoceremos qué constituciones y normas legales han regulado el arbitraje.

Retamozo (2016), señala que en la Constitución Política de 1839 por primera vez se hace referencia al arbitraje en el artículo 164 que prescribe que ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

Las Constituciones Políticas del Perú de 1979 y 1993 también hacen referencia al arbitraje. En el artículo 139 de la Constitución

Política de 1993, se señala como principio de la administración de justicia que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Por otro lado, el artículo 62 de dicha Constitución prescribe que los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

A nivel normativo, Retamozo (2016), señala:

La primera norma, distinta de las vinculadas a la heredad española, que trata sobre el arbitraje es el Código de Procedimientos judiciales del Estado Norperuano –Código de Santa Cruz– de 1836, el que regulaba el arbitraje entre los numerales 28 al 47, y que recogía mucho de la legislación hispana. (p. 366)

El arbitraje fue regulado en el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852; el Código de Procedimientos Civiles de 1912; el Código Civil de 1984; y el Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 768.

Posteriormente mediante el Decreto Legislativo N.º 25935 se promulgó la Ley General de Arbitraje, que fue derogada por la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje, que a su vez fue derogada por el Decreto Legislativo N.º 1071 que norma actualmente el arbitraje.

El Decreto Legislativo N.º 1071 regula el arbitraje que tiene como ámbito de aplicación a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional. Por su parte el artículo 2 de dicho Decreto prescribe que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen; y cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, además se precisa que esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

III. La obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública

En el Perú el arbitraje como medio de solución de controversias surgidas en la contratación pública fue incorporado por primera vez en la derogada Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de agosto de 1997, y vigente a partir del año 1998, la cual establecía en el inciso b) de su artículo 41 que las contrataciones de bienes, servicios y obras incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a la solución de controversias, indicándose que las discrepancias surgidas entre las partes respecto a la ejecución o interpretación del contrato serán definidas mediante el arbitraje. (Diario Oficial El Peruano).

Posteriormente el uso del arbitraje en las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras a través de los diferentes procedimientos de selección se ha mantenido en las distintas leyes de contrataciones del Estado y sus respectivos reglamentos hasta la ley de contrataciones del Estado y sus reglamentos vigentes. Por tanto, la regulación del arbitraje se ha mantenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM; Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017; y la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, actualmente vigente.

Si bien es cierto el arbitraje en las contrataciones públicas contribuye a solucionar las controversias surgidas en los contratos en menos tiempo que en el Poder Judicial, se debe implementar los mecanismos necesarios y suficientes para que los arbitrajes tengan la publicidad y transparencia que garantice su eficacia, tales como conocer la especialidad, trayectoria e idoneidad de los árbitros, implementar procedimientos de supervisión de los arbitrajes, uniformizar las tarifas por el servicio de arbitraje ya sea gastos administrativos u honorarios de los árbitros, entre otros.

Guzmán-Barrón, C., y Zúñiga R. (2015), señalan:

(...) uno de los problemas que ha enfrentado el arbitraje en contratación pública, por el gran crecimiento que ya hemos mencionado, es que se ha cuestionado su idoneidad por ser poco

transparente y hasta en algunos casos se le han atribuido casos de corrupción que es practicada por algunos malos árbitros y algunas malas partes, justamente por la nula supervisión que posee el arbitraje hasta la emisión del laudo. (p. 239).

La transparencia en la Contratación pública se hace necesaria a fin de generar confianza en la población y buscar seguridad jurídica.

Por disposición del numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley 30225, modificado por Decreto Legislativo N.º 1341, los contratos regulados por dicha ley incluyen necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras cláusulas la de solución de controversias, conforme a lo previsto en su reglamento.

Por otro lado en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341; así como en el numeral 182.1 del artículo 182 del Reglamento de dicha Ley, se establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes, estableciéndose en el referido reglamento los casos en los cuales se puede recurrir al arbitraje *Ad Hoc*. Asimismo, se precisa que las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

En el caso del arbitraje se ha dado prioridad al arbitraje institucional, sin embargo se puede recurrir al arbitraje *ad hoc* en los casos establecidos en el actual reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Así tenemos que en el numeral 184.3 del artículo 184 del citado reglamento se establece que las partes pueden recurrir al arbitraje *ad hoc* solo cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, cuyo monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT.

Respecto a la excepcionalidad del arbitraje *ad hoc* establecida en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, Pinedo, M. señala: "(...) Regulación con la cual discrepamos pues se restringe la capacidad de decisión de las partes respecto al tipo de arbitraje que pueden elegir." (p. 75).

Nosotros consideramos que la regulación del arbitraje en la contratación pública en el caso de alguna controversia surgida entre las partes respecto al contrato se justifica, ya que debe garantizarse su solución de la manera más rápida y eficiente, sin embargo debería establecerse el uso exclusivo del arbitraje institucional dejando de lado el arbitraje *ad hoc*.

En cuanto a la restricción de la capacidad de las partes para elegir el tipo de arbitraje, pensamos que priorizando el interés público es razonable establecer restricciones sobre el uso de un determinado tipo de arbitraje ya que debemos tener en cuenta que ningún contratista se encuentra en la obligación de contratar con el Estado, por lo que se puede establecer condiciones para las contrataciones que realice al tratarse del uso de recursos públicos.

IV. El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional

El arbitraje en la contratación pública se encuentra regulado actualmente en la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, en donde se establece la posibilidad de acudir al arbitraje *ad hoc* o arbitraje Institucional, teniendo en cuenta las reglas previstas para cada tipo de arbitraje.

Retamozo (2016), señala:

Si la esencia del arbitraje es la libertad que se concede a las partes para resolver sus controversias al amparo de la decisión de un tercero ajeno al órgano jurisdiccional, estos en ejercicio de dicha autonomía pueden decidir acudir a un particular, o a una institución para que resuelva la controversia suscitada en la ejecución del contrato, decisión que queda plasmada en el convenio arbitral. (p. 413)

Dado el interés público por el uso de recursos del Estado, se hace necesario que se fomente el arbitraje institucional para evitar casos de corrupción y generar confianza en la población, buscando una mayor transparencia de los arbitrajes en la contratación pública.

El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje Institucional se diferencian teniendo en cuenta su organización y administración.

El arbitraje institucional es aquel en donde existe una institución arbitral permanente que organiza y administra el arbitraje, según su propia reglamentación, con un tarifario de honorarios y gastos arbitrales, un registro de árbitros previamente seleccionados, una infraestructura, entre otras condiciones que favorecen el desarrollo del arbitraje.

La organización y condiciones con las que cuenta un arbitraje institucional ofrecen una mayor transparencia respecto al arbitraje *ad hoc*, por su organización y por conocerse con anterioridad a los árbitros, los costos administrativos, entre otras condiciones.

Guzmán-Barrón, C, Zúñiga, R. y Seminario, C. (2016), sostienen: “(...) el arbitraje institucional tiende mucho más a la transparencia que el *ad hoc*, básicamente por que posee reglas preexistentes a la controversia y es ejercido por instituciones con permanencia en el tiempo que supervisan el desarrollo de las actuaciones arbitrales.” (p. 111)

En cuanto al arbitraje *ad hoc*, también conocido en la doctrina como arbitraje no administrado, es aquel en donde las partes deciden encarar la organización y administración del arbitraje a un tribunal arbitral, conforme a las normas del mismo o acordadas por las partes.

Nosotros consideramos que en el caso del arbitraje *ad hoc* no existe un adecuado control, existiendo mayor discrecionalidad por parte de los árbitros, lo que hace que dicho arbitraje no cuente con la debida transparencia, que constituye un aspecto fundamental.

Guzmán-Barrón, C., y Zúñiga R. (2015), señalan:

El arbitraje *ad hoc* ha cobrado gran importancia dentro del mercado del arbitraje del Estado, a pesar que es el menos idóneo para salvaguardar una adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado, debido a la vida temporal del Tribunal Arbitral *ad hoc*, y asimismo, al depender de la discrecionalidad de los árbitros y no tener ningún control, es más susceptible de ser usado para llevar a cabo prácticas de corrupción. (p. 239)

Respecto a la conveniencia de la utilización del arbitraje *ad hoc* o arbitraje Institucional en la contratación pública, en la doctrina existen diferentes posiciones. Así tenemos:

Del Aguila, P. (2005), señala sobre las ventajas del arbitraje institucional:

(...) creemos que las ventajas comparativas del arbitraje institucional en todos los aspectos –reglamentario, procedimental, organizativo, administrativo y supervisor–, son superiores al arbitraje *ad hoc*. (...) Igualmente, el papel fundamental de las instituciones arbitrales en la promoción, desarrollo y soporte del arbitraje, sea en los casos concretos que administra o incentivando su uso en el ámbito internacional, es un aspecto propio del arbitraje institucional, que el arbitraje *ad hoc* no tiene ni puede ofrecer. (p. 262).

Por su parte, Amprimo, N., señala respecto a las ventajas que ofrece el arbitraje *Ad Hoc*:

En cuanto a las ventajas que ofrece el arbitraje *ad hoc*, hay que mencionar que, sin lugar a dudas, las principales son: una mejor confidencialidad y una mayor flexibilidad, de forma que se pueda diseñar un procedimiento que resulte más justo para las partes (...) para la plena efectividad del arbitraje *ad hoc* se va a requerir la cooperación de las partes y sus abogados, además del respaldo de un óptimo ordenamiento jurídico en el lugar del arbitraje. (p. 52).

Se debe tener en cuenta que las instituciones arbitrales tienen la facultad de confirmar o no a un árbitro designado por las partes y verificar si cumple con estándares profesionales y éticos según las reglas establecidas por la institución, lo que no pasa en el arbitraje *ad hoc* en donde las partes controlan el ingreso de los árbitros.

Aguilar, A. (2017) señala:

(...) no hay que perder de vista que en un arbitraje *ad hoc* no existe ninguna estructura más allá que el propio tribunal arbitral, mientras que los centros de arbitraje tienen carácter de permanencia en el tiempo y el prestigio de la cámara o gremio que los cobija. (p. 2).

En un estudio sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013, realizado por la Contraloría General de la República, se señala:

Aunque la tendencia mundial es la de recurrir al arbitraje institucional, en nuestro país, de la evaluación de los laudos arbitrales que son objeto de análisis en el presente estudio, se observa una tendencia a elegir el arbitraje *ad hoc*. De los 2 796 procesos arbitrales el 62% se ha realizado bajo el arbitraje *ad hoc*.⁽¹⁾ (p. 99).

Como se ha mencionado anteriormente el arbitraje institucional ofrece mejores ventajas que el arbitraje *ad hoc*, siendo necesario su uso exclusivo, en aras de buscar la transparencia y buen desarrollo de los arbitrajes en las contrataciones públicas.

V. Ventajas de la utilización exclusiva del arbitraje institucional en la contratación pública

Si bien es cierto en el arbitraje institucional y *ad hoc* pueden existir casos de corrupción y falta de transparencia, consideramos que dadas las condiciones que ofrece el primero de los mencionados se justifica su uso exclusivo.

Creemos que para mejorar la eficacia de los arbitrajes en las contrataciones del Estado se debe partir por establecer mecanismos idóneos de selección y autorización de instituciones arbitrales, que cuenten con estándares referidos a selección de árbitros, infraestructura, selección de personal de apoyo, logística, tecnología, etc.

Un aspecto importante de la transparencia en los arbitrajes son los árbitros, por lo que es muy importante un control efectivo de la selección de los mismos, que deben contar con especialización acreditada en contratación pública, experiencia, solvencia moral, que garanticen su imparcialidad.

⁽¹⁾ El estudio realizado por la Contraloría General de la República comprende la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos en el periodo 2003-2013, y que se encuentran registrados y publicados en el portal web del OSCE.

Nosotros consideramos que el arbitraje institucional es el más idóneo para la solución de controversias surgidas entre las partes en el marco de la contratación pública, por los siguientes motivos:

a) *Especialización de la institución arbitral*

Dicha especialización se debe a la realización exclusiva de arbitrajes por parte de una institución arbitral para resolver diferentes controversias entre las partes que acuden a dicha institución.

La prestación permanente del servicio de arbitraje por parte de la institución arbitral garantiza que el mismo se realice sin mayores inconvenientes al contarse con procedimientos y reglas preestablecidas, generando credibilidad en las partes, lo que no ocurre en el arbitraje *ad hoc* en donde los árbitros son los que fijan las reglas en cada arbitraje.

b) *Cuenta con un reglamento de arbitraje*

El reglamento de arbitraje es muy importante en la institución arbitral porque contiene la sede, domicilio, notificaciones, plazos del arbitraje, el procedimiento arbitral, información respecto al tribunal arbitral, información sobre el proceso arbitral, entre otras reglas necesarias para llevar a cabo de la mejor manera el arbitraje.

En el caso del arbitraje *ad hoc* las reglas para la realización del arbitraje las fijan los árbitros cuando se instalan, por lo que consideramos que el arbitraje institucional ofrece mayor transparencia.

c) *Cuenta con una lista de árbitros*

Las instituciones arbitrales cuenta con una lista de árbitros que son seleccionados y las partes pueden conocer su especialización y experiencia en el desarrollo de arbitrajes, a diferencia del arbitraje *ad hoc* en donde son las partes quienes designan a los árbitros de manera discrecional lo que podría fomentar casos de corrupción.

d) *Cuenta con personal de apoyo capacitado*

La institución arbitral tiene personal contratado con la capacitación y experiencia suficiente al trabajar de manera permanente en dicha institución.

Dado que la institución arbitral viene funcionando de manera permanente, si bien es cierto puede haber cambios en su personal por diversos motivos, consideramos que en la mayoría de los casos el personal que viene trabajando en dicha institución es capacitado continuamente, dado el prestigio que buscan mantener las diferentes instituciones arbitrales.

e) ***Se cuenta previamente con una tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral***

La tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral son conocidos antes de iniciarse el arbitraje lo que evita que se impongan los costos del arbitraje, pudiendo las partes hacer una evaluación económica respecto a la conveniencia del arbitraje, así como los beneficios que se busca obtener.

En el caso del arbitraje *ad hoc*, dado que son los propios árbitros quienes fijan los honorarios y gastos arbitrales sin supeditarse a un tarifario, no se conocen de manera anticipada los gastos que las partes deben realizar.

f) ***Infraestructura adecuada***

La institución arbitral posee una infraestructura que cuenta con los ambientes necesarios y equipados tecnológicamente para llevar a cabo las audiencias y actuaciones arbitrales.

En el caso del arbitraje *ad hoc* no siempre se puede contar con una buena infraestructura ya que no se cuenta con un domicilio permanente.

VI. Conclusiones

- Se debe implementar los mecanismos idóneos y suficientes para que los arbitrajes tengan transparencia, como conocer la especialidad, trayectoria e idoneidad de los árbitros, la existencia de procedimientos de supervisión de los arbitrajes, uniformizar las tarifas por el servicio de arbitraje que incluye gastos administrativos y honorarios de los árbitros, entre otros, en aras de generar confianza y garantizar la seguridad jurídica.

- El arbitraje institucional es el más idóneo para la solución de controversias surgidas en la contratación pública, por la especialización de la institución arbitral; por tener un reglamento de arbitraje que contiene la sede, domicilio, notificaciones, plazos del arbitraje, el procedimiento arbitral, entre otras reglas necesarias para llevar a cabo de la mejor manera el arbitraje; por contar con una lista de árbitros; contar con personal de apoyo capacitado y con experiencia; por contar con una tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral; y por contar con infraestructura adecuada.

VII. Lista de referencias

- AGUILAR, A. (6 de junio de 2017). Aporte y presencia en las contrataciones del Estado. El arbitraje institucional. Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. (646), 2-3.
- AMPRIMO, N. (2009). Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc. Revista Peruana de Arbitraje. (9), 43-54.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2003-2013). El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013. Recuperado de <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>
- DEL AGUILA, P. (2005). Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿he ahí el dilema? Revista Peruana de Arbitraje. (1) 231-263.
- GUZMÁN-BARRÓN, C, ZÚÑIGA, R. Y SEMINARIO, C. (2016). Ética en el arbitraje de contratación pública: Problemas y soluciones. Revista Arbitraje PUCP. (6), 94-116.
- GUZMÁN-BARRÓN, C., Y ZÚÑIGA, R. (2015). Arbitraje Institucional en la Contratación Pública. Revista Derecho & Sociedad. (44), 237-243.
- Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 03 de agosto de 1997. Diario Oficial El Peruano. Normas Legales. Año XV. N.º 6246. pp. 151521 – 151536. file:///C:/Users/asesoria%20legal/Downloads/NL19970803.pdf

PINEDO, M. (Abril 2017). El nuevo marco normativo a emplearse en la Resolución de conflictos con el Estado. *Actualidad Jurídica*. (281), 70-77.

RETAMOZO, A. (11 Ed). (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Derecho Laboral y Procesal Laboral



La funcionalidad de las presunciones legales y el estándar de prueba en el proceso laboral peruano

The functionality of the legal presumptions and the standard of proof in the peruvian labor process

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Finalidad de la prueba y de las presunciones legales en el marco institucionalizado del proceso judicial. III. La prueba como elemento determinante de la decisión judicial. IV. ¿Es posible invocar un estándar de prueba en el derecho procesal laboral peruano? V. Motivación de las decisiones judiciales. VI. Conclusión. VII Lista de referencias.

I. Introducción

La vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho no solo radica en reconocer la existencia de una Constitución Política como Norma Suprema, vinculante y directamente aplicable; sino en

(*) Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Docente Ordinario de la Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

la decisión firme de respeto y aplicación de los presupuestos esenciales⁽¹⁾ que lo caracterizan como Paradigma. Por lo tanto, resulta justificado que existan garantías positivas y negativas vinculadas a la protección de la Constitución, siendo que las primeras “son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos”⁽²⁾; y en general están vinculadas con el cumplimiento de las disposiciones (normas-regla, normas-principio y directrices) que prevé la propia Carta Magna.

Desde la perspectiva positiva⁽³⁾ se tiene al artículo 44 de la Constitución de 1993, el cual dispone como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, en tanto que en su artículo 138 establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”; lo que implica que el Poder Constituyente ha establecido que corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos jurídicamente relevantes, mediante un mecanismo institucionalizado llamado Proceso Judicial, todo ello en el marco de una serie de garantías procesales previstas en el artículo 139 de la Constitución; en consecuencia, es evidente que, “cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas”⁽⁴⁾; por lo tanto, el Juez está sometido, de manera absoluta, tanto a la Constitución como al Bloque de Convencionalidad; y, de ma-

(1) Según Guastini éstos consisten en: la existencia de una Constitución rígida; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante y la aplicación directa de sus disposiciones; la supra-interpretación de la Constitución; la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (GUASTINI, Ricardo. Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales. Lima. 2016. Pp. 280-291).

(2) FERRAJOLI, Luigi. Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales; en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 29 (2006). p. 28.

(3) El artículo 38 de la Constitución señala que: “*Todos los peruanos tienen el deber de (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*”.

(4) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC

nera relativa, a la Ley, dado que incluso podría inaplicarla en caso de incompatibilidad constitucional⁽⁵⁾.

Ahora bien, en materia de justicia laboral, ya desde la Casación N.º 4781-2011-MOQUEGUA, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, indicó que, conforme a la nueva estructura del proceso judicial laboral previsto en la Ley Procesal del Trabajo N.º 29497 “... los jueces laborales se encuentran obligados a romper el paradigma de procesos ineficaces, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva. En ese sentido, sus esfuerzos deben orientarse a la reivindicación de los derechos fundamentales reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ella desarrollada, a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados, lo contrario desnaturalizaría al nuevo proceso laboral predominantemente protector de los derechos constitucionales y fundamentales de las partes, eficaz, célere y oral, pero sobre todo justo”⁽⁶⁾, aspiración esta última que se logra a través de una decisión emitida por el Juzgador en casos concretos, razón por la cual “la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es al mismo tiempo un derecho constitucional de los justiciables”⁽⁷⁾. Del mismo modo, debe precisarse que la exigencia de la motivación suficiente⁽⁸⁾, prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución “garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez; de allí, que una reso-

(5) La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la Consulta de sentencia del Expediente N.º 1618-2016-LIMA NORTE, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre el control difuso.

(6) Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN

(7) STC emitida en el Exp. N.º 04811-2009-PA/TC

(8) La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha señalado que se entiende por “*motivación suficiente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la resolución está debidamente motivada*” (Casación Laboral N.º 4736-2014-LIMA).

lución que carezca de motivación suficiente no sólo vulnera las normas legales citadas, sino también principios de rango constitucional⁽⁹⁾.

No obstante este marco referencial, el cual está vinculado a la concretización de un proceso judicial, resulta necesario poder comprender no solo las reglas de valoración de la prueba, sino determinar si en nuestro sistema jurídico laboral e incluso civil se ha adoptado de manera uniforme y concreta un estándar de prueba, lo cual resulta relevante, por cuanto se ha indicado que en la práctica anglosajona se tienen establecidos diferentes estándares más o menos exigentes para los diversos tipos de procesos, como es el caso del ámbito penal, en el que opera el conocido “*beyond a reasonable doubt*” (más allá de toda duda razonable); y, en el ámbito civil, el estándar denominado “*more probable tan nol*” (más probable que su negación) y “*preponderance of the evidence*” (preponderancia de la prueba); con la precisión de que “el análisis e incluso la conciencia de la necesidad de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica⁽¹⁰⁾; pues, “el problema en los sistemas de *civil law*, respecto de los estándares de prueba es el mismo, su práctica inexistencia⁽¹¹⁾; en tanto que en los ordenamientos del *civil law*, en cambio, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría ex post mediante el control de la motivación⁽¹²⁾.

II. Finalidad de la prueba y de las presunciones legales en el marco institucionalizado del proceso judicial

Siguiendo a Gascón y García⁽¹³⁾, la averiguación de la verdad⁽¹⁴⁾ es la finalidad principal de la prueba. Precisan que la prueba judicial no es

(9) Casación N.º 511-2016-CUSCO. En igual sentido, la Casación N.º 661-2016-AREQUIPA y Casación N.º 1457-2016-LIMA SUR

(10) VASQUEZ, Carmen. Introducción al Libro: Estándares de Prueba y Prueba Científica. Ensayos de Epistemología. Marcial Pons. Madrid. 2013. P. 13.

(11) FERRER BELTRÁN, Jordi. Motivación y racionalidad de la prueba. Editorial Grijley. Lima. P. 166

(12) IGARTÚA, citado por FERRER BELTRÁN, Jordi; en Motivación y racional de la prueba. Op. Cit. P. 166.

(13) GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso García Figueroa. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra Editores. Lima. 2015. Pp. 380 - 381

(14) Según Ferrer “La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial (...) Ésta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones,

una actividad libre, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que se encaminan a proteger, junto con la averiguación de la verdad, otros tipos de valores; por lo tanto, que el proceso tenga una finalidad práctica significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto⁽¹⁵⁾, para lo cual el juez está obligado a llegar a una certeza oficial, dado que la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; la cual –como es obvio– se define en un proceso judicial con las debidas garantías⁽¹⁶⁾. Por lo tanto, es claro que “el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos”⁽¹⁷⁾; sin embargo, el artículo 188 del Código Procesal Civil señala que “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes...”; no obstante ello, el artículo 200 del mismo Código clarifica el tema al indicar que “Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”; con lo cual se corrobora lo afirmado por Taruffo, quien indica que “realmente lo que es objeto de prueba en el proceso son las afirmaciones de las partes”⁽¹⁸⁾.

en el proceso judicial. La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica...” (FERRER BELTRÁN, J. Motivación y racionalidad de la prueba. Op. Cit. 187).

(15) Así lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

(16) El Tribunal Constitucional, en relación al Debido Proceso, indica que éste “...presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etcétera. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (STC emitida en el Exp. N.º 02467-2012-PA/TC).

(17) GASCON ABELLAN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2010. P. 76. Citando a Taruffo, indica que “Aunque cómodo, resulta absolutamente incorrecto hablar de ‘prueba de un hecho’, pues un hecho no se puede probar a posteriori, sino que sólo se lo puede constatar cuando acaece. Lo que se prueban son enunciados asertivos; es decir, proposiciones. Por eso, lo correcto sería hablar de “prueba de verdad de la afirmación de la existencia de un hecho”.

(18) TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la prueba y verdad”; en la obra Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá. 2006. Edit. Temis. P. 262.

En el caso laboral, el artículo II del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo precisa que “... corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos ...”, agregando en el artículo III que “En todo proceso laboral los jueces (...) privilegian el fondo sobre la forma...”; y ello es así, por cuanto “son los juzgadores los llamados a resolver la causa con independencia e imparcialidad (...) así como los encargados de valorar la prueba a tenor del artículo 197 del Código Procesal Civil...”⁽¹⁹⁾; en tal sentido, es claro que “el proceso se nutre de la prueba y a través de ella se adquiere el conocimiento relativo sobre los hechos concretos. La prueba es el único instrumento que puede ser empleado en el proceso para afirmar que un determinado hecho está probado”⁽²⁰⁾; de ahí que el artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo señala que el juez pronuncia sentencia “... si sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados”. Por lo tanto, en el proceso judicial, el razonamiento valorativo puede construirse en base a la prueba directa como la indirecta; precisando que “la distinción así considerada, no señala una diferencia entre los procedimientos probatorios en función de su estructura, sino una diferencia entre las pruebas (en sentido estricto) en función de que versen o no directamente sobre el hecho principal del que depende la decisión”⁽²¹⁾; siendo ello así, en el caso laboral no solo son invocables las pruebas directas, sino también las indirectas; pues, el artículo 23.5 de la Ley Procesal del Trabajo señala que “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes”; pues, cabe preciar que –según Gascón– para aludir al procedimiento de prueba indirecta o indiciaria, se habla

(19) Casación N.º 3114-206-CUSCO

(20) RIVERA MORALES, Rodrigo. La prueba: un análisis racional y práctico. Marcial Pons. Madrid. 2011. P. 322.

(21) GASCON. Los hechos en el derecho. Op. Cit. P. 82

algunas veces de prueba de presunciones; por lo tanto, las expresiones prueba directa, prueba indiciaria⁽²²⁾ y prueba presuntiva aluden a un mismo tipo de razonamiento probatorio.

Según Gascón y García⁽²³⁾, una manifestación de la institucionalización de la prueba la constituyen las presunciones legales⁽²⁴⁾, que –frente a lo que a veces se sostiene– tampoco pueden ser vistas como garantía de la entrada de la verdad en el proceso. Precisan dichos autores que las presunciones *iuris tantum* son normas jurídicas que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario; más exactamente, instauran una regla de juicio o de decisión que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Estos autores aclaran que su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que estas presunciones garantizan esos valores regulando la carga de la prueba, lo que puede concretarse en eximir a aquellos en cuyo beneficio funciona la carga de probar los hechos litigiosos o en modificar el objeto de la prueba para el beneficiario de la presunción, que tendrá entonces la carga de probar ya no los hechos litigiosos, sino otros hechos o estado de cosas que se conectan con aquéllos. En tanto que las presunciones *iuris et de iure*, según refieren, son también normas que, para la protección de ciertos valores y en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar

(22) La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República ha desarrollado de manera minuciosa los presupuestos de la prueba indiciaria en la Casación N.º 628-2015-LIMA.

(23) GASCON y GARCIA FIGUEROA. Op. Cit. Pp. 382 - 384

(24) Se ha sostenido que dentro de las presunciones legales se distingue habitualmente entre presunciones relativas (*iuris tantum*) y absolutas (*iuris et de iure*); y que la diferencia entre unas y otras se establece afirmando que las primeras admiten prueba en contrario, mientras que las segundas excluyen toda posibilidad de desvirtuar la presunción. Siguiendo a Taruffo, las presunciones absolutas no establecen una presunción, sino que instauran una consecuencia jurídica determinada sobre la base de un razonamiento presuntivo que se supone ha sido formulado por el Legislador. Agrega que en las presunciones relativas, la presunción forma parte del contenido de la norma que establece la presunción; en tanto que en las absolutas, la presunción no forma parte del contenido de la norma, sino que constituye la premisa, la *ratio* sirve para explicar o justificar los motivos que condujeron a la creación de una norma.

por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista; por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas.

Uno de los valores que garantizan las presunciones, según Wroblewski, es el de carácter técnico, pues, se traduciría en la eficacia de la administración de justicia; ello, partiendo de que los conflictos tienen que ser resueltos y de que a veces la prueba de los hechos sobre los que se originan puede resultar muy difícil, por lo que se facilita la prueba imponiendo (normativamente)⁽²⁵⁾ considerar una situación como verdadera, salvo que se demuestre lo contrario⁽²⁶⁾; es decir, estableciendo una presunción *iuris tantum*⁽²⁷⁾, legal o jurisprudencialmente. Así tenemos entonces, por ejemplo, el artículo 23.2 de la Ley Procesal del Trabajo que señala que “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”; de igual manera el artículo 23.5 indica que “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Asimismo, el literal e) del artículo 29 del TUO del D. Leg. 728,

⁽²⁵⁾ Se ha indicado que en las presunciones legales el legislador predetermina y con carácter general el enlace de la presunción y dispone que el juez dé por cierto el hecho presumido cuando se haya acreditado el hecho base.

⁽²⁶⁾ Según lo refiere la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, “... una de las características de las presunciones *iuris tantum* es admitir la posibilidad de que la parte perjudicada con la consecuencia jurídica prevista por ley, aporte al proceso –y específicamente al juez– de otros medios de prueba que desvirtúen la conclusión a la que precedentemente se arribó al comprobarse la existencia del mismo supuesto fáctico dispuesto en la norma” (Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN). Asimismo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha precisado que “El empleador por tener la administración del centro de trabajo, ejercer el poder de dirección (supervisión, fiscalización y sanción), y por la situación de desventaja en la que se encuentra el trabajador, no es indudable que tiene mayores facilidades para acceder a los objetos de prueba...” (Casación Laboral N.º 06125-2016-LIMA).

⁽²⁷⁾ WROBLEWSKI, citado por GASCON ABELLÁN, en Los hechos en el derecho...Op. Cit. P. 125.

en relación a la causal de despido nulo, indica que “... Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir”.

No obstante la observación de Gascón, quien refiere que “Es evidente que, al regular la carga de la prueba, la presunción crea una situación de desigualdad entre las partes, favoreciendo a una de ellas en atención a valores ‘ideológicos’, distintos a la verdad o a la búsqueda de solución al caso”⁽²⁸⁾, resulta necesario validar la importancia de las presunciones en materia laboral; pues, por ejemplo en el caso de embarazo se protege el derecho a la igualdad y se proscribe la discriminación, optimizándose de esta manera el principio constitucional previsto en el artículo 26, numeral 1) de la Constitución, razón por la cual -incluso- se ha previsto la inversión como regla especial de la carga probatoria; pues, es claro que “... con la inversión de la carga de la prueba se traslada la obligación de probar de quien alega un hecho a quien niega su existencia, el fundamento de esta regla radica en el hecho de que el trabajador es considerado la parte más débil de la relación laboral, por lo que le es más difícil acceder a los medios de prueba necesarios para lograr el reconocimiento de sus derechos; siendo por el contrario que el empleador en su condición de parte dominante de la relación, tiene más facilidad para acceder a dichos medios de prueba, sin embargo, esta no es una regla de carácter absoluto a favor del trabajador, debiendo aplicarse solo en los casos taxativamente señalados por la ley...”⁽²⁹⁾.

No debe perderse de vista que el artículo 23 de la Ley 29497 prevé una regla general en materia de prueba, al establecer que quien alega un hecho tiene a su cargo el *onus probando*, lo que determina que tiene que aportar los elementos probatorios que lo acrediten; pues, la inversión de la carga probatoria, sólo se da frente a la existencia de presunciones. Cabe mencionar que un tema de importancia general es la Presunción de Laboralidad, frente a lo cual la Corte Suprema señala que “... la

⁽²⁸⁾ GASCÓN ABELLAN. Los hechos en el derecho. Op. Cit. P. 126

⁽²⁹⁾ Casación Laboral N.º 15858-2014-MOQUEGUA.

introducción de esta presunción de laboralidad es una clara manifestación del principio protector que informa al Derecho del Trabajo, y que incidiendo en el proceso laboral, permite la intervención estatal para equiparar a los desiguales, en este caso, trabajador- empleador⁽³⁰⁾. Se indica, asimismo, que la presunción de la laboralidad “... opera en dos ámbitos del Derecho Laboral; el primero, como es notorio, en el campo procesal al brindar los elementos de convicción al juez de trabajo para declarar la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado; y, a nivel sustantivo, como base para el reconocimiento de derechos laborales de carácter irrenunciable...”⁽³¹⁾; no obstante ello, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha indicado que en el caso de “La presunción de laboralidad debe ser entendida en el sentido de que declarada la presunción, el órgano jurisdiccional no debe abstenerse en la práctica de analizar los medios probatorios actuados en el proceso, ello con la finalidad de no soslayar el principio de adquisición procesal, examinando los medios probatorios destinados a destruir la presunción de laboralidad. Tratándose de una presunción relativa, se hace necesario por parte del juzgador un doble análisis: a) Por un lado al haberse invertido la carga de la prueba, le corresponde examinar los medios probatorios que puedan enervar la presunción y b) En caso de haberse destruido la presunción, analizar la causa conforme a la carga de la prueba ordinaria”⁽³²⁾; pero advierte que “...atendiendo a la nueva estructura del proceso judicial laboral prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario que los jueces actúen adecuadamente en la aplicación de la presunción de laboralidad, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle

(30) Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN.

(31) Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN.

(32) Casación Laboral N.º 608-2017-LIMA. No es desconocido que son múltiples las razones por las que el legislador establece presunciones legales: para corregir un desequilibrio entre las partes, para facilitar la aplicación de las normas en supuestos en los que la prueba de los hechos resulta sumamente difícil o imposible, porque la presunción se corresponde con lo que se considera que ocurre normalmente o con mayor probabilidad para garantizar el reconocimiento de derechos o situaciones que se consideran valiosos jurídicamente.

dicha actividad”⁽³³⁾; postura que resulta aceptable; pues, se ha indicado que “allí donde funcionan las presunciones se establece procesalmente como verdadera una situación que puede ser falsa, por ello es preciso reforzar las garantías procesales tendentes a la búsqueda de la verdad antes de que ésta se convierta en verdad ‘formal’ a través de la cosa juzgada⁽³⁴⁾. La misma Sala Suprema, en otra de sus resoluciones ha indicado que “...en el artículo 23º de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, se ha establecido la carga de la prueba para el trabajador y el empleador, bajo las particularidades que, revista la norma, obligando a las partes al aporte de la prueba mínima, referida a que la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos, regla general, que a partir de su cumplimiento se puede aplicar la inversión de la carga de la prueba”⁽³⁵⁾; de ahí que es importante asumir con precaución la presunción de laboralidad, dado que –por ejemplo- no es suficiente acreditar solo la prestación de servicios y presumir la continuidad de los mismo; pues, es la propia Corte Suprema quien –con criterio razonable⁽³⁶⁾- ha señalado que “... aun cuando se encuentre acreditada la prestación personal de los servicios y en aplicación del artículo 23 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, deba concluirse en la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, ésta no puede extenderse a todo el periodo laboral alegado (...); principalmente porque, no existe medio de prueba directo o indiciario –al menos- de la prestación del servicio desde la fecha de ingreso alegada (...) así como tampoco de los meses posteriores a éste, incluso si los mismos fueron discontinuos a fin de validar la existencia de vinculación económico-jurídica entre las partes...”⁽³⁷⁾.

(33) Casación Laboral N.º 608-2017-LIMA.

(34) GASCON ABELLÁN. Los hechos en el derecho. Op. cit. p. 140.

(35) Casación Laboral N.º 06125-2016-LIMA.

(36) El Tribunal Constitucional ha señalado que “...La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho”. (STC emitida en el Exp. N.º 00535-2009-PA/TC).

(37) Casación Laboral N.º 9844-2012-JUNIN

III. La prueba como elemento determinante de la decisión judicial

3.1. Componentes del derecho a la prueba

En cuanto al derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”⁽³⁸⁾. Ahora bien, teniendo en cuenta dicha complejidad, corresponde efectuar un análisis somero sobre los componentes vinculados a la valoración y la motivación, ello con el propósito de evaluar el rol del Juez al momento de resolver un caso concreto en materia laboral, verificando si efectivamente es posible señalar un estándar de prueba que se debe seguir o si su actividad valorativa se lleva a cabo bajo reglas determinadas del sistema de libre valoración razonada, tarea que resulta necesaria, dado que “Los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori, como sí lo hacen las reglas de prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador (actuando, en este sentido, como una especie de presunción *iuris et de iure*)”⁽³⁹⁾.

Ahora bien, en cuanto a los componentes señalados, Ferrer⁽⁴⁰⁾ indica que el primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión, aclarando que la única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. A tal postura se adhie-

⁽³⁸⁾ STC emitida en el Exp. N.º 03997-2013-PHC/TC.

⁽³⁹⁾ VASQUEZ, Carmen. Introducción al libro Estándares de prueba y prueba científica. Op. Cit. pp. 11-15

⁽⁴⁰⁾ FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2007. P. 56

re Xavier Abel Lluch, al señalar que, “actualmente el concepto de relevancia es el de mayor importancia y, en términos generales, toda prueba relevante para un hecho es admisible, mientras que la prueba irrelevante debe ser excluida”⁽⁴¹⁾. No obstante ello es claro que la exclusión también opera en otros supuestos; pues, por ejemplo, no se admiten las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales⁽⁴²⁾; además, los plazos procesales⁽⁴³⁾ tienen también una función de regla de exclusión.

Una vez superados los filtros de admisión, los medios probatorios deben ser actuados en el proceso, siendo que en el caso laboral, el artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo indica que “...Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas ...”, precisando dicha Ley que esta actividad se lleva a cabo en la etapa de la actuación probatoria desarrollada claramente en el artículo 46, en cuyo numeral 5) señala que “ Se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias...”.

3.2. La valoración de la prueba como mecanismo justificativo de la decisión judicial

Gascón y García señalan que “la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control”⁽⁴⁴⁾; agregan que la valoración constituye pues

⁽⁴¹⁾ ABEL LLUCH, Xavier. La Dosis de Prueba: entre el Common Law y el Civil Law; en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 35 (2012). Pp. 173 – 200-

⁽⁴²⁾ Ver artículo 2, numeral 10) de la Constitución; así como el literal h) del numeral 24, artículo 2). El Tribunal Constitucional peruano, en relación a los alcances del derecho a la prueba, ha precisado que “conforme a tal derecho se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba” (STC emitida en el Exp. 01014-2007-PHC/TC).

⁽⁴³⁾ El artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo precisa que “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad”.

⁽⁴⁴⁾ GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA. Op. cit. p. 353.

el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

Por su parte Rivera Miranda⁽⁴⁵⁾ argumenta que “en la valoración de la prueba debe aplicarse ineludiblemente el principio de exhaustividad. Todos los medios probatorios practicados deben ser apreciados y valorados, expresando el resultado sobre cada uno de ellos”⁽⁴⁶⁾. No obstante esta última idea, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 197 del Código Procesal Civil indica que “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”; lo cual –a criterio de la jurisprudencia nacional- significa que “... el Juez no se encuentra obligado a expresar las valoraciones de todos los medios probatorios, sino las esenciales y determinantes que dan sustento a su decisión”⁽⁴⁷⁾; por lo tanto, la exhaustividad no radicaría en la completitud cuantitativa, sino en la dosis cualitativa que el juzgador obtenga en mérito a los medios probatorios relevantes y determinantes para resolver el conflicto de intereses⁽⁴⁸⁾, lo cual lo llevará a emitir una decisión no solo debidamente motivada, sino fundada en Derecho⁽⁴⁹⁾. Si bien, Gascón y García⁽⁵⁰⁾ sostienen que “el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y variedad de las pruebas que la confirman”; pero, como dijimos anteriormente, no siempre el resultado se sujeta al volumen de medios de prueba,

⁽⁴⁵⁾ RIVERA MORALES, Rodrigo. Op. cit. P. 354.

⁽⁴⁶⁾ En el caso Penal, el artículo 393, numeral 2) del Código Procesal Penal indica que “El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás...”.

⁽⁴⁷⁾ Casación N.º 2571-2014-CAJAMARCA.

⁽⁴⁸⁾ Una postura diferente la expone Róger Zavaleta Rodríguez. La justificación racional de los hechos; en La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Palestra Editores. Lima. 2017. pp. 401-424.

⁽⁴⁹⁾ Respecto a la diferencia entre motivación y resolución fundada en Derecho, puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. 03238-2013-PA/TC.

⁽⁵⁰⁾ GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA... Op. cit. p. 354

sino a la intensidad de la dosis de prueba que aporte cada uno de ellos, en atención a su relevancia en los hechos objetos de debate⁽⁵¹⁾. Lo que implica que el Juez no sólo deberá efectuar la valoración de los medios probatorios que le permitan confirmar la hipótesis elegida⁽⁵²⁾, sino también aquellos que la refutan, a efecto de poder determinar la prevalencia valorativa que justifica su decisión.

De otro lado, se debe destacar que, en materia civil, únicamente se ha indicado que “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada...”, conforme lo prevé el artículo 197 del Código Procesal Civil; mientras que en el ámbito laboral, el artículo 31 de la Ley 29497 solo indica que en la sentencia “El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión”.

Como se advierte, en materia laboral no se hace referencia normativa a ninguna regla de valoración específica al momento de adoptar la decisión; no obstante ello, es posible subsanar dicha omisión legislativa con lo expresado por la Corte Suprema, la que refiere que la exigencia de la motivación suficiente, prevista en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución “garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso, y no de una arbitrariedad por parte del juez”⁽⁵³⁾; es decir, hace referencia a una valoración racional de la prueba, a efecto de evitar la arbitrariedad judicial; por tal motivo, resulta básico suponer que “en ese contexto, la posibilidad de control que se efectúa debe estar orientada a determinar si se han respetado los criterios legales que disciplinan la valoración”⁽⁵⁴⁾. Por lo tanto, no se puede perder de vista que “la atención en la racionalidad de la

⁽⁵¹⁾ El artículo 16 de la Ley 29497 exige que se indique la finalidad de cada medio probatorio ofrecido en la demanda, al igual que en la contestación, conforme lo prevé el artículo 19 de dicha Ley.

⁽⁵²⁾ Marina Gascón considera que “la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Op. cit. p. 142)

⁽⁵³⁾ Casación N.º 676-2016-Ventanilla

⁽⁵⁴⁾ Casación N.º 2950-2015-HUAURA.

valoración de la prueba tiene sus raíces en la asunción de que ésta es la mejor garantía de la mayor aproximación entre lo que resulta probado en el procedimiento y la verdad sobre los hechos”⁽⁵⁵⁾.

IV. ¿Es posible invocar un estándar de prueba en el derecho procesal laboral peruano?

Según Abel Lluch, el estándar de prueba ha sido definido como “la medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos y también como el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada”⁽⁵⁶⁾. Según Marina Gascón, “Los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para la valoración (primero) y de esquemas para la justificación (después) será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación”⁽⁵⁷⁾; agrega que establecer un estándar de prueba procesal significa definir unos criterios que indiquen cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho; es decir, definir unos criterios que indiquen cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe y que ello implica dos cuestiones básicas: una, qué grado de probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; dos, formular objetivamente el estándar.

Según Taruffo, el sistema de *common law* ha venido utilizando el estándar de la preponderancia de prueba (o preponderancia de la probabilidad o balance de probabilidades o mayor peso de la prueba)⁽⁵⁸⁾. Lo que implica que “los casos civiles se deciden por preponderancia de la

⁽⁵⁵⁾ VASQUEZ, Carmen. La Admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales; DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho 38 (2015). P. 102.

⁽⁵⁶⁾ ABEL LLUCH, Xavier. Op. Cit. 178.

⁽⁵⁷⁾ GASCON ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. Cit. Gascón y García Figueroa (Op. Cit. P. 354) señalan que “La **confirmación**, es pues, una inferencia inductiva, por lo que el grado de confirmación de una hipótesis equivalente a su probabilidad; es decir, a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles”.

⁽⁵⁸⁾ TARUFFO, Michele. La Prueba. Marcial Pons. Madrid

prueba”; esto significa que quien quiera probar un hecho en un tribunal debe tener “suficiente prueba” para probar que ese hecho esencial probablemente ocurrió. Todo gira en torno a la calidad, no la cantidad, de la prueba”⁽⁵⁹⁾. Por su parte Gascón Abellán indica que “Desde una perspectiva epistemológica cabe decir que la racionalidad exige un grado de probabilidad mínima del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad prevalente, que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil”⁽⁶⁰⁾. Por su parte Ferrer afirma que “la importancia de definir con claridad todos estos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada”⁽⁶¹⁾. Agrega Gascón que “Para llegar a la conclusión que atribuye a una de las hipótesis la categoría de hecho probado es necesario contar con un criterio que nos indique a partir de qué nivel de contrastación vamos a considerar probada la hipótesis. Necesitamos un estándar de prueba”⁽⁶²⁾.

Abel Lluch⁽⁶⁷⁾ sostiene que la expresión “estándar de prueba” es ajena a la tradición de los sistemas continentales, en los que normalmente

⁽⁵⁹⁾ RIVERA MORALES. Op. Cit. P. 306.

⁽⁶⁰⁾ GASCON ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Op. Cit.

⁽⁶¹⁾ FERRER. Valoración racional de la prueba. Op. Cit. P. 152

⁽⁶²⁾ GASCON Los hechos en el derecho. Op. Cit. P. 165. En el ámbito penal, se ha indicado que “El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía progresivamente, en intensidad” (Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433)

⁽⁶³⁾ ABEL LLUCH, Xavier. Op. Cit. P. 192. Este autor considera que varias son las razones por las que resulta difícil hablar de un estándar de prueba en Derecho Continental. Primera, porque no siempre hay correspondencia entre los conceptos jurídicos pertenecientes a diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, como son los del *common law* y del *civil law*. Segunda, porque las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez después de aplicar las reglas de valoración de la prueba. Y tercera, porque en el sistema del *common law* se pueden aplicar simultáneamente ambos conceptos, el de estándar de la prueba y el de valoración de la prueba, que es lo que hace el jurado cuando decide sobre el estándar del *beyond any reasonable doubt* —aplica

existe un juez profesional encargado de la valoración de la prueba y rige el principio de la necesidad de motivación de la sentencia, con aplicación del sistema de libre valoración (motivada) de la prueba. Precisa que la decisión judicial se basa en un nivel de suficiencia probatoria (dosis de prueba) y que en los países del *civil law* no existe un equivalente a los estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica, entendida como sistema de libre valoración motivado. Precisa el autor citado que, la dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof*. Asimismo, señala que, desde el punto de vista procesal, el principio de la libre valoración de la prueba, libera al juez de las reglas de la prueba tasada, pero no le libera de la racionalidad de la decisión en la determinación de los hechos, en el sentido que el juez deberá expresar en su sentencia qué hechos considera probados y en virtud de qué medios de pruebas.

Por lo tanto, ello nos lleva a sostener que, bajo los criterios desarrollados actualmente en la doctrina, se propicia la práctica valorativa desde el modelo de la concepción racionalista de la prueba, cuyas notas características, según Ferrer, son las siguientes: “a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; y, d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezcan un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores”⁽⁶⁴⁾; siendo que esta última –en nuestro caso- no es posible en casación; pues, “Es claro que las competencias de la Corte Casatoria no inciden en la valoración de la prueba sino en su motivación”⁽⁶⁵⁾.

el estándar— sobre la base de una sistema la libre valoración de la prueba —aplica una regla de valoración de la prueba—, mientras que en los sistemas del *civil law* no hay, en principio 98, estándares de prueba preestablecidos.

⁽⁶⁴⁾ FERRER BELTRÁN, J. La valoración racional de la prueba. Op. Cit. P. 65.

⁽⁶⁵⁾ Casación N.º 1752-2016-LIMA. No obstante ello, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, indica que “...La Corte Suprema tiene la facultada de revisar la razonabilidad de la valoración de la prueba, en mérito a la finalidad dikelógica del recurso de casación, debido a que la valoración de los medios probatorios no son ajenos al control

Agrega Ferrer que la concepción racionalista basa la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probar; pero, en relación al principio de inmediación advierte que, si bien esto no lleva a su rechazo, pero sí supone debilitarlo en buena medida; pues, considera que la inmediación es una técnica para la formación de las pruebas, no un método para valorarlas. En conclusión, asume una versión debilitada del referido principio, puesto que el mismo impide la posibilidad de control sobre la valoración de la prueba realizada⁽⁶⁶⁾.

No obstante lo señalado, no puede negarse la importancia del principio de inmediación en el ámbito procesal laboral, aun cuando se haya indicado que “el principio de libre valoración interpretado con el tamiz de la inmediación se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar”⁽⁶⁷⁾; pues, dicho principio “instituye así una ‘zona opaca al control racional’ que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como justificación de

casatorio (...) ello claro, en el entendido –como indica- “... cuando se verifique que las instancias de mérito han emitido una arbitraria valoración de los medios de prueba...” (Casación Laboral N.º 3575-2014-DEL SANTA).

⁽⁶⁶⁾ Es necesario aclarar que en nuestro ordenamiento penal se ha previsto un mecanismo de aseguramiento de la vigencia del principio de inmediación en la instancia superior; pues el artículo 425, numeral 2) del Código Procesal Penal señala que “...La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”; no obstante ello, dicha disposición normativa ha sido morigerada por la Corte Suprema al señalar que “... Es verdad que el examen de la prueba personal, por tener como base el principio de inmediación –el conjunto del aporte informativo que proporciona el órgano de prueba-, no puede ser pasible de un análisis autónomo por los órganos jurisdiccionales de revisión, respecto de lo que a través de ella se da por probado. Sin embargo, sí cabe un examen de coherencia, precisión y no contradicción de los datos que proporciona –estructura racional del testimonio-, así como una evaluación crítica de sus suficiencia, desde el aporte de las demás pruebas que obran en autos” (Casación N.º 482-2016-CUSCO); precisando al respecto que “En cuanto al motivo de falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, significa que para su análisis comprenderá el propio mérito o contenido del fallo” (Casación N.º 431-2014-AREQUIPA)

⁽⁶⁷⁾ GASCÓN y GARCÍA FIGUEROA.. Op. Cit. P. 392.

una decisión o, más exactamente, como excusa para la no justificación⁽⁶⁸⁾.

Ahora bien, ante la ausencia de un criterio normativo que determine la existencia de un estándar de prueba definido en materia civil o laboral, se ha procedido a evaluar la jurisprudencia nacional, de la cual se determina la existencia de varias posturas genéricas en base a las cuales se desarrolla la valoración de la prueba; pues, se observa que la Corte Suprema, por un lado, señala que "... la exigencia de motivación suficiente constituye una garantía para el justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la solución al caso en concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del juez..."⁽⁶⁹⁾; y, de otro, indica que "Sobre el Derecho a Probar el Artículo 197º del Código Procesal Civil recoge el sistema de libre valoración de la prueba, conocido también como el de apreciación razonada (...); es decir [el juez], valora los medios probatorios de acuerdo a las reglas de la sana crítica o, en otras palabras, de acuerdo a lo que su experiencia, sus conocimientos y la lógica le permiten inferir (...) confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador forme una cabal convicción respecto al asunto en Litis"⁽⁷⁰⁾; además, en relación al artículo 197 del Código Procesal Civil se señala que "hay en esta norma un mandato de exhaustividad en la valoración de la prueba y una obligación de expresar los elementos y las razones que justifican la importancia de determinada prueba en el juicio"⁽⁷¹⁾. Asimismo, se dice que "La apreciación razona-

⁽⁶⁸⁾ FERRER. La valoración racional de la prueba. Op. Cit. P. 176.

⁽⁶⁹⁾ Casación Laboral N.º 8345-2013-LA LIBERTADA. En el mismo sentido la Casación N.º 1910-2011-ICA.

⁽⁷⁰⁾ Casación N.º 2950-2015-HUAURA. En la Casación N.º 431-2014-AREQUIPA se indica que "... las discrepancias referentes a la valoración de los medios probatorios no tienen entidad casacional, en tanto se sujetó a los parámetros de la libre convicción judicial"

⁽⁷¹⁾ Casación N.º 1752-2016-LIMA. La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, indica: "La vulneración del derecho a la valoración de la prueba aportada, se manifiesta por la falta de apreciación del material probatorio o por la valoración arbitraria y/o irracional, puesto que los medios probatorios deben ser valorados no en forma exclusiva o aislada sino en forma integral o conjunta y razonada de conformidad con el artículo 197º del Código Procesal Civil, empero en la resolución solo serán expresadas las valoraciones

da está emparentada con el hecho que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos, ni determina abstractamente el valor de la prueba, sino que deja al juzgador en la libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común, se trata de un convencimiento lógico y motivado, basado en elementos probatorios objetivos"⁽⁷²⁾. De igual manera se indica que "en materia de prueba, el Código Procesal Civil ha adoptado el sistema de la libre valoración, prescribiendo que los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta y merituados en forma razonada..."⁽⁷³⁾

De ello se desprende que la exigencia del resultado no se sustenta en un estándar de prueba definido, sino básicamente en un modelo de valoración racional de la prueba, asumiendo –con riesgo de error– que implícitamente podría guiarse del estándar del *common law* de "preponderancia de la prueba"⁽⁷⁴⁾; pues, se indica que "las pruebas incorporadas al proceso deben ser evaluadas en su conjunto, lo cual permite que se llegue a un mayor grado de certeza, ya que existirán algunas que sirvan de respaldo, asimismo, otras desvirtuarán las menos creíbles"⁽⁷⁵⁾, lo que hace suponer que tal apreciación está vinculada con la contrastación de hipótesis en base a la preponderancia de la prueba aportada, logrando así su prevalencia frente a la refutación de la misma en base a la apreciación razonada de la prueba conjunta y ayudada por la vigencia de las presunciones legales y las reglas especiales de la carga de la prueba; pues, "ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en conjunto, toda vez, que solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en

esenciales y determinantes que sustenten su decisión" (Casación Laboral N.º 608-2017-LIMA).

⁽⁷²⁾ Casación N.º 5175-2010-LIMA.

⁽⁷³⁾ Casación N.º 1249-2010-LIMA.

⁽⁷⁴⁾ Ferrer sostiene que en la cultura anglosajona, en el ámbito civil, "opera el estándar de la prueba prevalente, de modo que un hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria" (FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana; en Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons. Madrid. 2013. P. 27).

⁽⁷⁵⁾ Casación N.º 3858-2013-LIMA

busca de la verdad que es el fin del proceso”⁽⁷⁶⁾.

V. Motivación de las decisiones judiciales

Para Ferrer⁽⁷⁷⁾, el último elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Aclara este autor que, en el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados. La Constitución Política, en su artículo 139, numeral 5) hace referencia a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias. Lo que implica que “esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad que tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”⁽⁷⁸⁾.

Ahora bien, se debe tener presente que “La motivación probatoria en las resoluciones judiciales es una garantía procesal que vincula a los Jueces y les impone el deber de expresar el valor y eficacia que le ha otorgado a un determinado medio de prueba (...) Lo contrario, es decir la omisión de la motivación de la valoración de la prueba bajo criterios lógicos y razonables, no solo implica una vulneración del derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales; sino tam-

⁽⁷⁶⁾ Casación N.º 22-2016-LIMA. Se ha hecho referencia también a que “el derecho fundamental a probar tiene por finalidad producir en el juez el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por los sujetos procesales” (Casación N.º 13586-2014-CANETE). Asimismo, se refiere que “el contenido esencial de este derecho se respeta siempre que una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, sean valoradas por los órganos judiciales conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica” (Casación N.º 22-2016-LIMA).

⁽⁷⁷⁾ FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Op. cit. P. 56.

⁽⁷⁸⁾ STC emitida en el Exp. N.º 03223-2014-PHC/TC

bién al derecho a la prueba”⁽⁷⁹⁾; señala Rivera⁽⁸⁰⁾ que los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueron planteados y que las decisiones de los jueces deben estar fundadas en Derecho; pues, no debe perderse de vista que la motivación no solo cumple una función endoprocesal, sino también extraprocesal⁽⁸¹⁾.

VI. Conclusión

Las presunciones legales cumplen un rol preponderante en el ámbito laboral, pues han sido diseñadas esencialmente a favor del prestador de servicios, quien se encuentra limitado en el aporte probatorio, debido a la dificultad en el acceso a medios de prueba que le permitan cumplir cabalmente con la regla general de la carga de la prueba.

De otro lado, es evidente que no existe un diseño normativo de estándar de prueba en el proceso laboral peruano; no obstante ello, la tendencia jurisprudencial está orientada a la materialización de la valoración racional de la prueba, con orientaciones a la prevalencia probatoria, a efecto de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, las cuales requieren la necesidad de control, en contraposición de una motivación meramente persuasiva.

VII. Lista de referencias

ABEL LLUCH, Xavier. La Dosis de Prueba: entre el Common Law y el Civil Law; en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 35 (2012).

FERRAJOLI, Luigi. Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales; en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 29 (2006).

FERRER BELTRÁN, Jordi. (2016). Motivación y racionalidad de la prueba. Edit. Grijley. Lima.

FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial

⁽⁷⁹⁾ Casación N.º 1752-2016-LIMA.

⁽⁸⁰⁾ RIVERA MORALES, R. Op. cit.

⁽⁸¹⁾ La Sala Civil Permanente, en la Casación N.º 1874-2012-LIMA, ha efectuado un desarrollo minucioso sobre las funciones de la motivación de las resoluciones judiciales.

Pons. Madrid.

GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2015). La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra Editores. Lima.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010). Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons. Madrid.

GASCON ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos; en DOX. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 28 (2005).

GUASTINI, Ricardo (2016). Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales. Lima.

GRANDEZ CASTRO y Félix MORALES (ED (2017). La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Palestra Editores. Lima.

RIVERA MORALES, Rodrigo (2011). La Prueba: un análisis racional y práctico. Marcial Pons. Madrid.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la prueba y verdad"; en la obra Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Bogotá. 2006. Edit. Temis.

VASQUEZ, Carmen (ED) (2013). Estándares de Prueba y Prueba Científica. Ensayos de Epistemología. Marcial Pons. Madrid.

VASQUEZ, Carmen. La Admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales; DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho 38 (2015).

Propuestas para hacer eficientes las medidas cautelares en el proceso laboral

Proposals to make the precautionary measures efficient in the labor process

VALDIVIA DÍAZ, Franklim(*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Breves apuntes sobre tutela procesal efectiva. 2.1. Propuestas para hacer más eficientes las medidas cautelares. 2.1.1. Presunciones laborales como evidencia de la verosimilitud del derecho. 2.1.2. La rebeldía como evidencia de verosimilitud del derecho. 2.1.4. Materialización de medidas coercitivas desde el primer mandato de cumplimiento de la medida cautelar. 2.1.5. Otras posibles medidas. **III.** Conclusiones. **IV.** Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo, se analiza algunas propuestas para hacer más efectivas las medidas cautelares, dentro del marco del principio derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso laboral. A partir de ello, se aborda, desde las presunciones laborales y procesales laborales, la materialización posible de los presupuestos de otorgamiento de la medida cautelar.

Palabras clave: Medida cautelar, presunciones, tutela procesal efectiva, principios derechos, proceso laboral.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC). Candidato a maestro en Derecho Laboral y Procesal Laboral por la Escuela de Post Grado, y Docente de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; ambas de la UNC. Discente de la Academia de la Magistratura (AMAG – 22 PROFA).

Abstract: *In the present work, we mainly analyze some proposals to make more effective the precautionary measures and execution of judgments, within the framework of the principle right to effective procedural protection in the labor process. In this sense, from the labor and procedural labor assumptions, the possible materialization of the budgets of granting the precautionary measure is addressed. Likewise, from the principle of rights, interpretative criteria are proposed for the effective compliance of judgments.*

Key words: *Precautionary measure, presumptions, effective procedural protection, rights principle, precautionary measure, presumptions, effective procedural protection, rights principle, labor process.*

I. Introducción

El presente artículo inició a ser trabajado a efecto de que sea presentado en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal Laboral, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en el mes de abril de 2018, en la ciudad de Cajamarca.

A partir de ello, observamos que los problemas del Derecho relacionadas a la eficacia de las disposiciones normativas, o de la materialización de estas en una decisión jurisdiccional, son de compleja salida, pues no basta analizar correlacionalmente sus presupuestos, características y consecuencias, sino que nos adentra necesariamente a preguntarnos cuál es la finalidad del derecho, y dentro de este, cuáles son los mecanismos procesales y sustantivos para materializarlo, en el caso de estudio, en materia procesal laboral.

Así, no cabe duda que el Derecho tiene y cumple su finalidad en tanto contribuye a la resolución de conflictos dentro de un determinado contexto social (el cual está influenciado por el tiempo, espacio y cultura), teniendo en cuenta, que desde el texto fundamental hasta cualquier dispositivo normativo de inferior jerarquía, se orienta a salvaguardar una estricta finalidad: el respeto de la persona humana y la defensa de su dignidad (art. 1 de la Constitución Política); por tanto, desde las disposiciones que definen la forma de organización estatal y sus respectivas competencias, hasta las que regulan la configuración de prestaciones privadas, deberán respetar dicho principio -derecho.

En este sentido, el derecho laboral cumplirá su finalidad, en tanto sepa resolver idóneamente a nivel sustantivo y procesal, los conflictos laborales, respetando el principio superior de nuestra configuración estatal: el respeto del trabajador en tanto persona humana, y la defensa irrestricta de su dignidad.

La resolución del conflicto laboral, entonces, a nivel procesal, implica orientar las reglas y técnicas del proceso a brindar tutela procesal efectiva materializando los cánones que lo diferencian, por su propia naturaleza, de otras ramas del derecho. En consecuencia, la resolución idónea del conflicto laboral, implicará en todas sus formas posibles, el respeto del trabajador, su protección inmediata, y la materialización de los principios que históricamente y autónomamente ha venido desarrollando, como el principio de equidad, protector, y otros.

De hecho, algunos de los principios que orientan, en esfera más allá de la nacional, el derecho laboral, han sido reconocidos en el título preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT); siendo que en todo caso, debemos, para cumplir el fin del Derecho Laboral, orientarnos hacia su máximo desarrollo; comprometiéndonos a su aplicación directa, cada vez que pretendamos aplicar las reglas y técnicas procesales, como por ejemplo, en el caso que nos ocupa, para garantizar la eficacia de las medidas cautelares.

En este sentido, desarrollaremos en los argumentos venideros, algunos breves apuntes que, dentro de nuestro marco jurídico nacional de principios, en cumplimiento de la finalidad del derecho, y por tanto, materializando la tutela procesal efectiva, consideramos se puede tener en cuenta a efectos de lograr mayor eficiencia en las medidas cautelares.

II. Breves apuntes sobre tutela procesal efectiva

El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política señala que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. En igual sentido, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT establece que son “Fundamentos del proceso laboral: ...la tutela jurisdiccional”. Así, no cabe

duda que el concepto de tutela jurisdiccional ‘efectiva’ está consagrado, y por tanto es imperante, como una de las máximas procesales laborales, cuyo rol, no se reduce al acceso al órgano jurisdiccional y a que este emita una sentencia pasible de ejecutarse, sino principalmente a que la decisión que este tome, sea verdaderamente protectora del pedido (petición fundada) procesal. Es decir, no bastará someterse a un proceso con observancia de sus reglas, sino que, la decisión deberá ser oportuna, idónea, y materializable, este último presupuesto, ya sea voluntariamente o a través de la coacción judicial.

Así también, el proceso, en tanto mecanismo materializador de uno de los fines del derecho, de salvaguardar la convivencia social, tiene en la tutela procesal efectiva una de sus principales herramientas; pues, de ser que el proceso no cumpla en el desarrollo del poder jurisdiccional, su finalidad, asegurando la igualdad entre las partes, la protección de sus plazos, la intermediación del juez, el plazo razonable, etc., será, únicamente, un mecanismo más de enervación de la indignación social y de fuente de la ilegitimidad, no solo del poder judicial, sino del estado en sí.

Sobre la tutela procesal efectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 763-2005-PA/TC, que “...la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia....”.

En este sentido, la tutela procesal efectiva, se materializa en tanto: 1. Se garantiza el acceso a los órganos jurisdiccionales; 2. Se asegura el desarrollo pleno de los derechos a recurrir, probar, y peticionar,

dentro del proceso; 3. Se decide, a través de autos o sentencias, supuestos que modifican o mantienen una determinada situación jurídica; 4. Se cumple cabal e idóneamente lo decidido. Siendo así, no es vano señalar que es la tutela procesal efectiva, la espada y el escudo del derecho procesal, guardián de sus finalidades, y mecanismo de salvaguarda de la persona humana y su dignidad, dentro de un espacio de convivencia social.

Bajo este contexto, debemos recordar que el objeto de este breve estudio, es evidenciar qué propuestas podríamos plantear para hacer más eficientes las medidas cautelares; por lo que, como se aprecia, los que se pretende es evidenciar mecanismos a fin de garantizar la tutela procesal efectiva en una de sus etapas, la cual, es que se cumpla cabal e idóneamente lo decidido jurisdiccionalmente. Así, debemos precisar que la ejecución de decisiones judiciales, ya sean provisionales o definitivas, forman parte de la tutela jurisdiccional, en tanto las primeras prevén daños mayores temporalmente, mientras las segundas, ya definitivamente, declaran o constituyen situaciones jurídicas; en ambos casos, con la finalidad irrestricta de materializar la protección del derecho objeto de tutela.

Por ello, debemos recordar y tener presente que, la tutela procesal efectiva es un principio consagrado constitucionalmente, así como en nuestra norma procesal laboral, revistiendo tal importancia, que no se limita a ser una norma de optimización, sino que también es un derecho directamente invocable y aplicable, y que a su vez, vincula a todos los órganos de decisión (Guastini, 2001; p. 153); en función al cual, se deben interpretar las disposiciones normativas procesales, emitir disposiciones normativas que aseguren su materialización, o modificar las existentes, pero además, se pueden, extraer normas que, en el caso en concreto, salvaguarden su plena eficacia, haciendo de ello, un principio-derecho.

2.1. Propuestas para hacer más eficientes las medidas cautelares

Como hemos dicho anteriormente, la tutela procesal efectiva, en tanto principio derecho, garantiza (o debe garantizar) la existencia de mecanismos procesales que contribuyan a la eficacia de las decisiones judiciales. Así también, debemos recordar que dicha eficacia, en determinadas

circunstancias, se pueden materializar siempre que, antes de emitirse una decisión final, se hayan asegurado la mantención o variación de determinadas situaciones jurídicas, previendo que surjan mayores consecuencias dañosas en el derecho objeto de protección. En este sentido, es que se ha desarrollado la teoría de la tutela cautelar, que precisamente busca, provisionalmente, tener una respuesta que asegure el cumplimiento idóneo y efectivo de lo que se vaya a decidir en el futuro, haciendo por tanto, verdaderamente ejecutable, a largo plazo, dicha decisión. Siendo así, pasaremos a desarrollar en sí, la tutela cautelar, a efectos de proponer mecanismo para su mayor eficiencia en el proceso laboral.

Como ha señalado (Lázzari, 1996) “Hay supuestos en que el peticionario obtiene de entrada la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento del juez, porque la urgencia es más importante que la certeza; son casos en que corresponde ingresar sobre el fondo, generando una solución semejante a la decisión final” (Citado en Arzi, 1997). Dichos supuestos, dentro de nuestra normatividad, han sido timidamente establecidos en el capítulo IV de la NLPT, donde, en su artículo 54 señala que “...Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. (...)”.

Como se observa entonces, de la disposición normativa citada se desprende que es un requisito sine qua nom el cumplimiento de determinados requisitos, y que se puede otorgar cualquier tipo de medida, siempre que sea adecuada para la eficacia de la pretensión principal. Así, no se establece con claridad cuáles son dichos requisitos, por lo que, entendemos, se refieren a los establecidos en el Capítulo I del Título IV del Código Procesal Civil. Estando así las cosas, los requisitos obligatorios que tiene que contener la solicitud y decisión cautelar está establecidos en los artículos 110 y 111 del código citado, los cuales hacen referencia a la verosimilitud en el derecho, peligrosidad en la demora, razonabilidad de la medida, y la caución (juratoria o patrimonial).

Al respecto, no está demás recordar que las medidas cautelares, por su propia naturaleza, son de vinculatoriedad provisional, dinámicas, instrumentales y variables, tal como ha quedado establecido en el artículo 112 del Código Procesal Civil; por lo que, no son un fin en sí mismo,

sino que contribuyen a un fin que sobrepasa su sola actuación, que está constituido por la salvaguarda de la tutela procesal efectiva, al asegurar provisionalmente la petición procesal.

Además, no debemos perder de vista que el derecho del trabajo, a través del proceso, asegura (o por lo menos pretende) la salvaguarda de derechos sociales, los cuales, por su propia naturaleza, no solo inciden en el desarrollo personal del trabajador, sino en el bienestar de su familia y de la sociedad. Es así, en tanto el trabajo genera un dinamismo de bienestar personal que impone a su vez, un dinamismo social, lo cual, en su carácter económico o de comportamiento social, lleva a los estados (y familias) a su desarrollo.

Por tanto, con el planteamiento de la medida cautelar dentro del proceso laboral, y dentro de este, a fin de salvaguardar la tutela procesal efectiva, se busca una protección que logre salvaguardar el derecho objeto de tutela procesal, sin ambages ni retardos injustificados; pues, como ya lo hemos señalado, la protección ‘objeto’ no es un derecho de naturaleza privatista, sino un derecho social, con serias implicancias en el fin del estado peruano y que precisamente es uno de los fines del derecho; la dignidad humana.

3.1.1. Presunciones laborales como evidencia de la verosimilitud del derecho

En este sentido, debemos precisar que desde nuestra perspectiva, lo anteriormente desarrollado debe conllevar a desarrollar una teoría cautelar propia del derecho laboral, que se funde y horizonte en la protección idónea del derecho del trabajo. Así por ejemplo, teniendo en cuenta que dentro del derecho laboral existen diversas disposiciones normativas que configuran presunciones legales (relativas) respecto a la existencia o reconocimiento de determinados derechos, no es necesario que se invoque o exija la verosimilitud del derecho en los términos configurativos del derecho procesal civil o contencioso administrativo.

Para entender lo anterior, por ejemplo, el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728 (en adelante TUO del Dec.Leg. N.º 728), establece una presunción legal relativa de existencia de una relación laboral a plazo indeterminado; mientras que, el artículo

23 de la NLPT establece otra presunción de semejante naturaleza, que establece la presunción de Laboralidad, es decir, que evidenciada la sola prestación del servicio, se presume la existencia de una relación laboral; abundando aun más, en el caso de los supuestos de despido nulo por filiación sindical, precisamente, el fuero sindical, conlleva a presumir que el despido se originó por el ejercicio de dicho derecho fundamental. En el mismo sentido, incluso, en los supuestos de inversión de la carga de la prueba, existe una presunción implícita de que no se ha cumplido con pagar – por ejemplo – las obligaciones de carácter económico laboral. Si se ahonda más, el etcétera es evidente.

Si ello es así, entendiendo que el presupuesto de verosimilitud del derecho, se refiere a la leve certeza de la posibilidad de reconocimiento final del derecho, y entendiendo, repetimos, el carácter social de los derechos objeto de protección laboral; ¿acaso a la luz de las presunciones, no se evidencia ya dicho presupuesto de otorgamiento de medida cautelar, que en tanto no sea contradicho probadamente en juicio, tiene total validez de certeza?; y si ello es así, exigir mayor carga probatoria (que la exigida por la presunción) sería irrazonable; pues, la misma disposición normativa, en relación a las pretensiones, configura presunciones que a su vez, configurarían el presupuesto de verosimilitud.

2.1.2. *La rebeldía como evidencia de verosimilitud del derecho*

En el mismo sentido protector, bajo el principio pro homine, consideramos que para mayor eficiencia de las medidas cautelares se deben utilizar, para su otorgamiento, todas las reglas procesales que conlleven a evidenciar la ‘leve certeza’ para la configuración de la ‘verosimilitud del derecho’. Así, incluso, en las causas donde, aun cuando en el planteamiento de la demanda no se evidencie mayor luz de cuál sería su posible desenlace, pero la parte contraria cae en rebeldía bajo los supuestos establecidos en el inciso 1 del artículo 43 de la NLPT⁽¹⁾, se

(1) **Artículo 43.- Audiencia de conciliación:** La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo: 1. La audiencia, inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. Si el demandante no asiste, el demandado puede contestar la demanda, continuando la audiencia. Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad

debe considerar configurado el presupuesto de verosimilitud, pues uno de los efectos de la rebeldía consiste precisamente en el reconocimiento relativo de los hechos afirmados por el demandante⁽²⁾; por lo que, aun cuando las afirmaciones vertidas, en un primer momento, no resultaban, inaudita parte, creíble, al reconocerse por los efectos de la rebeldía, la situación cambia radicalmente. En consecuencia, en los procesos ordinarios, al estar distantes en el tiempo (en los hechos, por la carga procesal) la audiencia de conciliación (donde se configura la rebeldía) de la audiencia de juzgamiento (donde se decidirá finalmente sobre lo pretendido), las partes y el juez, pueden solicitar u otorgar medidas cautelares dentro del proceso, considerando los efectos, ya señalados, de la rebeldía, y teniendo por cumplido el requisito de verosimilitud.

2.1.3. *Evidencia del peligro en la demora, por la naturaleza alimenticia de la pretensión*

De otro lado, el presupuesto del peligro en la demora, es exigible en tanto a través de él se demuestra que de seguir prolongándose la afectación de derecho, dicha afectación se convertiría en irreparable o se generarían graves daños en su núcleo esencial; sin embargo, dado que el derecho del trabajo tiene directa relación con la subsistencia humana y el desarrollo social, en determinadas pretensiones que busquen salvaguardar directamente dichas razones, es menester la inexigencia de mayores medios probatorios. Para ello, debemos entender que las circunstancias, reflejadas en el petitorio, a las que consideramos que tienen directa relación con la subsistencia humana, son aquellas que ponen en peligro la manutención del trabajador y su familia, o cualquier otra, que bajo el análisis del caso en concreto pueda realizar el Juzgador, determinando que existen suficientes razones para una protección inmediata, sin

de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. También incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, no contesta la demanda o el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar. El rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos. (...).

(2) **Artículo 461 del Código Procesal Civil** (de aplicación supletoria): Efectos de la declaración de rebeldía: La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos en la demanda (...).

la necesidad de que se exija la comprobación suficiente de la existencia del peligro en la demora, tal y como se realiza en otros tipos de procesos.

Así entonces, no resulta razonable la exigencia de comprobación meticulosa de la peligrosidad de la demora, pues existen determinados derechos que, una vez demostrado su verosimilitud, deben ser protegidos inmediatamente, dada su propia naturaleza. No debe olvidarse para ello, que el proceso cautelar es sobre todo, un instrumento efectivo de protección de la tutela procesal efectiva.

II.1.4. Materialización de medidas coercitivas desde el primer mandato de cumplimiento de la medida cautelar

Ahora bien, ya ubicándonos en la etapa de ejecución de la medida cautelar, resulta muchas veces que la parte pasiva de esta, realiza ciertas actuaciones destinadas a retardar sus efectos, poniendo en mucho más peligro, el derecho objeto de tutela. Frente a ello, si bien, en garantía del principio derecho a la igualdad, la parte afectada por la medida puede activar mecanismos para su defensa (de acuerdo a nuestra normatividad, la oposición), en absoluto deben permitirse actuaciones destinadas únicamente a retardar los efectos de la medida dictada. Para ello, dado que en los supuestos otorgados, el derecho objeto de tutela es de urgente protección, el juez debe desplegar todos los actos destinados al cumplimiento inmediato, incluso, de oficio. Para ello, nuestra misma legislación procesal laboral debe encaminar a la coerción más gravosa desde la primera resolución que otorga la protección provisional, y ejecutar, de ser el caso, dicho apercibimiento, aun cuando ‘tardíamente’ se cumpla ordenado. Ello, considerando que aceptar lo contrario, significaría una suerte de permisión implícita para retardar los efectos de una decisión que debe ser cumplida inmediatamente, sin ningún tipo de consecuencia.

II.1.5. Otras posibles medidas

Ahora bien, es en el caso concreto de las demandas de desnaturalización de la relación laboral, con posterior despido, donde por evidentes razones, existe un nuevo hecho que no está siendo discutido en la pretensión planteada originariamente, y que por tanto, no forma parte del debate procesal. Si bien se podría señalar *prima facie* que una me-

didada cautelar de innovar resolvería el problema, lo cierto es que dicha medida tendría serios vicios en la configuración del presupuesto de adecuación en la medida; pues, como hemos dicho ya, la pretensión de reposición no es planteada (aún). Frente a ello, hemos visto actuaciones donde se ha preferido plantear demandas de reposición autónomamente del proceso anterior, y dentro de estas, la solicitud cautelar; sin embargo, ello ha merecido que dicho proceso se suspenda en tanto se resuelve el primero; siendo que, dicha situación conlleva a que no se proteja rápidamente contra el despido arbitrario posible (recuérdese que no se podría definir si corresponde activar los mecanismos de protección, si es que no se ha determinado plenamente si existe o no relación laboral).

En este sentido, creemos, que debería introducirse una regla procesal que permita frente a este tipo de supuestos, la ampliación de una nueva pretensión en el transcurso del proceso primigenio, hasta antes de la conciliación, que permita discutir si se ha vulnerado o no la protección contra el despido arbitrario, como por ejemplo se permite en el proceso contencioso administrativo (artículos 6-B y 16 de la Ley N.º 27584). Ello, siempre que se haya notificado con la demanda, pues antes de esto, sí es posible actualmente la modificación y ampliación de la demanda, tal como lo establece el artículo 428 del Código Procesal Civil. Con lo anterior, se contaría con la posibilidad de protección inmediata del derecho conculcado, sin dilaciones o supuestos que hagan que la pretensión de reposición se pierda en el tiempo.

Al respecto de lo anterior, debemos precisar que ciertas propuestas no necesitan de una modificación legislativa, sino de cierta clarividencia que escape muchas veces a las actuaciones judiciales, que olvidan que la tutela procesal efectiva debe conllevar a refortalecer el informalismo que incluso ya, actúa como principio del derecho procesal laboral.

III. Conclusiones

En este sentido, me permito hacer las siguientes propuestas a efectos de que se logre mayor eficiencia en las medidas cautelares:

- Las presunciones que amparan al trabajador, deben conllevar a la configuración del presupuesto de verosimilitud del derecho, a fin del otorgamiento de la medida cautelar.

- El efecto de la rebeldía, de reconocimiento de los hechos planteados en la demanda, conlleva a la configuración de la verosimilitud del derecho, aun en los casos donde, del solo planteamiento no ha sido evidenciado.
- En las pretensiones de relación con la directa afectación a la subsistencia del trabajador y su familia, el presupuesto de peligro en la demora, debe entenderse configurado por la sola naturaleza de los derechos en ‘posible’ afectación.
- Frente al otorgamiento de la medida cautelar, en el supuesto de demora injustificada de su cumplimiento, los apercibimientos deben ejecutarse aun cuando se haya cumplido el mandato, ya que se configura en igual sentido, la desobediencia.
- En los supuestos de despido posterior al planteamiento de la demanda de reconocimiento del vínculo laboral, se puede plantear una ampliación de la demanda de reposición hasta antes de la audiencia de conciliación, en cuyo caso, se podría solicitar el otorgamiento de una medida cautelar que reponga provisionalmente al trabajador, sin la necesidad de un nuevo proceso donde se ventile este ‘nuevo’ hecho.

IV. Lista de referencias

- ARAZI, R. (1997). Medidas Cautelares, Capítulo Primero: Normas generales. En Varios. Buenos Aires: AESTREA.
- Exp. N.º 763-2005-PA/TC – LIMA., 763-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 13 de Abril de 2005).
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios Sobre Teoría Constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N.º 29497.
- Texto Único del Código Procesal Civil - Resolución Ministerial N° 10-93-JUS
- Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo – Ley N.º 27584
- Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237.
- Constitución Política del Perú de 1993.

Derecho Penal y Procesal Penal



Responsabilidad penal del adolescente y la posición de la víctima en el nuevo código de responsabilidad penal del adolescente y su reglamento

Liability criminal of the teenager
and the position of the victim in the new
code of responsibility criminal adolescents
and its regulation

PIMENTEL TELLO, María Isabel(*)

SUMARIO: I introducción. II. Encuadre temático. III. Posición de la víctima. IV. Consideraciones finales. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

Resumen: En este aporte, se presentan algunos alcances y reflexiones respecto de la posición de la víctima, a propósito de la implementación del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente (en adelante CRPA), y su reglamento, ambos orientados a la creación de un sistema

(*) Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Maestra y Doctora en Ciencias por la Universidad Nacional de Cajamarca, Docente de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca y del programa de *Working Adult* de la Universidad Privada del Norte; arbitro y conciliadora extrajudicial, ex fiscal adjunta de la Cuarta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Cajamarca.

especializado en el tratamiento del llamado adolescente infractor, que surge como necesidad frente al incremento de eventos en los que los protagonistas son adolescentes que se sitúan en una posición de conflicto con la ley penal; esta respuesta del Estado busca contribuir con el control de la problemática de los adolescente infractores y cumplir con las expectativas en relación a la justicia restaurativa.

Las novedosas normas has implementado – entre otras cosas – un sistema en el cual se ha dotado de una serie de mecanismos destinados a garantizar plenamente los derechos de los adolescentes que infringieron la ley penal, pero además busca el restablecimiento de las relaciones sociales y familiares de estos, permitiendo, además, por medio de las salidas alternativas, reeducarse y reinsertarse positivamente en la sociedad.

Si bien tendemos naturalmente a adoptar una posición de censura de conductas trasgresoras de la ley (en específico la penal), cometidas por adolescentes; esto sin duda debido a que nos vemos conmocionados por crímenes de lo más crueles y hechos de violencia cuyos autores son adolescentes; no debemos olvidar que se trata de personas vulnerables, que ocupan la escala más alta en términos de exposición a riesgos y peligros, que muchas veces son contactados, manipulados y utilizados por adultos para cometer estos actos. Por ello, corresponde moderar nuestra mirada respecto de ellos y considerar aspectos mucho más humanos y reflexivos para evaluarlos.

Esta postura, sin embargo, no pretende olvidar al otro protagonista de estos conflictos, a las víctimas, quienes evidentemente también merecen una especial atención, tanto más si todas las salidas alternativas la involucran directamente, atribuyéndole facultades y prerrogativas de cuyo ejercicio depende el tratamiento que recibirá el adolescente.

En este aporte se pretende analizar algunos de los aspectos que de esta relación (adolescente – víctima) se derivan, a la luz de los instrumentos normativos recientemente aprobados, con el único afán de reflexionar sobre ellos y contribuir con la discusión respecto de la aplicación de las antedichas normas.

Palabras clave: Responsabilidad penal el adolescente, posición de la víctima, sistema de responsabilidad penal adolescente.

Abstract: *In this contribution, some scopes and reflections are presented regarding the position of the victim, with regard to the implementation of the*

Adolescent Criminal Responsibility Code (hereinafter CRPA), and its regulations, both aimed at the creation of a system specialized in the treatment of the so-called delinquent adolescent, which arises as a need in the face of the increase in events in which the protagonists are adolescents who are in a position of conflict with the criminal law; This response from the State seeks to contribute to the control of the problem of delinquent adolescents and to meet expectations in relation to restorative justice.

The novel rules have implemented - among other things - a system in which it has been equipped with a series of mechanisms designed to fully guarantee the rights of adolescents who violated the criminal law, but also seeks the restoration of social and family relationships of these, allowing, in addition, by means of the alternative exits, re-educate themselves and reinsert themselves positively into society.

While we tend naturally to adopt a position of censorship of transgressive behaviors of the law (specifically the criminal), committed by adolescents; This is undoubtedly because we are shocked by crimes of the cruelest and violent acts whose authors are adolescents; We must not forget that these are vulnerable people, who occupy the highest scale in terms of exposure to risks and dangers, which are often contacted, manipulated and used by adults to commit these acts. Therefore, we must moderate our view of them and consider much more human and reflective aspects to evaluate them.

This position, however, does not pretend to forget the other protagonist of these conflicts, the victims, who obviously also deserve special attention, all the more so if all the alternative exits directly involve it, attributing faculties and prerogatives of whose exercise depends the treatment that will receive the teenager.

This contribution is intended to analyze some of the aspects that this relationship (adolescent - victim) derive from, in light of the recently approved normative instruments, with the sole desire to reflect on them and contribute to the discussion regarding the application of the aforementioned rules.

Key words: Criminal responsibility of the adolescent, position of the victim, system of adolescent criminal responsibility.

I. Introducción

Debemos recordar que hasta principios del año pasado (enero de 2017), la tramitación de los procesos por infracción a la ley penal no tenían procedimientos propios, tan es así que podían considerarse

procesos “híbridos”, ya que en la práctica, para algunos aplicadores del Derecho eran procesos de naturaleza civil, por lo que les correspondía la aplicación del Código Procesal Civil en lo que cupiera (en lo no contemplado por el Código de Niños y Adolescentes), y para otros eran meramente penales, por lo que les correspondía más bien la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal, (aun cuando no se hubiera definido el tipo de proceso penal al que debía adecuarse).

Esta situación constituía, para quienes tuviesen a cargo investigaciones de esta índole, una limitante grave, puesto que en sede judicial no existía uniformidad de criterios respecto de la tramitación correspondiente, y mucho menos, sobre la naturaleza jurídica de este tipo de procesos, presentando trabas, no solo en la aplicación de garantías procesales y en materia impugnatoria, sino en la mayoría de actuaciones procesales. Esto por ende se tradujo en la imperiosa necesidad de regular – especialmente – esta clase de procesos, a efecto de que, revestido de sus propios principios, garantías, enfoques y procedimientos, permita afrontar de manera adecuada las necesidades del tratamiento diferenciado y la especialidad de estos casos.

Desde que el 07 de enero de 2017 se publicara el texto del CRPA mediante el Decreto Legislativo 1348, se ha abierto la puerta a diversas reflexiones en relación a la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal, retomando vigencia las discusiones en torno a la condición de estos y el tratamiento legal que merecen.

Aun cuando nos encontramos en el período de *vacatio legis* respecto de estas normas, y probablemente la implementación definitiva nos lleve algún tiempo, ello no obsta que podamos evaluar anteladamente lo que significará su aplicación, y eventualmente, alertar sobre los aspectos controvertidos de las mismas; tanto más si, algunas de las salidas alternativas ya se han puesto en práctica desde la vigencia del CNA.

A manera de referencia recordaremos que, el antecedente normativo del CRPA lo constituía la Ley N.º 27337 – Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA), que regulaba en sus capítulos III, IV, V, VI y VII del Título II del Libro IV, lo concerniente al Adolescente Infractor de la Ley Penal, normas que han sido derogadas por el CRPA, aunque

aún son parte de nuestro sistema jurídico al encontrarse éste en proceso (Congreso de la República, 2000).

Por otro lado, en marzo del presente año se aprobó el Decreto Supremo 004-2018, que contiene el Reglamento del CRPA; en el cual, como es estilo, se ha tratado de complementar y desarrollar las normas del Código, para permitir una mejor aplicación de la norma base.

Evidentemente, esto ha dado igualmente pie a la polémica; de un lado, se sostiene que se trata de un gran avance para el proceso por infracciones contra la ley penal, ya que se define y especializa al proceso, dotándolo de recursos procesales específicos para el juzgamiento de los adolescentes en conflicto con la Ley penal; y por otro, existen algunas percepciones respecto de que la norma es muy benigna y que debería juzgarse a los adolescentes conforme a la gravedad de sus actos, incluso –en opiniones totalmente desinformadas e inauditas– aplicándoseles el mismo tratamiento que a los adultos.

Es de reconocer también que este texto normativo ha introducido a nuestro ordenamiento, un nuevo paradigma (procesal) para el abordaje a los adolescentes en conflicto con la ley penal; premuniendo al proceso de una serie de principios, garantías, enfoques, procedimientos y mecanismos que prometen (desde su dación) mucho para el desenvolvimiento del Proceso de Responsabilidad Penal del Adolescente (PRPA en adelante).

Para poder situarnos mejor en el ámbito que pretendemos proponer, diremos que está aún novedad normativa, incorporará (con su implementación y aplicación), una serie de derechos en favor de los infractores; y merece especial mención el de Interés Superior del Adolescente, calificado como principio, que, a diferencia del interés Superior del Niño (del CNA), encuentra su definición en el Título Preliminar de la norma en comento. Es de destacar además que este principio aporta las necesarias pautas y criterios para el tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal o víctima de la infracción.

El CRPA ha establecido, entre otros, aspectos como: la creación de juzgados con competencias especializadas; la aplicación de medidas de coerción para el adolescente; pautas para el desarrollo del proceso, brin-

dando las salidas alternativas para el mismo; regula la responsabilidad penal especial, así como las medidas socioeducativas; incorpora principios específicos, como el ya referido Interés Superior del Adolescente; enfoques de aplicación, como el de género o el restaurativo; pero sobre todo, como fin, busca lograr la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos durante el proceso de responsabilidad penal.

Se contemplan otros tantos principios y aspectos en esta norma, en procura de la protección del adolescente en conflicto con la ley penal y también del “menor de edad” víctima o testigo. Sin embargo, en relación con el afectado con los efectos de la infracción, ¿podremos decir lo mismo?, es decir, ¿se respeta su posición en el proceso?, las consideraciones que el CRPA, ¿satisfacen plenamente a la víctima?, ¿cuál es la participación de ésta en el PRPA?, ¿se advierte la protección de los derechos de la víctima en el PRPA?, o, por el contrario, ¿se vulneran y sacrifican sus derechos, prevaleciendo la protección del adolescente?, y ¿se cumple la finalidad del CRPA de busca lograr la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos durante el proceso? En adelante tratamos de responder estas interrogantes.

II. Encuadre temático

Consideramos pertinente recordar que el CRPA se encuentra orientado por la doctrina de protección integral del niño y adolescente, la cual se acoge desde la Convención de los Derechos del Niño, y que, desde su vertiente penal, otorga una serie de garantías para el tratamiento del adolescente en conflicto con la ley, las mismas que limitan el poder persecutorio el estado; a diferencia de lo que planteaba, respecto de lo mismo, la doctrina de situación irregular. Por otro lado, la doctrina de protección integral también dota al – en este caso – adolescente “infractor”, de responsabilidad penal, la cual reviste de garantías, derivadas de los presupuestos principistas de protección y respeto de los derechos de los adolescentes, pero considerando la importancia de que el adolescente en conflicto con la ley penal, valore no solo su condición de sujeto de derechos, sino también de deberes, entendiendo los alcances y consecuencias de la vulneración de bienes jurídicos tutelados por el Estado.

Como parte de la Organización de Naciones Unidas, nuestro país se comprometió a implementar un marco normativo acorde con las Reglas de Beijing (que propone lineamientos para la administración de la justicia de menores, tomando en cuenta sus derechos y su desarrollo); las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas MPL).

Hay que mencionar que todas estas normas internacionales buscan una evolución positiva para la justicia de menores, fijándose tres propósitos fundamentales; 1) “la aplicación de medidas en el ámbito social para prevenir la delincuencia de menores y protegerlos de ella” (Directrices de Riad), (Asamblea Nacional de las Naciones Unidas, 1990); 2) “instaurar un sistema judicial progresista para menores en conflicto con la ley” (Reglas de Beijing), (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985); y 3) “salvaguardar los derechos fundamentales y tomar medidas que permitan la reinserción de los jóvenes tras su privación de libertad” (Reglas de MPL) (Asamblea General de Naciones Unidas, 1985).

El CRNA adopta las recomendaciones de estos tratados y desarrolla un marco normativo que parte por incorporar en su texto definiciones importantes que evitan interpretaciones dispares de los aplicadores razonables del derecho, deja en claro las consideraciones que se deben tener en el plano aplicativo e interpretativo de las normas. En este sentido, puede que algunos términos difieran un tanto de lo establecido por el CNA, así:

2.1. *Adolescente Infractor de la Ley Penal*

Es la persona entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años a quien se le aplica el CRPA y su Reglamento; incluyendo bajo este concepto también a quien, habiendo cumplido la mayoría de edad, se encuentra ejecutando alguna medida socioeducativa establecida en el marco de un proceso de responsabilidad penal de adolescentes, salida alternativa al proceso o se encuentre procesado bajo los alcances del citado código (Congreso de la República, 2017, Art. 2.1). Evidentemente, esta consideración seguro que resultará inaudita cuando, a la luz pública

se trate como “adolescente” a alguien que, biológicamente, ya no se encuentre en esta condición.

2.2. Responsabilidad penal especial

Como lo dijimos líneas arriba, el CRPA, en concordancia con la Convención, considera al adolescente como sujeto de derechos y obligaciones, y es en el marco de esto segundo que promueve que el adolescente responda por la comisión de una infracción penal, estableciendo tal circunstancia como la “responsabilidad penal especial”, considerándose para ello – como es obvio – su edad y características personales (Congreso de la República, 2017, Art. I). Es de presumirse que esta responsabilidad se determina en el marco de un proceso dotado de derechos y garantías diferenciados, regidos por los estándares internacionales impuestos por los arriba referidos instrumentos internacionales.

2.3. Justicia restaurativa

Concebida como un paradigma particular, traducido en un enfoque que permite la participación de todos los actores del hecho infractor; proponiendo la reparación emocional, material, familiar y social, y restableciendo las relaciones entre las partes involucradas. Permite que el adolescente encare su situación con responsabilidad y asumiendo las consecuencias de sus acciones, incluyendo el resarcimiento a la víctima y la sociedad.

Es gracias a este enfoque que identificamos a la trascendente intervención de la víctima, a quien se procura brindarle apoyo emocional, atención integral y especializada, su restauración y compensación efectivas.

Remarcamos que a diferencia de la justicia retributiva (centrada en las consecuencias del delito como en la necesidad de repararlo), la restaurativa se centra en la responsabilidad del ofensor respecto de las consecuencias de sus acciones a través de la vinculación con la víctima por medio del perdón y la retribución, fortaleciendo con ello la reestructuración de sus vínculos familiares y sociales (Rodríguez, 2016, págs. 83-87).

2.4. Remisión

Esta figura ha estado presente como posibilidad alternativa desde el CNA, que busca evitar la promoción del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, siempre que la infracción no revista gravedad. El procedimiento permite que el adolescente en conflicto con la ley penal, sea separado del proceso y reciba orientación multidisciplinaria, con la finalidad de lograr su reeducación e reincorporación social, a través de su participación en programas especializados.

Esta figura se aplica siempre que: 1. Se trate de una infracción que amerite una medida socioeducativa o 2. Cuando el adolescente se haya afectado física o psicológicamente de manera grave con la infracción que se le atribuye. (Congreso de la República, 2017, Art. 130)

2.5. Acuerdos reparatorios

Constituyen una salida alternativa al proceso, en ella intervienen el adolescente, sus padres o responsables y la víctima; buscan la solución temprana al conflicto, pero sobretodo, evitan las consecuencias negativas que podrían originarse en un proceso judicial (Congreso de la República, 2017, Art. 127 y Poder Ejecutivo, 2018, Art. 55)

2.6. Mecanismo restaurativo

Introducido como enfoque en el CRPA, contrario al enfoque retributivo, este permite prácticas e intervención especializada de un tercero (mediador, conciliador, fiscal) que permite el diálogo entre las partes (víctima, adolescente, padres o responsables de éste) para llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño a la víctima por el adolescente, y permite aplicar remisión, acuerdo reparatorio, terminación anticipada u otros supuestos permitidos en la Ley. (Congreso de la República, 2017, Art. 2.10)

III. Posición de la víctima

Como se tiene dicho, el proceso de responsabilidad del adolescente busca lograr la máxima satisfacción, integral y simultánea de los dere-

chos durante el proceso de responsabilidad penal, y esencialmente dirige sus esfuerzos a restaurar al adolescente e reinsertarlo socialmente; sin embargo, ¿este tratamiento deja de lado a la figura de la víctima de la infracción? Como se tiene advertido, nuestra reflexión pretende enfocarse a la participación que esta tiene en el proceso, y en la protección de sus derechos. Con ese propósito contestamos las preguntas plantadas.

3.1. ¿Cuál es la participación de la víctima en el PRPA?

No hay duda de que la víctima o agraviado cumple un rol fundamental en el proceso de responsabilidad, siendo uno de los protagonistas del mismo, al resultar directamente ofendido o perjudicado con las consecuencias de la infracción; pero su papel es mucho más trascendente que el de un afectado en un proceso penal cualquiera; (como ejemplo, el CRPA contempla expresamente la posición de víctima menor e incapaz). Así, apreciamos su intervención en los siguientes momentos:

- A. Intervención como actor civil, para lo cual debe constituirse como tal durante la investigación preparatoria, de no hacerlo el Ministerio Público actúa accionando civilmente. (Congreso de la República, 2017, Art. 29 y Poder Ejecutivo, 2018, Art. 28)
- B. Es testigo privilegiado en todas las etapas del proceso.
- C. Participa en el desarrollo del juicio oral, especialmente coadyuvando para la determinación de las circunstancias del hecho y la responsabilidad del investigado; así también en la determinación del daño causado en su contra y la fijación del monto de la reparación civil.
- D. En el procedimiento de remisión y en las diligencias preliminares es fundamental su presencia, (si no asiste a la segunda citación, el Fiscal determina el resarcimiento que le correspondería) (Congreso de la República, 2017, Art. 132)
- E. Los acuerdos preparatorios no son posibles sin la intervención de la víctima, ya que estos implican el compromiso del adolescente para reparar el daño o la prestación directa de un servicio con el fin de resarcirlo (Congreso de la República, 2017, Art 137)

- F. Participa de la audiencia convocada ante el Fiscal o el Juez para la evaluación de los acuerdos reparatorios propuestos.
- G. Interviene en los mecanismos restaurativos, en los que un tercero propicia un acuerdo entre las partes con el propósito de aplicar la figura de la remisión.
- H. Participa en la discusión final, mediante la presentación de alegatos.
- I. Puede participar directamente al término del juicio, si lo desea.
- J. Ejerce el derecho de impugnar la decisión fiscal de remisión y el archivo provisional en el extremo de la reparación civil, que, si se declara fundada, modifica la misma o la determina.
- K. Puede apelar la disposición fiscal de archivo definitivo en caso de incumplimiento de la reparación civil (Congreso de la República, 2017, Art. 134)
- L. Podría decidir condonar la reparación civil comunicando su decisión al fiscal o juez, quienes lo citarían para ratificarse en tal determinación. (Poder Ejecutivo, 2018, Art. 64)

Como se aprecia, las normas prevén la participación activa de la víctima, ya como agraviada o como actor civil constituido, es decir, normativamente, podríamos afirmar que su participación se encuentra garantizada.

3.2. ¿Se advierte la protección de los derechos de la víctima en el PRPA?

Tanto el CRPA como su reglamento, se refiere al respeto y protección de los derechos de la víctima; así lo advertimos cuando al referirse al principio de Interés Superior del Adolescente; señala expresamente que esta protección “también alcanza a la víctima o testigo menor de edad” (Congreso de la República, 2017, Art. II.4)

Por otro lado, al describir el principio de desjudicialización o mínima intervención, señala que si bien “se procura en el PRPA evitar que el adolescente sea sometido a un proceso judicial” y en el peor de los casos que se recurra al juicio oral; esto se supedita a que se consideren en lo pertinente los intereses de la víctima.

Por otro lado, al referirse al enfoque restaurativo, se hace énfasis en la participación de la víctima, se promueve velar por la reparación adecuada; es decir, procurando su entera satisfacción con el acuerdo, además de la aceptación del daño causado (por parte del adolescente), con el propósito además de que los efectos “negativos de la infracción” sean superados.

La intervención del Ministerio Público en el PRPA, también debe constituirse como una garantía de los derechos de la víctima, puesto que él, eventualmente, actúa a instancia de esta y ante la falta de constitución como actor civil, lo representa en el juicio.

La reserva de la identidad, que es regla respecto del adolescente en conflicto con la Ley penal, se extiende obligatoriamente a preservar cualquier referencia sobre el “nombre, apodo, filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma por la que se le pueda individualizar a la víctima menor de edad”; siendo además aplicable la reserva a la protección de la imagen de esta.

Los derechos del agraviado se explicitan en el artículo 27 del CRPA, deben serle comunicados cuando interponga la denuncia y en su declaración preventiva o su primera intervención, y tienen que ver con el ser informado sobre toda actuación; escuchado antes de las decisiones que se tomen; recibir un trato digno; protección de su integridad y la de su familia; preservar su identidad en caso de ser menor de edad continuación y si se trata de una víctima de un delito contra la libertad sexual, deben reservar su identidad, dictarse medidas de protección a su favor y evitar de todas formas su revictimización (Congreso de la República, 2017, Art. 27)

Además, el agraviado puede impugnar la sentencia absolutoria, y ser atendido por la Unidad de Atención de Asistencia y Protección a Víctimas del Ministerio Público; recibir asesoría legal del Ministerio de Justicia y, siempre que se trate de un menor de edad, en toda actuación fiscal o judicial, tendrá derecho a ser acompañado por una persona de su confianza. (Congreso de la República, 2017, Art. 27.6)

Es importante que, de acuerdo a la norma, el que la víctima sea preservada y asistida por el equipo interdisciplinario en la “sala de víctimas”, pues es también su derecho a que el adolescente infractor no se

le aproxime, ya que éste lo tiene prohibido. (Congreso de la República, 2017. Art. 27.4)

Evidentemente, la norma pretende la protección de los derechos de la víctima, reconociéndole un espectro amplio de respeto de los mismos, considerando también su intervención en los procesos que impliquen la aplicación de mecanismos restaurativos, los cuales priorizan su aceptación respecto de los acuerdos reparatorios y las medidas que se le aplicarán a adolescente.

Debe considerarse que, al ser el afectado con la infracción, la víctima merece una atención especial, ya que podría presentar la sensación de indefensión si lo que advierte es la prevalencia de la figura del infractor, eso sumado a las influencias externas a las que se ve sometido; como el clamor colectivo que naturalmente rechaza los mecanismos restaurativos; por lo que corresponde evitar los riesgos que significarían una incorrecta aplicación de los recursos restaurativos anotados.

3.3. ¿Se vulneran y sacrifican sus derechos, prevaleciendo la protección del adolescente?

Como se ha expuesto, el PRPA está diseñado para lograr la recuperación y satisfacción de los entes involucrados, la reparación del daño y la restauración del adolescente; por lo que los aplicadores razonables del derecho involucrados en los procesos, deben velar por el cumplimiento de estos fines, procurando que la víctima logre el resarcimiento del daño sufrido y que su balance final resulte positivo.

Por tal motivo, tanto el Fiscal y el Juez deben procurar la aplicación de todos los mecanismos de protección previstos en la norma (que ya fueron descritos anteriormente), y realizar un seguimiento cercano del proceso restaurativo en función a la víctima, que resulta ser la parte más afectada.

Se debe recordar que, si bien, los mecanismos restaurativos y el diseño del PRPA suele enfocarse, aparentemente, de manera prioritaria en el adolescente en conflicto con la ley penal; estos también mantienen su mirada en la víctima, quien, en un estadio ideal, podría otorgar in-

cluso el perdón al adolescente, recomponiendo las relaciones sociales y contribuyendo con el proceso resocializador y reeducador de este; por ende, con su exitosa “restauración”.

Cabe mencionar la posibilidad de que incluso la norma contempla que el agraviado otorgue también el perdón de la reparación (sea esta la restitución de un bien de similar naturaleza o valor, o una suma de dinero), toda vez que, en el proceso, se procuran una serie de intercambios emocionales significativos cuyo propósito es acercar a la víctima y su agresor, y con ello lograr los fines del PRPA.

Quizá en relación a las salidas alternativas y la posición de la víctima se advierta de manera más tangible la protección hacia esta; sin embargo, debemos recordar que no en todos los procesos es posible aplicar estos mecanismos; ya que, para que ello ocurra deben concurrir los presupuestos establecidos para cada caso, teniendo como elemento común el que se trate de infracciones leves (que no sean sancionadas con internación), o que al adolescente no se le han aplicado con anterioridad estas salidas alternativas, o cuando éste no ha incurrido en una infracción previa. En tal sentido, cabe analizar también cual sería el escenario en el resto de los casos.

Siempre a la luz de la norma, se procura estimular a la parte agraviada para que tenga una apertura hacia la compensación del daño sufrido por parte del adolescente, esto a través del diálogo e interacción, en los que el adolescente manifieste su compromiso e intención de reparar a su víctima y está por su parte, genere cierta empatía con el adolescente, actitudes que favorecen la solución del conflicto.

También es menester remarcar que otro de los fines del proceso es el educativo, en armonía con el desarrollo integral del adolescente, es por eso que se establecen una serie de propuestas a ser implementadas por las diferentes instituciones involucradas, las que, a la brevedad deben procurar coadyuvar esfuerzos para poder lograr la implementación del CRPA a la brevedad.

3.4. ¿Se respeta la posición de la víctima en el proceso?

A este respecto, se advierte que las normas en comento muestran concordancia con principios constitucionales y garantías básicas; el

CRPA contempla la observancia del debido proceso y además adecúa este principio a circunstancias que se presentan dentro del PRPA, protección que alcanza a la víctima (Congreso de la República, 2017)

Así, se garantiza, “el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal al agraviado o perjudicado por la infracción”, enfatizando que “Las autoridades de la Administración de Justicia, están obligadas a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición” (Congreso de la República, 2017. Art. VII)

Por otro lado, también se explicitan los derechos que asisten al agraviado/ víctima, estableciendo un catálogo privilegiado de derechos en favor de los que son menores de edad, los mismos que ya han sido anteriormente enunciados (Congreso de la República, 2017, Art. 27).

Se tiene además el Sistema de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos, que se encuentra a cargo del Ministerio público (UDAVIT), integrados por profesionales de Psicología, Trabajo Social y Derecho quienes deben brindar la protección integral que estas requieren, previa evaluación de la situación de riesgo en que se haya la víctima, siendo que él o la fiscal puede disponer la aplicación de alguna de las medidas de protección establecidas en la normativa especial (Poder Ejecutivo, 2018, Art. 5).

La víctima, si lo requiere y cumpliendo con los requisitos establecidos, puede acceder a defensa legal a través de la Dirección de Asistencia legal y defensa de víctimas del Ministerio de Justicia y Derechos humanos (MINJUS) (Poder Ejecutivo, 2018, Art. 6).

Tanto la UDAVIT y la Dirección de asistencia legal del MINJUS, coordinan permanentemente la atención de la víctima, gestionan y coordinan los recursos presupuestales necesarios para la atención de las víctimas (Poder Ejecutivo, 2018, Art. 7).

Como ya se mencionó, los acuerdos reparatorios también enfocan el bienestar de la víctima, así como que de aplicarse algún mecanismo restaurativo, el responsable debe mantener contacto con ella para explicar e informar sobre los alcances de la medida, evaluar sus expectativas (Poder Ejecutivo, 2018, Art. 55, 56, 58 y 74).

Se espera que los aplicadores razonables del Derecho, valoren significativamente que el empleo adecuado de las salidas alternativas y los mecanismos restaurativos que ofrece el CRPA, nos permitirá conservar la armonía social y satisfacer integralmente a las partes, así como evolucionar como sociedad; que se proteja adecuadamente a la víctima, procurando su recuperación; y sobre todo, que nuestra sociedad supere los prejuicios en torno a la justicia juvenil restaurativa, demostrando ser una sociedad más humana, solidaria y coherente con las normas, nacionales e internacionales, que nos rigen.

IV. Conclusiones

- Tanto el CRPA y su reglamento contienen normas que se condicen con la Convención sobre los derechos del Niño, reglas de Beijing, reglas MPL y demás instrumentos internacionales; procurando la máxima expresión de derechos y garantías para los adolescentes en conflicto con la ley penal.
- Igualmente, estas normas contienen un plexo de mecanismos de protección a favor de las víctimas de infracción; en especial en el caso de las víctimas menores de edad.
- En la interpretación y aplicación del CRPA y su reglamento se deben tener en cuenta todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Perú, en las Leyes especiales sobre la materia, en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en los demás instrumentos internacionales vigentes y ratificados por el Perú, así como en los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil.
- Si bien las normas procuran mantener un equilibrio de protección entre las partes; en su aplicación se deberá evitar el riesgo de sobreproteger al adolescente, perdiendo de vista a la víctima, que se ve perjudicado con las consecuencias materiales y personales de la infracción.
- Se espera que, con una debida interpretación y conocimiento de las normas, los aplicadores razonables del Derecho establezcan los márgenes de protección adecuados y suficientes para restaurar a las víctimas, tanto como a los adolescentes infractores.

V. Lista de referencias

- ANGELUDIS, J. (2012). *La justicia restaurativa como mejor alternativa*. Lima: Grijley.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (1985). *Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Reglas de Beijing*. Nueva York.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. (1985). *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad*. Nueva York.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (1990). *Dretrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*. Nueva York.
- CAMARA, S. (2011). Justicia juvenil restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina. *Revista de Justicia Restaurativa*, 8-52.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2000). *Código de Niños y Adolescentes*. Lima: El Peruano.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (7 de Enero de 2017). Decreto Legislativo N.º 1348. *Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano”.
- FRIEDMAN, L. (2007). *Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.
- HENRY, V. (2016). La justicia restaurativa en el Perú. El desafío de convertirse en política pública. *Revista de Actualidad Jurídica Essentia Iuris* N.º 09, 211-220.
- Poder Ejecutivo. (24 de marzo de 2018). Decreto Supremo N.º 004-2018-JUS. *Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1348*. Lima, Lima, Perú : Diario Oficial “El Peruano” .
- RODRÍGUEZ, R. (2016). Justicia Restaurativa. Bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención “Justicia, Paz y seguridad”. *Essentia Iuris*.

- RODRÍGUEZ, R. (20196). Alcances del programa de prevención “justiicia, paz y seguridad”. *Revista de Actualidad jurídica Essentia Iuris N.º 09*, 227-242.
- SCHMTIZ, J. (2016). “Prácticas restaurativas”. *Revista de actualidad Jurídica Essentia Iuris N.º 09*, 185-210.
- TREJO, M. (2011). La ley penal juvenil salvadoreña y la justicia restaurativa. *Revista de justicia restaurativa N.º 01*, 53-60.

El embargo en el proceso penal Un extraño necesario dentro proceso penal

The however in the criminal proceedings necessary stranger within criminal proceedings

AMAYA VALDERRAMA, Marfa Jesús(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos generales del Proceso Penal bajo los lineamientos del Código Procesal Penal – Rol del Ministerio Público en relación a la parte agraviada. 2.1 La Reparación civil, 2.2 Medidas cautelares reales dentro del proceso penal. 2.3. El embargo. 2.4. Acerca de la tutela jurisdiccional efectiva. 2.5. Tutela jurisdiccional efectiva para la parte agraviada en un delito. III. Conclusiones. IV. Lista de referencias.

RESUMEN: El artículo 11º inciso 1 del Código Procesal Penal establece que “*El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso*”. Es así que en caso

(*) Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría y doctorado en la misma Universidad, Juez del Primer Juzgado Civil de Cajamarca. E- mail maria.amaya@gmail.com.

que el agraviado o perjudicado por el hecho punible no se constituya en actor civil, es el Ministerio Público a través del Fiscal Penal, quién además de perseguir la comisión del delito debe ejercer la acción civil. El presente artículo busca destacar la necesaria labor del Fiscal Penal frente a los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva del agraviado a través del ejercicio de las facultades civiles dentro del proceso penal, específicamente asegurando la pretensión resarcitoria a través de las denominadas medidas cautelares reales, como el embargo.

Palabras claves: Código Procesal Penal, Ministerio Público, Fiscal Penal, tutela jurisdiccional efectiva, agraviado, medidas cautelares.

Abstrac: *The article 11 subsection 1 of the Criminal Procedure Code states that “The exercise of the civil action derived from the punishable act corresponds to the Public Ministry and, especially, to the victim of the crime. If the aggrieved party becomes a civil actor, the Public Ministry’s legitimation to intervene in the civil proceeding of the process ceases”. Thus, if the aggrieved or injured by the punishable act does not become a civil actor, it is the Public Ministry through the Criminal Prosecutor, who in addition to prosecuting the commission of the crime must perform the civil action.*

This article aims to highlight the necessary work of the Criminal Prosecutor regarding the rights to the effective jurisdictional protection of the aggrieved through the exercise of the civil faculties within the criminal process, specifically assuring the claim for compensation through the so-called real precautionary measures, such as seizure.

Key words: *Code of criminal procedure, Ministry public prosecutor criminal, effective judicial protection, aggrieved, measures precautionary.*

I. Introducción

Hoy en día uno de los principales problemas que afronta el sistema procesal penal, respecto de su aceptación en la sociedad es la efectiva protección de los derechos de las víctimas o parte agraviada de un delito, quienes en muchos casos aprecian que el garantismo, tantas veces destacado del modelo procesal penal actual, ha olvidado los derechos que ellas tienen, y dentro de ellos señalamos a la efectiva reparación del daño a través de una suma dineraria o reparación civil.

La verdad es que el sistema procesal sí ha previsto medidas que buscan proteger el derecho de esta parte procesal, una de ellas es el embargo, medida procesal de origen civil, que ha sido incorporada en el articulado del Código Procesal Penal, y por el cual se puede trabar esta medida cautelar para asegurar la ejecución del pago de la reparación civil, lo que a nuestro criterio es una forma muy acertada de brindar protección a la víctima, sin dejar de mencionar que la norma procesal autoriza inclusive a que sea ella quien la solicite, en el supuesto de encontrarse constituida en actor civil, siendo que si no se configura este caso, queda en manos del Ministerio Público hacerlo.

Es el caso que, en la mayoría de investigaciones el agraviado no se constituye en actor civil, debido a que uno de los factores es el costo adicional para constituirse como tal; por lo que la defensa de los derechos de esta parte queda encargada legalmente al Ministerio Público a través del Fiscal Penal, debiendo asumir dicha función de manera protagónica y requerir cuando corresponda medida cautelar real de embargo en cualquiera de sus formas previstas en el Código Procesal Civil, que permitan que en el futuro el agraviado pueda ver cobrado en el menor plazo la reparación civil que le corresponda, sin necesidad de esperar un tiempo adicional para hacer efectiva su reparación, pues éste se puede verse enfrentado a pagos parciales, prolongados e irrisorios; generándole una nueva victimización.

I. Aspectos generales del Proceso Penal bajo los lineamientos del Código Procesal Penal – Rol del Ministerio Público en relación a la parte agraviada

La reforma procesal penal, ha traído un sistema procesal penal moderno y acorde a los lineamientos de la justicia procesal de Latinoamérica, así el corte acusatorio del proceso penal permite la diferenciación clara de las partes procesales dentro del proceso, por un lado el persecutor y en su momento acusador del delito que es el Ministerio Público, frente a él, el procesado asistido necesariamente de su abogado quien plantea una tesis contraria a la de la acusación; y finalmente para decidir el conflicto el juez.

El Ministerio Público es un organismo constitucionalmente autónomo, diseñado para la defensa de la legalidad, perseguir el delito, entre otras atribuciones. De acuerdo al artículo 159º de la Constitución corresponde al Ministerio Público “Promover de oficio, o a petición de parte la acción judicial, en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. (...) 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”; sin lugar a dudas este es el rol principal y el más conocido; sin embargo las atribuciones del Ministerio Público no se erigen únicamente en la búsqueda de la sanción, así y en segundo lugar, complementado su rol primordial, exige también que busque la reparación civil de los efectos dañosos que produjeron el delito, o llamada acción civil. Conforme al artículo 11º del Código Procesal Penal, numeral “1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público, y, especialmente, al perjudicado por el delito”. Con ello el Ministerio Público debe con la misma responsabilidad que tiene respecto de la acción penal, cumplir con esta otra atribución, quedando únicamente excluido de esta obligación en el caso que la parte de manera directa haya decidido ejercerla.

La acción civil comprende las acciones del artículo 93º del Código Penal que están relacionadas a la reparación civil del daño causado por el delito, debiendo entenderse que este no se limita únicamente a la propuesta del monto que comprenderá la reparación civil al momento de plantear la acusación, sino que implica adoptar mecanismo para asegurarla, ello se afirma en tanto el artículo 302º y siguientes regulan medidas como el embargo, facultando directamente la fiscal penal para que en el curso de las primeras diligencias, y durante la investigación preparatoria pueda indagar a cerca de la existencia de bienes libres o embargables que permitan asegurar el pago de la reparación civil. Así el Ministerio Público luego de conocer de la existencia de ellos podrá en su caso solicitar ante el juez de investigación preparatoria el embargo de los mismos.

En este sentido Oré Guardia sostiene “a. El ejercicio conjunto de la acción civil y penal no implica la ampliación del objeto penal sino la existencia de dos objetos (civil y penal) en un único proceso (penal) (2016, p. 371)”. Esta exigencia guarda relación con el espíritu del modelo procesal penal, que está buscando rescatar los derechos del agra-

viado de un delito que por años se ha mantenido relegada, habiendo sido por mucho tiempo ésta un sujeto que sirve a la justicia, en tanto ha debido estar presente tantas veces como era requerido para esclarecer los hechos, sin que se haya en algún momento pensado en velar por el restablecimiento de sus derechos; es por ello que el nuevo modelo procesal penal, se busca reivindicarlo y garantizar sus derechos, en especial el derecho a ser reparado civilmente por haber sido pasible de un delito.

1.1 La Reparación Civil

La comisión de un delito no solo se deriva una responsabilidad penal, sino también una de carácter civil consistente en la reparación del daño.

El Código Penal regula en su artículo 93º que la reparación civil comprende: “1. La restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”. Pero que entendemos por la reparación civil, a nuestro parecer la reparación civil, a nivel penal, es parte de la sanción que se impone de manera conjunta con la pena, por la cual se busca reponer al agraviado a un estado lo más parecido al que tuvo antes de la acción delictiva, es por ello que comprende la restitución del bien o el pago de su valor, adicionado el pago de la indemnización por el daño causado. El autor chileno Bustos Ramírez refiere que la restitución, “(...) consiste en la reintegración del estado de las cosas existente ante de la infracción. (...) la reparación del daño y la indemnización de perjuicios (...) puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpables (...)” (2004, p. 753).

Para Poma Valdivieso, es una de las clases de responsabilidad civil extracontractual (responsabilidad derivada de la producción de un daño), y es la originada por la comisión de un delito, la cual está legalmente prevista en el caso peruano en el artículo 92º y 93º del Código Penal nacional, forman parte de la sanción civil, si se quiere llamar así y su determinación está en función de la normatividad civil. (2017, p. 57). En esta misma línea Reyna Alfaro ha señalado: “la realización de un hecho punible genera no sólo consecuencias jurídico penales en el autor del hecho (penas o medidas de seguridad) sino también conse-

cuencias jurídico- civiles que se conocen comúnmente como reparación civil” (2006, p. 147).

Por nuestra parte podemos sostener que la reparación civil tiene como fundamento la producción de un daño, dado a través del delito cometido, el cual se ha llegado a determinar vía proceso penal la responsabilidad, por ende esta persona tiene el deber de repararlo mediante la restitución del bien dañado, en caso de ser posible, o de lo contrario el pago de su valor, más el pago por los daños y perjuicios que la afectación del bien haya producido.

En cuanto a su naturaleza jurídica, autores como Felipe Villavicencio refieren que “*La reparación no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que apoya fundamentalmente a la consumación de los fines de la pena; y por ende se constituye en un instrumento autónomo en el campo del castigo y en la finalidad de prevención*” (2007, p. 80). Esta perspectiva la compartimos, dado que en efecto la reparación civil contribuye en el logro de los objetivos o fines de la pena, pues encarna la retribución y la prevención general negativa, del deber de restituir o reponer el daño causado, enmendarlo o repararlo.

Por otro lado, para entender en que se sustenta la reparación civil debemos recordar que para que exista la necesidad de exigir una reparación civil, debe haber existido una causa que lo amerite. Flor de María Poma Valdivieso refiere que “*El terreno de lo ilícito o lo antijurídico es el punto de conexión entre las diferentes ramas del Derecho, pues en ésta se determina la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa*”. (2017, p. 25). En efecto las consecuencias jurídicas de un evento delictivo, como hecho con relevancia jurídica, genera una responsabilidad en el agente que lo ha cometido de reparar el daño que el afectado ha sufrido, ello forma parte de la responsabilidad penal, la cual implica no solo una responsabilidad con la sociedad, con el estado y con el ordenamiento legal quebrantado (no se olvide que para temas penales los bienes jurídicos en protección son los más importantes para la sociedad) sino también implica una responsabilidad frente al afectado directo con

el hecho, es decir a la víctima. Sin embargo ello se debe mencionar en este punto que es posible que el afectado de un delito pueda accionar en vía diferente (vía civil) su pretensión de resarcimiento del daño, y de lo contrario se fijará conjuntamente con la pena.

El Acuerdo Plenario No. 6-2006/CJ.116. en los fundamentos 7 al 10 ha desarrollado que “(...) fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” – lesión o puesta en peligro de un bien protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente (...)”.

1.2. Medidas Cautelares Reales Dentro Del Proceso Penal

Las medidas cautelares reales constituyen injerencias, intromisiones o restricciones sobre los derechos reales de los involucrados en un proceso penal, o sobre otros objetos vinculados al proceso; impiden el libre ejercicio de dichos derechos o afectan a determinados bienes, efectos o ganancias del delito, y se realizan con el fin de asegurar o garantizar la eficacia del proceso en general, y de la eventual sentencia condenatoria en particular (Gálvez, 2017, p. 499).

Las medidas cautelares reales cumplen una función de protección cautelar de las consecuencias jurídico económicas del delito, no solamente desde la perspectiva de las personas naturales sino también de la Personas Jurídicas. El mismo autor señala que “un punto importante a tener en cuenta es que las medidas cautelares reales se dictan y ejecutan, en su gran mayoría sin notificar a las partes y sin audiencia previa. Asimismo, para imponer la medida cautelar real se exige simplemente la probabilidad de la imputación o de la pretensión a diferencia de las medidas personales en que se exige una probabilidad cercana a la certeza (que se exige para la condena)” (Gálvez, 2017, p. 501).

Por otra parte al requerir las medidas cautelares reales, se debe tener en cuenta los presupuestos para su procedencia, tales como: el *fumus boni iuris* o apariencia del derecho, *periculum in mora* o peligro en la demora, y la contracautela.

1.3. El Embargo

Es una medida cautelar, instrumental, de origen civil, mediante la cual se busca incursionar en la propiedad del obligado, o de las personas que tengan obligación de concurrir con él (el imputado o del tercero civilmente responsable), para que mediante la inscripción, anotación, ocupación u otro, se busque asegurar la pretensión futura de carácter económico. Es el instrumento cautelar por el cual a través de la ocupación, aprehensión o retención de bienes pertenecientes al procesado y, en su caso, al tercero civil, pretende asegurar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias que se impondrían en la sentencia final. Marianella Ledesma Narváez (2011, p. 520) precisa que “el embargo es una medida cautelar que garantiza la ejecución *de la sentencia que se dicte en un proceso, cuando este persigue una pretensión apreciable en dinero. Esta afectación se realiza en el momento inicial del proceso, incluso con carácter previo (artículo 636º del Código Procesal Civil), quedando de esta manera asegurada la efectividad de la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte*”. Es así que el embargo es la medida es la más adecuada para garantizar tanto en el proceso penal como el proceso civil la pretensión de condena dineraria.

El Código Procesal Civil, establece en su artículo 642º que cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar el embargo, este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley. En este sentido queda clara que la medida de embargo implica la afectación jurídica de un bien, para el aseguramiento de un pago, mediante la indisponibilidad relativa de los bienes afectados. Hurtado Reyes señala que “*El embargo preventivo o cautelar es una manifestación viva de las medidas cautelares en general, pues apuntan al aseguramiento de lo que se decidirá en el proceso principal al emitir una sentencia, este tipo de medida cautelar que es el embargo, particularmente busca asegurar la ejecución de la sentencia firme afectando bienes del demandado (vía retención, depósito, inscripción, etc) con los cuales se pretende cumplir forzosamente lo que se decida (...)*” (2014, p. 777)

En materia penal la normatividad vigente procesal penal, que regula al embargo como figura jurídica de carácter cautelar que busca

asegurar la pretensión futura de pago de la reparación civil, son los artículos 302º al 309º ; siendo de relevancia lo regulado por el artículo 302º mediante el cual se crea la obligación para el Fiscal de que en el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria indague sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil, a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas. En el proceso penal el embargo funcionara como medida para futura ejecución forzada que afecta un bien o bienes determinados de un presunto autor de un delito limitando la facultad de disposición y de goce de este mientras se obtiene la pertinente sentencia donde en caso de ser condena, lo permitirá hacer efectiva en un corto tiempo el pago de la reparación civil. Cabe precisar que en caso de que el investigado sea absuelto, al haberse emitido pronunciamiento de fondo la medida dictada automáticamente quedará sin efecto.

En cuanto a las formas de embargo, debemos acudir a la norma procesal civil y la doctrina autorizada al respecto destacan las siguientes formas de embargo: el embargo en forma de depósito, que implica la afectación jurídica (sin desposesión); el embargo en forma de inscripción, dirigido a restringir la disponibilidad de los bienes registrados ya sean predios, vehículos, acciones, etc.; el embargo en forma de retención, que recae sobre un crédito del obligado o sobre bienes pertenecientes al mismo que se encuentran en poder de tercero, ordenándose su retención; el embargo en forma de intervención, dirigido a embargar los ingresos de las empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas mediante el control o intervención; el embargo en forma de administración se afectan en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.

1.4. Acerca de la tutela jurisdiccional efectiva:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene toda persona, y se halla reconocido por la Constitución artículo 139º inciso 3. Se trata de una institución procesal de reciente data en el derecho comparado, su ori-

gen está en el inciso 1 del artículo 24º de la Constitución Española de 1978. Parte de la idea de que todo sujeto de derecho cuando recurre ante el órgano jurisdiccional es buscando una solución al conflicto que tiene o incertidumbre jurídica, por lo que al activar el aparato del estado este se halla en la obligación de responderle. El poder que tiene toda persona de exigir al estado que haga efectiva su función jurisdiccional; es decir permite a todo sujeto de derechos ser parte de un proceso.

El Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 763-2005-PA/TC, 2005, fundamento 6) ha sentado que:

“(…) la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”.

Sin detenernos más en un tema tan vasto, centraremos su análisis a nivel del proceso penal; así en delitos de persecución pública la tutela jurisdiccional es activada por las acciones que promueve el Ministerio Público ya sea a instancia del propio agraviado, o cualquier persona, o por iniciativa de oficio. Entendemos entonces que el derecho en comento se ejerce en la parte denunciante en la capacidad de recurrir ante la instancia fiscal y dar a conocer una hecho delictuoso, incentivando para que este pueda dar inicio a la investigación, de allí que podemos decir que si bien los primeros actos de investigación que se realizan a cargo del Fiscal no son propiamente actos jurisdiccionales, son actos de los cuales dependerá la acción penal por lo que existe una exigencia de por medio de que estos sean realizados correcta y diligentemente a fin de garantizar el derecho de los afectados a que existan elementos que

permitan ejercitar de manera formal su derecho de búsqueda de tutela por el estado, al momento de formalizar la investigación.

Consideramos que en esta etapa con mayor claridad podemos identificar el ejercicio del derecho de tutela, pues al haberse puesto de conocimiento el hecho delictuoso a la instancia judicial, crea el deber ahondar las investigaciones para el esclarecimiento del caso, y en su momento poder ir a juicio donde se busque una sanción para el responsable.

1.5. Tutela jurisdiccional efectiva para la parte agraviada en un delito:

La parte agraviada o víctima dentro del proceso penal es una parte importante, pues como se ha dicho en el proceso penal actual esta recupera el protagonismo soslayado que tuvo en el modelo procesal anterior. Para nuestro proceso penal la parte agraviada de un proceso por ser titular de la acción civil tiene establecido las facultades establecidas en el artículo 93 del Código Penal, lo que esencialmente es la restitución del bien. Con ello la principal pretensión de la parte agraviada dentro del proceso penal será la pretensión resarcitoria del daño causado por el delito, de allí que su pretensión se concretizará en caso de haberse sentenciado la existencia de una responsabilidad penal, en acceder al pago de una reparación civil. Aquí advertimos que aparece una pretensión paralela a la pretensión penal sancionatoria, y es la pretensión de la parte agraviada a ella le corresponde también todos los alcances de la tutela jurisdiccional efectiva desde el ejercicio de la acción para constituirse en parte del proceso y pueda litigar respecto de ello así como el derecho a obtener un pronunciamiento al respecto.

Cabe reiterar que no es exigencia la constitución en actor civil para el ejercicio del derecho de tutela, pues así lo ha previsto el Código Procesal Penal, siendo suficiente reunir la condición de agraviado tener derecho al pago de la reparación civil, siendo en tal caso responsabilidad de Ministerio Público, quien tiene la obligación de ejercitar la acción civil, y con ello propugnar y exigir el pago de los daños de la víctima, siendo derecho de aquella a que ello se efectivice.

Burgos Mariños al referirse al a tutela jurisdiccional efectiva dentro del derecho procesal penal desarrolla que, comprende el derecho al

libre acceso a la jurisdicción, el derecho al libre acceso al proceso en las instancias reconocidas, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso, el derecho a la tutela judicial (derecho de ejecución); siendo así del espectro de derechos en estricto a la parte agraviada de un delito, le corresponde el derecho de percibir el pago de una reparación civil, restringimos ello en tanto al no haber constituido en actor civil, su participación en el proceso se restringe en esperar. Sin embargo ello no implica que su derecho sea solamente el de espera, pues estimamos que la tutela jurisdiccional efectiva en tal caso se traslada a las acciones que el Ministerio Público pueda hacer en su representación, por ello es que pensamos que es importante que el Ministerio Público tenga un rol adecuado y si se quiere protagónico a fin de garantizar el derecho de una parte que por diferentes razones que no solo puede reducirse a la indiferencia al proceso, sino que pueden ir desde la falta de recursos o de información debida para poder intervenir de manera activa. Es para tales casos que el estado pensando en superar la indefensión de estas personas es que ha conferido a la Fiscalía poder realizar las acciones necesarias para garantizar el derecho del agraviado. (s.f, párr. 55)

Con ello el derecho a la efectividad de la tutela judicial esto es a la ejecución de las decisión judicial se traduce en el derecho que tiene el agraviado de percibir no solo en cantidad justa sino en tiempo oportuno el monto que le corresponde por concepto de reparación civil, es en este punto que encontramos la relación necesaria entre las acciones que debe desplegar el Ministerio Público para garantizar este propósito.

Esta conclusión es acorde a la Declaración sobre los Principio de Fundamentales para las víctimas de delitos y abuso de poder adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1985, de acuerdo al cual el estado debe proteger el derecho de los ciudadano cuando habiendo sido reconocidos han sido lesionados.

Ahora bien, la norma existe, los mecanismos están dados, la pregunta que nos queda a modo de conclusión es sí hoy en día, después de ocho años de vigencia del Código Procesal Penal en esta ciudad, el Ministerio Público – las fiscalías hacen uso del embargo, es más cuántos

requerimientos han sido planteados y han conseguido asegurar la reparación civil. La respuesta a esta interrogante la tienen los propios magistrados fiscales, los señores jueces penales, los justiciables agraviados en los delitos ventilados en todo este tiempo. A nosotros lo único que nos queda luego de este esbozo de ideas es haber puesto en vitrina a esta figura tan recurrente en los procesos civiles, y que por la función que en este momento nos toca desempeñar nos parece sumamente efectiva, y que estimamos puede ser igual en un proceso penal.

IV. Conclusiones

- El sistema procesal penal ha previsto medidas que buscan asegurar el derecho del agraviado al resarcimiento con el pago oportuno de la reparación civil.
- El embargo, medida coercitiva real de origen civil, que ha sido incorporada en el articulado del Código Procesal Penal, y por el cual se puede cautelar el derecho al cobro de una futura reparación civil.
- El Código Procesal Penal, regula al embargo dentro de los artículos 302º al 309º. El artículo 302º mediante el cual se crea la obligación para el Fiscal de que en el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria indague sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil, a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas.
- El derecho a la efectividad de la tutela judicial esto es a la ejecución de la decisión judicial se traduce en el derecho que tiene el agraviado de percibir no solo en cantidad justa sino en tiempo oportuno el monto que le corresponde por concepto de reparación civil.
- El Ministerio Público asumiendo de manera conjunta tanto su rol frente a la acción penal como a la acción civil, incrementa la sensación de justicia pronta para el agraviado y con ello la satisfacción de sus derechos.

V. Lista de referencias

Fuentes bibliográficas virtuales

BURGOS MARIÑOS, V. (s.f.). *Las garantías constitucionales del proceso penal peruano*. Recuperado de: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/tesis/Human/Burgos_M_V/Cap3.htm

CAFFERATA NORES, J. (2004). *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Recuperada de: <https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0167.pdf>

Fuentes bibliográficas doctrinales escritas

BUSTOS RAMÍREZ, J. (2004). *Obras Completas Derecho Penal Parte General*. T. I. Lima. Ara

GÁLVEZ VILLEGAS, T. (2017). *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*. Lima: Ideas Solución

HURTADO REYES, M. (2014). *Estudios de derecho procesal civil*. (t. II). Lima: Idemsa.

LEDESMA NARVÁEZ, (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. (t. II). Lima: Gaceta Jurídica.

ORE GUARDIA, A. (2016) *Derecho Procesal Penal Peruano*. (t. I). Lima: Gaceta Jurídica.

POMA VALDIVIESO, F. (2017). *La reparación civil en el proceso penal peruano*. Lima: A&C.

REYNA ALFARO, L. (2006). *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2007). *Derecho penal parte general*. (2º ed.). Lima: Grijley.

Fuentes legislativas y jurisprudenciales.

Acuerdo Plenario No. 6-2006/CJ.116.

Exp. N.º 763-2005-PA/TC, 2005

Lesiones por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Código Penal

Injuries for violence against women and members of the family group in the criminal code

MUÑOZ OYARCE, BRUCE EUGENIO(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos de la incorporación del artículo 121-B al Código Penal. III. Determinar los aspectos de la violencia. IV. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su reglamento. V. El derecho a la defensa VI. La incorporación del artículo 121-B como parte de un derecho penal simbólico. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo desarrolla la problemática de la violencia en la sociedad, teniendo como sujeto pasivo de la misma a la mujer y a los integrantes del grupo familiar; en este contexto se analiza los mecanismos que el Estado ha utilizado para frenar la ola de violencia

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la Escuela de Pos Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca en la Mención de Derecho Penal y Criminología.

contra la mujer; para ello ha sido necesario hacer uso del Derecho Penal como una solución al problema de la violencia, incluyendo al catálogo penal el artículo 121-B; iniciando desde su incorporación en el año 2008 una serie de modificaciones, esperando pacientemente el legislador que en algún momento tiempo espacio, los índices de violencia disminuyan.

Como punto de partida se describe los antecedentes históricos del artículo 121-B del Código Penal y sus posteriores modificaciones, se determinan los aspectos de violencia y la ley que tiene como objetivo prevenirla, sancionarla y erradicarla, se analiza también los aspectos del derecho a la defensa y los fundamentos de la teoría del Derecho Penal Simbólico.

Palabras clave: Violencia contra la mujer, violencia contra los integrantes del grupo familiar, derecho a la defensa, derecho penal simbólico.

Abstract: *The present work develops the problematic of violence in society, having as a passive subject of it the woman and the members of the family group; In this context, the mechanisms that the State has used to stop the wave of violence against women are analyzed; for this it has been necessary to make use of Criminal Law as a solution to the problem of violence, including the penal catalog article 121-B; starting from its incorporation in 2008 a series of modifications, patiently waiting for the legislator that at some point time space, the violence rates decrease.*

As a starting point, the historical background of article 121-B of the Penal Code and its subsequent modifications is described, the aspects of violence are determined and the law that aims to prevent, punish and eradicate it, also analyzes the aspects of the right to defense and the foundations of the theory of Symbolic Criminal Law.

Key words: *Violence against women, violence against members of the family group, right to defense, symbolic criminal law.*

I. Introducción

En la actualidad y sobre todo en nuestra sociedad es común escuchar la palabra violencia, esta palabra se ha puesto tan de moda, que todo acto realizado puede constituir un rasgo de violencia. Entendamos que la violencia se puede manifestar de diferentes maneras, entre ellas

la violencia física y psicológica. Por esta razón la violencia es un rasgo de poder ejercido por una persona a otra ya sea masculina o femenina.

La violencia en cualquiera de sus manifestaciones es como un cáncer que corroe la sociedad, es del todo sabido, que ninguna ley, o incorporación de un artículo al Código Penal hará que los índices de violencia disminuyan o desaparezcan; la preocupación se agudiza cuando se utilizada el derecho penal como única solución a los problemas sociales, no hay nada más alejado de la realidad que considerar a la pena como reparadora del daño causado.

II. Antecedentes históricos de la incorporación del Artículo 121-B al Código Penal

La primera incorporación del Artículo 121-B al Código Penal se produce a través de la Ley N.º 29282 el 27 de noviembre del año 2008, donde el artículo 10º de la citada Ley prescribe: “Incorporación del artículo 121º -B en el Código Penal”; incorpórese el artículo 121º -B en el Capítulo III del Título I del Libro Segundo del Código Penal, con el siguiente texto: “Formas agravadas. Lesiones graves por violencia familiar: Artículo 121º -B. El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75º del Código de los Niños y Adolescentes. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de quince años”. Esta incorporación se diferencia del tipo básico por el contexto en el que se produce la violencia, vale decir que los daños graves que se producirán en el cuerpo o en la salud deben darse bajo el contexto de violencia familiar.

Sin embargo el artículo 121-B luego de su incorporación fue modificado el 23 de noviembre del año 2015, por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30364 cuyo texto prescribe lo siguiente: “Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar: en los casos previstos en la primera parte del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años cuando la víctima:

1. Es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B. 2. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente. 3. Depende o está subordinado” cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, la pena será no menor de doce ni mayor de quince años.

En la modificatoria que se produce el año 2015, el artículo 121-B incorpora un término particular que no se regulaba en el tipo penal anterior y mucho menos en el tipo base, nos referimos al término “*lesión*”.

Para llegar al actual artículo 121-B, se produjo una nueva modificatoria⁽¹⁾ incorporando el Decreto Legislativo N.º 1323 lo siguiente: “En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121º se aplica pena privativa (...)”. Inferimos que hasta la tercera modificatoria del mencionado artículo, se ha ido incorporando la agresión que sufriría la mujer o el integrante el grupo familiar.

III. Determinar los aspectos de la violencia

El ser humano vive obsesionado por la inmensidad del mundo, arrastra los ejes del sueño de la mente, acarreando gloria y destrucción a su paso, enfrentando día con día su destino, inmiscuido en dos dimensiones diferente aunque no incompatibles, a lo que el profesor Gracia Martín denomina mundo físico-natural y mundo social o socio-político; en este aspecto el ser humano está influenciado por las leyes de la naturaleza y a la vez por las leyes creadas por él para vivir en sociedad.

La naturaleza del ser humano por los agregados psicológicos que lo conforman se inclina por desarrollar en el mundo físico y mental situaciones violentas, que lo apartan del equilibrio de las leyes naturales como de las sociales. Actualmente se habla de actos de violencia física (golpes, empujones, patadas), como psicológica (insultos, humillaciones, amenazas).

⁽¹⁾ 06 de enero de 2017.

Hemos hecho parte de nuestro vocabulario diario la palabra violencia; pero ¿conocemos en realidad todo el ámbito social y jurídico que abarca?, ¿cuál es nuestro concepto de violencia?, qué tan cerca está este concepto de lo que representa en la realidad.

Es importante definir el significado de violencia, en la Ley de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar la define como:

“Cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...)”⁽²⁾; pero para entender a cabalidad este concepto debemos remontarnos a los inicios de la historia humana, la cual está plagada de guerras, esclavitud, matanzas, vejaciones, discriminación ya sea a nivel individual o colectivo.

Siendo que las acciones encaminadas a producir actos de violencia “no son hechos aislados, sino experiencias que millones de personas han experimentado alguna vez, dando lugar al sufrimiento y muerte de seres humanos en todo ámbito y nivel de nuestra geografía terrena” (Ríos y Molina, 2018, p. 17). Estas son acciones cometidas por otro ser humano o por un grupo de estos, convirtiéndonos en la única especie viva orientada a destruirse.

He ahí la importancia de las normas reguladoras de la conducta humana, la importancia de la norma jurídica enfocada en evitar la violencia innecesaria en la sociedad; pero si hablamos de una violencia innecesaria aceptamos la existencia de una violencia necesaria, tal es así que la acción más violenta del ser humano es la guerra y aun ésta debe desarrollarse bajo determinados parámetros y con el cuidado del cumplimiento de las normas de guerra; su incumplimiento conllevará a una sanción.

La violencia no es un tema que se venga a descubrir en la actualidad, sino todo lo contrario se ha redescubierto; en los inicios de la humanidad la violencia ha formado parte integrar de la vida del ser humano. Si determinamos a cabalidad que es la violencia podemos definirla como un comportamiento deliberado que se muestra en todo contexto social,

⁽²⁾ Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, artículos 5 y 6.

y vendría a ser el uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o imponer algo.

Recordemos a Hegel (1993) que al reflexionar sobre la violencia manifiesta:

Como ser viviente, en verdad, el hombre puede ser sojuzgado; es decir, que su lado físico, por lo tanto exterior, puede estar reducido al poder de otro. Pero la voluntad no puede, en sí y para sí, ser violentada, sino solamente en tanto no se retrae de la exterioridad en la cual está unida estrechamente o de su representación. Sólo quien se quiera dejar violentar, puede de algún modo ser violentado (p. 107).

De lo anteriormente señalado se deduce que si bien la violencia se produce en un nivel físico también abarca un nivel interior, librándose una batalla en la cual las acciones del agresor deben de ser de tal profundidad que reducirán la voluntad del sujeto agredido y se producirá una violencia que afecte su ser.

La violencia es todo acto que guarda relación con la práctica de la fuerza física o verbal sobre otra persona, animal u objeto; originando un daño sobre los mismos de manera voluntaria o accidental. Se concluye entonces que la violencia es una acción humana con representación en el mundo físico que para cumplir su finalidad merma, hiere o destruye la capacidad física o interna del sujeto agredido, que terminan por minar la dignidad del ser humano en diversos campos o contextos sociales.

3.1. Clasificación de la violencia

La palabra violencia según la Real Academia de la Lengua proviene del Latín *violentus*, dicese de la persona que actúa con ímpetu, fuerza y se deja llevar por la ira; finalmente el término violencia no es jurídico sino que tiene como núcleo calificar a una persona que se deja llevar por sus impulsos.

La Organización Mundial de la Salud en el año 2003 utiliza el planteamiento de Heise en el que se propone un modelo de explicación de la violencia, atendiendo a los siguientes: el microsocio; el mesosocio, el macrosocio, el histórico o cronosistema. Sin embargo, nuestro sistema

jurídico al amparo de la Ley N.º 30364 señala en el artículo 8º hasta cuatro tipos de violencia que mantiene el contexto y el tipo de daño: violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica o patrimonial.

Estas modalidades de violencia conllevan a determinar consecuencias en el ámbito jurídico, desde la incorporación de medidas de protección a la parte agraviada, hasta la investigación penal por el delito de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar, la pregunta es: ¿por qué entonces sigue habiendo actos violentos?, al parecer la solución a tal interrogante no se encuentra ni en la Ley N.º 30364 y tampoco en el artículo 121-B del Código Penal.

IV. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su reglamento

Teniendo en cuenta los conceptos ya descritos en los que definimos que es violencia, así como su clasificación desde el marco de la Ley N.º 30364; encontramos un instrumento que sirve para medir el grado de violencia al cual se encuentra expuesta la víctima nos referimos a: “La ficha de Valoración de Riesgo (FVR)”;

documento que es aplicado por quienes operan las instituciones de la administración de justicia, el cual tiene como finalidad detectar y medir los riesgos a los que está expuesta una víctima respecto de la persona denunciada. Su aplicación y valoración se encuentra orientada a otorgar medidas de protección con la finalidad de prevenir nuevos actos de violencia.

Este instrumento valora los niveles de violencia en razón a diecinueve preguntas que en su mayoría están dirigidas a descubrir una violencia psicológica, que en conjunto suman cuarenta y cuatro puntos los cuales se dividen en tres categorías: riesgo leve de 0 a 12, riesgo moderado de 13 a 21 y riesgo severo de 22 a 44. Esta división en categorías es necesaria para la toma de decisiones en relación a las medidas de protección.

Otro de los instrumentos con los que se mide el nivel de violencia son los informes sobre el estado de la salud mental de la víctima, estos

informes emitidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público o por establecimientos públicos de salud, centros parroquiales, establecimientos privados o el Centro de Emergencia Mujer, los cuales tendrán un valor probatorio cuando se deba emitir las medidas de protección.

Así mismo encontramos que la declaración de la víctima tiene carácter suficientemente probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia, en cuanto no se presenten razones objetivas que demuestren lo contrario.

V. El derecho a la defensa

La Constitución Política del Perú regula el derecho a la defensa en el artículo 139^o inciso 14, que es desarrollado por el Tribunal Constitucional⁽³⁾, el cual desarrolla como derecho a la defensa el no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

El artículo 13 de la Ley N.º 30364 refiere que para el desarrollo del procedimiento en caso de actos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar se utilizarán de manera supletoria las normas previstas en el Código Procesal Penal, que el en su artículo IX del Título Preliminar refiere: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comuniquen de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa, intervenir en la actividad probatoria”.

El Reglamento de la Ley N.º 30364, establece que: “El Juzgado de Familia puede realizar audiencia con la sola presencia de las víctimas

⁽³⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 01147-2012-PA/TC.

o sin ellas en el plazo de 72 horas; y a la vez recibido un caso de riesgo severo de acuerdo a la ficha de valoración de riesgo, el Juzgado de Familia adopta de inmediato las medidas de protección o cautelares que correspondan a favor de la víctima.

En consideración a lo expuesto, existe vulneración al derecho a la defensa en su dimensión material, puesto que tal y como lo establece la Ley N.º 30364 la audiencia de medidas de protección se realizará con la sola presencia de las víctimas o sin ellas, lo que implica que el operador de justicia puede encontrar en la declaración de la víctima valor probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

La norma prescribe que en los casos de riesgo severo en función a la calificación de la ficha de valoración de riesgo (22 a 44) se dicta medidas de protección o cautelares si lo requiriese el caso de forma inmediata, negando al denunciado su derecho a conocer la imputación formulada es decir el denunciado conocerá la denuncia por violencia familiar cuando se hayan dictado las medidas de protección o cautelares en su contra y estas le sean notificadas a su domicilio real.

A la vez tenemos que la Ley deja en claro un estado de indefensión al denunciado ya que no solo se le priva de una defensa técnica y la presentación de medios probatorios pertinentes que le permitan defender sus derechos, sino que a la vez lo expone a ser víctima de una posible denuncia infundada, entendiéndose que para la interposición de la denuncia no es exigible presentar resultados de exámenes físicos, psicológicos, pericias de cualquier naturaleza o mostrar huellas visibles de violencia.

Para Barney (2015) el derecho a la defensa se define como:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (p. 3).

En cuanto este autor hace referencia concluimos: “en condiciones de plena igualdad”; la Ley N.º 30364, vuelve a vulnerar el derecho fundamental a la defensa.

VI. La incorporación del artículo 121-B al Código Penal como parte de un Derecho Penal Simbólico

En el ámbito de la sociedad la manifestación de lo político guarda relación con el poder; la política criminal es: “Aquel saber, que tiene por objeto la acción humana en cuanto se trata de evitar las consideradas gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad” (Sánchez Ostiz, 2008, p. 387), en otras palabras se determina como su objeto la prevención de actos humanos que se consideren delitos.

El legislador tomó como base las cifras emitidas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) a través de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – 2015, que tiene como estudio demostrar que 7 de cada 10 mujeres alguna vez sufrieron algún tipo de violencia por parte del esposo o compañero; incluido que el 67.4% ha sufrido alguna forma de violencia psicológica o verbal. Los medios de comunicación bombardean a la sociedad con noticias en las cuales las víctimas son mujeres y las agresiones en muchos de los casos se dan en el seno familiar.

Empero la realidad como siempre supera cualquier mecanismo legal que se quiera utilizar para erradicar la violencia, por lo que se evidencia que lo establecido en la Ley N.º 30364 viene fracasando en su objetivo el cual no responde a una solución adecuada al problema de la violencia.

Estos esfuerzos por querer regular las conductas con más tipos penales, ha dado como resultado la expansión del derecho penal y la promulgación de tipos penales simbólicos, que no resuelven el problema de la criminalidad, sino que dan un mensaje subliminal y de tranquilidad esporádica a la población haciendo creer que al criminalizar más las conductas se combate la delincuencia.

6.1. El Derecho Penal Simbólico

El derecho penal simbólico se manifiesta en las últimas décadas, donde las “leyes consideradas simbólicas no son infrecuentes o consideradas como un golpe en el vacío” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28). Es necesario primero aclarar el concepto de símbolo; ya que; al

considerar este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno se lo utilizaría en un concepto más amplio, y distinto de aquello que determinaría al derecho penal o parte de éste como solo simbólico.

Desde un concepto no jurídico la Real Academia de la Lengua establece que la palabra símbolo proviene del latín *symbolus* y este del griego *σύμβολος* (*sýmbolos*), que la define como un elemento u objeto material que por convención o asociación se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición o forma expresiva que introduce en las artes figuraciones representativas de valores y conceptos, y que a partir de la corriente simbolista, a fines del siglo XIX, y en las escuelas poéticas o artísticas posteriores utiliza la sugerencia o la asociación subliminal de las palabras o signos para producir emociones conscientes.

Hassembler (1995) afirma: “el propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de “simbólico” o “legislación simbólica” (p. 28); en tal sentido empezamos por determinar el concepto de “símbolo” o “simbólico”.

En estas circunstancias el fenómeno de Derecho simbólico, se trataría de una oposición entre “realidad” y “apariencia” entre “manifiesto” y “latente”, entre “lo verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se conocería de los efectos reales de las leyes penales. “Simbólico” se asocia con “engaño”, tanto en sentido transitivo como reflexivo” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28).

Para construir el concepto de Derecho Penal simbólico, entendemos que “este tipo de derecho penal está orientado a las consecuencias” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28). Aquí existe una brecha entre el fortalecimiento simbólico de las normas y la seguridad de su cumplimiento más no en un estudio político criminal, por ello hablamos de leyes que no están en situación de efectuar cambios y las cuales solo tendrían funciones simbólicas; este aspecto queda demostrado con la incorporación del artículo 121-B al Código Penal, por lo que afirmamos sin temor a equivocarnos que desde el año 2008 hasta la actualidad los índices de violencia no han disminuido, al contrario ha ido en aumento.

6.1.1. Clasificación de las normas que responden a un Derecho Penal Simbólico

Existe una clasificación por medio del cual se puede determinar si una norma responde al derecho penal simbólico, para Hassemer (1995) esta clasificación sería así:

- Leyes de declaración de valores: tenemos como ejemplo la norma penal del aborto, que se debate entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado.
- Leyes con carácter de apelación: se presenta en este punto como ejemplo el derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes.
- Respuestas sustitutorias del legislador: son leyes que sirven de coartada, leyes de crisis como por ejemplo leyes contra el terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas.
- Leyes de compromiso: en este caso se manifiestan cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tiene un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar.

Este fenómeno se produce en nuestra realidad, con el planteamiento de normas penales sin un adecuado estudio político criminal. Se debe considerar que para la atención concreta de la conducta prohibida el tipo penal vendría a ser “la materia de la prohibición de las prescripciones jurídico penales, esto es quien realiza un tipo penal” (Roxin, 1979, p. 4), es decir quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma.

VII. Conclusiones

- La incorporación del artículo 121-B al Código Penal en el año 2008 y sus siguientes modificatorias, no han podido frenar la violencia que azota nuestra sociedad.

- Al referirnos al derecho penal simbólico encontramos una oposición entre realidad y apariencia; entre lo que sucede en la realidad y lo que el Legislador a regulado como leyes para mitigar los índices de violencias.
- La Ley N.º 30364 tiene como objetivo erradicar, prevenir y sancionar la violencia, su finalidad no se viene cumpliendo, en tanto los índices de violencia en contra de la mujer y los integrantes del grupo familiar han ido en aumento.
- El derecho a la defensa no debe ser vulnerado, si esto pasa estaríamos retrocediendo en el tiempo; como defensores de un Estado Constitucional y de Derecho se exige que se trate al ser humano con la categoría que el derecho le ha dado esto es como persona humana.

VIII. Lista de referencias

- CRUZ BARNEY, O. (2015). *Defensa a la Defensa y Abogacía en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HASSEMER, W. (2003). *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- HEGEL, G. W. (1993). *Filosofía del Derecho*. San José-Buenos Aires: CLARIDAD.
- RAMOS RÍOS, M., & Ramos Molina, M. (2018). *Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Lima: Lex & Iuris.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. (D. Luzón Peña, Trad.) Civitas.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P. (2008). Política Criminal sobre la base de principios. *Revista Peruana de Ciencias Penales Número 20*, 563.
- TERRADILLOS BASOCO, J., HASSEMER, W., BARATTA, A., y otros. (1995). *Pena y Estado, Función Simbólica de la Pena*. Santiago: Jurídica Conosur Ltda.

La ejecución provisional de las penas privativas de libertad suspendida

The provisional execution of the privative penalties of suspended freedom

CHACÓN NÚÑEZ, Edwin Sergio(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. La Ejecución de Sentencias en el Nuevo Código Procesal Penal. IV. Eficacia de la Ejecución de las Sentencias Provisionalmente. V. La Ejecución de las Sentencias y su relación con la Acción Penal. VI. Constitucionalidad de la Ejecución Provisional de las Sentencias Condenatorias. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo abordaremos sobre la eficacia jurídica o no de la ejecución provisional de las sentencias condenatorias que aún no han tenido el atributo de firmes o la calidad de cosa juzgada, su problemática al ser aplicada así como las antinomias que se presenta en el Código Procesal Penal entre los preceptos normativos que la constituyeron y los que no la permiten, su desarrollo doctrinario a través de diferentes acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú además por plenos Dis-

(*) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría y doctorado en la misma universidad, actualmente Juez Titular del Juzgado de Investigación Preparatoria de Celendín. Edwin_schn@yahoo.es

triales, por último un análisis de constitucionalidad o convencionalidad y la posibilidad de recurrir a la institución del control difuso para su inaplicación.

Palabras Clave: Eficacia, Cosa Juzgada, Provisionalidad, Inicio de la acción de la pena.

Abstract: *In this article we will deal about the legal effectiveness or not of the provisional execution of the condemnatory sentences that have not yet had the attribute of firm or the quality of res judicata, its problematic when applied as well as the antinomies that appears in the Criminal Procedure Code between the normative precepts that constituted and those that do not allow it, its doctrinal development through different plenary agreements issued by the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru as well as by District plenums, finally an analysis of constitutionality or conventionality and the possibility of resorting to the institution of fuzzy control for its inapplicability.*

Key words: *Efficacy, Thing Judged, Provisionality, Beginning of the action of punishment.*

I. Introducción

El Diseño Procesal Penal que actualmente nos rige está enfocado a hacer que la justicia penal sea más célere, como lo establece el artículo I del Título Preliminar del citado *corpus* adjetivo penal cuando nos indica: “*La Justicia Penal (...) se imparte (...) dentro de un plazo razonable*”; no obstante, ello no puede ser óbice para violentar los principios y derechos establecidos en la Constitución Política del Perú relacionados básicamente al Derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad y a la pluralidad de la instancia (establecidos en el artículo segundo inciso 24) literal “e” y artículo 139º inciso 6) de la Constitución Política del Perú). En ese contexto en el presente documento se desarrolla los argumentos encaminados a cuestionar la constitucionalidad y eficacia del artículo 402º y 412º del Código Procesal Penal relacionados a la ejecución provisional de la condena aún no declarada consentida o ejecutoriada.

II. Antecedentes

El tema en comento va a girar como ya se ha anotado en torno a si las sentencias condenatorias se ejecutan provisionalmente aún si las mismas hayan sido impugnadas, es pues así que se tiene como antecedente La ejecutoria 2476-2005- Lambayeque que instauró: “(...), *es de tener presente el artículo trescientos treinta del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria, como en el caso, se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo doscientos noventa y tres del Código de Procedimientos Penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se abuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida (...)*” (Perez Arroyo, 2009; p. 50)

Respecto a ello cabe indicar que efectivamente constituyó un aporte a la forma como se ejecutan las sentencias bajo el Código de Procedimientos Penales, relevante aún ahora para los procesos en liquidación del antiguo sistema procesal penal, máxime si es una ejecutoria de la Sala Suprema Penal Permanente y que según el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone: “*Es Jurisprudencia de obligatorio cumplimiento las resoluciones emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan*”. La Jurisprudencia puede servir de fuente inspiradora (material) de la nueva legislación, y, si se

trata de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es también fuente independiente, formal, de Derecho Positivo, conforme al citado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (Torres Vásquez, 1999; p. 527)

Hacer pues una remembranza del antiguo sistema procesal penal involucra inexorablemente conllevarnos a establecer los largos plazos de conclusión de los procesos penales, sumarios como ordinarios, basados en un juez instructor que dirigía la investigación, sentenciaba y ejecutaba, aunado a la sobre carga procesal conllevaban muchas veces a hacer inejecutables las sentencias emitidas.

Resolver oportunamente un conflicto de intereses a través de una sentencia conforme al Derecho como a la Justicia y que esta se cumpla es una expresión de eficacia; no obstante, las formas del antiguo sistema de procedimientos penales se convertiría en una limitación para lograrlo asociada a la impugnación, mal entendida, la cual se había convertido en un mero artificio legal para cuestionar las decisiones con fines dilatorios. En esa orientación la ejecutoria antes citada se justificaba dado la vetusta e inoperativa normatividad procesal.

III. La Ejecución de Sentencias en el Nuevo Código Procesal Penal

Aludiremos para ello al Acuerdo Plenario N.º 10-2009/CJ-116; cuyo asunto fue la ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio, que en su fundamento jurídico ocho –“A” estableció que “Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo— así lo dispone el artículo 402º. 1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 412º. 1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativa de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31º. 3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29º y 30º del Código Penal –en adelante, CP— se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se

impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402º. 2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288º NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418º. 2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme”. Sobre esto hay que hacer las siguientes precisiones que reza la doctrina: 1) El mencionado acuerdo plenario entre otras conclusiones indica que ha establecido doctrina legal y que la doctrina legal antes mencionada debe ser invocada por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico. 2) El artículo 116º denominado Pleno Jurisdiccional, ha establecido que “Los Integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial” y 3) Los efectos de los acuerdos adoptados en el Acta de Sesión Plenaria no poseen fuerza vinculante para la resolución de un caso en particular; sin embargo orientan a los Magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo cual conlleva a la predictibilidad de las resoluciones judiciales⁽¹⁾.

Si bien existen normas en el código procesal penal referidas a ejecución provisional de las sentencias como son el artículo 402º y 412º antedichos en el acuerdo plenario, pero como se verá no fue objeto de debate jurídicamente el artículo 489º del Código Procesal Penal, que establece: “La ejecución de las sentencias condenatorias firmes, salvo lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal respecto de los beneficios penitenciarios, SERÁN DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA”; por lo cual es el propio código procesal penal quien mantiene antinomias en su texto, pues en dicho articulado textualmente determina

(1) Diplomado de actualización en “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema” INACAP.

que la sentencia para su ejecución debe estar firme, es decir que tiene que tener la calidad de cosa juzgada (consentida o ejecutoriada), cuyos actos procesales son forjados y declarados por los Juzgados Penales Unipersonales o Colegiados cuando no hay impugnación y por la Sala Penal de Apelaciones cuando lo hay o por la Corte Suprema vía recurso extraordinario de casación; como se repite el citado acuerdo plenario no menciona este artículo, entendemos que ello obedece a que el tema a resolver era la pena de Inhabilitación, máxime si el acuerdo data de 2009, tampoco fue analizado los efectos de la impugnación que establece el artículo 418º que contempla: “1. *El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias (...)* 2. *Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de la libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente (...)*”. De ello se advierte que la única excepción para su ejecución provisional son la sentencias condenatorias a pena privativa de la libertad con carácter de efectiva, guardando así dicho artículo armonía con la firmeza de la sentencia que se pregona.

Aunque el suscrito acoge la posición de la firmeza de la sentencia condenatoria, cabe también hacer mención que este tema controvertido ya ha sido objeto de pronunciamiento por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca en el expediente 006-2012- Celendín, cuya inclinación ha sido por la ejecución provisional de las sentencias, pero en una posición más pacífica o salomónica se ha pronunciado el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de Arequipa 2014 cuyo tema fue “Cómputo del plazo de la pena privativa de libertad impuesta con carácter de suspendida” que por mayoría adoptó la postura de exhortar a los señores jueces a decidir en sus sentencias de modo expreso si la condena a pena privativa libertad suspendida en su ejecución deberá ser cumplida provisionalmente aun cuando fuere impugnada o si su cumplimiento será exigido desde que la sentencia sea confirmada.

IV. Eficacia de la Ejecución de las Sentencias Provisionalmente

De los compartidos acuerdos plenarios existe pues una marcada posición por la ejecución provisional de la sentencia pese a la interpo-

sición de un recurso impugnatorio en su contra; sin embargo, ello trae consigo varios problemas procesales como son: 1) que las sentencias por regla son emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Colegiados, (salvo las de Terminación Anticipada de forma excepcional por los Juzgado de Investigación Preparatoria), y el recurso impugnatorio se presenta ante estos mismos despachos, por lo que el expediente judicial que contiene la sentencia impugnada está bajo su competencia y recién cuando se absuelve el grado retorna al Juzgado de Investigación Preparatoria para su ejecución; por lo que cabe la pregunta ¿Cómo se ejecutaría la sentencia si el Juzgado de Investigación Preparatoria no tiene conocimiento de ello?, ante tal escenario se tendría que diseñar mecanismos procesales que no están aún regulados en el Código Procesal Penal. 2) ¿qué pasaría si se ejecuta provisionalmente una sentencia condenatoria no consentida? Verbigracia una sentencia con pena suspendida en su ejecución bajo el cumplimiento de reglas de conducta y ante el no cumplimiento de las mismas, durante el periodo de prueba impuesto, como podría ser el no pago de la reparación civil u otras reglas de conducta se opta por la revocación de la pena por carácter de efectiva, pero al absolverse el grado, por la impugnación, el sentenciado es absuelto de la pretensión penal o el proceso es declarado nulo. 3) Nuestro código penal establece un catálogo de tipos penales como el delito contra el Patrimonio en su modalidad de usurpación, cuya incidencia no son pocos dado nuestra jurisdicción y/o realidad, delitos que en su fase de ejecución de sentencia implica el lanzamiento y ministración de posesión definitiva. Situación que involucra en la praxis una suerte de incertidumbre jurídica que torna en ineficaz la ejecución provisional de las sentencias mientras no adquieran firmeza.

V. La Ejecución de las Sentencias y su relación con la Acción Penal

Para mayor abundancia corresponde instituir que el artículo 78º inciso 2) del Código Penal establece que la acción penal se extingue por autoridad de Cosa Juzgada; es decir inmediatamente después de extinguida la acción se daría inicio la acción respecto de la pena, bajo

este diseño del Código Penal se pueden computar los plazos sin mayores dificultades verbigracia para determinar el cómputo de la prescripción de la pena el artículo 86º del Código Penal plasmó que: “*El plazo de prescripción de la pena (...) se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme*”, posición también asumida en numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tan sólo para citar un ejemplo en el Exp. Nro. 03097-2010-PHC/TC; por lo que nuestro código penal con suma luminosidad ha fijado el inicio de la acción de prescripción de la pena, no obstante, el código procesal al contemplar la ejecución provisional ha generado una manifiesta colisión con la parte sustantiva penal.

VI. Constitucionalidad de la Ejecución Provisional de las Sentencias Condenatorias

Si bien se hace necesario establecer fórmulas procesales penales a fin de lograr que las sentencias se ejecuten oportunamente; sin embargo, estas normas deben estar siempre en armonía con la constitución tal como lo hace ver la Sentencia del Tribunal Constitucional que estatuyó “*El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, (...) se menciona que -ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución. (...) El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el arret -Hornsby c/ Grecia-, sentencia del 13 de marzo de 1997, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues -sería ilusorio- que el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes (...). (...) Como afirma el Tribunal Constitucional español, “Cuando este deber de cumpli-*

miento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes” Exp. N.º 015-2001-AI/TC, Exp. N.º 016-2001-AI/TC, Exp. N.º 004-2002-AI/TC COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO (ACUMULADOS) FUNDAMENTOS 8, 11 y 12. En la misma línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafos 195 y 196) La Corte Interamericana estableció lo siguiente: “*La Corte recuerda que el principio de “cosa juzgada” implica la intangibilidad de una sentencias sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia...*” Por lo que hasta esta parte podemos concluir que la cosa juzgada constituye un principio de la tutela procesal efectiva necesaria para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales (Conditio sine qua non), no seguir dicho procedimiento vicia de inconstitucionalidad o inconveniencia dicho procedimiento, por vulnerar el contenido de los derechos protegidos como son el principio de inocencia y el derecho a la pluralidad de instancia recogido en el inciso 2º del artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y normas constitucionales nombradas en acápite antecedentes ut supra y que de igual forma han merecido un desarrollo por el artículo II inciso 1) del Título Preliminar del Código Procesal Penal que contempla que: “*Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme (...)*” en consonancia con el artículo X que establece que las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación. En definitiva tratándose de la ejecución de sentencias y que van a constreñir derechos como la libertad ambulatoria lo más saludable jurídicamente es que se ejecute una vez que ha quedado consentida o ejecutoriada, teniendo como agregado que las normas en materia penal no se interpretan en perjuicio del investigado.

La normatividad sujeta a análisis y su constitucionalidad puede tener un parangón con lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mohamed Vs. Argentina, que determinó que es inconveniente la condena del absuelto en segunda instancia, ello se trae a colación debido a que nuestro código en su artículo 425° inciso 3) literal b) contempla dicha figura, pero ello encontraría su explicación en que estamos ante un mal compendio penal que ha sido estructurado sin una alineación constitucional y que con la madurez del tiempo en su aplicación se está revelando.

La ejecución provisional de las sentencias de igual forma no resulta proporcional pues el fin que se persigue que es que las sentencias no sean meramente declarativas sin efectividad alguna no puede violentar el efecto de la cosa juzgada que impide la modificación sea por actos de otros poderes públicos, de tercero, incluso de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso como lo establece el Tribunal Constitucional- derecho a la firmeza de la sentencia-; en su modalidad de medio - medio el boceto procesal ha desarrollado mecanismos igual de eficaces para llegar pronta y oportunamente a la expedición de una sentencia a través del proceso especial inmediato y herramientas jurídicas como la acusación directa, etc. y por último en lo concerniente a la ponderación la cosa juzgada garantiza mejor los principio -derechos a la pluralidad de instancia y presunción de inocencia versus una presunta tutela jurídica bajo la ejecución provisional y el plazo razonable. Con lo cual no queda satisfecho la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha de la ejecución provisional de sentencias.

Punto a parte nos merece plasmar que actualmente la cosa juzgada viene siendo cuestionada a través de procesos constitucionales tales como el amparo y hábeas corpus, ejemplo de este último es el Expediente Nro. 39-2012- Celendín, donde se anuló una condena de treinta años de pena privativa de la libertad efectiva que fuera impuesta por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, a través de un hábeas corpus, y en un nuevo pronunciamiento de otra Sala se evacuó una sentencia absolutoria, situación que se trae a propósito pues si se conculca la cosa juzgada a través de procesos constitucionales cuan menos la ejecución provisional de sentencias (principio el que puede lo más puede lo menos), tema que lo desarrollaremos en otra oportunidad.

VII. Conclusiones

- La ejecución provisional de sentencias podría haber tenido un fundamento en el antiguo código de procedimientos penales, debido a que se contaba con un juez instructor que dirigía la investigación, sentenciaba y se encargaba de la ejecución.
- En el Código Procesal Penal existe una antinomia entre los artículos 402° y 412°, que establecen la ejecución provisional de sentencias, con los artículos 418° y 489°, que establecen que las sentencias deben quedar firmes para su ejecución.
- No resulta eficaz la ejecución provisional de las sentencias, pues la impugnación las podría modificar no habiendo así seguridad jurídica
- La ejecución provisional de las sentencias colisiona con el cómputo del inicio de la prescripción de la pena, que parte desde la cosa juzgada.
- La ejecución provisional vulnera la presunción de inocencia y la pluralidad de instancia consagrado en la Constitución Política del Perú.
- No supera el test de proporcionalidad la ejecución provisional de sentencias.
- En el Código Procesal Penal existen igualmente procesos rápidos, como el inmediato, que garantizan una ejecución oportuna de las sentencias.
- Es legítimo la aspiración de la parte afectada a una justicia rápida, pero respetando garantías procesales mínimas.
- El rol del Ministerio Público se convierte en relevante, por ser el titular de la acción penal, a fin de lograr que la parte afectada sea resarcida más aún si tiene el encargo procesal de la ejecución de sentencias.

VIII. Lista de referencias

PÉREZ ARROYO, Miguel. (2009) *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante (2004-2008)*. Lima: Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. (1999) *Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho*. Lima: Editores Palestra.
- INCAP S/d: Diplomado de actualización en “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema.
- Corte Suprema de Justicia de La República- Sala Penal Permanente. R.N. N.º 2476-2005- Lambayeque. Lima, 20 de abril de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de la República, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N.º 10-2009/CJ-116, Lima, 13 de noviembre de 2009.
- Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de Arequipa 2014. Tema N.º 3: Cómputo del plazo de la pena privativa de libertad impuesta con carácter suspendido. Arequipa 26 de setiembre de 2014.
- Tribunal Constitucional, Exp. Nro. 03097-2010-PHC/TC.- Cuzco- Caso Domingo Morales Alagón, Lima 7 de Octubre de 2010.
- Tribunal Constitucional, Exp. N.º 015-2001-AI/TC, Exp. N.º 016-2001-AI/TC, Exp. N.º 004-2002-AI/TC, Colegio De Abogados de Ica, Defensoría Del Pueblo (Acumulados) Fundamentos 8, 11 y 12, Lima 29 de Enero de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafos 195 y 196.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mohamed Vs. Argentina, sentencia de 23 de noviembre de 2012.

Distinción entre prueba ilícita y prueba irregular

Distinction between irregular test and illicit

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Prueba Ilícita. 2.1. Nociones generales de la prueba ilícita. 2.2. Concepto de prueba ilícita. 2.3. La regla de la exclusión de prueba ilícita. 2.4. El efecto reflejo de la prueba ilícita. III. Prueba Irregular. 3.1. Nociones generales de la prueba irregular. 3.2. La prueba irregular en el proceso penal peruano. 3.3. El problema sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo, tiene como propósito dar luces de los alcances establecidos doctrinaria y jurisprudencialmente sobre qué es prueba ilícita, y a partir de ello establecer qué es prueba irregular, por lo que partiremos por diferenciar los alcances conceptuales que se le ha dado a la prueba ilícita, a fin de comprender su naturaleza y

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; egresado de la Maestría en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología; Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas – Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com

consecuencias jurídicas, así como analizar la regla de la exclusión de la prueba ilícita y las excepciones a dicha regla que conllevan a que éstas puedan ser incorporadas y valoradas en el acervo probatorio; para posteriormente llegar a establecer, que debemos entender por prueba irregular y cuál es el tratamiento que se le debe dar a esta en el proceso penal.

Palabras Clave: Derecho a probar, Prueba ilícita, Prueba irregular, regla de la exclusión.

Abstract: *The purpose of this article is to shed light on the scopes established doctrinally and jurisprudentially on what is unlawful evidence, and from there to establish what is irregular evidence, so we will start by differentiating the conceptual scope that has been given to the unlawful evidence, in order to understand its nature and legal consequences, as well as to analyze the rule of exclusion of illegal evidence and the exceptions to that rule that entail that they can be incorporated and valued in the body of evidence; to later come to establish that we must understand by irregular evidence and what is the treatment that should be given to it in the criminal process.*

Key words: *Right to try, Illicit evidence, Irregular evidence, exclusionary rule.*

I. Introducción

Conforme explicaba el Profesor Manuel Miranda Estrampes, hablar de la teoría de la prueba ilícita es adentrarnos en uno de los campos más complejos de la dogmática procesal, evidencia de ello, tenemos que en el transcurso del desarrollo doctrinario aún no existe un consenso unánime en cuanto al concepto y naturaleza jurídica de la prueba ilícita y, así pues, encontramos una concepción amplia y una concepción restrictiva, lo que va generar cierto grado de discusión en cuanto a las consecuencias jurídicas que estas generen.

Ahora bien, nuestra legislación procesal ha adoptado una concepción restrictiva de prueba ilícita, ello conforme se desprende de los establecido en el artículo VIII del Título Preliminar y el artículo 159º del Código Procesal Penal, los que refieren que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con

vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, hecho que ha sido ratificado por nuestro Tribunal Constitucional en la STC N.º 00655-2010-PHC/TC.

Sin embargo, el problema se presenta cuando en la obtención, acopio, inserción y valoración de la prueba simplemente se ha infringido una norma de rango legal que establece ciertas formalidades, sin vulnerarse un derecho fundamental, es decir, se ha producido una prueba irregular.

II. Prueba Ilícita

2.1. Nociones Generales de la Prueba Ilícita

Conforme señala Miranda Estrampes (2012; p. 65) la expresión “Prohibición Probatoria” fue acuñada a principios del siglo XX por Belling para referirse a la existencia de limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, ello debido a intereses contrapuestos de índole colectiva o individual. Hablar del reconocimiento de la prueba ilícita, es hablar de una gran proeza en el desarrollo y protección a los derechos fundamentales, y como consecuencia de ello, el respeto a la dignidad de la persona humana. Sin embargo, Tratar este punto resulta problemático en cuanto aún la doctrina no ha llegado a ser unánime, pues coexisten dos concepciones bien definidas.

2.2. Concepciones de Prueba Ilícita

Como señalamos precedentemente, el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, pues la doctrina aun no es unánime al momento de conceptualizar y delimitar a la prueba ilícita, y sus efectos dentro del proceso; sin embargo, diremos que, como apunta Castillo Gutiérrez (2014; p. 47), el dar un concepto de prueba prohibida o ilícita, significa abordar el problema desde el punto de vista del Derecho Constitucional y otro en el campo legal ordinario; partiendo desde esta perspectiva, tenemos que la doctrina ha desarrollado dos concepciones la cuales trataremos a continuación.

a) *Concepción Amplia*

Para un sector de la doctrina, la prueba ilícita implica una violación directa a la dignidad de la persona humana, ya que esta es contraria a una norma de derecho, es decir que ha sido obtenida o valorada atendiendo al ordenamiento jurídico, por lo cual esta no solo lesiona a normas de rango constitucional, sino también, a normas de rango legal.

Al respecto Miranda Estrampes (2004, p. 18) señala lo siguiente:

“[...] Partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, define la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales”.

b) *Concepción Restrictiva*

En contraposición a la concepción amplia de la prueba ilícita, y con el fundamento central de que no se debe ritualizar las formalidades del proceso, encontramos a la concepción restrictiva, la misma que señalan que será prueba ilícita aquella obtenida o practicada, con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Dicho criterio ha sido recogido en el inciso segundo del artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal, el mismo que establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, de igual forma, el artículo 159º del mismo cuerpo normativo señala que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Siendo ello, nuestro código adjetivo utiliza la denominación de prueba ilícita como aquella equivalente a la prueba obtenida y/o producida con vulneración no solo de un derecho fundamental, sino aquella que afecta del contenido esencial de estos.

Dicha concepción ha sido asumida por el tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia así por ejemplo podemos citar a la sentencia recaída en el expediente N.º 0655-2010-PHC/TC (Caso Alberto Quimper), la cual expresa lo siguiente:

“[...] la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona [...]”.

2.3. La Regla de la Exclusión de la Prueba Ilícita

La regla de la exclusión o *exclusionary rule* tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, inicialmente tuvo un anclaje constitucional en la IV enmienda, de la *Bill of Rights*, promulgadas en 1791, que se extendió también con posterioridad a la V y VI enmiendas de la constitución de EE.UU.

Así pues, en un Estado Constitucional de Derecho el interés de buscar la verdad a costas del desarrollo de un proceso penal, encuentra como límite el respeto de la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. La prohibición de la prueba ilícita tiene como misión tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado (*ius puniendi*). Desde este enfoque, Manuel Miranda Estrampes (2012; p. 70) señala que: “[...] la exclusión de la prueba ilícita introduce, un límite al principio de la libertad de prueba, basada en valores ideológicos derivados de la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad”.

En nuestro ordenamiento, encontramos dos supuestos expresos de prueba ilícita en nuestra Constitución Política, el primero contemplada en el inciso 10 del artículo 2 el cual consagra el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados;

el segundo supuesto lo encontramos reconocido en el literal h) del inciso 24 del artículo 2 que consagra el derecho a la libertad y seguridad personal.

2.4. El Efecto Reflejo de la Prueba Ilícita

Los efectos reflejos de la prueba ilícita también denominada pruebas ilícitas por derivación, es aquella prueba en sí misma lícita pero que su génesis se debe a otra que ha sido obtenida de manera ilícita, es decir, vulnerando derechos fundamentales.

Al respecto, Pablo Talavera (2009; p. 153) la define como “aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida”. El efecto reflejo de la prueba ilícita tuvo su origen en Estados Unidos bajo la denominada doctrina del “fruto del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree, o, fruit doctrine*). Cuyo origen se remonta al año de 1920 en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States*, en el cual se entregó documentación, cuya existencia había sido descubierta mediante un allanamiento ilegal realizado por la policía. Sin embargo, la expresión “fruto del árbol envenenado” fue utilizada como tal por vez primera en el caso denominado *Nardone Vs. United States*, en el cual el tribunal resolvió que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin mandato judicial, sino igualmente a otras evidencias a las que se hubiere llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

Siendo ello, la doctrina del “fruto del árbol envenenado” sostiene que no solo debe excluirse la prueba obtenida ilícitamente, sino también, aquellas pruebas que se deriven de esta; así, Luciano Castillo (2014; p. 53), citando a Jairo Parra Quijano sostiene que:

[...] Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas; que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas. Para acreditarse la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada.

III. Prueba Irregular

3.1. Nociones Generales de la Prueba Irregular

Al tratar el tema de la prueba irregular nos encontramos tal vez con uno de los temas que más controversia ha generado y sobre el cual poco se ha dicho o debatido, más aún, si el Código Procesal Penal por vez primera ha regulado de forma expresa a la prueba ilícita (limitándose a su concepción restrictiva) y a sus consecuencias, lo cual creemos que ha sido un gran desarrollo en el sistema procesal; sin embargo, dicha regulación obedece a una concepción restrictiva de la prueba ilícita, es decir, únicamente debe ser considerada como tal a aquella que vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental.

Así pues, la prueba irregular puede ser definida como aquella obtenida o practicada con inobservancia o vulneración de una norma de rango legal, o infringiendo un procedimiento establecido en la ley. En este sentido, Miranda Estrampes (2012; p. 67) la define como

[...] aquella caracterizada por ser una prueba obtenida o practicada con vulneración de normas procesales de rango ordinario que regulan la actividad probatoria –el procedimiento probatorio– pero sin afectación a derechos fundamentales. Irregularidad que no siempre conllevará la prohibición de admisión y/o de valoración de la prueba, a diferencia de los supuestos de prueba ilícita sometidos a la aplicación de la regla de exclusión (*exclusionary rule*). Otra diferencia sustancial reside en que mientras la prueba ilícita produce efectos reflejos o expansivos, por lo que su inutilización alcanza, también, a las pruebas lícitas derivadas obtenidas como consecuencia de una prueba ilícita anterior, dichos efectos no se predicán de la denominada prueba irregular.

Así podemos afirmar que, lo que caracteriza a la prueba irregular es que, “esta ha sido obtenida y/o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales” (Hernández Miranda, 2012, p. 38).

3.2. La Prueba Irregular en el Sistema Procesal Penal Peruano

Conforme lo mencionado anteriormente, el Código Procesal Penal, ha regulado a la prueba ilícita los artículos VIII del título preliminar, 159º; sin embargo, no existe pues, en nuestro Código Procesal Penal, un tratamiento ordenado y sistematizado de la prueba irregular; ni siquiera existe un artículo donde se la mencione como tal, aunque como menciona Dávalos Gil (2014, p. 212) “la mención del *nomem iuris* a veces no es necesaria cuando a partir de la prescripción legal respectiva, podemos afirmar que en determinado artículo de una ley se ha regulado determinada institución jurídica”.

Es preciso indicar que, existen opiniones que señalan que dicha regulación carecería de finalidad, toda vez que, al no estar regulada explícitamente la prueba irregular en el Código Procesal Penal, debe de incluirse dentro de la concepción de prueba ilícita aplicándose el mismo tratamiento jurídico, puesto que la prueba irregular es una modalidad de prueba ilícita; en contraposición a esta opinión, podemos señalar que el Código ha establecido taxativamente, en los artículos ya mencionados, que la prueba carece de efectos siempre que se haya vulnerado derechos fundamentales con lo cual ha dejado zanjada su postura con relación a la concepción restrictiva.

Más aún, si como señala, Miranda Estrampes (2012; p. 101), al hilo de este cuestionamiento el Tribunal Constitucional aborda el controvertido tema de la naturaleza y fundamento de la prueba prohibida, “una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de los derechos de rango legal o infralegal”. Vemos como el TC equipara prueba prohibida con prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, excluyendo de su concepto aquellas pruebas que aun habiendo sido obtenidas con infracción de normas legales no afectan a derechos fundamentales (pruebas irregulares). Asume, por tanto, la tesis que diferencia entre las pruebas ilícitas y las pruebas irregulares.

3.3. El Problema Sobre la Admisibilidad y Eficacia de la Prueba Irregular

Como apuntamos el tema de la admisibilidad de la prueba irregular ha generado marcadas posturas en la doctrina, sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular siendo las principales las siguientes.

a) *A favor de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular*

Esta postura se fundamenta principalmente en que el Código Procesal Penal, únicamente ha señalado que careces de efecto legal y no podrán ser utilizadas las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, por lo que, “*a contrario sensu*, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que, aun no ajustándose en cuanto a su obtención o producción a la legalidad ordinaria, no vulneran derechos” (Miranda Estrampes; 2012, p. 67).

En este sentido, los partidarios de esta postura sostienen que la solución del problema sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular, debe ser resuelta conforme a teoría de la posición preferente de los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos debe prevalecer, así, desde una perspectiva, la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita debe quedar limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales. Si la prueba se obtuviera vulnerando procedimientos, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos. “Se admite, por tanto, la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales. Solo la vulneración de tales derechos convierte en inadmisibles una prueba” (Miranda Estrampes; 2012, p. 67).

b) *En contra de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular*

En contraposición a la postura señalada anteriormente, un sector de la doctrina sostiene que limitar la admisibilidad y eficacia de la prueba ilícita a aquellas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, es asumir una concepción demasiado restrictiva; más aún, si como se ha señalado, la naturaleza del derecho a la prueba es de rango constitucio-

nal por encontrarse dentro del derecho fundamental al debido proceso, de lo cual se depende que la constitución implícitamente considera a la “prueba lega”, es decir a aquella obtenida y practicar conforme a las normas de garantía legalmente establecidas.

En este sentido J. López Barja de Quiroga (1989; p. 141), sostiene que

[...]es indiferente si la vulneración se ha producido sobre un derecho fundamental o si se ha producido sobre una norma de rango inferior, ya que la Constitución (en este caso en el inciso 2 del artículo 24 de la Constitución española) sostiene que todos tienen derecho a que el juez utilice los medios de prueba pertinentes para su defensa, siendo ello, como se podría considerar como “pertinente” a un medio de prueba que ha vulnerado alguna norma del ordenamiento jurídico.

Asimismo, señala que el artículo citado otorga rango constitucional a un proceso con todas las garantías, lo cual no sería posible si se permite a las partes la introducción de pruebas que se obtuvieron infringiendo una norma del ordenamiento jurídico, por otro lado, manifiesta que, ya no se trata de negarle eficacia a la prueba porque ha sido obtenida violentando un derecho fundamental, sin perjuicio de que esto ocurre por sí mismo, sin necesidad de recurrir a otro parámetro, sino que ha de negársele eficacia –también– porque el derecho a un proceso con todas las garantías así lo exige, y esto ya es independiente del derecho violado en el momento de la obtención de la prueba (López Barja de Quiroga; 1989, p. 142).

c) *La prueba irregular y la nulidad procesal*

Sánchez Córdova (2012, p. 60) apunta que la nulidad es una sanción o medio de impugnación, que se da cuando un acto procesal no ha cumplido con la forma debida, asimismo, citando al maestro Alberto Binder, señala que, “La nulidad o –como modernamente se llama– la ineficacia procesal es una consecuencia de la actividad procesal irregular, para esto aquella tiene que ser declarada por el juez, siendo la inmediata consecuencia la anulación de los efectos del acto viciado”.

Como apunta Miranda Estrampes (2004; p. 71) para algunos autores, los supuestos de pruebas irregulares deben ser reconducidos al ámbito de aplicación de la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la ley, o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa; es decir se haya producido la indefensión. Sin embargo, creemos que no resulta necesario, ni correcto acudir a la sanción de nulidad cuando con la prueba irregular ha causado indefensión, toda vez que ya se estaría vulnerando un derecho fundamental “el derecho de defensa”, siendo aplicable la exclusión pues ya entraríamos a en la esfera de la prueba ilícita.

Por otro lado, la norma procesal en el artículo 150º manifiesta que será declarada la nulidad absoluta cuando se ha afectado la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, por lo que, de igual modo estaríamos en el ámbito de la prueba ilícita, más no prueba irregular.

d) *El principio de proporcionalidad y la prueba irregular*

Reynaldo Bustamante Alarcón (2001; p. 54) ha manifestado que, a fin de que, el proceso cumpla su finalidad es necesario una flexibilización de las formalidades procesales y la eliminación del ritualismo procesal, así señala,

[...] una de las consecuencias de la humanización del proceso, que constituye un imperativo del valor justicia, y, por ende, del derecho a un proceso justo, consiste en la exigencia de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ella se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas. También lo es la obligación de eliminar todo ritualismos o formulismo, es decir, toda formalidad desproporcionada o irrazonable, (...) con el propósito de evitar que el proceso o procedimiento se convierta en un mero formalismo, carente de vitalidad.

De igual manera González-Cuéllar Serrano, citado por Miranda Estrampes (2004; p. 70), opina que,

[...] puede resultar un tanto excesivo concluir que toda infracción de las normas procesales determina una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto daría lugar a una constitucionalidad de los formalismos, aunque por otro lado, continua diciendo, puede resultar demasiado restrictivo considerar que sólo la valoración de una prueba obtenida o practicada con lesión de un derecho fundamental afecta a los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

De esta manera el citado autor, apunta que, en supuestos en los que no hay lesión a un derecho fundamental, sino en los que se vulnera exclusivamente normas de rango ordinario, deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto. Por cual este autor afirma que, atender a los intereses involucrados en el caso concreto significa aceptar que en muchas ocasiones el desconocimiento de los formalismos procesales no conlleva la imposibilidad de la valoración de la prueba, si en tales supuestos la infracción legal no supone vulneración del derecho “a un proceso con todas las garantías” o del derecho a la igualdad de las partes (Miranda Estrampes, 2004, p. 70).

IV. Conclusiones

- En cuanto a lo expuesto respecto a la prueba irregular, podemos inferir que en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ha establecido el tratamiento respectivo a la figura de la prueba irregular, pues el Código Procesal Penal exclusivamente hace referencia a la exclusión de aquella prueba que es obtenida vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales, es decir, ha asumido la postura que la doctrina establece como restrictiva en cuanto a la prueba ilícita, por lo que deja abierta la posibilidad de admitir y valorar aquella prueba cuya obtención ha infringido normas procedimentales, lo que conlleva a que dichas pruebas deban ser valoradas en la etapa correspondiente desde su obtención.
- Asimismo, en la valoración de la prueba irregular deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal en cada caso concreto, estableciendo que existe, por un lado, las formalidades establecidas

para el acopio y valoración de pruebas, y por el otro, la protección del bien jurídico tutelado que ha sido afectado por la comisión de un delito (la vida, el patrimonio, la libertad sexual, entre otros).

V. Lista de referencias

- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. ARA Editores, 2001, Lima, p. 54.
- CASTILLO GUTIERREZ, Luciano. *La prueba Prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia*. Editorial El Búho E.I.R.L., Lima, 2014.
- DÁVALOS GIL, Enrique. *Aproximación al tratamiento de la prueba ilegal en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 55, 210-223, Lima.
- HERNÁNDEZ MIRANDEZ, Edith. *Preceptos Generales de la Prueba en el Proceso Penal*. en *La Prueba en el Nuevo Código Penal Procesal 2004*. Editorial El Búho E.I.R.L., 2012, Lima.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, Madrid, 1989, p. 141.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch Editor. Barcelona; 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2012.
- SÁNCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. *Bases para entender a la prueba prohibida como nulidad procesal*. Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo N.º 42, 51-71.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba - En el Nuevo Código Procesal Penal*. Academia de la Magistratura – AMAG, Lima, 2009.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@grijley.com>,
en el mes de diciembre de 2018.

