



IUS 360

INFORMACIÓN JURÍDICA SIN LÍMITES

DÉCIMO ANIVERSARIO

MISCELÁNEA DE ARTÍCULOS JURÍDICOS

IUS 360 

Edición Especial - 2021



Un abogado sin libros sería como un trabajador sin herramientas.
– **Thomas Jefferson**

Historia de IUS 360 (2011-2021)

En el 2010, se crea la comisión ad hoc Informática dedicada a la creación de un próximo portal jurídico que sería conocida luego como IUS 360, la comisión de actualidad jurídica de la asociación IUS ET VERITAS. El portal jurídico inaugura su plataforma web y su página en Facebook el 24 de noviembre del 2011 con el objetivo de innovar la difusión de la cultura jurídica y volverla más cercana, fácil de acceder y entender.

Desde aquel día, se ha ido consolidando como un referente jurídico y su crecimiento ha sido imparable gracias a sus distintas publicaciones: artículos académicos, entrevista, infografías, eventos, entre otras, respecto a todo tipo de ramas del Derecho y sobre la actualidad jurídica. En el año 2020, ha presentado un total de 50 webinars; asimismo, logró realizar el concurso de artículos y cuentos jurídicos “Crearte” en conjunto con LP - Pasión por el Derecho, el portal jurídico más reconocido de todo el país. Actualmente, IUS 360 acaba de cumplir 10 años desde su creación y debido a ello, la comisión del ciclo 2020-2 decidió empezar la elaboración del proyecto editorial en conmemoración de esta década, el cual consiste en la publicación del presente libro virtual multitemático que abordará diversas ramas del Derecho.

Consejo Editorial 2021-2

del portal jurídico IUS 360

Sayra Gálvez Armas

Sebastián Leyva Avila

Raúl Vergaray Merino

Amanda Regalado Romero

Francis Mollan Diego

Diego Vizcarra Retis

Jano Nuñez Martínez

Vinda Marotazo Troncos

Colaboradores:

Arantxa Mendoza Altuna

Piero Alvarado Cabana

Anjana Meza Lazo

Yasser Vichir Alarcón

Massiel Rodríguez Mendoza

Aymar Sotomayor Zumarán

Jorge Otayza Goicochea

Índice

La autoridad del antes: La metodología de la historia del derecho y su utilidad

The authority of before: The methodology of legal history and its usefulness

José Carlos Fernández Salas

9

La naturaleza jurídica de la jubilación automática en el ordenamiento laboral peruano

The legal nature of automatic retirement in the Peruvian labor law

Luis Martín Bravo Senmache

22

Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo

Current issues in Assisted reproduction techniques (ART): technological advance and outdated regulatory

Erika Zuta Vidal

40

¿Anulabilidad o nulidad? Problemática de la sanción por violencia física como vicio de la voluntad en el acto jurídico

Voidability or nullity? Problem of the sanction for physical violence as a vice of the will in the legal act

Bryam Antonio Caña García

69

Revelando desigualdades sociales en Brasil: acceso a la vivienda y población en situación de calle en el contexto pandémico

Disclosing social inequalities in Brazil: access to housing and homeless people in the pandemic context

André Luiz Pereira Spinieli

Letícia de Paula Souza

81

Reflexiones en torno al daño moral a consecuencia del despido inconstitucional: prueba y cuantificación

Reflections about moral damages as a result of unconstitutional dismissal: proof and quantification

Juan Carlos Rios Yaringaño

96

El carácter excepcional del cambio fundamental de las circunstancias en el derecho de los tratados

The Exceptional Character of Fundamental Change of Circumstances in the Law of Treaties

Pablo César Rosales Zamora

107

Medidas para afrontar la crisis: Entre el sistema privado y el sistema concursal

Measures to face the crisis: Between the private system and the bankruptcy system

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Jackeline Acevedo Gamarra

126

¿Un juez robot? Reflexiones sobre la inteligencia artificial y la administración de justicia

¿A judgebot? Reflections on artificial intelligence and the administration of justice

Pavel Flores Flores

145

La utilidad de la prueba indiciaria en la investigación criminal a partir de la película "El secreto de sus ojos"

The usefulness of circumstantial evidence in the criminal investigation on the film "El secreto de sus ojos"

Juan Alonso Solano Calderón

160

La autoridad del antes: La metodología de la historia del derecho y su utilidad^(*)

The authority of before: The methodology of legal history and its usefulness

José Carlos Fernández Salas^(**)

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Por su condición intermedia entre dos disciplinas, la metodología de la historia del derecho tiene un precario lugar tanto en la investigación académica como en la formación universitaria en el Perú. Ante ello, se han desarrollado algunos intentos de apología de la utilidad de la historia del derecho que se basan tanto en su utilidad práctica como en la historia social del derecho, es decir, en la mirada del derecho como un producto cultural de una sociedad determinada. En este artículo se analizan dichos intentos y se propone uno adicional – la utilidad de la historia del derecho por la autoridad del antes – que afirma que la historia y el derecho tienen una relación epistemológica especial debido al rol que juega el tiempo en la construcción del derecho y a que ambas profesiones se basan en la autoridad que proporciona la revisión de fuentes primarias para la solución de problemas teóricos y prácticos.

Palabras clave: Historia del Derecho – Historia Social del Derecho – Autoridad del Antes – Tiempo – Consciencia de Juridicidad – Derechos Reales – Sistema jurídico peruano

Abstract: Because of its intermediate condition between two disciplines, the methodology of legal history has a precarious place both in academic research and in professional education in Peru. Responding to this, some authors have developed attempts of defense of the usefulness of legal history based both on its practical utility and on the social history of law, that is, the view that considers law as a cultural product of a given society. In this article, I analyze these attempts and propose an additional defense – the utility of legal history because of the “authority of before” – which states that history and law have a special epistemological relation due to the role played by time in the construction of law and to the fact that both disciplines are based on the authority that reviewing primary sources gives in the solution of theoretical and practical problems.

Keywords: Legal history – Social history of law – Authority of before – Time – Belief of legality – Property Rights - Peruvian legal system

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 6 de septiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 27 de septiembre del 2021.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú) y Magíster en Urbanismo por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, Investigador Principal del Grupo de Investigación CONURB y Coordinador Adjunto del Grupo Peruano de Historia del Derecho del Instituto Riva-Agüero. Correo electrónico de contacto: josec.fernandez@pucp.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2371-2161>

1. INTRODUCCIÓN

Que “[l]a colegiatura es obligatoria para el ejercicio de la profesión de historiador”. Y que “[p]ara ser miembro del Colegio Profesional de Historiadores del Perú se requiere haber obtenido título profesional de licenciado en Historia”. Así, reza el artículo 2 de la más reciente versión del proyecto de ley que crea el Colegio Profesional de Historiadores del Perú, que fue aprobado el 21 de mayo de este año en el Congreso peruano. Aunque la formación de una entidad gremial para la representación de los intereses de los historiadores es un reclamo que se tiene desde hace muchos años, lo que preocupa es el carácter restrictivo del contenido del proyecto por el requerimiento de la colegiatura para ejercer la historia y de la licenciatura en historia para colegiarse. Preocupa que, de convertirse esta autógrafa en ley, limite el desenvolvimiento de la práctica orgánica actual de la historia, así como de la reflexión sobre la disciplina como la que desde un punto de vista interdisciplinario se hace desde otras disciplinas.

Distintas personas y entidades, incluyendo la Academia Nacional de Historia, han criticado este proyecto de ley por las restricciones que podría establecer para el quehacer histórico. Se ha hecho referencia a casos como el de María Rostworowski, para mencionar lo equívoco que parece el requerimiento obligatorio de una licenciatura en historia para ejercer este oficio. En línea con ello, el presidente Francisco Sagasti remitió el pasado 22 de junio una comunicación observando la autógrafa de ley por no encontrar justificada la obligatoriedad de pertenecer al Colegio para ejercer la profesión, quedando ahora el proyecto en las manos del Congreso para evaluar su aprobación por insistencia. Hasta la fecha de redacción de este artículo no había entrado en vigencia la norma.

Uno de los grupos de investigadores que se encuentra observando desde un balcón este intercambio de pareceres son los historiadores del derecho. En tiempos en que la interdisciplinariedad parece una de las mejores virtudes para el investigador o profesional de casi cualquier disciplina, los historiadores del derecho en nuestro país aún se encuentran haciendo denodados esfuerzos por legitimar el espacio de acción que tienen a caballo entre la historia y el derecho. Dada la circunstancia de que en una gran parte de esos casos los promotores y practicantes de la historia del derecho son investigadores inicialmente formados en la disciplina del derecho, cabe hacer una pregunta casi de orden epistemológico: ¿tienen los juristas algo que decir respecto de la historia? ¿tiene la historia del derecho un espacio en el ejercicio tanto de la historia como del derecho?

Así, en el presente artículo, haré un breve recuento de las formas en que los historiadores del derecho han hecho una defensa de su espacio de acción en nuestro medio académico especialmente sustentando su posición desde la utilidad de las investigaciones histórico-jurídicas. Sobre dichos intentos de apología de la historia del derecho haré una evaluación y crítica para luego plantear que la relación entre la historia y el derecho es una de tipo estructural y que la separación entre ambas disciplinas es tenue y, a veces, solo un espejismo. Finalmente, describiré un ejemplo de uso de la metodología para clarificar las afirmaciones del artículo.

2. LA APOLOGÍA EN BASE A SU UTILIDAD PRÁCTICA

La suerte de los historiadores del derecho, en el campo jurídico, no ha sido más afortunada que en el campo histórico. Así, uno de los reclamos fundamentales de los historiadores del derecho es

el lento pero consistente retroceso de este campo en la enseñanza del derecho en nuestro país (Ramos Nuñez, 2013), un fenómeno que también se reproduce en países de la región (Mijangos y Gonzalez, 2020). No se puede negar que la enseñanza y la profesión legal han caído presas cada vez más claramente de aquella faceta más práctica que tiene el derecho, que es la de ser lo que algunos llaman un artefacto y otros una tecnología (Larenz, 1980). Para esa parte de la práctica legal llena de cursos enfocados en ejercicios de debate y modelos discutibles de excelencia en la abogacía, el recurso de la historia del derecho, bien como enfoque, como disciplina o como herramienta en general, pierde un peso específico y las horas dedicadas a este campo se han ido reasignando por las facultades de derecho a especialistas en litigios arbitrales y en transacciones corporativas. Ante esa disminución de los espacios para la investigación en historia del derecho, se han realizado algunos intentos de apología de la utilidad de esta rama que ahora buscamos discutir.

Una primera línea de argumentación, ha estado referida a la utilidad profesional y hasta económica de la historia del derecho. En esa línea, se citan casos en los que la intervención de un análisis de tipo histórico sirvió para desenredar algún embrollo jurídico o donde se extrañó la intervención de un profesional que aplique una metodología de tipo histórico. Así, suele mencionarse el caso de las controversias internacionales en que el Estado peruano se ha visto involucrado como, por ejemplo, el diferendo marítimo entre Perú y Chile o el litigio y posterior acuerdo para la devolución de los objetos hallados en Machu Picchu por parte de la universidad de Yale al Estado peruano. También, se suele mencionar el caso de la naufragada embarcación Nuestra Señora de las Mercedes que implicó un litigio entre una empresa norteamericana y el Estado español en que la no intervención con argumentos de tipo histórico del Estado peruano hizo que este deje pasar la oportunidad de reclamar una posible participación en el valor del tesoro hallado en el mar Atlántico (Ramos Nuñez, 2013, 20).

El problema de este tipo de apología de la historia del derecho es que no puede soslayarse la residualidad de los casos en que el enfoque histórico juega, aparentemente, un rol central. Escarbar esas excepciones no hace más que reforzar la marginalidad del enfoque histórico entendido en esos términos. Lleva a la historia del derecho a ser considerada como un enfoque esporádico y hasta exótico. Por lo demás, también enfocar así la importancia de la historia del derecho no muestra ninguna conexión específica entre el derecho y la historia, dado que respecto de cualquier disciplina se podrían plantear casos en los que las fuentes históricas han servido para la solución de un problema. Por ejemplo, si alguna lección se ha sacado de la experiencia de la llamada Gripe Española para el manejo del COVID-19, ello, difícilmente, significa que la historia de la medicina juegue un rol central en el campo de la medicina contemporánea. Ese no es el caso del derecho en que la relación con la historia tiene unas raíces más profundas.

3. LA APOLOGÍA EN BASE A LA HISTORIA SOCIAL DEL DERECHO

Una segunda línea de argumentación, en defensa de la importancia de la historia del derecho, tal vez la que justifica mejor dicha importancia, es la que recurre a la visión del derecho como un fenómeno social y de la historia como la observadora y crítica de los fenómenos sociales ocurridos en el pasado (Ramos Nuñez, 2013, 36). Esta perspectiva, contrapuesta a la visión positivista centrada en el ordenamiento legal presente o pasado, refleja una visión en parte contemporánea y, en parte

decimonónica, sobre lo que debe considerarse como lo jurídico. Ya Savigny, hace doscientos años, proponía mirar el derecho como una expresión particular de la sociedad y ponía de relieve la búsqueda del espíritu de la gente de un determinado pueblo (Gomez García, 2001). Sin embargo, es esta una expresión también contemporánea y reactiva frente al culto a la norma formal y su aparente neutralidad del cual aún hoy en el siglo XXI nos estamos desembarazando.

En sí, esta perspectiva tiene la gran virtud de complejizar el fenómeno jurídico. Esto porque esta mirada suele venir con una mayor atención al hecho de que el derecho no se acaba en la norma positiva, sino que debe entenderse en su despliegue cotidiano en la realidad de la vida (Herzog, 2015, pp. 262 – 264). Bien se dice que una mirada a un país como el nuestro, en base a su derecho positivo, nos daría la impresión de que estamos en Suiza. Pero, esa mirada fallaría en captar lo espontáneo, lo informal y, se podría decir, lo ilegal, que es tan o más importante para el análisis del jurista que lo legal (Ramos Nuñez, 2013, 31). La complejidad de la interacción entre el derecho y la realidad rebasa, pues, por mucho la perspectiva positivista y permite poner en cuestión la falsa identificación del derecho con la norma jurídica. Pocos mejor capacitados que el historiador para echar la mirada hacia el despliegue del derecho en la realidad.

Más aún, la mirada histórica del derecho como fenómeno social también permite apreciar la forma en que la gente se ha apropiado de las instituciones jurídicas y las ha usado para una finalidad distinta a la que inicialmente fueron concebidas. Así, por ejemplo, un estudio de los archivos de los títulos de propiedad de la gran parte de distritos de una ciudad como Lima nos dirá que aquellas personas que urbanizan de manera no planificada lo hacen basadas en instituciones legales que son apropiadas por la gente de una manera distinta a como fueron concebidas. Piénsese en las constancias de posesión, las asociaciones de vivienda y la formalización de propiedad que son un esquema muy distinto al sistema de transferencia de propiedad del Código Civil (Fernández Salas, 2020, pp. 451-468).

Comparto esa visión amplia del derecho, que lo encuentra en forma de un fenómeno cotidiano, no solo en la ley que formalmente se publica en el diario oficial, sino también en el valor que las personas le dan, por ejemplo, al testimonio de la escritura pública de su casa. Sin embargo, la defensa de la historia del derecho desde esta perspectiva no deja de ser contingente. Nuevamente, esta perspectiva toma al derecho solamente como un objeto de la historia; un objeto que podría estar junto con muchos otros de la vida social. Así como el lenguaje, el Estado o la economía son fenómenos sociales, también lo es el derecho y, por tanto, cualquiera de ellos se puede historizar. En ese sentido, para el historiador el derecho no es nada más que uno de los tantos rubros a los que puede aplicar su método. También por ello, para el profesional del derecho parece muy difícil que la actividad de historiar vaya más allá que una actividad secundaria. La historia del derecho se encuentra, pues, desde esta perspectiva, al lado de la historia de la ciencia, de la historia política, la historia económica y la historia de la arquitectura. Es una más.

Sin embargo, lo que parece quedar de lado en estas líneas argumentativas es una relación más íntima, más estructural y más epistemológica entre la historia y el derecho, entre el historiador y el jurista. Veamos.

4. LA APOLOGÍA EN BASE A LA AUTORIDAD DEL ANTES

La historia y el derecho tienen una relación única debido a que el paso del tiempo genera consciencia de juridicidad. Ese es el punto central. La relación de la historia con el paso del tiempo es superflua de desarrollar, pues se encuentra en el corazón mismo de la disciplina. Más difícil es, naturalmente, responder a la pregunta de *por qué* el historiador mira hacia el pasado. Seguramente puede haber distintas razones que se esgrimen para ello, pero lo cierto es que el historiador, entre todos los científicos sociales, es quien trata de manera más cercana el pasado, el transcurso del tiempo. Esto, además, no lo hace como un mero consumidor del conocimiento del pasado, sino como el productor de dicho conocimiento a través del trabajo con fuentes primarias. Lo que me pregunto a continuación es cuál es el rol que juega el tiempo en el derecho, si alguno.

Hace algunas décadas, cuando Arguedas hacía su investigación doctoral en algunos pueblos del interior de España, se sorprendía de las afinidades que encontraba entre las comunidades de pueblos como el de Bermillo de Sayago y las comunidades del valle del Mantaro que él había estudiado. Uno de los fenómenos que observó fue la manera en que se trataban las tierras comunes en esos pueblos. Se trataba de zonas en las que el cultivo se hacía de una manera notoriamente menos productiva que en los terrenos de los miembros del pueblo. El origen de ello estaba en que para los vecinos era perturbadora la idea de una persona o familia utilizando el terreno común por más de un año. Esto debido a que, aunque todos supieran que se trataba de terrenos comunes, la inercia temporal respecto de las acciones de una persona dota de un casi espontáneo sentido de juridicidad a las acciones de esa persona (Arguedas Altamirano, 1987). Lo que se repite una y otra vez empieza a parecer algo correcto de hacer, empieza a parecer legal. Ese espontáneo sentido de juridicidad -- lo más opuesto que existe a la visión positivista del derecho -- es el lugar en el que se unen la historia y el derecho.

Lo descrito no es una interacción totalmente extraña al derecho. Por el contrario, se puede decir que hay cierto consenso en considerar como una de las fuentes del derecho a la costumbre. Así, aunque con mucha limitación, residualidad y hasta temor, un jurista considerará que una conducta pública y repetida puede tener una connotación jurídica. No está escrita en ningún lugar la obligación de hacer cola para entrar a un restaurante, pero es una regla jurídica que hasta la más caótica de las ciudades peruanas respeta. Interesantemente, la condición que se suele requerir de las prácticas repetitivas para pasar a ser consideradas dentro del castillo de naipes del sistema jurídico es que estén revestidas de una conciencia de obligatoriedad o de juridicidad (por ejemplo, la creencia de que es una regla a cumplir la de no adelantarse en la fila de personas). La pregunta es, entonces, cómo se forma esa consciencia de juridicidad y de dónde proviene ese sentido de obligatoriedad.

Parece que uno de los componentes de la respuesta a esa pregunta es el tiempo. Junto con otros sutiles elementos, como los ritos y ceremonias, uno de los elementos que forma esa consciencia de juridicidad por lo general de manera muy progresiva es el paso del tiempo. Esto en muchos casos no solo a falta de una norma formal sino en contra de una. A medida que se van repitiendo los actos, a medida que se va generando una anterior ocasión en que se hizo algo de determinada manera, ahí parece ir construyéndose el derecho en su sentido más puro o en su sentido más impuro, dependiendo de cómo se vea (López Medina, 2004).

A través de herramientas con un componente empírico, es necesario que los investigadores jurídicos hagamos una búsqueda de aquellos espacios en los que se forma una creencia en la obligatoriedad o, al menos, un sentimiento de juridicidad solo por las repeticiones. Lo cierto es que, en esto se encuentra la razón de que cuando se elabora cualquier documento jurídico, ya sea este un contrato, un oficio, un escrito o un proyecto de norma, lo primero que siempre se utiliza es un modelo. No es solo un tema de practicidad. Es usualmente también un tema de validación y de confianza de que el acto que uno está realizando se ha hecho de determinada manera en el pasado. Esta casi imperceptible creencia difundida es virtualmente omnipresente en el derecho. Incluso, en un sistema jurídico que se precie de funcionar bien, vistas en panorama, las normas positivas pueden llegar solamente a un determinado nivel de especificidad. Todos los intersticios en los que se desenvuelve la actividad de los juristas y de los ciudadanos, en general, se llenan mediante un proceso continuo de validaciones en base a lo que se hizo en ocasiones anteriores. En otras palabras, en base a la autoridad del antes.

Tal es el espacio en el que el rol del jurista y el del historiador se vinculan. Como se ve, el jurista y el historiador son dos actores que conviven cotidianamente con el pasado. Su autoridad les viene en ambos casos de ser los que acceden a las fuentes primarias. Y es que la propia razón de validez de las normas se encuentra en su permanencia temporal. No hay nada más que mirar el ámbito de la jurisprudencia para observar que la acumulación de las decisiones del pasado suele ser lo central para determinar las reglas del presente. No nos sorprenda entonces la próxima vez que escuchemos un aforismo romano. Esa cita a juristas romanos que pocos conocen y que es blanco de críticas por los abogados contemporáneos pervive aún hoy como mecanismo sencillo pero efectivo de argumentación. Y es que tiene una misteriosa autoridad para la gente saber que, hace dos mil años, frente a un mismo problema se adoptó una determinada solución. El derecho, se dice, es al fin y al cabo nada más que el revestimiento formal del tiempo.

5. EL CASO DE LA ENFITEUSIS DEL MONASTERIO DE LA CONCEPCIÓN

Esas tres formas de ver la utilidad de la historia del derecho, en base a su utilidad práctica, en base a la historia social del derecho y, en base a la autoridad del antes, las examinaremos ahora tomando un caso en concreto que proviene de una investigación reciente realizada respecto de un caso legal conocido en la ciudad de Lima (Fernández Salas, 2021).

El Monasterio de la Concepción, fundado en el año siglo XVI⁽¹⁾, era uno de los monasterios más opulentos e importantes de la época colonial (Pino Bazalar, 2020). Dentro de la rectilínea disposición de la Lima colonial, el Monasterio ocupaba dos manzanas entre los actuales jirones Huallaga, Andahuaylas y Ucayali y la avenida Abancay (Capristan Nuñez, 2020). Todavía hoy se puede apreciar la Iglesia de la Concepción en la esquina de la avenida Abancay con el jirón Huallaga. El Monasterio

(1) Según Marco Antonio Capristán el Monasterio habría sido fundado en 1592 (Capristan Nuñez, Marco Antonio. "Mercado central de Lima. Evolución histórica". En: Conferencia virtual "El Mercado Central de Lima". Instituto Riva-Agüero PUCP. 4 de junio de 2020).

de la Concepción se encuentra en estos días en medio de una complicada gestión legal con el objetivo de sanear su derecho de propiedad sobre un inmueble en el centro de Lima.

Se trata de un predio sobre el que se constituyó, en el siglo XIX, un derecho real de enfiteusis. El acto lo realizó el Monasterio de la Concepción a favor del señor José María Puente Arnao en 1853 sobre terrenos que tenía en las cercanías de la Iglesia de la Concepción. Así, por escritura pública otorgada ante el Notario José de Zelaya el día 4 de agosto de 1853, la Reverenda Madre Abadesa del Monasterio de la Concepción dio en venta enfitéutica a favor de José María Puente Arnao unos terrenos conocidos como “la Ollería y Huerta Perdida” en ese entonces “ubicados en las afueras de esta capital”. La venta enfitéutica se dio por el plazo de 150 años y por un canon de 360 pesos al año⁽²⁾. Puente Arnao, quien sería posteriormente alcalde de Lima como reemplazo de Antonio Gutiérrez de la Fuente (Gunther Doering, 1983, p. 19), recibía con esto un tipo de derecho que representaba un desdoblamiento de la propiedad típico de la época.

Después de 150 años de la original venta enfitéutica, el mencionado derecho ha quedado finalmente extinguido y el Monasterio de la Concepción exige a los registros públicos que publiciten la consolidación de su derecho sobre el predio. Sin embargo, en medio de malentendidos de los funcionarios públicos y los abogados involucrados acerca del desdoblamiento del dominio directo y del dominio útil que acarrea la enfiteusis y la forma de publicitar estas titularidades en el registro de propiedad inmueble, el Monasterio ya está por cumplir 20 años sin poder solucionar el inconveniente. El caso proporciona un acercamiento de primera mano a las complejidades que los sistemas abiertos o semiabiertos de derechos reales generaban en la gestión de la propiedad inmobiliaria hasta el siglo XIX. Así, permite reducir la lejanía que dichos argumentos de tipo histórico podrían tener en el sustento del clásico principio de *numerus clausus* de los derechos reales.

5.1. EL DEBATE SOBRE EL PRINCIPIO DE NUMERUS CLAUSUS

Hoy en día, no se ven enfiteusis ni censos enfitéuticos en las negociaciones de contratos ni en solicitudes de inscripción en registros públicos. La razón de ello es la existencia del principio de *numerus clausus* que rige el campo de los derechos reales. El artículo 881 de nuestro actual Código Civil señala que solo son derechos reales los regulados en el libro V de dicho cuerpo de normas o los regulados en otras leyes.

Así, este principio de *numerus clausus* determina que no se pueden utilizar derechos reales antiguos, que ya no se encuentran regulados en nuestro Código Civil. Los censos, capellanías y mayorazgos usados de manera corriente hasta el siglo XIX se encuentran en buena cuenta prohibidos de utilizarse hoy en día. Como un corolario de lo anteriormente señalado, no se puede tomar un derecho real existente y darle una regulación particular al punto de desconfigurar su contenido legal.

Este principio de *numerus clausus* es objeto de algunas críticas especialmente por su naturaleza restrictiva de la libertad de los particulares. Así, desde una perspectiva funcional-liberal, se cuestiona la exclusión del rol que pueden cumplir los propios ciudadanos en la determinación de cuál es el derecho real que podría satisfacer mejor sus intereses particulares. Desde esta perspectiva, la

(2) Asiento 1 de fojas 325 del tomo LVI del Registro de Propiedad Inmueble de Lima

imposición de una regla que impide la creación de derechos ad-hoc genera ineficiencias y reducciones en el bienestar general potencial. Se agrega que, en el aspecto institucional nuestra actual Constitución es una que prioriza las libertades económicas y que no existe mayor razón para que dentro de los derechos patrimoniales sobre bienes solo algunos de ellos tengan las protecciones especiales que tienen los derechos reales (Mejorada Chauca, 2014, p. 179).

En contra de esa postura de modificar el principio de *numerus clausus*, tanto en el extranjero como a nivel nacional, existen voces que explican de qué manera incluso en un sistema económico liberal el principio tiene una razón de ser (Barboza de las Casas, 2018, pp. 30-33). Su utilidad principal se encuentra en que este principio reduce los costos de investigación en que tienen que incurrir los operadores económicos al momento de contratar respecto a derechos reales. Al tener tipos preestablecidos, tanto los adquirentes de derechos reales como los terceros pueden saber con más rapidez cuáles son las ventajas y desventajas de un tipo real específico. Estos costos de averiguación son en última instancia costos de transacción, por lo que su minimización es beneficiosa para la celebración de acuerdos en el mercado.

En esta encrucijada se hace difícil tomar posición de manera certera hacia alguno de los lados. Se requeriría, en mi opinión, de un componente empírico en el estudio, es decir, el análisis de cuáles son los niveles de dificultad que un sistema abierto de derechos reales generaría a un usuario. Sin embargo, ese estudio empírico es más complicado debido a que ese es un sistema que no tenemos en nuestro país. Ahí es donde la historia del derecho resultó una herramienta útil.

5.2. LA ENFITEUSIS COMO EJEMPLO DE DERECHO REAL DECIMONÓNICO

Aunque las enfiteusis tuvieron gran utilidad en un contexto de tráfico inmobiliario más estático y con fuerte presencia de las instituciones religiosas en la tenencia de los inmuebles, se fue viendo con el tiempo que este tipo de derechos eran un obstáculo para el progresivo desarrollo tanto urbano como agrario basado en la propiedad individual (Basadre Grohmann, 2014, p. 230). La existencia de un “doble dominio” complejizaba los juicios por tierras (Armas Asín, s/f, p. 12). Fernando Armas menciona el ejemplo de la complicación que significó este tipo de desdoblamientos de la propiedad para la construcción de la avenida La Colmena (hoy avenida Nicolás de Piérola) debido a que, si bien el dominio directo se encontraba en gran parte de los casos en la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, el dominio útil pertenecía a titulares que exigían sumas demasiado altas para la cesión de sus derechos para la realización de esta obra pública (Armas Asín, s/f, p. 12).

Como parte de un progresivo proceso de eliminación de este tipo de desdoblamientos de la propiedad, la distinción entre el dominio directo y el dominio útil que se daba con los censos enfitéuticos quedó excluida de la baraja de opciones del sistema de derechos reales con la Ley 1447 del 7 de noviembre de 1911. Mediante dicho dispositivo aprobado en el primer gobierno de Augusto Leguía, se dispuso la consolidación de las enfiteusis a través de un procedimiento que debía ejecutarse ante el juez de primera instancia de la provincia en que se encontrara el inmueble. La finalidad de esta reforma era la de prohibir la constitución de este derecho y eliminar las trabas a la libre disposición de los bienes que estas implicaban (bien por el desdoblamiento de la propiedad, bien por los derechos de fádiga y laudemio que aplicaban ante cualquier transferencia) (Basadre Ayulo, 1992, pp. 155-156). Esta reforma iba en línea con las sucesivas modificaciones legislativas destinadas a

la redención de censos (en 1864 y 1893) y la administración por las beneficencias públicas de los bienes de las cofradías, archicofradías y obras pías (en 1889) (Basadre Ayulo, 1992, p. 155).

La ley 1447 no significó, sin embargo, la desaparición de todas las enfiteusis existentes en nuestro territorio. La consolidación se trataba, al fin y al cabo, de un procedimiento voluntario. Por lo tanto, en aquellos casos en los que no se había seguido dicho procedimiento se mantenía vigente el derecho. Así lo dispusieron también los códigos civiles posteriores a la ley 1447. El Código Civil de 1936 estableció que se regirían por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su imperio, aunque dicho código no los reconociera⁽³⁾. Del mismo modo, el actual Código Civil de 1984 recoge una disposición idéntica a la del Código del 1936 entre sus disposiciones transitorias⁽⁴⁾.

De este modo, la enfiteusis constituida por el Monasterio de la Concepción, que durante el siglo XX ya había quedado en beneficio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, sobrevivió tanto a la vigencia de la ley 1447 como a la promulgación de los códigos civiles de 1936 y de 1984. La única modificación que tuvo el predio en décadas posteriores a las últimas transferencias fue el cambio de nombre de la calle para pasar a llamarse el Jirón Ayacucho, quedando como numeración del inmueble el número 965⁽⁵⁾.

Como se dijo, la enfiteusis fue originalmente constituida por el plazo de 150 años. La conclusión del plazo se dio el 3 de agosto del año 2003. Sobre eso se dejó constancia en la partida registral del inmueble al inscribirse la extinción de la enfiteusis el 24 de agosto del 2004 a solicitud del Monasterio de la Concepción⁽⁶⁾. En línea con ello, el Monasterio de la Concepción, representado por el señor Augusto Estacio Hermoza, presentó el día 30 de marzo de 2005 ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) un título solicitando la aclaración del asiento de dominio de la partida registral del inmueble. Pedía como aclaración que se consigne que el dominio directo del inmueble corresponde al Monasterio de la Concepción. El título fue tachado por la registradora a cargo, Pelma Tricia Casimiro Julca, por el argumento de que no se trataba de un acto inscribible. En la apelación a la decisión de la registradora, el Monasterio aclaró la historia que se ha detallado en este texto resaltando que, en paralelo a las sucesivas transferencias del dominio útil del inmueble, la titularidad del dominio directo siempre permaneció en el Monasterio. Por lo tanto, al inscribirse la extinción de la enfiteusis debía aclararse que la propiedad se había consolidado en el Monasterio, lo cual no se hizo en dicha inscripción.

En respuesta a esta apelación, el Tribunal Registral aceptó que, como consecuencia del vencimiento de la enfiteusis, el dominio útil había retornado a su anterior titular, el Monasterio de la Concepción⁽⁷⁾. Sin embargo, luego el Tribunal Registral señaló que cuando se constituyó la enfiteusis se inscribió en la partida registral únicamente el dominio útil y no el dominio directo de este. En ese

(3) Artículo 1826 del Código Civil de 1936.

(4) Artículo 2120 del Código Civil de 1984.

(5) Asiento B0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

(6) Asiento E0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

(7) Fundamentos 1 al 9 de la Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005.

sentido, al considerar que en dicha partida no se encontraba inscrita la titularidad del dominio directo, el Tribunal señaló que no se podía publicitar al Monasterio de la Concepción como el titular de la propiedad consolidada del inmueble. El Tribunal señaló que, en todo caso, el Monasterio tendría que acreditar con los respectivos títulos su titularidad del dominio directo⁽⁸⁾.

Desde mi punto de vista, es un error el rechazo que hace el Tribunal Registral de la aclaración solicitada por el Monasterio de la Concepción. El error consiste en que se toma la partida como si esta solo contuviera el dominio útil del inmueble cuando considero que en dicha partida se encontraban inscritos tanto el dominio directo como el dominio útil. La organización del registro de propiedad inmueble se rige por el principio de especialidad, según el cual se abre una partida registral por cada bien. En este caso, se trata del bien inmueble ubicado en Jirón Ayacucho N° 965 que en cierto momento se desmembró del antiguo predio llamado la Huerta Perdida en el centro de Lima. Siguiendo ello, en esta partida registral se encontraba contenido el derecho de propiedad original del Monasterio de la Concepción y en esta partida también se registró el posterior desdoblamiento de la propiedad entre el dominio directo y el dominio útil.

Pero la SUNARP no procedió siguiendo esa línea. En un segundo intento de inscripción de la consolidación del derecho, por parte del Monasterio de la Concepción, en el año 2017, el Tribunal Registral rechazó nuevamente su pedido⁽⁹⁾. Dicho órgano repitió y transcribió los mismos argumentos que se habían utilizado en la resolución del Tribunal Registral del año 2005. Ante ello, el Monasterio de la Concepción se encuentra actualmente siguiendo la vía de una solicitud de formación de títulos supletorios de dominio con el Notario de Lima Juan Belfor Zárate del Pino que también parece estar teniendo inconvenientes en su tramitación en registros públicos. Desde el año 2003 hasta la fecha son ya 18 años los que ha tenido que invertir el Monasterio en la gestión del saneamiento de su derecho de propiedad sobre este predio.

5.3. LA UTILIDAD DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN EL CASO

Este caso, es una muestra de la utilidad que puede tener la historia del derecho de los puntos de vista descritos anteriormente. Comenzando por el aspecto de la utilidad práctica, basta con mencionar que este es un caso que en la actualidad viene generando honorarios profesionales para abogados que, en el ejercicio cotidiano de su profesión, se encuentran tratando de resolver un problema práctico. Naturalmente, el caso se hace más interesante tratándose de una institución icónica como el Monasterio de la Concepción y de un derecho real en cuyas sucesivas transferencias uno puede encontrar a la esposa de un cuestionado presidente de la república del siglo XIX, un alcalde de Lima, un senador de la república, un famoso empresario de ferrocarriles y hasta al ancestro de un actor de la farándula peruana contemporánea.

(8) Fundamento 10 de la Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005. El voto discordante en dicha resolución concuerda con la opinión principal en que se necesitan los títulos del Monasterio para proceder a la inscripción de su dominio directo. Solo difiere con la opinión mayoritaria en que considera que el dominio útil se ha extinguido junto a la enfiteusis y no corresponde decir que dicho dominio ha retornado al Monasterio de la Concepción.

(9) Resolución del Tribunal Registral N° 2087-2017-SUNARP-TR-L de fecha 15 de setiembre de 2017.

La mirada desde la historia social del derecho también nos permite entender de manera más amplia el contexto socioeconómico de la constitución y uso de derechos reales que actualmente no se encuentran vigentes. Así, nuestra regulación contemporánea de los derechos reales es heredera del proceso de reforma liberal que operó en el derecho privado en el siglo XIX. Esto implicó un quiebre a veces drástico y a veces más progresivo con un conjunto de instituciones políticas, económicas y también jurídicas del antiguo régimen. En el caso de la regulación legal de la propiedad inmobiliaria, la visión fue que debían reducirse o eliminarse todas aquellas figuras que implicaban desdoblamientos de la propiedad. La razón de dicha opción político-legislativa era que entorpecían una de las características principales de la economía moderna que es la facilidad de intercambiar bienes en el mercado.

Uno de los actores centrales, en este proceso de desamortización de la propiedad, fue la Iglesia. Las instituciones eclesiásticas eran el principal titular o concedente de este tipo de derechos, a los que comúnmente se conoce como vinculaciones. Aunque en el siglo XX la Iglesia fue reduciendo su importancia como actor económico, su rol central en el manejo de propiedad inmobiliaria hasta el siglo XIX fue parte de la problemática a la que la reforma liberal trató de responder. La dificultad de entender cuáles eran los titulares de un inmueble y en qué términos lo eran se acrecentaba cuando había de por medio un censo enfiteútico o una capellanía y esta problemática motivó reformas legislativas en el ámbito del derecho civil.

Un ejemplo de dichas reformas fue la generalización del principio de *numerus clausus* de los derechos reales. Con este principio se buscó tener en la codificación civil un listado taxativo y comprensible de los derechos reales que se encuentran a disposición de los ciudadanos. Los enmarañamientos de los juicios de tierras ya no serían tales, debido a que las titularidades sobre los bienes raíces ya no serían tan complejos de entender. Uno de los objetivos principales de las codificaciones liberales del siglo XIX, la protección del tráfico de bienes, se protegía y facilitaba mediante el principio de *numerus clausus*.

Actualmente, este principio se observa con ojos distintos. Antes hemos mencionado la existencia de voces que cuestionan el paternalismo estatal de imponer una tipicidad específica respecto de los derechos reales y la limitación de la libertad de configuración contractual que esto representa para los ciudadanos. Hemos señalado también que la evaluación de las propuestas legislativas de eliminación o mediatización del principio de *numerus clausus* debe incorporar un componente empírico, tal vez con una medición de los costos de transacción que se darían con este principio y sin este principio. Sin embargo, el insumo contextual que proporciona la perspectiva de la historia social del derecho es uno al que el debate doctrinario no ha recurrido lo suficiente.

Finalmente, lo interesante es que este mismo caso se presta también para reflexionar sobre el valor de la historia del derecho desde la perspectiva de la autoridad del antes. Cada uno de los argumentos esgrimidos en el procedimiento registral implica recurrir tanto a las prácticas como a las inscripciones registrales antecedentes al caso en discusión. Una gran parte de la forma en que se extienden los asientos registrales contemporáneos se basa en la práctica que van construyendo los registradores y que solo después se recoge bien en jurisprudencia o bien en normas reglamentarias. Pensemos, por ejemplo, en la lógica de los rubros de las partidas registrales y cómo este llega a las partidas electrónicas desde el formato anterior, las fichas registrales. Tal vez la mejor forma de aprender (y enseñar) derecho registral inmobiliario es tomar una partida registral y seguir el rastro

de los antecedentes para identificar la forma en que las inscripciones registrales han ido basándose en prácticas anteriores.

Por ello, en la investigación que se ha reseñado lo que se hizo fue un recuento del caso de la enfiteusis del Monasterio de la Concepción a través del archivo registral con que cuenta la SUNARP sobre la propiedad inmobiliaria. Además de un historiador y su cotidiana visita a los archivos para desempolvar información, analizarla y ofrecerla al público y con ello empujar las fronteras del conocimiento de nuestro pasado, ¿cuál es el otro profesional que pasa tanto de su tiempo en los archivos? Es el abogado que en su consultoría sobre la situación legal de un inmueble visita los Registros Públicos, paga su tasa y solicita los títulos archivados para examinarlos y extraer de ellos consejos y soluciones al problema legal de su cliente.

Las labores del historiador y del abogado en este punto son ostensiblemente afines. Son ellos los continuos visitantes de archivos registrales, pero también de archivos notariales y archivos judiciales. Las sutilezas y hasta mañas de la visita a un archivo, la forma de organizar las fotos que le toman a determinadas páginas de los documentos antiguos o hasta la lupa con que se esfuerzan por descifrar la caligrafía de un registrador de inicios del siglo XX son puntos en común entre ambas profesiones. Y es también esa la misma fuente de su autoridad intelectual. Son el historiador y el abogado las figuras a quienes la sociedad encomienda el conocimiento de las fuentes primarias y es, por tanto, a ellos a quienes recurre para evitar las distorsiones que la revisión de fuentes secundarias ocasiona. De ahí que se puede afirmar que quien estudia o practica el derecho no hace más que practicar una forma concretizada del método histórico. Hablar de la “historia del derecho” es, luego de todo lo discutido, casi una tautología.

Referencias bibliográficas

- Arguedas, J. (1987). *Las comunidades de España y del Perú*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana.
- Armas, F. *Enfiteusis y contexto económico: el comportamiento de las instituciones religiosas en la ciudad de Lima, siglo XIX*. Sin fecha, p. 12. http://gondolin.udg.edu/Portals/87/IRH/CRHR/Armas_Complert_4.pdf (revisado el 19 de octubre de 2020).
- Asiento 1 de fojas 325 del tomo LVI del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.
- Asiento B0001 de la Partida Electrónica N° 07016236 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.
- Barboza, G. (2018). *Fundamentos para la Flexibilización del Tipo en los Derechos Reales*. [Tesis para optar el grado de académico de magíster en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Basadre, J. (1992). Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código Civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852. *En: Revista Chilena de Historia del Derecho* (17).
- Basadre, J. (2014). *Historia de la República del Perú. 1822-1933*. Tomo 3. Lima: Cantabria
- Capristan, M. (2020). Mercado central de Lima. Evolución histórica. *En: Conferencia virtual “El Mercado Central de Lima”*. Instituto Riva-Agüero PUCP.

- Fernández, J. (2020). La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis. En: *Derecho de los Desastres: Covid-19. Tomo I*. Lima: Facultad de Derecho PUCP, pp. 451-468.
- Fernández, J. (2021). La enfiteusis del Monasterio de la Concepción: un análisis inductivo del *numerus clausus* de los derechos reales. En: *Ariano Deho, Eugenia (Coord.) Derecho Civil y Postmodernidad*. Lima: Grijley, 2021.
- Gomez, J. (2001) *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. Von Savigny*. Madrid: UNED,
- Gunther, J. (1983). *Planos de Lima 1613-1983*. Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima.
- Herzog, T. (2015). *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*. Cambridge: Harvard University Press, , pp. 262-264.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, Carcas, México: Editorial Ariel.
- López, D. (2004) *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- Mejorada, M. (2014) Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*. En: *Themis-Revista de Derecho*,(66), p. 179.
- Mijangos & Gonzalez, P. (Coord.). *Historia del derecho, ¿para qué?* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- Pino ar, D. "La Iglesia de la Concepción". En: Lima la Única. 21 de julio de 2011. <http://www.limalaunica.pe/2011/07/la-iglesia-de-la-concepcion.html> (revisado el 19 de octubre de 2020).
- Ramos, C. (2013). Derecho, tiempo e historia. Discursos académicos. Lima: Legisprudencia.
- Resolución del Tribunal Registral N° 427-2005-SUNARP-TR-L de fecha 20 julio de 2005.
- Resolución del Tribunal Registral N° 2087-2017-SUNARP-TR-L de fecha 15 de setiembre de 2017.

La naturaleza jurídica de la jubilación automática en el ordenamiento laboral peruano^(*)

The legal nature of automatic retirement in the Peruvian labor law

Luis Martín Bravo Senmache^(**)

Universidad Señor de Sipán

Resumen: A base del método histórico, e interpretando teleológica y sistemáticamente las principales normas legales emitidas en el derecho peruano, en materia laboral desde la década de 1970, la investigación determina que la introducción de la jubilación automática en el ordenamiento laboral, por parte del legislador fujimorista de los años noventa, entraña una frontal reacción a las políticas estatales previas sobre estabilidad en el trabajo. El instituto busca, en consonancia con el programa ideológico en que se gestó, materializado normativamente en la Ley de Fomento del Empleo, liberar los puestos de trabajo existentes, flexibilizando, a favor de las empresas, la salida laboral de sus trabajadores maduros. Por tal razón, la jubilación automática no se justifica en una presunción de incapacidad (ineptitud) del trabajador, ni en la especial protección que este merecería por parte del Estado (población vulnerable); la figura solo puede representar, en atención al singular contexto histórico-ideológico en que aparece, una medida de reparto del empleo, siendo esta su naturaleza jurídica en el ordenamiento antes referido. Con esta información a la vista, podrá determinarse si la normativa vigente sobre el instituto es o no adecuada.

Palabras clave: Jubilación automática - Estabilidad laboral - Reparto de empleo - Ideología - Reforma laboral - Ley de Fomento del Empleo – Sistema jurídico peruano

Abstract: Based on the historical method, and teleologically and systematically interpreting the main legal norms issued in Peruvian law on labor matters since the 1970s, the research determines that the introduction of automatic retirement in the labor order, by the Fujimori legislator of the 1990s, involves a frontal reaction to previous state policies on job stability. The institute seeks, in line with the ideological program in which it was conceived –normatively materialized in the Employment Promotion Law–, to free existing jobs, making more flexible, in favor of companies, the job exits of their mature workers. For this reason, automatic retirement is not justified by a presumption of incapacity (ineptitude) of the worker, nor by the special protection that this would deserve from the State (vulnerable population); the figure can only represent, in view of the unique historical-ideological context in which it appears, a measure of distribution of employment, this being its legal nature in the afore-

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 5 de septiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 15 de octubre del 2021.

(**) Abogado por la Universidad Señor de Sipán (Chiclayo, Perú). Investigador con estudios de especialización en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca (España). Miembro activo de la Comisión de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Sociedad Peruana de Derecho. Miembro fundador de la Escuela Filoneísta de Derecho (EFIDE). Asociado en Palomino Guerra Abogados SRL. Correo electrónico: martinbravo.eca@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9292-5606>

mentioned order. With this information in view, it will be possible to determine whether the current regulations on the institute are adequate or not.

Keywords: Automatic retirement - Job stability - Job distribution - Ideology - Labor reform - Employment Promotion Law – Peruvian legal system

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de sus nocivos efectos en la vigencia de las relaciones laborales, el estudio técnico y pormenorizado de la jubilación automática⁽¹⁾ ha despertado poco interés en la doctrina laboralista peruana. Esta ha preferido dedicarse al análisis y resolución de cuestiones problemáticas de segundo orden, a cuyo abordaje también se ha dirigido, aunque con mayor entusiasmo, la jurisprudencia especializada⁽²⁾.

Estos problemas secundarios, cuya importancia a nivel práctico no se puede desconocer parten, sin embargo, de una significativa incerteza teórica; una que, por un lado, impide ver el panorama que se tiene en frente en su real dimensión; y que, por otro, sigue alimentando falsos dilemas plenamente superables. Consecuencia de lo anterior, es que las reflexiones que sobre la materia ensayan la academia o la judicatura se fundamentan y estructuran en terreno movedizo, en ideas sin respaldo teórico sólido.

Lógicamente, si se admite la existencia de asuntos accesorios sobre el tema, previamente se está reconociendo que también existen, a su respecto, problemas básicos, fundantes, cuyo esclarecimiento definitivo se erige como presupuesto doctrinario para abordar, con autoridad, las demás interrogantes que se puedan derivar.

Estos delicados asuntos se reducen, en el caso de la jubilación automática, y, en verdad, de cualquier instituto del derecho, a la identificación de su naturaleza jurídica, en el descubrimiento de su más esencial cualidad, de aquella que la define y caracteriza, y que la diferencia, por tanto, de figuras similares. Se trata, a todas luces, de una tarea fundamental, que merece, por parte del operador del derecho, una atención primeriza. Paradójicamente, su tratamiento científico ha sido objeto de las más extendidas relegaciones en el ámbito académico y jurisdiccional.

Esta es la realidad problemática en que se enmarca la investigación. Y de esta se acredita, a la vez, la importancia de su emprendimiento.

Aplicando el método histórico, el estudio ofrece un análisis sobre las políticas estatales en materia laboral dictadas desde la década de los setenta; en este marco, la investigación práctica; además,

(1) “Jubilación automática”, “jubilación obligatoria”, “jubilación forzosa” y “jubilación guillotina” son las voces más comunes con las que, a nivel de doctrina, se le conoce al instituto. En la investigación se emplearán estas nomenclaturas de forma indistinta. El término “jubilación forzada”, por su parte, no deberá ser confundido con aquellas denominaciones, por cuanto hace referencia al cese promovido por el empleador, y no por la ley: “la ley permite al empleador decidir el cese obligatorio del trabajador con derecho a jubilarse, siempre que asuma el pago de un complemento de la pensión que a este le corresponde.” (Carrillo, 1999, p. 90)

(2) Ver, sobre el particular, el acápite 2.4.1, *infra*.

sobre las normas jurídicas correspondientes a este período, interpretaciones teleológicas, sistemáticas; y, desde luego, históricas. Con base en los resultados de tales ejercicios, la investigación se propone *identificar* la naturaleza jurídica de la jubilación automática; se trata, pues, de una auténtica labor de descubrimiento, que, por el alcance de sus objetivos, no se extenderá, en modo alguno, a la evaluación de la efectividad del instituto a lo largo de las décadas, ni tampoco de si su vigencia en el derecho nacional debe o no ser objeto de replanteamientos legislativos.

Oportunamente queda establecido que el ámbito de la investigación, como de su título se puede advertir, solo se extenderá a las relaciones laborales del sector privado, quedando excluido el régimen funcionarial. Las conclusiones a que eventualmente se arribe deberán tener presente el mérito de esta variable.

2. DESARROLLO

2.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA JUBILACIÓN FORZOSA: PRIMEROS CONTACTOS

Como recuerdan Del Rey y Gala (2004), la tesis original sobre el funcionamiento de la jubilación automática, que, como se verá, actualmente sigue vigente en el ordenamiento laboral peruano, fue cultivada y difundida en diversas legislaciones del mundo, con notable fecundidad, entre las décadas de 1980 y 1990, aunque su permanencia en ciertos sistemas jurídicos hispanoamericanos es todavía visible a día de hoy⁽³⁾.

La idea primigenia extendida se sustentaba en la siguiente lógica: “la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores mayores de una determinada edad implicaba mayores posibilidades para el propio mercado y, especialmente, para los trabajadores jóvenes” (Del Rey y Gala, 2004, p. 22); y, en esos términos, sería acogida, precisamente, en los años noventa, en el ordenamiento laboral peruano, en el marco de un profundo cambio ideológico y normativo promovido durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori.

(3) En diciembre 2016, a través de su Ley N.º 1821, Colombia amplió la edad para el retiro forzoso, fijándola para los setenta años. Esta jubilación automática es aplicable solo a servidores del sector público y acepta numerosas excepciones. El caso ecuatoriano es similar: la jubilación solo puede afectar a los servidores públicos, una vez estos alcancen los setenta años, según establece la Ley Orgánica del Sector Público de 2010. Uruguay fijó, por su parte, en 1940, con la Ley N.º 9.940, la jubilación automática para los 65 (funcionarios) y 70 años (magistrados judiciales y fiscales). Bolivia es caso especial. A inicios de 2019, el entonces presidente Evo Morales señaló que se estaba evaluando la aprobación de una ley de jubilación obligatoria para mantener el descenso de la tasa de desempleo. La propuesta, sin embargo, aún no ha sido implementada. España, por su parte, es tal vez el caso más famoso en esta materia. García (2016) resumía que esta legislación ha transitado por al menos cuatro etapas: la de instauración, la de modificación, la de supresión, la de reincorporación y la de anulación. Esto cambió en 2018, cuando, por mandato del Real Decreto Ley 28/2018, se autorizó el retorno de la jubilación automática a través de los convenios colectivos. Con tal autorización permanecerá la figura hasta, por lo menos, inicios de 2022, cuando el Gobierno expida su tan esperada ley de pensiones.

No era la primera vez que en el Perú se conocía tal instituto. De hecho, en mayo de 1950, entró en vigencia el Decreto Ley N.º 11377, el “Estatuto y Escalafón del Servicio Civil”, en cuyo artículo 35, se establecieron dos supuestos en que la jubilación pasaba a ser forzosa para el servidor⁽⁴⁾: por un lado, si este era afectado irremediamente por una enfermedad que lo deje incapacitado a nivel físico o mental; y, por otro, cuando el servidor alcance los setenta años de edad.

Este último escenario sería precisado por el artículo 35 del Reglamento del Estatuto, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 522, y vigente desde julio de 1950: “La jubilación forzosa por límite de edad será automática y se hará efectiva en cuanto se alcance la edad establecida en el inciso b del artículo 35 del Estatuto.” Se señalaba, a renglón seguido, que las oficinas competentes controlarían “estrictamente” el cumplimiento de este mandato de egreso.

Aunque, desafortunadamente, el legislador peruano de antaño no dejó expresa constancia de los motivos por los que acogió esta figura en el entonces vigente ordenamiento funcional, es posible, de acuerdo a lo sugerido por Esteve (1999), reconstruir su intención a base de una revisión histórica de las normas, en este caso peruanas, que abordaban los supuestos de invalidez de los trabajadores.

Por ejemplo, ya desde las épocas virreinales era comprobable que la edad constituía, en el razonamiento del legislador, un factor natural de desgaste, de detrimento, de disminución de las capacidades físicas e intelectuales de los servidores; un elemento, en fin, a cuyos inevitables efectos no podían sino someterse. En lo concerniente a las pensiones, la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, establecía, por ejemplo, que: “para tener derecho a la jubilación era necesario haber servido bien y fácilmente, tener una edad avanzada y haber laborado treinta años de servicios” (Romero citado por Rivera, 2016, p. 8).

En la era republicana, esta lógica se mantendría intacta. La Ley General de Jubilación, Cesantía y Montepío del 22 de enero de 1850, denominada “Ley de Goces”, emitida durante el gobierno de Ramón Castilla, establecía en su artículo 1, que todos los empleados públicos tenían derecho a la jubilación “en el caso de una edad avanzada o enfermedad crónica legalmente comprobada les impida continuar en el desempeño de sus destinos. La edad avanzada de que habla este artículo se entenderá se setenta años para arriba”. (Rivera, 2016, pp. 9-10). Doctrina nacional ratifica, en esta línea, que, a través de la Ley de Goces, el legislador buscó “proteger a los trabajadores frente a aquellos riesgos como son la cesantía y la vejez”. (Romero, citado por Rivera, 2016, p. 12).

Como queda en evidencia, tradicionalmente la edad ha representado, en el ordenamiento jurídico peruano, un factor de permanente consideración para el legislador. Incluso, como recuerda Esteve (1999), la propia denominación de algunas pensiones de jubilación da cuenta de la inseparable vinculación entre edad e incapacidad: el artículo 46 de la Ley N.º 8433, Ley de Seguro Social Obligatorio, de septiembre de 1936, nombraba al “riesgo de vejez” como supuesto habilitante para acceder a la pensión, precisamente, “de vejez”, por ejemplo.

De las comprobaciones ofrecidas puede afirmarse que, en el régimen funcional peruano, la jubilación forzosa se sustenta en la presunción de una incapacidad adquirida naturalmente por la edad,

(4) De acuerdo al Estatuto, desde los sesenta años de edad la jubilación era facultativa; lo era, asimismo, si se cumplían 35 años de servicio.

que permite separar legítimamente al servidor de su puesto de trabajo para asegurar que, entre el personal activo, solo se encuentren los trabajadores más capaces para la administración pública, es decir, los intelectual y físicamente más aptos. Se trata de una presunción *iuris et de iure*: alcanzada determinada edad, tradicionalmente, setenta años, la edad habrá ocasionado, inexorablemente, efectos negativos en la capacidad física y mental del servidor.

Esta lógica goza, con todo, de actualidad, ya que a día de hoy aún rige en las relaciones funcionariales del Perú: el Decreto Legislativo N.º 276, “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”, de marzo de 1984, establece que será causa justificada de cese definitivo el “límite de edad”, a que se llega una vez cumplidos los setenta años (artículo 35). Lo propio establece el Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 005-90-PCM. Su artículo 186, literal a) transcribe en idénticos términos tal disposición.

Un fenómeno singular sobre la aplicación de las normas antes descritas merece, en este trabajo, algunas reflexiones. Como sucede en demás experiencias comparadas, en el Perú, los efectos de la jubilación forzosa no parecen resultar controversiales cuando son activados en el sector público.

En un afán de explicar esta particular situación, doctrina española ha identificado algunas posibles razones de esta diferenciación. Así, se pondera que acaso “los fundamentos constitucionales de la relación funcional son distintos a los de la relación laboral”; o que “la actuación de la Administración pública es distinta a la empresa privada”, dado que, para la consecución de los intereses generales de aquella, se necesita estar “provista de un volumen de plantilla concreto y, en cierta medida, ajeno a una política de empleo determinada”; o que, en fin, “por las características del acceso a la función pública (...) es probable que el funcionario al cumplir la edad de jubilación reúna los requisitos, fundamentalmente período de cotización, para causar la correspondiente pensión”. (García, 2016, p.10).

Se reconoce, sin embargo, en posición que esta investigación comparte, que tales motivos no bastan para que ambas normativas “no sean sustancialmente coincidentes” (García, 2016, p.10), más aún si, como acontece tanto en la legislación española como en la peruana, dentro de la administración pública coexisten, conjuntamente con los servidores y funcionarios del Estado, trabajadores del régimen laboral privado, a quienes se les aplica su correspondiente normativa con total puridad.

Aunque esta candente problemática no se encuentra incluida en el ámbito del presente estudio, las conclusiones a que oportunamente este llegará podrán ser cabalmente aplicables a la situación de los trabajadores que, prestando servicios a favor del Estado, se encuentran sujetos a la normativa de la actividad laboral privada. De ahí la importancia de resaltar la existencia de esta singular situación.

Se ha visto, pues, que la jubilación automática es, en el Perú, una institución de larga data, contando a la fecha con más de setenta años de presencia ininterrumpida. Sin embargo, como ya se había adelantado, su más reciente versión fue diseñada y puesta en marcha en un contexto sustancialmente distinto al que la acogió en un primer momento; y los fines que esta vez persigue son también, y esta vez más seguramente, diferentes. Es menester profundizar estas consideraciones, a fin de comprobarlas.

2.2. UN NUEVO CONTEXTO IDEOLÓGICO EN LA REMODELACIÓN DE LA JUBILACIÓN AUTOMÁTICA

2.2.1. EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL COMO PUNTO DE PARTIDA

El Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, dirigido por el General Velasco Alvarado desde el 3 de octubre de 1968, procuró, entre otros objetivos, la reforma de la empresa capitalista y el empoderamiento de los trabajadores, fundamentalmente los campesinos. Tal era su respuesta programática a las graves injusticias, que el sistema de haciendas le había significado a este sector por casi siglo y medio desde la independencia del país.

La “legislación revolucionaria” buscaba el acceso progresivo de los trabajadores a las utilidades, a la dirección y a la propiedad misma de las empresas; o, en términos equivalentes, que los obreros dejen de ser meros asalariados. Con ello, pensaba el régimen, “se podrán alcanzar condiciones de creciente armonía laboral que habrán de traducirse en un mayor rendimiento de las empresas y, por tanto, en un más alto nivel de productividad del trabajo”. (SINAMOS, 1972, pp. 117-118)

Es en este contexto que aparece, en noviembre de 1970, el Decreto Ley N.º 18471. La norma establecía, entre otros temas, que, una vez superado el período de prueba de tres meses, el trabajador solo podía ser despedido por una causa justa debidamente verificada; y ante un despido injustificado, se podía accionar por la reposición o la indemnización. La lógica fundamental en que se sustentaba tal normativa había sido expresamente señalada en su propio texto: “la estabilidad del trabajador consciente de sus obligaciones y derechos propende al incremento de la productividad” (parte considerativa del Decreto Ley). Este era, en buena cuenta, el postulado ideológico rector a seguir. Así, los esfuerzos debían enfocarse, prioritariamente, en regular *en forma adecuada* el derecho a la estabilidad laboral a favor de los trabajadores.

Por denunciados problemas en su correcta interpretación y aplicación, el Decreto Ley N.º 18471 sería derogado en mayo de 1978, siendo reemplazado por el Decreto Ley N.º 22126. Esta normativa fue moldeada, según refiere el sector gremial, por una “intensa y prolongada presión empresarial” a que el Gobierno de Francisco Morales Bermúdez, sucesor de Velasco Alvarado, cedió:

Los empresarios sostenían que la estabilidad era negativa porque garantizaba la permanencia de los malos trabajadores y beneficiaba únicamente a los privilegiados que tenían un empleo, y reclamaban la supresión de la estabilidad del trabajador, reemplazándola por la estabilidad de los puestos de trabajo, lo que les permitiría una mayor flexibilidad para el despido. (CGTP, 1983, p. 2)

Con la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 22126, el derecho a la estabilidad laboral pasaría a adquirirse recién a partir de los tres años continuos de servicios, y ya no solo a partir de la superación del período de prueba, que en el ordenamiento jurídico peruano ya era de tres meses, como establecía su antecedente legislativo. En este contexto, “[s]e retornó, sin duda, durante aquel lapso, un verdadero ‘hinterland’ entre el período de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral, al despido libre o *ad nutum*, carente de causa justificada (...)” (Blancas, 2013, p. 131). El reconocimiento de la estabilidad laboral había perdido considerable terreno.

Pero en 1979, con la entrada en vigencia de un nuevo texto constitucional, el legislador peruano elevaría finalmente a rango constitucional el derecho que, hasta entonces, había sido objeto de ambivalentes regulaciones. De inmediato, el mérito del artículo 48 de la nueva Constitución Política, que estableció autónomamente el contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral, encontró cierta incompatibilidad con las disposiciones del Decreto Ley N.º 22126. En efecto, mientras esta norma establecía la adquisición de la estabilidad laboral luego de satisfacer una serie de requisitos de orden temporal, la disposición constitucional la desarrollaba de forma tal que se adquiría desde el inicio de la relación laboral, de forma absoluta e incondicionada.

Al final, el mérito de la Constitución Política habría de prevalecer en la contienda, aunque no sin la presencia de largos y candentes debates políticos y doctrinarios. El Decreto Ley N.º 22126 daría paso, en mayo de 1986, a la Ley N.º 24514, bajo cuyo mérito, entre otros aspectos, el derecho a la estabilidad laboral pasaba a adquirirse con la sola superación del período de prueba, luego del cual solo procedía el despido con verificación de causa justa. Con ello, la vigencia del derecho a la estabilidad laboral había sido una vez más restaurada.

2.2.2. LA “REVOLUCIÓN CAPITALISTA” DE LA DÉCADA DE 1990 Y LA NUEVA POLÍTICA SOBRE ESTABILIDAD LABORAL

Desde su llegada al poder en julio de 1990, el gobierno presidencial del Ing. Alberto Fujimori puso en marcha, en consonancia con los postulados del denominado Consenso de Washington, una serie de políticas cambiarias, monetarias, fiscales y salariales opuestas a las que, hasta entonces, la historia reciente del país había conocido, y que, según los especialistas, habían causado la crisis por la que este atravesaba.

Se trataba de revertir, a prácticamente cualquier costo, las consecuencias que en todos los niveles los gobiernos pasados habían generado⁽⁵⁾ en perjuicio de la Nación. “El signo de este proceso estuvo regido por la mejoría de las condiciones de desarrollo empresarial, al cual se atribuye el eje del crecimiento nacional, suponiendo que dicha mejoría traería consigo la mejora cuantitativa y cualitativa del empleo” (Tostes y Villavicencio, 2012, p. 365).

Todas estas modificaciones sustanciales habrían de repercutir prontamente en el ámbito de las políticas laborales. Y es que la actividad a nivel de política económica y social “tiene especial relevancia para la aplicación de una política de relaciones laborales, ya que depende si la balanza se inclina preponderantemente hacia el poder económico, al social o al equilibrio de los actores” (Guglielmetti, 2005, p. 386).

(5) Vale aclarar que durante las décadas de 1970 y 1980, “no existe una causa única para el extraordinario colapso del crecimiento del Perú. Como en una tormenta perfecta, tres factores (choque externo, frágil sistema político y falta de capacidad empresarial) se sucedieron en el tiempo”. (Llosa y Panizza, 2015, p. 115)

Con este esquema a la vista, la elección del régimen fujimorista sería evidente cuando se decide emprender la llamada “revolución capitalista”⁽⁶⁾ en el país. En esta, la transformación radical de las relaciones entre el capital y el trabajo a través de la reforma del régimen laboral, “hecho que se expresó paradigmáticamente en la anulación de la llamada estabilidad laboral” (Pedraglio, 2015, p. 99), ocuparía un rol protagónico.

La reforma laboral habría de cobijar un indomable “espíritu omnicomprensivo”, abarcando, como afirman Tostes y Villavicencio (2012), el fenómeno laboral en su integridad, esto es, el proceso de contratación laboral (ingreso), la salida de la relación de trabajo, las propias condiciones de esta, la administración del trabajo y la tutela colectiva. Todo encontraba en la progresiva eliminación de la estabilidad laboral, su fundamento habilitante. De ahí que el reconocimiento de este derecho, nada menos que en el texto constitucional todavía vigente en aquel entonces, la Constitución Política de 1979, resultare un considerable impedimento para la efectividad real de la reforma. Era necesario cambiar, primero por la vía legal; y, de ser posible, por la propia vía constitucional, esta situación.

Es así que, ante la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso de la República, el Poder Ejecutivo promulga, en noviembre de 1991, el Decreto Legislativo N.º 728, la denominada “Ley de Fomento del Empleo” (LFE); y considerada por especialistas como la “expresión emblemática [de la] transformación total del modelo de regulación de las relaciones laborales” (Tostes y Villavicencio, 2012, p. 362).

La entrada en vigencia de la LFE supondría la consolidación del nuevo contexto ideológico en cuyo marco se regularía, posteriormente, la institución de la jubilación automática. Para ello, como se detallará a continuación, hubo de ser necesario nada menos que un cambio del escenario constitucional, así como una serie de reformas a nivel legal posteriores.

2.3. LA LFE, LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL DE 1993 Y LA APARICIÓN DE LA JUBILACIÓN AUTOMÁTICA EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

Resuelto y categórico. Así se perfila el legislador en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 728, cuyo contenido fácilmente podría haberse extraído de un texto universitario de economía política. Se trata de un discurso reaccionario y concluyente, en donde poco espacio queda para las dudas ideológicas. El legislador pretende justificar, de la forma más exhaustiva que le es posible, la urgente necesidad que sufre el país de contar con un nuevo cuerpo legal que se alinee a la “tendencia doctrinaria dominante en el Derecho laboral contemporáneo” (Ley de Fomento del Empleo, 1991).

Procura, fundamentalmente, la generación masiva de empleo, siendo para ello necesario, según su lógica, potenciar las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, especialmente entre las así llamadas “frangas débiles del mercado”, como son, entre otros, los jóvenes y los adultos mayores.

(6) Doctrina extranjera postula este término para denotar la “transición traumática” de la organización grande y pesada a la estructura empresarial ligera y ágil. Esta mudanza, señalan los investigadores, entraña “un fortísimo choque social y cultural, que altera los esquemas y prácticas establecidos de la relación laboral, y desborda el contrato social que ha regido la relación entre trabajo y empresa durante décadas” (Jáuregui, Egea y de la Puerta, 1998, p. 93).

La creación de puestos de trabajo a base de una ágil y dinámica movilidad laboral, hizo necesaria, por parte del legislador, una interpretación creativa del todavía bastante incómodo artículo 48 de la Constitución Política de 1979, que establecía, como se ha visto, el derecho a la estabilidad en el trabajo:

Como quiera que la ley entra al terreno de la regulación del contrato de trabajo, su nacimiento, suspensión, también resulta imperativo que dentro del espíritu de la flexibilización, propicie la creación de nuevas oportunidades de empleo, a partir de una mayor movilidad laboral, lo cual sólo puede alcanzarse con una normativa de salida un tanto más equilibrada, que concilie la protección del trabajador contra el despido arbitrario como lo recoge el Art. 48 de la Constitución con la generación de nuevos empleos, lo que evidentemente no es susceptible de alcanzarse con el régimen vigente de estabilidad absoluta, que también estabiliza al desempleado, instaurando una suerte de propiedad del puesto de trabajo lo que contraviene el objetivo fundamental de la Ley que es la promoción de un régimen de igualdad de oportunidades de empleo. (Ley de Fomento del Empleo, 1991)

El legislador justificaría su normativa alegando que, si el nuevo sistema de estabilidad respetaba los derechos adquiridos por las normas legales previas y posteriores al texto constitucional sobre este particular, no solo se estaría fomentando el empleo, sino que, al mismo tiempo, se estaría observando el mandato de la Carta Magna de 1979. Bajo esta lógica, la Ley se supo autorizada para ampliar los supuestos de extinción de la relación de trabajo.

Así, en el literal f) de su artículo 52, concordado por el artículo 57, la LFE reguló a la jubilación –a secas– como causa de extinción del contrato de trabajo. Con ese respaldo legal, el empleador pasaba a gozar de facultades suficientes para disponer (obligar) a sus trabajadores a jubilarse, siempre que, previamente, estos cumplieren con los requisitos de la edad (55 para mujeres y 60 para varones) y aportes mínimos exigidos por el sistema previsional (13 y 15 años para mujeres y hombres, respectivamente)⁽⁷⁾. La puesta en marcha de esta jubilación “forzada” –como en terreno doctrinario se le denomina (Carrillo, 1999)– exigía, en contrapartida para el empleador, la asunción de una obligación económica reajutable hasta que el cesado falleciera.

Como se aprecia, esta primigenia normativa recogió disposiciones que entonces ya se encontraban vigentes en materia de derecho previsional (edad mínima y años de aportes para acceder a la pensión), siendo lo novedoso que fuese el empleador quien activase el mecanismo de la jubilación, y no necesariamente el trabajador, quien perdía esta potestad una vez alcanzados los 65 años. Sin embargo, arribada esta edad la jubilación forzada no dejaba de ser potestativa, pero ya no para el trabajador, sino para el empleador, quien podía o no ejecutar esta medida, de acuerdo a las necesidades y posibilidades de la empresa. Por ello, este tipo de jubilación no entrañaba realmente un carácter obligatorio. Además, aunque el parámetro para “activar” la jubilación eran los 65 años del trabajador, este recién cesaba “en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión” (artículo 54 del Decreto Supremo N.º 005-95-TR), que muy probablemente podía ser después de alcanzada esta edad.

(7) Tales eran las exigencias previstas en el texto original del Decreto Ley N.º 19990 (artículo 38, sobre edades; y literales a y b del artículo 41 sobre años de aportes).

Jubilación forzada no era, pues, sinónimo de lo que actualmente se conoce como jubilación automática. De hecho, la aparición de la jubilación “guillotina” no llegaría a coincidir con el imperio de la Constitución Política de 1979. Es más: resulta bastante seguro afirmar que, durante la vigencia de este texto constitucional, la aprobación de una medida tan polémica como la jubilación automática era sencillamente impensable. Y es que esta figura contravenía frontalmente el postulado básico de la estabilidad laboral y lo vaciaba de contenido insalvablemente. Además, la lógica de las relaciones laborales de entonces –vigente por la Ley N.º 24515, y contra la que el fujimorismo todavía se enfrentaba–, concebía a la estabilidad como presupuesto de la productividad en el trabajo, por lo que expulsar a un trabajador maduro era, desde esta perspectiva, deshacerse de un trabajador altamente productivo. Por muchos avances que la reforma laboral estuviese alcanzando, el panorama constitucional de entonces impedía, y esta vez sí infranqueablemente, la entrada en vigencia de medidas *extremas* como la jubilación automática.

Pero todas estas limitaciones habrían de desaparecer con la (polémica) aprobación de la Carta Magna de 1993. A base de su mérito, la actualización o adecuación del ordenamiento jurídico infra constitucional era finalmente procedente. Al respecto, anota doctrina nacional que:

La transición hacia un modelo de “mínima protección” en materia de despido iniciada con la Ley de Fomento del Empleo, recibió, a nivel normativo, respaldo definitivo al derogarse la Constitución de 1979, que consagró la “estabilidad en el trabajo” como derecho fundamental, y ser reemplazada por la Constitución de 1993, que suprimió de su listado de derechos el de “estabilidad en el trabajo” adoptando, en cambio, en su Art. 27, una fórmula distinta que remite a la ley otorgar al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”. (Blancas, 2013, p. 145).

En consonancia con el flamante art. 27 de la Constitución Política de 1993, nuevo precepto constitucional paradigmático en materia de trabajo, se aprobarían, en julio de 1995, a través de la Ley N.º 26513, una serie de modificaciones sustanciales a la Ley de Fomento del Empleo, entre ellas, una breve nota al final del artículo 57 del Decreto Legislativo N.º 728: “la jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario”.

Aquellos términos, que persisten intactos hasta la actualidad, representaban finalmente la introducción exitosa del instituto en este derecho. Pronto, el mérito de la Ley N.º 26515 justificaría la refundición de la LFE a través de un texto único ordenado (TÚO), mismo que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 005-95-TR. En él, la jubilación automática quedó fijada en el artículo 54.

Pocos meses después, en enero de 1996, por disposición de la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final del TÚO del Decreto Legislativo N.º 728, el Poder Ejecutivo cumpliría con aprobar un reglamento para la ley. Este entraría en vigencia a través del Decreto Supremo N.º 001-96-TR, cuyo artículo 30 añadiría, en lo concerniente a la jubilación forzosa, una importante precisión: esta únicamente operará “si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite administrativo que se estuviera siguiendo para el otorgamiento de dicha pensión”. A día de hoy, este extremo del reglamento permanece en rigor, ya que, a diferencia de gran parte del entramado que lo rodea, no ha sido ni reformado ni derogado en el tiempo.

El último de los avatares por los que atravesaría la regulación normativa de la jubilación automática sería la escisión, en dos cuerpos legales distintos, de la Ley de Fomento del Empleo.

En el marco de una nueva serie de modificatorias aprobadas sobre este cuerpo normativo se emitió, en septiembre de 1996, el Decreto Legislativo N.º 855, cuya Disposición Transitoria ordenó la separación de la LFE en, por un lado, la Ley de Formación y Promoción Laboral; y, por otro, en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). El desarrollo de la jubilación automática sería ocupación de este último cuerpo de leyes, cuyo artículo 21, parte *in fine*, recogió, en idénticos términos, el texto que hasta entonces conocía el Decreto Legislativo N.º 728 sobre la institución. Este dispositivo normativo es el que, hasta la fecha, rige en el ordenamiento laboral peruano.

2.4. ENCUADRAMIENTO FUNCIONAL DE LA JUBILACIÓN AUTOMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

Consciente la investigación del contexto ideológico que propició la entrada en vigencia de la jubilación automática en las relaciones laborales del sector privado, es posible determinar, con autoridad y rigurosidad técnicas, los fines verdaderos que aquella persigue en estas. Este será presupuesto para identificar, posteriormente, la naturaleza jurídica de la institución en el ordenamiento laboral peruano.

Desde luego, no cabe duda de que la jubilación automática es, desde una perspectiva legalista, aislada de todo componente extrajurídico, una causa más de extinción del contrato de trabajo, equiparable, por ello, al despido, al fallecimiento del trabajador o al cierre de la empresa. A esta precaria conclusión, se llega sin problemas si se omiten los efectos macro sistémicos del instituto y se revisa, sin más, la ubicación del mismo en el cuerpo normativo que la contempla. Por un lado, el art. 21 de la LPCL se ubica en el Capítulo V de la Ley, que regula los supuestos de extinción del contrato de trabajo. En igual sentido procede el reglamento de la LFE, cuyo art. 30 se encuentra enmarcado dentro del Capítulo IV, que desarrolla idénticos supuestos extintivos.

2.4.1. CRÍTICA A LA “POSTURA” JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE EL PARTICULAR

Aunque de uniformidad no puede jactarse, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema se ha supeditado a esta primaria e incompleta lógica, de la cual ha desarrollado pronunciamientos desde, por lo menos, el fin del milenio pasado, dando forma a una “postura” que, de críticas, no puede librarse.

Tal vez por su especial relación (inversamente proporcional) para con la edad, el caso de los docentes universitarios ha despertado, en los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución, candente interés. Así, por ejemplo, son citables las sentencias recaídas en los expedientes N.º 594-99-AA/TC, N.º 1485-2001-AA/TC y N.º 3572-2005-PA/TC. En las dos primeras se ratifica que cumplir los setenta años de edad es causa justificada para cesar definitivamente a un servidor público, pero se resalta que la Ley Universitaria (Ley N.º 30220) prevé un régimen peculiar ajeno a tal limitación. La tercera recuerda, entre otros extremos, que el personal administrativo universitario no goza de estos tratamientos diferenciados, sino únicamente aquellos que ejercen la docencia.

Sobre los efectos del polémico “pacto en contrario” de la jubilación automática también existen sentencias del Tribunal Constitucional, así como de la Corte Suprema de la República. En la ya citada

sentencia, recaída en el Expediente N.º 3572-2005-PA/TC, que concuerda con la Casación N.º 5279-2018 La Libertad, se reconoce que, en el marco de un contrato a plazo fijo, en cuya ejecución el trabajador alcance la edad máxima, el pacto operará hasta que el plazo original de la contratación dure. En la Casación N.º 532-2014 Callao se determinó que el pacto en contrario se activa si no se invoca el cese en el día del cumplimiento de los setenta años por parte del trabajador. La Casación N.º 2501-2009 Ica, respaldada por las posteriores Casaciones N.º 9155-2015 Lima y N.º 4421-2017 Lima Sur, complementa este criterio estableciendo que el pacto, una vez operativo, puede ser revocado en cualquier momento después de la edad máxima. A tal razonamiento se adscribió, por cierto, el Pleno Jurisdiccional Distrital de Lima (NLPT) de 2017 (tema número dos); y, con algún matiz en cuanto a las exigencias del procedimiento, el Informe Técnico N.º 765-2014-SERVIR/GPGSC, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Asimismo, la jurisprudencia se ha dedicado a determinar si los efectos de la jubilación automática son fuente generadora de alguna tutela resarcitoria. La Casación N.º 1634-2016 Lima admite, por ejemplo, esta posibilidad, alegando que el cese por esta causa, aunque legal, deja al trabajador en una “total desprotección”, por lo que es procedente reconocerle una indemnización por despido arbitrario (art. 38 LPCL). Refuerza este criterio la Casación N.º 2704-2016 Ancash y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2075-2020-PA/TC. Un sentido opuesto se identifica, sin embargo, en las Casaciones N.º 4542-2017 Del Santa y N.º 12783-2017 Lima, en donde se excluye el pago de indemnizaciones cuando la jubilación obligatoria se activa.

Como se ha observado, todos los pronunciamientos jurisprudenciales ofrecidos a modo de muestra representativa se originan, cada uno a su modo, a partir de *problemas aplicativos* de la jubilación automática; y si bien en algunas sentencias se esbozan, aunque minoritariamente, algunas críticas a la legalidad de la institución, lo cierto es que la naturaleza jurídica de la figura no ha merecido, en modo alguno, un espacio de reflexión seria y dedicada por parte de los tribunales. La institución se aborda, pues, desde sus efectos en la práctica; y precisamente son estos efectos los que limitan el campo de análisis. Solo en este marco, la jubilación automática es, sin más, una causa de extinción del contrato de trabajo.

Ofrecer este razonamiento, sin embargo, no solo no contribuiría en modo alguno al objeto del presente estudio, sino que estaría desconociendo la subyacente nota ideológica de la Ley, a cuyo desarrollo se abocó la primera parte de la presente investigación. Se sabe y acepta pacíficamente que la jubilación automática extingue la relación de trabajo; lo oscuro y problemático se ubica más bien en el fundamento mismo de tal extinción, en los motivos por los que el legislador admitió esta forma de terminación contractual. Es precisamente, en este ámbito, que el contexto ideológico de la Ley reclama un papel protagónico.

Como se recuerda, la exposición de motivos de la original LFE ya había extendido su análisis a la situación de los trabajadores maduros, a quienes incluyó, conjuntamente con los jóvenes desempleados, en las “frangas débiles del mercado”. En efecto, la Ley sostenía su filosofía reformista en términos como “generación masiva de empleo”, “movilidad laboral”, “nuevas oportunidades de empleo”, “normativa de salida un tanto más equilibrado” o, en fin, “flexibilidad del rígido sistema de estabilidad absoluta”. (Ley de Fomento del Empleo, 1991).

Cada una de estas ideas encontraba, en la propia realidad, su mejor justificativo: la crisis del empleo iniciada durante los años setenta y padecida por el país en las décadas consecutivas, supuso, para todos los que carecían de un puesto laboral, un considerable impedimento para poder acceder a oportunidades de trabajo, ya que la demanda se encontraba severamente afectada⁽⁸⁾.

Desde una perspectiva macro sistémica, los trabajadores que ostentaban sus puestos de trabajo –a título de propiedad, según acusó la LFE–, gozaban de una envidiable estabilidad absoluta que garantizaba que todo aquel que estuviese desempleado se mantendría en esta condición hasta la liberalización del puesto laboral, ya sea por despido del trabajador que lo ocupare o por su fallecimiento. Se trataba, a todas luces, de un esquema de empleo funcionalmente entrampado, en cuyo seno habría de gestarse, muy álgidamente, una colisión de intereses. Y es que:

Un primer factor de importancia viene constituido por la conexión entre la regulación de la extinción y la situación real de empleo en el marco concreto de que se trate. Una situación de pleno empleo, lógicamente, conducirá en la práctica a un juego mucho más reducido de la extinción por edad; mientras que, a la inversa, una coyuntura de desempleo y/o subempleo contribuirá muy directamente a la eliminación de los estratos de población activa de mayor edad, por la evidente presión que sobre el mercado de trabajo efectúan las capas más jóvenes. (Rodríguez-Sañudo, 1973, p. 29)

Siendo esto así, resultaba evidente que la satisfacción cabal de los objetivos perseguidos por la LFE requería, también, de la adopción de medidas extremas que asegurasen el reparto efectivo de los puestos de trabajo existentes, incluso a costa del derecho ya reconocido a los trabajadores activos. La jubilación automática se perfilaba, en este sentido, como la medida idónea para el legislador, ya que, deshaciendo la “propiedad” de los puestos de trabajo, los liberaba y permitía el ingreso de trabajadores hasta entonces desempleados a causa, no de su carencia de aptitudes, sino del sistema mismo, que no estaba marchando correctamente.

De este modo es posible sostener que la jubilación forzosa pretende extinguir el contrato de trabajo *con la finalidad de repartir el puesto dejado vacante*, y, con ello, *asegurar el ingreso de un nuevo trabajador al mercado laboral*. En términos equivalentes, de *dinamizar el flujo de empleo*. Este es, al menos en el ordenamiento laboral peruano, su verdadero fundamento teórico.

2.4.2. LAS TESIS DE LA “PRESUNCIÓN DE INEPTITUD” Y “PROTECCIÓN DE LA VEJEZ”: FUNDAMENTOS PARA SU INAPLICACIÓN EN EL CASO PERUANO

Y no otro podría serlo. Las dos tesis adicionales que, a nivel de doctrina, han pretendido justificar la presencia de la jubilación “guillotina” en las experiencias comparadas, no encuentran en el caso peruano, condiciones para su aceptación.

(8) Recuerda doctrina nacional que “el empleo industrial se contrajo en 13.3. % entre septiembre de 1988 y abril de 1989.” (Portocarrero, 1989, p. 113). El Instituto Peruano de Economía, en tanto, señala que el indicador de desempleo se duplicó en el Perú “al pasar de 4,8% en 1987 a 8,3% en 1990. Casi 1,2 millones de peruanos perdieron sus empleos.” (Instituto Peruano de Economía, 2017, p. 19)

La tesis de la “presunción de ineptitud” no puede invocarse, ya que la propia LFE incorporó, como causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, al menoscabo o deficiencias sobrevenidas a las facultades físicas, intelectuales, mentales o sensoriales (artículo 23, literal a de la vigente LPCL), lo que suponía, y sigue siendo así, que, si el empleador verificaba, con respecto a determinado trabajador, cierta disminución del rendimiento por cuestiones diversas, el término “sobrevenidas” puede abarcar causas naturales o accidentales, debía invocar los efectos de esta causal de extinción a través del procedimiento legal previsto para ello. La jubilación automática no asume, como se aprecia, ningún papel en esta dinámica contractual.

La tesis de la “protección de la vejez” podría gozar de alguna tolerancia, siempre que se considere que el legislador postuló la jubilación automática para asegurar también el ingreso de trabajadores maduros desempleados al mercado de trabajo. En su formulación teórica clásica, la jubilación forzosa pretende fundamentalmente el ingreso de trabajadores jóvenes, pero es verdad que nada impediría que su lógica se extienda a los demás sectores excluidos de trabajo. Bien vistas las cosas, este entendimiento se encuentra incluido en la lógica “expulsar para liberar”, y consecuentemente pertenece más bien a la tesis de reparto de empleo.

Si, por el contrario, se postula que a través de la jubilación automática la Ley expulsa a los trabajadores maduros en defensa y salvaguarda de su vida y salud, ya que su permanencia en el mercado de trabajo, a una avanzada edad, les resulta naturalmente perjudicial, sentido tradicional de la tesis de la “protección de la vejez”, se está frente a una postulación sin cabida en el ordenamiento laboral peruano.

Esto se acredita con la total ausencia, en el texto de la LFE, así como en el de sus posteriores modificatorias, de cualquier referencia a la vulnerabilidad que padecen los adultos de la tercera edad y a la especial atención que estos merecerían por parte del Estado, omisión presente incluso después de la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1993, que estableció, en su art. 4, la procedencia y necesidad de este trato diferenciado hacia esta población. Tampoco se invocó, en la norma analizada, el mérito de instrumentos internacionales sobre la materia, como la Recomendación sobre los trabajadores de edad, emitida por la Organización Internacional del Trabajo en junio de 1980, que, sin ser vinculante, pudo haber representado una referencia para el legislador comprometido con este sector.

Conclusión adicional de estos descartes es que, la Ley exige por meros fines prácticos el cumplimiento de los setenta años de edad como presupuesto de activación de la jubilación automática. Y es que, con el establecimiento de esta edad, que, en verdad, podría ser cualquier otra, siempre que su observancia sea realmente obligatoria, es posible alcanzar un inmejorable nivel de previsibilidad: tanto el trabajador como el empleador saben de antemano el escenario jurídico al que se deberán enfrentar cuando este momento llegue, cuestión de suma importancia para la invocación adecuada del “pacto en contrario” de la figura, lo que se traduce en seguridad jurídica. Simultáneamente, con la fijación de la edad, el legislador está asegurándose de que el egreso de los trabajadores maduros observará una ordenación temporal, lo que, por ejemplo, no sucede en el caso de la jubilación forzada, donde el trabajador cesa cuando alcance la pensión, es decir, donde existe incerteza en la fecha del cese laboral. En la jubilación automática, el egreso es inevitable, lo que garantiza, además, al menos en terreno teórico, la eficacia de la institución.

2.5. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JUBILACIÓN AUTOMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO. IMPLICANCIAS DE LA DETERMINACIÓN

La investigación ha logrado identificar el componente ideológico subyacente en la jubilación automática, cuando esta es incorporada por el legislador en las relaciones laborales del sector privado. Asimismo, se ha comprobado que, por lo anterior, el instituto bajo estudio busca, únicamente, reparar el escaso empleo existente a través de la terminación obligatoria de una relación laboral ordinaria. Estas dos notas precedentes permiten ofrecer una calificación técnicamente rigurosa de la naturaleza jurídica de la jubilación automática en este ordenamiento en particular. Algunas consideraciones previas son, sin embargo, de necesaria mención.

Una institución jurídica puede ser titular, de acuerdo a la perspectiva desde que se le analice, de múltiples naturalezas jurídicas. Clásica doctrina plantea el siguiente ejemplo: “la naturaleza jurídica de la sociedad será la de un contrato plurilateral, desde la perspectiva de su constitución, y la de una persona jurídica, desde el ángulo de su existencia como organización” (Ossorio, 2010, p. 369).

El instituto de la jubilación automática no es, desde luego, la excepción: sobre él podrán emitirse diversas determinaciones sobre su naturaleza jurídica, sin que por ello existan necesariamente incompatibilidades. Así, desde la óptica del derecho al trabajo, la jubilación forzosa resulta ser una *limitación, en principio legítima, del mismo*⁽⁹⁾; y desde la perspectiva del contrato de trabajo, posición extendida en terreno jurisprudencial, el instituto habrá de ser una *forma de extinción contractual*.

Aunque en apariencia ambas postulaciones resultan explicativas del fenómeno bajo estudio, y válidamente podrían identificarse como las naturalezas jurídicas de la jubilación forzosa, debe tenerse nuevamente presente que este instituto posee, en el ordenamiento laboral peruano, un trasfondo de cuyas notas ideológicas no puede deslindarse. agregados extrajurídicos que, por ejemplo, no se observan en su símil del régimen funcional.

En efecto, el mérito de la variable “ordenamiento laboral peruano” exige que cualquier determinación de la naturaleza jurídica de la jubilación automática valore, con anterioridad, y muy rigurosamente, las notas ideológicas que aquel trae consigo. Solo de este modo podrá ofrecerse una respuesta satisfactoria a pretensiones académicas como las asumidas por esta investigación. “[N]o habría por qué buscar la ‘naturaleza jurídica’ de una institución en tanto valor ideal, sino más bien entender y situar dichas instituciones dentro de los procesos sociales que se desarrollan, para así poder apreciar su verdadero carácter.” (Cornejo, 1997, p. 120)

Por todo lo anterior, ya es posible defender autorizadamente, anticipando la reflexión conclusiva, que la naturaleza jurídica de la jubilación automática, cuando esta se presenta en las relaciones laborales del sector privado, es la de ser una *medida de reparto de empleo*.

(9) No puede soslayarse lo denunciado por doctrina nacional: “la jubilación obligatoria opera como una limitación del derecho al trabajo de los trabajadores de edad madura, pero si es desnaturalizada puede configurarse como un supuesto de discriminación en su contra.” (Carrillo, 1999, pp. 99-100)

Aunque, desde luego, la identificación de la naturaleza jurídica del instituto bajo estudio satisface ambiciones académicas, es de señalar que su importancia radica más bien en otro ámbito. Avendaño aclara, al respecto, que:

El jurista no puede permanecer impasible ante la sola existencia de las instituciones jurídicas, sobre todo si la ley les ha alterado su estructura, aun cuando sea por atendibles razones de tipo económico. El hombre de Derecho tiene que establecer cuál es su verdadera naturaleza jurídica, y una vez hecho esto, debe dilucidarse con ahínco y nitidez, si la reglamentación vigente es conforme con esa naturaleza jurídica. Si no está de acuerdo debe sugerir procurar la reforma. La meta es una legislación jurídicamente inobjetable (Avendaño, citado por Cornejo, 1997, p. 135)

En efecto, los datos provistos por la naturaleza jurídica de cualquier instituto se convierten, en las manos del operador crítico del derecho, en información valiosa para determinar, y esta vez objetivamente, si la regulación normativa que el legislador ha dedicado resulta o no idónea para satisfacer los fines de la institución adoptada. Se trata de un estándar a partir del cual las propuestas de modificación pueden verse respaldadas o desestimadas.

Según esta premisa, habrá de verificarse si la normativa legal vigente sobre la jubilación automática cumple verdaderamente los fines de la institución, esto es, si reparte el empleo, si dinamiza el flujo del mismo. Este examen determinará con bastante certeza si la legislación sobre la materia resulta idónea; o si, por el contrario, es más bien precaria. De estas tareas, sin embargo, habrá de ocuparse una investigación posterior.

3. CONCLUSIONES

En atención a las consideraciones precedentes, la investigación concluye que: La primera aparición del instituto de la jubilación automática en el ordenamiento jurídico peruano aconteció en el régimen funcionarial, en la década de los cincuenta. Su incorporación respondió a un presumible entendimiento generalizado de la edad como factor natural causante de un insalvable desgaste fisiológico, que garantizaba la disminución de las capacidades físicas y mentales del servidor al cumplimiento de una determinada edad, lo que hacía necesaria su separación a fin de preservar la más óptima calidad en el servicio público. Se trata, pues, de una auténtica presunción de ineptitud.

Durante la década de los setenta rigió, en el derecho laboral peruano, la idea de que, a más estabilidad en el trabajo, más productividad se generaba. Tal principio conllevó, con cierta ambivalencia en el tiempo, a que se reconozca el derecho a la estabilidad laboral en el texto constitucional de 1979, posición en que se mantendría hasta que el fujimorismo puso en marcha la reforma laboral de la década de los noventa, emblemáticamente representada por la Ley de Fomento del Empleo de 1991 y capitalizada en 1993 con la entrada en vigencia de una nueva Constitución. En esta “revolución capitalista”, que se extendió a nivel ideológico y a nivel normativo, se procuraría, a todo costo, liberar los puestos de trabajo y flexibilizar el egreso de un sector para garantizar el acceso de otro al mercado laboral. Para ello fue necesario introducir medidas que aminoren o incluso eliminen la vigencia irrestricta y absoluta del derecho a la estabilidad en el trabajo.

En este contexto, se reguló la jubilación automática como medida extrema para garantizar la liberación de los puestos de trabajo, afectando, en teoría, justificadamente, la vigencia de los contratos de trabajo, estableciéndoles un término forzoso según parámetros temporales (cumplimiento de los setenta años de edad del trabajador), en directa respuesta a la necesidad colectiva de agilizar el flujo de empleo, es decir, de favorecer el ingreso y la salida de nuevos trabajadores al mercado laboral. Por esta razón, la naturaleza jurídica del instituto, en el ordenamiento laboral peruano, no puede ser otra que la de ser una medida de reparto de empleo, a pesar de que los pronunciamientos jurisprudenciales parecen reducirla a una mera causa de extinción del contrato de trabajo.

En el marco de la jubilación automática, la edad no representa, para el legislador, un indicativo de ineptitud del trabajador (incapacidad física o mental), ni tampoco un justificativo de tratamiento diferenciado a su favor (protección al sector vulnerable de los adultos mayores), lo que permite desestimar, para el caso peruano, las tesis de la “presunción de ineptitud” y de la “protección de la vejez”. Al buscar, en teoría, repartir el empleo existente, la jubilación forzosa requiere de parámetros para que tal distribución sea ordenada y previsible, y sea de este modo correctamente aplicada.

La identificación de la naturaleza jurídica de la jubilación automática permite verificar, con autoridad, si la regulación normativa que el legislador le ha dedicado satisface o no las exigencias del instituto. Es decir, con tal información a la vista se puede determinar si el art. 21 LPCL, *in fine*, así como el art. 30 del reglamento de la LFE resultan idóneos para que el esquema de reparto de empleo funcione eficazmente; o si, por el contrario, su redacción merece ser objeto de modificaciones legislativas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. (3° edición). Jurista Editores EIRL.
- Carrillo, M. (1999). La jubilación obligatoria como causa de extinción del contrato de trabajo. *Revista de la Academia de la Magistratura*, (2), 83-104.
- Cornejo, C. (1997). La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el código civil de 1984. *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, (24), 103-143.
- Del Rey, S. y Gala, C. (2004). *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*. Tirant lo Blanch.
- Esteve, A. (1999). *La jubilación forzosa*. Tirant lo Blanch.
- García, M. (2016). La jubilación forzosa como medida de reparto de empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de seguridad social. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(1), 1-16.
- Guglielmetti, P. (2005). Democracia, política económica y relaciones laborales. *Revista Gaceta Laboral*, 11(3), 382-402.
- Instituto Peruano de Economía (14 de agosto de 2017). Historia de dos crisis. *El Comercio*. <https://www.ipe.org.pe/portal/historia-de-dos-crisis/>

- Jáuregui, R., Egea, F. y De la Puerta, J. (1998). *El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo. La gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre*. Paidós.
- Ley de Fomento del Empleo. Decreto Legislativo N.º 728 (1991). Diario oficial El Peruano. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_dl728.pdf
- Llosa, G. y Panizza, U. (2015). La gran depresión de la economía peruana: ¿Una tormenta perfecta? *Revista de Estudios Económicos*, (30), 91-117.
- Oficina Nacional de Difusión del SINAMOS (1972). Velasco. *La voz de la Revolución. Discursos del Presidente de la República General de División Juan Velasco Alvarado. 1970 / 1972*. Tomo 2. Editorial Ausonia.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (28º edición). Heliasta.
- Pedraglio, S. (2015). *Cómo se llegó a la dictadura consentida. El gobierno de Alberto Fujimori: 1990-1992* [Tesis para optar el grado académico de Magíster en Sociología con Mención en Sociología Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional UNMSM. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/4345>
- Portocarrero, F. (1989). La economía peruana en los años '80. *Apuntes. Revista de Ciencias Sociales*, (25), 105-118.
- Rivera, A. (2016). *El régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530: Análisis crítico y experiencia de su aplicación en Petróleos del Perú* [Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14441>.
- Rodríguez-Sañudo, F. (1973). La extinción de la relación laboral por edad del trabajador. *Revista de Política Social*, (97), 23-67.
- Secretaría de Cultura de la CGTP (1983). Material de Trabajo – VII Congreso Nacional Ordinario. Carpeta 1: Estabilidad laboral. <https://lum.cultura.pe/cdi/sites/default/files/video/tpdf/CARPETA%201%20CGTP%20ESTABILIDAD%20LABORAL.pdf>.
- Tostes, M., y Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382.

Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo^(*)

Current issues in Assisted reproduction techniques (ART): technological advance and outdated regulatory

Erika Zuta Vidal^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN: El presente ensayo muestra los problemas que se suscitan a propósito del atraso normativo que existe en la regulación de la filiación y cómo ello afecta a las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida, haciendo énfasis en los casos de sustitución por gestación que son los que mayores complicaciones generan. Asimismo, veremos cómo estos contratiempos afectan el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a formar una familia haciendo lo propio con el derecho a la identidad y filiación de los niños y niñas procreados a través de estas técnicas. Para enfocar el tema, partiremos por definir qué se entiende por TERAS, cuáles son los derechos involucrados y cuál es la normativa aplicable. Finalmente, tomando casos reales resueltos jurisprudencialmente, analizaremos como el atraso normativo vulnera derechos humanos tanto de los padres, como de los niños procreados bajo las TERAS y por qué es necesaria una urgente regulación.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de Reproducción Asistida - Infertilidad - Filiación - Gestación por sustitución - Derechos reproductivos – Identidad - Derechos Humanos

ABSTRACT: This essay shows the problems raised by outdated legislation that regulates the issue of paternal filiation and how this affects people who undergo assisted reproductive techniques, emphasizing the cases of gestational surrogacy, which are the ones that bring us the greatest complications. In addition, we will see how these affect the right to equality and non- discrimination, the right to found a family and, on the other hand, the right to identity and filiation of children procreated through these techniques. To focus on this topic, we will start by defining ART, what are the rights involved and the applicable regulation. Finally, taking real cases solved by jurisprudence, we will analyze how

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 19 de mayo del 2021 y su publicación fue aprobada el 14 de noviembre del 2021.

(**) Abogada y egresada de la Licenciatura de Educación para el Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Magíster en Gerencia Social con mención en Gerencia de Programas y Proyectos de Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de los cursos de Familia, Clínica Jurídica de Derecho de Familia y Sucesiones de la misma casa de estudios. Autora y expositora en temas vinculadas al derecho de Familia, sucesiones, acceso a la justicia y responsabilidad social. Correo electrónico: zuta.ei@pucp.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8706-9446>

the regulatory backwardness violates human rights of parents and children procreated through the TERAS and why an urgent regulation is necessary.

KEYWORDS: Assisted reproduction techniques – Infertility – Filiation - Gestational surrogacy - Reproductive rights – Identity - Human Rights

1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido 43 años desde que, en julio de 1978, se logró el nacimiento, en Inglaterra, de la primera bebé “probeta”, producto de la realización de una técnica de reproducción humana asistida, específicamente, fertilización in vitro. Céspedes y Correa señalan que, aproximadamente, “a la fecha han nacido más de 8 millones de seres humanos gracias a las tecnologías de reproducción asistida (TRA) [...]. Sin embargo, [...] su acceso todavía es muy limitado y poco equitativo, alcanzando menos del 15% de la población a nivel global” (2021, p.189).

Como se puede apreciar, desde hace varias décadas que el desarrollo científico ha logrado hallar nuevas maneras de procrear y concebir a una persona humana, y coadyuvar con la formación de nuevas familias. Es así que, procedimientos como las TERAS se vienen realizando en nuestro país, a pesar de que existe una regulación insuficiente y desfasada, además, de las controversias de orden ético, religioso y jurídico en cuanto a su realización. En ese sentido, por un lado, podemos encontrar barreras para acceder a las TERAS, pero, también, encontramos dificultades para establecer el vínculo filiatorio cuando estas ya se han realizado. Ello se aprecia con mayor énfasis en los casos de sustitución por gestación.

No hemos avanzado legislativamente, ni con la velocidad, ni en la profundidad en que lo han hecho los avances científicos. Contamos con el artículo 7 de la Ley General de Salud y artículos en nuestro Código Civil que no solucionan los problemas de identidad y filiación de los niños y niñas procreados bajo las TERAS. Esta situación ha originado que las respuestas ante conflictos derivados de su utilización se hayan resuelto a través de la jurisprudencia de manera disímil. Es importante mencionar que en la práctica estas técnicas se siguen realizando, a pesar de que han existido proyectos de ley que han buscado regularlas, sin embargo, ello aún no se ha materializado.

2.¿QUÉ SON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS)?

Definir las TERAS nos lleva, por un lado, a enfocarnos en aspectos médicos y científicos, y, en simultáneo, a relacionar estos a dilemas éticos, provenientes de generar vida humana de forma distinta a la natural. Podemos tomar como referencia las siguientes definiciones:

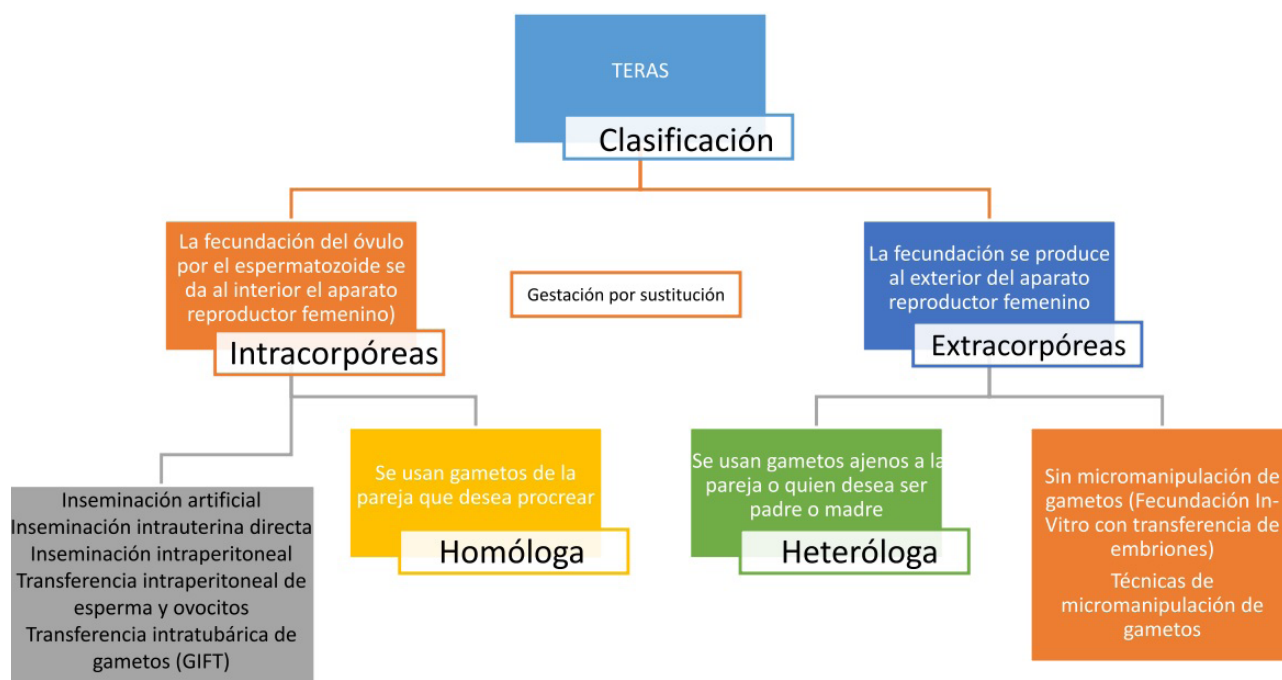
“Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia” (Varsi, 1995, p. 62).

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoi-

des, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial (CIDH, 2012, fundamento 63).

En principio, se recurren a estas técnicas por problemas de infertilidad asociada a un problema en la salud reproductiva de una pareja. Podemos definir la infertilidad “como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más” (CIDH, 2012, fundamento 62). Sin embargo, las TERAS no solo son utilizadas ante estos casos, sino también en personas solteras que desean tener hijos o en parejas igualitarias (infertilidad estructural).

Es así que encontramos distintas formas de concebir producto de la utilización de estas técnicas. A continuación, les presentamos la siguiente clasificación:



Elaboración propia.
Fuente: Santamaña 2000

Como vemos, existe una diversidad de técnicas a ser utilizadas por las parejas o las personas que tienen dificultades para procrear de manera natural. La clasificación general en intracorpóreas y extracorpóreas está referida al lugar donde se produce la fecundación (dentro o fuera del aparato reproductor femenino); además, estas, a su vez, pueden ser homólogas o heterólogas, dependiendo de la titularidad de los gametos empleados (Santamaña, 2000, pp.38-43).

Veremos que nuestra legislación no regula, claramente, si todas estas técnicas están permitidas o solo algunas; también, debemos tener en cuenta que las técnicas heterólogas son las que pueden generar mayores complicaciones legales porque intervienen gametos distintos al de los padres o las madres volitivas. Por otro lado, cuando se generan embriones sobrantes que no van a ser usados para la gestación, pueden ser destruidos o usados con fines experimentales, lo cual ha merecido críticas puesto que se ha discutido, incluso, sobre el estatuto jurídico del embrión no implantado y si este es equiparable al concebido. A continuación, brindaremos algunos alcances particulares sobre la gestación subrogada o por sustitución, que es una de las técnicas más complejas de abordar.

Herrera nos señala que el mejor término para denominar a esta técnica es gestación por sustitución y no maternidad subrogada, porque “lo que se subroga no es el rol de madre o la «maternidad» sino la gestación, la cual realiza una tercera persona que nada tiene que ver en términos de roles parentales”, es decir, “quien gesta no es considerada jurídicamente madre”. Quien gesta “lleva adelante un embarazo a favor de otra u otras personas que son quienes tienen la intención de ser progenitores” (2018, pp. 366-367).

Es la gestación por sustitución la que nos trae mayores dilemas éticos y legales, ya sea que se utilicen técnicas intracorpóreas o extracorpóreas, porque en esta ocasión, madre no es quien gesta. Esta puede ser intracorpórea si emplean, por ejemplo, inseminación artificial y se utilizan los gametos de la gestante o podrá ser extracorpórea cuando, por ejemplo, se realiza una fecundación in vitro y se usan los gametos de la pareja que quiere concebir, los gametos de donantes o se emplee la ovodonación (óvulo donado y fecundado por el gameto del hombre que busca tener un hijo).

Hay legislaciones que no la regulan, como nuestro país; otras que la prohíben expresamente, puesto que consideran que cosifica el cuerpo de la mujer; otras que la permiten de manera abierta; y aquellas que solo facultan aquella que se realice con fines altruistas.

3. NUESTRA NORMATIVA

Veamos, a continuación, algunas de las normas más relevantes sobre este tema.

3.1. LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 7º.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Este artículo, en primer lugar, reconoce el derecho de toda persona a buscar soluciones ante problemas de infertilidad y a procrear mediante el uso de las TERAS. No obstante, genera muchas confusiones en su interpretación y es tan incompleta que nos lleva a vacíos normativos, a saber:

- “La madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Si solo nos ceñimos a esta afirmación, no podrían utilizarse técnicas heterólogas, tales como, ovodonación o embrio-donación, porque en estas se utilizarían los óvulos de una donante. Pero sí podrían utilizarse técnicas heterólogas en las cuales se utilice un donante de esperma, porque la restricción solo es para la madre. En ese sentido, se estarían solucionando los problemas de infertilidad de los hombres, pero no de las mujeres, lo cual de por sí es discriminatorio. Si se interpreta este artículo de dicha forma se estaría instrumentalizando a la mujer como “mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del varón, no solo es éticamente inaceptable sino, además, contraria a derecho” (Siverino, 2014, p. 110-111). Igualmente, en el caso de gestación por sustitución, la mujer que gesta puede utilizar sus propios gametos (madre gestante coincide con la genética) y se cumple el supuesto de la norma. No obstante, en esta situación no se toma en cuenta que existe una madre volitiva que es quien busca ser la madre legal.
- “Consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”, situación complicada en los casos en los cuales intervengan donantes anónimos quienes exigen confidencialidad. Pues, no quieren asumir una paternidad o maternidad, sino solo contribuir con solucionar el problema de infertilidad de una pareja o el derecho de una persona de querer formar una familia y procrear un hijo. Por demás, pareciera que solo estaría permitido para parejas y no para personas solteras que quieran procrear.
- En el último párrafo de este artículo, se alude a las prohibiciones, las cuales están vinculadas a la no utilización de la tecnología para fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos. No haciendo referencia a alguna prohibición expresa respecto a la realización de alguna técnica de reproducción asistida.

Más adelante, analizaremos la variada jurisprudencia que ha resuelto distintos casos sobre filiación por TERAS y la diversa y confusa aplicación de este artículo en la práctica.

3.2. LEY 27337, CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1.- A la vida e integridad. -

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Este artículo va en concordancia con lo señalado en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución y el artículo 1 del Código Civil que otorgan protección al concebido. Por consiguiente, el concebido, si bien no es considerado persona, si es un sujeto de derecho protegido por nuestro ordenamiento. Es importante destacar que el Código de los Niños y Adolescentes, además, protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas. Queda pendiente es dilucidar desde cuándo se considera concebido y si el embrión no implantado tiene igual estatuto jurídico que el concebido.

3.3. CÓDIGO CIVIL

Artículo 409: Declaración judicial de maternidad extramatrimonial

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Artículo 371: Impugnación de la maternidad

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación de hijo.

Estos artículos evidencian que existe una vinculación entre la gestación, el parto y la filiación del hijo o hija. Por lo tanto, se parte de la premisa que madre es quien gesta al niño o niña en su vientre (“mater semper certa est”, “matrem designat venter”). Los procedimientos de gestación por sustitución quiebran esta premisa puesto que madre será quien quiso serlo y promovió ese embarazo (madre volitiva) y, además, será quien asuma una maternidad social. No obstante, esto no está regulado en nuestro ordenamiento. No contamos con una norma específica sobre las TERAS, ni una solución legislativa a los problemas de identidad y filiación derivados de ellas.

3.4. PROYECTOS DE LEY

En el año 2018, se presentaron tres proyectos de Ley:

- A. Ley 00313/2018-CR⁽¹⁾ - Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción Asistida, el cual tiene como propósito garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de Salud (OMS), así como reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana. En este proyecto refiere que las entidades públicas y privadas de seguro incorporarán como prestación obligatoria la cobertura integral a estas técnicas.
- B. Proyecto de Ley 03404/2018-CR⁽²⁾ - Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, si bien este proyecto se centra principalmente en la maternidad solidaria, reconoce en unos de sus artículos el derecho de las parejas infértiles a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, aunque hace referencia al carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.
- C. Proyecto de Ley 03542/2018 CR⁽³⁾ - Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida, el cual propone regular la utilización y el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida por parte de la población, así como los requisitos mínimos que deben cumplir los centros y/o servicios de salud que las realicen.

(1) Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

(2) <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

(3) <http://www.proyectosdeley.pe/p/rvhd9y/>

Actualmente, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República (2020) aprobó el dictamen⁽⁴⁾, tomando en cuenta principalmente el primer proyecto de Ley con algunas modificaciones. Este documento establece que los seguros públicos y privados deben incorporar, de manera progresiva y de acuerdo a la viabilidad presupuestal, la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo de algunas TERAS. No obstante, hasta el momento no contamos con una norma que regule de manera específica y completa las TERAS.

4. DERECHOS INVOLUCRADOS

Tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial e, incluso, en la percepción de la sociedad no existen consensos en cuanto la regulación de las TERAS. Existen dudas acerca de si debe permitirse o no la realización de todas las técnicas de reproducción humana asistida o solo de algunas. Sin embargo, en nuestro país, no hay una prohibición expresa para la no realización de las mismas y es, por ello, que estas se ofrecen en distintas clínicas privadas.

Vamos a desarrollar algunos de los derechos que están involucrados en el acceso y utilización de las TERAS.

4.1. DERECHO A LA VIDA PRIVADA:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12, reconoce lo siguiente:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Del mismo modo, el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la vida privada.

El Tribunal Constitucional ha estipulado sobre la vida privada lo siguiente:

“[...] implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2° inciso 1 de la Constitución”. Además, la define “como el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad” (2005, fundamento 38).

La Corte Interamericana ha ido más allá y ha señalado que el ámbito de protección de este derecho abarca, incluso, una serie de factores vinculados con la dignidad del individuo. En esa línea, dispone lo siguiente:

El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarro-

(4) Información completa del dictamen en el link: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf

llar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. [...] es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. *Por lo tanto*, [...] la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (CIDH, 2012, fundamento 143).

4.2. DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA

La Constitución, en su artículo 4, refiere a que la comunidad y el Estado protegen a la familia. El artículo 6 reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir en torno al ejercicio de una paternidad y maternidad responsable. En diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, se ha reconocido el derecho humano a formar una familia. El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, [...].

Asimismo, este derecho a fundar una familia lo podemos encontrar en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adicionalmente, el derecho a la vida privada que veíamos anteriormente está vinculado con el derecho a fundar una familia reconocido en diversos instrumentos internacionales. En ese sentido, “el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (CIDH, 2012, fundamento 145). Es así que se observa que la decisión de tener descendencia está enmarcada dentro del ámbito de la vida privada y familiar, no obstante, esa decisión parte de su autonomía y de su identidad tanto en su dimensión individual como de pareja. En esa dirección, vemos que existe un reconocimiento del derecho a formar una familia, con hijos o sin ellos, sea a través del matrimonio, de la convivencia u hogares monoparentales y cuando exista imposibilidad de procrear de manera natural, poder adoptar o utilizar las TERAS.

4.3. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Nuestra Constitución en sus artículos 6 y 7 reconoce el derecho de las familias y personas a decidir cuántos hijos tener y promueve una maternidad y paternidad responsable, así como, establece que todos tienen derecho a la protección de su salud. El artículo 9 añade que el Estado determina la política nacional de salud y el artículo 11 refiere que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud.

El profesor César Landa define el derecho de salud, como derecho subjetivo, lo cual supone el derecho a conservar un estado de bienestar físico y mental. Desde una perspectiva objetiva, impone una serie de deberes de actuación al estado y desde una dimensión relacional, puesto que “la conservación de un estado de salud adecuado tiene una indudable conexión con el derecho a la

vida y la integridad, así como con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad personal”. (2017, pp.161-162).

En esa línea, el artículo 6 inciso i) de la Ley 28983, Ley de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, instauro como uno de los lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, el siguiente:

- i). Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura.

Para el profesor Samuel Abad, si bien en nuestro ordenamiento, los derechos sexuales y reproductivos no han sido reconocidos expresamente, constituyen derechos constitucionales implícitos al amparo del artículo 3 de la Constitución. Estos “son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por lo que deberán ser garantizados a cabalidad” (2012, p. 143).

En cambio, para la profesora Siverino:

El derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, siendo clave en este sentido la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la Convención de los Derechos del Niño y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Estos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas, y en un todo exigibles, plasmados por el ordenamiento jurídico y derivados de la dignidad humana, sustrato de los derechos fundamentales. [...] La sexualidad humana y las relaciones entre los sexos están estrechamente vinculadas e influyen conjuntamente en la capacidad del hombre y la mujer de lograr y mantener la salud sexual y regular su fecundidad [...] (2013, p. 305).

4.4. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Nuestra Constitución, en su artículo 2 inciso 2, reconoce que toda persona tiene derecho a:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Landa menciona que “todos somos iguales en dignidad y derechos”. Asimismo, señala que la igualdad es un “derecho- principio y tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo”.

Como derecho subjetivo supone el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley. Como derecho objetivo supone la obligación, a cargo del Estado y de los particulares de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado por razones objetivas (2017, p.17).

4.5. DERECHO A LA IDENTIDAD

El artículo 18 de la Convención Americana sobre los Derechos del niño prescribe: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos [...]”. El artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Además, nuestra Constitución en su artículo 2 reconoce el derecho a la identidad. En esa misma línea el artículo 6 y 7 del Código de los Niños y adolescentes consagran el derecho a la identidad del niño, la niña o el adolescente, así como su derecho a ser inscrito en el Registro del Estado Civil correspondiente.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la identidad comprende “el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (2012, fundamento 5). Adicionalmente, refiere que comprende:

[...] el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (2006, fundamento 21).

El Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido lo siguiente:

[...] el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo (2013, considerando 11).

5. NUESTRA JURISPRUDENCIA EN LOS CASOS DE FILIACIÓN POR TERAS

Lo primero que vamos a recordar es que existe una normativa insuficiente y confusa para la resolución de los conflictos suscitados a propósito de la filiación por TERAS, siendo, estos, llevados a cabo a través de procesos administrativos o judiciales. Dentro de los procesos judiciales, los casos han sido resueltos a través de procesos de impugnación de maternidad, adopción, nulidad de acto jurídico y acción de amparo. Veamos, a continuación, algunos de los casos adaptados tomando como base la jurisprudencia indicada.

5.1. NIÑA ES DESPOJADA DE SU MADRE, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 5003-2007⁽⁵⁾ SOBRE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD (OVODONACIÓN)

La señora Rosa tenía problemas de infertilidad, ella podía gestar, pero no ovular. Ante ello, recurre a la técnica de ovodonación; es decir, poder concebir utilizando el óvulo de una donante anónima y los espermatozoides de su pareja, el señor Pedro. Producto de ello, conciben una niña llamada Susy.

El señor Pedro contrae matrimonio con una persona distinta, la señora Mónica, con quien tiene un hijo llamado Benjamín. La señora Mónica, en representación de su hijo Benjamín, inicia un proceso de impugnación de maternidad contra la señora Rosa alegando que ella no es la madre genética de la niña Susy, a pesar que la había gestado y dado a luz. Sustenta su pretensión en los artículos 45-A y 399 del Código Civil.

Primero, se debatió la legitimidad procesal de la señora Mónica para impugnar la maternidad de la ex pareja de su esposo en relación a su hija Susy. En primera y segunda instancia la demanda fue rechazada porque consideraron que la señora Mónica no contaba con legitimidad para obrar y que, aun teniéndola, no se había acreditado la existencia de un daño. No obstante, en casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema establece que la señora Mónica si tiene legitimidad procesal puesto que su hijo Benjamín y la niña Susy son medio hermanos y existe un “interés moral” en el esclarecimiento de la verdad biológica. Se declaran nulas las resoluciones y se ordena al juez de primera instancia que se pronuncie.

Asimismo, la Sala tildó de “ilegal” la maternidad impugnada porque la niña Susy no es “hija biológica” de la señora Rosa, tal como lo demostró la prueba de ADN. Desde esa perspectiva, se aseveró que la técnica denominada “ovodonación”, no está permitida en nuestro país, conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, puesto que la condición de madre genética y de madre gestante no recae sobre la misma persona.

Ante lo resuelto en este caso, surgen varias interrogantes ¿Cómo se protege a la niña si es despojada de su única filiación materna? ¿Tendríamos que buscar a una madre genética que fue anónima para que asuma su maternidad? ¿Una madre que no tuvo voluntad procreacional, ni gestó a la niña Susy tendría mejor derecho que la señora Rosa?

Por otro lado, la niña Susy solo tendría una filiación paterna que sería la de su padre (señor Pedro) y la señora Mónica (madrasta) podría, incluso, adoptarla. Por lo tanto, ejercerían su patria potestad, las personas que originaron todo esto y la niña iría a vivir con su madrastra quien fue la persona que la apartó de su madre. La madre (señora Rosa) que la crio y la dio a luz podría ser denunciada por secuestro si no quiere entregar a su hija porque no tendría un vínculo filiatorio con ella.

Esta resolución es, claramente, atentatoria contra el derecho a la identidad de la niña, la cual no solo está compuesta de datos biológicos, sino, además, de una identidad social construida con su madre (señora Rosa), quien no solo fue su madre gestante y volitiva, sino también, su madre legal y social. Asimismo, se la despoja de su única filiación materna, desprotegiéndola totalmente, vulnerando su interés superior, su derecho a la identidad, su derecho a vivir en una familia. Asimismo, por otra parte, se desconocen los derechos sexuales y reproductivos de su madre y la maternidad social que ella ha ejercido respecto de su hija.

(5) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=266&codcampo=21>

Este tipo de procesos, requieren ser resueltos con la actuación de un equipo multidisciplinario. Si bien del caso no se desprende la edad de la niña, es importante reconocer que los niños y las niñas son sujetos de derechos y, como tal, debemos hacerlos partícipes en los procesos que los involucren, tomando en cuenta su opinión y promoviendo su participación puesto que se está decidiendo sobre su vida. Al respecto, el Protocolo de participación Judicial del Niño, Niña y Adolescentes (R.A. N° 228-2016-CE-PJ) establece lo siguiente:

El niño, niña y adolescente tienen el derecho a ser oídos y a expresar su opinión en sus propias palabras sobre las decisiones que le afecten, y a que sus puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad.

5.2. ME “ENGAÑARON” Y ME VOLVÍ PADRE, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 4323-2010⁽⁶⁾ SOBRE NULIDAD DE ACTO JURÍDICO – OVODONACIÓN

Este caso es la continuación del anterior. El señor Pedro demanda a la Clínica de Fertilidad donde se practicó la procreación asistida y pide la nulidad de los acuerdos suscritos para la realización de la fertilización realizada a la señora Rosa. Se discute la atribución de la maternidad originada en una ovodonación, la cual había sido ya reputada por la misma Sala, tres años antes, como ilegal (Cas 5003-2007).

Aquí se vuelve a discutir la legalidad de la práctica de la ovodonación y, adicionalmente, se analiza el consentimiento del progenitor en la realización de la TERA.

La Sala tomando, como referencia, el axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido en el artículo 2, inciso 24 a) de nuestra Constitución, aclara que la “ovodonación” no es ilícita, ni su realización calza en un delito, constituyendo, más bien, un vacío normativo y jurisprudencial. Como es legal, el acuerdo suscrito es válido (procedimiento y consentimiento de la pareja).

Esta resolución corrige la anterior en el sentido de que toma como sujeto protegido, de manera clara, a la niña al amparo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 de nuestro Código Civil, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño.

Sin embargo, hace una distinción entre la ovodonación, la cual es considerada legal frente a la maternidad subrogada, entendiendo que esta última no estaría permitida por nuestro ordenamiento cuando el sustento sería el mismo, puesto que tampoco existe una norma expresa que la prohíba, ni una norma penal que sancione su realización.

(6) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=4166&codcampo=21>

5.3. ADOPTANDO A NUESTRA HIJA, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 563-2011⁽⁷⁾ SOBRE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Gustavo está casado con Diana, quien no puede tener hijos. Diana tiene un sobrino Pablo, hijo de su hermano, que está casado con Irina y acude a ellos para que la ayuden a ella y a su esposo con la gestación de su hijo. Irina y Pablo dan su consentimiento y se realiza la gestación por sustitución. En este procedimiento, se utilizan los óvulos de una donante anónima, los espermatozoides de Gustavo y el útero de Irina. Producto de esta técnica nace la niña Victoria.

Gustavo y Diana, padres de intención, inician un proceso de adopción por excepción al amparo del artículo 128 inciso b)⁽⁸⁾ del Código de Niños y Adolescentes, puesto que son parientes colaterales de cuarto grado de consanguinidad de Victoria. Diana vendría a ser la tía abuela de la niña; además, Gustavo y Diana agregan que, a los pocos días de nacer, la niña les fue entregada y son ellos quienes la tienen en su poder asumiendo los roles de padre y madre.

Uno de los requisitos de la adopción es el asentimiento de los padres legales, Pablo e Irina, estipulado en el artículo 378 inciso 6 del Código Civil, elemento que no se cumple. Ahora, la Sala prescinde de ello porque prefiere salvaguardar el interés superior de la niña Victoria y fundamenta su postura en el hecho que la niña debe permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño. Si bien los padres legales tienen la patria potestad, estos, desde la concepción de Victoria y posterior nacimiento, actuaron desvalorizando la condición humana de la niña, tratándola como un objeto de mercancía.

Por otro lado, en esta historia, el padre biológico era el pre adoptante Gustavo, puesto que se utilizaron sus gametos para la concepción de la niña; no obstante, no era el padre legal. De esta manera, para los fines del proceso, el señor Pablo era el padre legal, puesto que en el acta de nacimiento constaba su paternidad con la niña Victoria. Este documento público es válido, mientras no sea declarado nulo mediante una sentencia judicial firme. Es preciso mencionar que, adicionalmente, en ese momento, existía una restricción legal para que una mujer casada, como era la señora Irina, pueda registrar a su hijo con una filiación paterna distinta a la de su cónyuge, ya que, previamente, se requería la negación de la paternidad del señor Pablo⁽⁹⁾. Por lo tanto, quedaba claro que los padres legales eran los señores Pablo e Irina, y que la niña Victoria sí era la sobrina nieta de la pre adoptante Diana, por lo cual si cabía la adopción por excepción.

La Sala se enfoca en proteger y asegurar el interés superior de la niña Victoria; para ello, se basa en los informes del equipo multidisciplinario, con los cuales corroboran que la niña vive, desde su

(7) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

(8) Artículo 128: En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes: [...]

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

(9) Artículo 396°.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. (*artículo actualmente modificado*)

nacimiento, con los adoptantes en un ambiente de afecto y buenas condiciones. Adicionalmente, se indica que existe un “conflicto de derechos”; por un lado, el ejercicio de la patria potestad de los padres legales y, por otra parte, el derecho de la niña de tener una familia idónea que le brinde un desarrollo integral. En esa línea, quedó acreditado que los padres legales solo apuntaban a un beneficio económico y no al bienestar de la niña, por lo cual declaran padres a los adoptantes.

Como vemos, esta sentencia si protege, adecuadamente, a la niña, tanto en su derecho a la identidad como en su derecho a vivir en una familia. La Sala no menciona que el caso se trate de una gestación por sustitución o una maternidad subrogada, tampoco hace alguna referencia sobre la legalidad o no de la misma y, menos aún, si la contraprestación que hubo está permitida o no por nuestro ordenamiento.

También es preciso acotar que, originalmente los padres legales, Pablo e Irina, se allanan a la demanda, pero luego exigen más dinero y extorsionan a los padres de intención. Debido a esta situación, el Ministerio Público inicia contra ellos un proceso penal por extorsión y alteración del estado civil de la menor.

5.4. YO SOY LA MADRE Y ELLA ES LA ABUELA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 183515-2006-0113⁽¹⁰⁾ SOBRE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD - GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La señora Cecilia está casada con el señor Luis y no puede tener hijos, y le pide a su madre, la señora Julia (gestante), que sea quien geste a su hijo. Para este procedimiento, se utilizan los óvulos de Cecilia (madre genética) y los espermatozoides del señor Luis. Como vemos, la señora Cecilia sí tenía óvulos aptos para la fecundación, pero debido a una enfermedad, su cuerpo no podía retener el embarazo.

Utilizando los gametos de la pareja que desea procrear (homóloga) y con la técnica de fecundación In Vitro, se realiza la fecundación de 6 óvulos. Le implantan 3 embriones a su madre, la señora Julia, y quedan 3 embriones congelados. Su madre da a luz a una niña llamada Sol, quien es registrada con los datos de su padre Luis y los datos de su abuela, la señora Julia, porque ella fue quien la gestó.

La señora Cecilia interpone demanda de impugnación de maternidad contra su esposo Luis y su madre Julia, a fin de que se declare su maternidad con la niña Sol. Con la actuación de los medios probatorios, se evidencia la enfermedad de la señora Cecilia y su imposibilidad de quedar embarazada; además, de la utilización de la técnica de fecundación in vitro y la realización de la gestación por sustitución a la que se sometió. Se ordena de oficio la realización de la prueba de ADN y se corrobora que la madre genética es Cecilia.

La demanda es declarada fundada y se dispone la inscripción de la niña con la filiación de Cecilia. En esta resolución, se pone en evidencia las limitaciones de nuestra legislación, puesto que no existe un procedimiento administrativo ante RENIEC para este tipo de situaciones; por otro lado, el artí-

(10) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

culo 371 del Código Civil solo contempla la posibilidad de impugnar la maternidad cuando estemos ante parto supuesto o de suplantación del parto. Asimismo, el artículo 395 del Código Civil estipula que el reconocimiento es irrevocable y el artículo 409 de la misma norma vincula el hecho del parto con la maternidad. Aunque el juzgado reconoce que con el avance de la ciencia y las TERAS, el aforismo “*mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*” (la maternidad será siempre cierta con solo ver a una mujer gestante y después, con el infante en brazos) ha dejado de ser cierto en su totalidad e inaplicable en esta ocasión.

Al interpretarse el artículo 7 de la Ley General de Salud, nuevamente, se pone como sustento que, si bien en este caso, la madre gestante y la madre genética no coinciden, la jueza entiende que la maternidad subrogada no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida. De esta manera, aplica el principio de reserva recogido en el artículo 2 inciso 24 a de la Constitución y, por consiguiente, considera lícita esta técnica para gestar.

No obstante, lo paradójico de esta resolución es que considera a los embriones sobrantes congelados como vivos y ordena hacer efectivo el derecho a la vida de los tres embriones sobrantes, ya sea en la implantación en el vientre de Cecilia o de una tercera persona. Realiza una equiparación de estos embriones congelados con el concebido. Hay que recordar que Cecilia no puede procrear porque pondría en peligro su vida y, por ello, lo hace su mamá, quien dada su avanzada edad tampoco podría implantarse, nuevamente, los embriones sobrantes. En ese sentido, aceptar esto implicaría una vulneración y afectación de otros derechos como la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, elegir cuantos hijos tener, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada. Al elevarse esta resolución a consulta⁽¹¹⁾, la Sala Constitucional y Social señaló que respecto al abandono de los embriones existe un vicio de congruencia extrapetita porque no fue una pretensión demandada y, así pues, desestima lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia respecto a los embriones.

El tema de los embriones trae a discusión desde cuándo hay vida y si es equiparable o no al concebido. Desde cuándo se considera qué es concebido, desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide (teoría de la fecundación), o desde la implantación del embrión en el útero materno (teoría de la anidación).

(11) Consulta Expediente N° 2141-2009. Pueden descargar la resolución completa en el siguiente link https://www.academia.edu/8423052/Caso_para_la_practica_calificada

5.5. NOSOTROS SOMOS LOS PADRES, A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE 06374-2016-0-1801-JR-CI-05⁽¹²⁾ - PROCESO DE AMPARO- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Los señores Frank y Ana se casan, pero la señora Ana no puede gestar, por lo cual acuden a la gestación por sustitución y utilizaron las técnicas de la Fertilización In Vitro y la ovodonación, técnica heteróloga, debido a que la señora Ana tampoco contaba con óvulos aptos para la fecundación.

Luis y Rosa son esposos, pareja colaboradora, y consintieron que la señora Rosa sea quien geste los hijos de Ana y Frank; para ello, recurrieron a óvulos donados, anónimamente, y al esperma de Frank. Nacieron dos gemelos: Nicolás y Eva, quienes fueron registrados en el RENIEC con los datos de los esposos Luis y Rosa.

Las dos parejas, como representantes de los niños, iniciaron dos procedimientos ante RENIEC sobre rectificación de acta de nacimiento y solicitaron lo siguiente:

- El señor Frank solicita que se le declare padre de los niños Nicolás y Eva. Recordemos que la señora Rosa, al estar casada, la filiación de su hijo solo podría corresponderle a su esposo, el señor Luis, por la presunción *pater est*. Para que el señor Frank pueda reconocer a su hijo, previamente, el señor Luis debía iniciar un proceso judicial de negación de paternidad⁽¹³⁾.
- La señora Ana solicita que se le declare como madre de los niños, puesto que ella era la que había tenido voluntad procreacional y quien se venía comportando como la madre social de los niños.

El Reniec declara improcedente ambos pedidos, por lo que ambas parejas inician un proceso de amparo, puesto que consideran que se han afectado el derecho a la identidad y su interés superior de los niños, y ,respecto a los demandantes, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a los derechos sexuales y reproductivos.

En ese sentido, se pretende que se otorgue protección a los derechos a la identidad de los niños, por lo que se solicita se dejen sin efecto las resoluciones registrales emitidas por el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec) y se declare, formalmente, la paternidad y maternidad, respectivamente, de los señores Frank y Ana. Se declara fundada la demanda de amparo, tanto en primera y en segunda instancia, y se ordena al RENIEC que emitan nuevas partidas de nacimiento de los niños donde consten como sus progenitores los señores Frank y Ana.

Para la resolución de este proceso, se toma en cuenta el ordenamiento internacional y, específicamente, lo resuelto en el caso Artavia Murillo. Asimismo, interpreta el artículo 7 de la Ley General

(12) Pueden ver la resolución completa en el siguiente link

https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reniec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

(13) Con la dación del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018, se modifican diversos artículos del Código Civil, dentro de los cuales se encuentran el artículo 362 y 396, permitiéndose actualmente que el hijo o hija de mujer casada pueda ser reconocido por su progenitor cuando la madre declare expresamente que no es de su cónyuge, sin ser necesario que su marido lo hubiese negado previamente.

de Salud, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Casación N° 4323-2010, en el sentido de que, cuando la madre gestante no coincida con la madre genética, estamos ante un vacío normativo y no ante una prohibición para la realización de las TERAS. Por lo tanto, es aplicable el principio de reserva, reconocido en el artículo 2, inciso 24, a de la Constitución, en tanto “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. En ese escenario, queda aclarado que, en dicho supuesto, el uso de las TERAS no está prohibido por nuestro ordenamiento, su utilización forma parte del derecho a la salud reproductiva y, en consecuencia, los contratos celebrados al amparo de ellas son válidos, como lo es la gestación por sustitución.

Algunas de las consideraciones interesantes que se hacen en ambas instancias son las siguientes:

- Se reconoce la validez del acuerdo, como ya se había hecho antes, en la Casación 563- 2011, Lima. Hace hincapié que el empleo de las TERAS solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia. Por ende, se sostiene que la postura del RENIEC vulnera el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, puesto que frustra el proyecto de vida familiar, que incluye los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a la vida privada.
- Se hace referencia a que esta gestación efectuada, mediante útero subrogado, ha sido realizada en términos altruistas, llevándose a cabo con un motivo humanitario, en los términos del artículo 6° del Código Civil⁽¹⁴⁾. Pareciera ser que se acepta la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, pero siempre que no medie contraprestación económica.
- Otro de los aspectos que también se analiza es que la utilización de este procedimiento ha sido en forma supletoria y no alternativa, puesto que se comprobó la imposibilidad de la señora Ana de producir óvulos y de sostener un embarazo, habiendo recurrido a tratamientos reproductivos anteriores sin éxito.
- Por otro lado, si bien la señora Ana no es quien aportó los gametos, ni gestó a los niños, sí es quien tuvo voluntad procreacional, a diferencia de la gestante, y es quien, actualmente, tiene a los niños, es decir, es una verdadera madre, socialmente, se comporta como tal. En ese sentido, se debe garantizar el derecho a la identidad de los niños reconociéndoles su verdadera filiación materna. Además, la señora Rosa, la gestante, no comparte el material genético con los niños, no tuvo voluntad procreacional, y no es quien cría y cuida de los niños.
- El RENIEC formula excepción de falta de representación legal de los demandantes en relación con los niños, porque el señor Frank no los reconoció, el señor Luis no es el padre biológico y la señora Ana no es la madre y, es más, se señala que debería adoptar. El señor Frank no podía hacerlo porque era el hijo de una mujer casada y, por presunción *pater est*, el padre era el señor Luis. Sin embargo, resulta contradictorio que el RENIEC formule esta excepción cuando esta situación fue generada por esta entidad al no reconocer la filiación de Frank y Ana y, por lo

(14) **Artículo 6.-** Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios [...].

tanto, su representatividad. Esta excepción no hace más que evidenciar el perjuicio generado en contra de los niños, pues ni el padre biológico, ni la madre volitiva, ni los subrogantes podrían ejercer la representatividad de los niños; es decir, no contaban con padres que asuman, legalmente, su patria potestad y los derechos conexos que ello implica.

6. PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS

A propósito de lo desarrollado anteriormente y después de haber revisado algunos casos, evidenciamos que existe una vulneración en los derechos de los padres, y de los niños y niñas producto de un vacío normativo en la regulación de las TERAS y, específicamente, en la gestación por sustitución. Esta situación genera que las mismas se vengán dando en diversas clínicas privadas sin una regulación adecuada. En ese sentido, es relevante generar algunas posturas y propuestas sobre los principales problemas legales encontrados:

6.1 DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO Y LA UTILIZACIÓN DE LAS TERAS Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

En la utilización de las TERAS se pueden evidenciar situaciones de discriminación por razones de género y socioeconómica. Al analizar el artículo 7 de la Ley General de Salud, por un lado, habíamos referido que el solo permitir la realización de TERAS en los casos que la madre genética y la madre gestante coincidan, definitivamente, implicaba un trato discriminatorio puesto que solo se buscaría solucionar problemas de infertilidad masculina.

Por otro lado, la Corte Interamericana (2012) también ha advertido:

El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. [...] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. [...] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. [...], si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres” (Fundamentos 298- 299).

Por lo tanto, es necesario que las técnicas sean permitidas tanto para solucionar problemas de infertilidad de hombres como de mujeres. La Corte Interamericana (2012) ha establecido en el caso *Artavia Murillo* que el derecho a la vida privada se vincula con i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a reproducirse y de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho y tener descendencia. (Fundamento 146). En ese sentido, el artículo 16 e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dispone que los Estados partes garantizarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en establecer que existe una vinculación directa e inmediata entre la atención de la salud y los derechos a la vida privada y a la integridad personal. La ausencia de salvaguardas legales para proteger la salud reproductiva afecta el derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. “Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica” (2012, Fundamento 147).

En cuanto a la discriminación socioeconómica, somos conscientes que existen costos elevados en cuanto la realización de técnicas de reproducción de alta complejidad que no están al alcance de todas las personas y los servicios públicos de salud de nuestro país no cubren todos los tratamientos de infertilidad.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo del hombre o la mujer debido a la imposibilidad de lograr un embarazo después de 12 meses o más de haber tenido relaciones sexuales sin protección⁽¹⁵⁾.

Empero, en nuestro país al ser la infertilidad una enfermedad debería convertirse en un problema de salud pública y, en consecuencia, de inmediata actuación estatal. Sin embargo, al ser no transmisible y sin riesgo inminente de muerte, no forma parte de la lista de enfermedades de interés desde un enfoque preventivo de salud pública, lo cual genera que las personas que la padecen, “se vean afectadas y socialmente marginadas por sus familias y comunidades” (Neciosup, 2018, p.10). Por lo tanto, las personas que acceden a las TERAS, sobre todo aquellas de alta complejidad, lo hacen a través de clínicas privadas, generando pues una barrera económica de acceso para quienes no pueden pagar los costos privados que ellas implican.

En el Perú, las Técnicas de Reproducción Humana no están consignadas como métodos para combatir la infertilidad, ni se encuentran registradas como prestaciones básicas en el Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias ni en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud ni en el listado de las prestaciones de la Capa Simple (Neciosup, 2018, p. 14). Por consiguiente, debemos deslindar si nos encontramos ante personas que son clientes y demandan un servicio, que padecen una enfermedad o discapacidad o estamos ante un problema de salud pública (Siverino, 2012, p. 2), situación que, en nuestro país, no queda clara. No existe ningún proceso en el cual se haya demandado al Estado peruano para que asuma que estamos ante una enfermedad que, también, debería ser cubierta por las entidades prestadoras de salud, como ocurrió en Argentina, a través de acciones de amparo que planteaban el pedido de cobertura del Estado ante la falta de recursos para acceder a ellas, sobre todo a las más costosas. En dicho país, estas acciones sirvieron de cimiento para la dación de la Ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2017, p.89). Esta norma refiere lo siguiente:

(15) Revisar el siguiente link: <https://sochog.cl/wp-content/uploads/2020/10/Infertility.pdf>

«En los términos que marca la Ley N.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos»; asimismo se agrega que «Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad [...]» (Herrera, 2017, p.90).

Como vemos, en Argentina existe una cobertura mínima de las mismas por parte del Estado y, además, se da en situaciones de imposibilidad de procrear de manera natural.

En nuestro país, al no estar prohibidas, las mismas se vienen realizando, principalmente, a nivel privado y solo para aquellos que puedan costear dichas técnicas. En ausencia de una normativa completa que proteja, adecuadamente, a los pacientes y que garantice los derechos reproductivos de todos quienes padecen de infertilidad, solo algunos pueden acceder a las TERAS.

Si bien, como hemos visto, anteriormente, a propósito de los proyectos de ley, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República (2020)⁽¹⁶⁾ consideró que los seguros públicos y privados deben incorporar, de manera progresiva y tomando en cuenta el presupuesto, la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo de algunas TERAS, sin embargo, ello aún no es ley.

Urge contar con una Ley sobre las TERAS que garantice el acceso y cobertura integral, las cuales deben estar permitidas de manera excepcional cuando este acreditada la infertilidad, prefiriéndose usar técnicas de baja complejidad y, en última instancia, aquellas de alta complejidad y mayor costo. Es de vital importancia que esta ley contemple y defina el rango de edad en la que podrán ser utilizadas, que se cuente con un consentimiento previo debidamente informado, que sea accesible a la diversidad de familias, que se lleve un registro de donantes de gametos y embriones, y que se contemplen reglas de determinación de la filiación en los casos de las TERAS.

6.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y FILIACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDOS PRODUCTOS DE LAS TERAS

En la realización de las TERAS pueden intervenir distintas personas, aquellas que proporcionan sus gametos, la gestante, la madre o el padre legales, la madre o el padre sociales, la madre o el padre volitivos. Por lo tanto, en la utilización de las TERAS podemos encontrar más de dos personas que intervienen en la gestación de un niño o niña y es ahí, donde nos preguntamos quién o quiénes deben gozar de la filiación.

Como vimos en uno de los casos donde se recurrió a la técnica de ovodonación y fue la misma madre quien gestó a su hija, pero utilizando material genético de una donante, la Sala estableció que al amparo del artículo 7 de la Ley General de Salud, esa maternidad era “ilegal” porque la madre

(16) Información completa del dictamen en el link: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf

genética y la madre gestante debía recaer en la misma persona. Por lo tanto, bajo ese razonamiento una niña podría quedar despojada de su filiación materna, pretendiendo establecer una filiación con una donante anónima y con ello, dejándola sin una madre y en el total desamparo. Razonamiento contrario al interés superior de esta niña, quien tiene el derecho a vivir con su familia, con la madre que tuvo voluntad procreacional y, además, se comportó como tal y le brindó cuidado y protección. También, vulnera el derecho a la identidad de la niña la cual es dinámica y no solo está vinculado a datos genéticos. Asimismo, el arrebatarle su filiación materna afecta los derechos conexos que involucran el gozar de la patria potestad.

La situación se complejiza en la gestación por sustitución debido a que, por el hecho del parto, se genera, automáticamente, una filiación materna que no corresponde a la voluntad procreacional. Para nuestro Código Civil, madre siempre es la gestante. La filiación paterna es más sencilla de establecer en estos casos y con la modificación de que la mujer casada puede declarar que el niño que lleva en su vientre no es de su marido, cuando la que gesta al niño o niña es una mujer casada podrá reconocerlo el padre volitivo sin inconvenientes. Por lo tanto, podríamos tener garantizada la filiación paterna, pero aún queda en el limbo la filiación materna de la madre volitiva. Es así que debemos recurrir a procesos judiciales para que se reconozca la verdadera identidad y filiación de los niños y niñas nacidos producto de la gestación por sustitución porque, a nivel administrativo, la respuesta siempre ha sido negativa. En otras situaciones, para eludir estos procesos judiciales largos y engorrosos se pueden incurrir en delitos contra la fe pública, contra el estado civil o, incluso, ser acusados por delito de trata en la modalidad de venta de niños, como ocurrió en el mediático caso de una pareja chilena que gestó dos niños en nuestro país bajo la gestación por sustitución⁽¹⁷⁾.

Por lo tanto, es fundamental que, a nivel administrativo, ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante RENIEC) se puedan establecer procedimientos adecuados que coadyuven a garantizar de manera inmediata el derecho a la identidad y la filiación de estos niños y niñas con su verdadera filiación. Aplicando el interés superior del niño, podemos asegurar que lo mejor es que este niño goce de una filiación con aquella madre que lo deseó, tuvo voluntad procreacional y es, adicionalmente, con quien desarrolló lazos socioafectivos, puesto que es quien lo cuida, le provee de cuidados y es quien en la realidad se viene comportando como tal. Cuanto más tiempo transcurra en que se reconozca la filiación de los niños y las niñas con sus padres o madres de intención, la vulneración de sus derechos se agrava porque no gozan de la patria potestad, ni de los derechos conexos que ello trae consigo.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley General de Salud señala que, para la actuación de las TERAS, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; no obstante, en la práctica, ello no se da en el caso de los donantes anónimos. Entonces, se cuestiona si en los casos en los cuales los gametos utilizados provengan de donantes anónimos se estaría vulnerando el derecho a la verdad biológica y a conocer su origen de las niñas y los niños procreados bajo las TERAS.

(17) Pueden conocer más sobre este caso en los siguientes links: <https://www.youtube.com/watch?v=B-FUCoFDWYHQ>
<https://www.youtube.com/watch?v=ID5Jtz92GRg>

En el proyecto de Ley 3313-2018⁽¹⁸⁾ - Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida se contempla la confidencialidad del donante, pero, al mismo tiempo, se hace referencia de que los hijos nacidos mediante TERAS tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Adicionalmente, agrega que solo cuando exista peligro la vida del niño, se podrá revelar la identidad de los donantes. Concordamos que el anonimato de los donantes debe ser relativo⁽¹⁹⁾ y solo en circunstancias extremas debe ser revelado.

6.3. VULNERACIÓN O NO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y SU INTERÉS SUPERIOR

El artículo 2 de la Ley 30466, recogiendo normas internacionales, define al interés superior del niño como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”. El cuestionamiento, en los casos de la aplicación de las TERAS, es si estamos anteponiendo los derechos de los adultos a querer ser padres o madres por encima de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y su interés superior.

Herrera analiza que algunos autores apuntan a que el deseo de tener un hijo traspasa los límites y vulnera los derechos de los niños y niñas. Incluso, se recalca que lo que se estaría reclamando es el derecho a tener un hijo. Esta autora nos menciona que no debemos mirar el deseo de los adultos de ser padres como algo negativo, lo cual se da incluso en la filiación por naturaleza. Los hijos, en su mayoría, son una decisión, como es la adopción o el acceder a las TERAS. En esa línea, agrega lo siguiente:

Así, oponerse a las TRHA bajo el manto de una supuesta decisión «adultocéntrica» que sería –de manera falaz– contraria de por sí al interés superior del niño implica, en el fondo, resistir el reconocimiento y consecuente aceptación de que nos encontramos ante un derecho de las familias, en plural con todo lo que ello significa (2017, p. 78).

El reclamo es el derecho a procrear y formar una familia, y cuando existen problemas de infertilidad asociada a la salud o infertilidad estructural (personas solteras o uniones igualitarias), el medio para lograr ese derecho puede ser las TERAS o la adopción. Aquí, estamos ante una decisión de adultos responsables en pleno ejercicio de su autonomía de querer tener un hijo o una hija con todo lo que ello implica.

(18) Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

(19) Asimismo, en el proyecto de Ley 3452/ 2018-CR también se contempla el anonimato relativo en el sentido que los donantes tienen derecho a mantener en reserva su identidad, salvo la dación de información general o que en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del nacido, o previa resolución judicial con arreglo a las leyes procesales vigentes, se pueda revelar, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

En esa línea, es la gestación por sustitución una de las técnicas más complejas de entender, comprender y regular, adicionalmente, se la contrapone con los derechos de los niños. No obstante, hay que tener en cuenta que ese niño o niña llegará a una familia que lo espera y que tuvo que hacer denodados esfuerzos para concebirlo. Cuando ya existe lo que debemos buscar es protegerlo, garantizar su interés superior y dotarlo de los mismos derechos que un niño nacido de manera natural. Asimismo, es importante reconocerlo como sujeto de derecho y tener en consideración su opinión en los procesos que lo involucren, en la medida que ello sea posible.

[...] la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente (Lamm, 2012, p.10).

Más bien, se vulneran los derechos de los niños y las niñas nacidas bajo las TERAS cuando al nacer, debido a vacíos normativos, normas desfasadas y regulación insuficiente, no pueden gozar a plenitud de todos los derechos que les corresponden.

6.4. EMBRIÓN NO ES EQUIPARABLE AL CONCEBIDO

Es preciso recordar que la Convención Americana, en su artículo 4.1, reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su vida; además, agrega que este derecho está protegido a partir del momento de la concepción. Nuestra legislación, en el artículo 1 del Código Civil, también, señala que la vida humana comienza con la concepción y, en esa misma línea, lo reconoce el artículo 1 del Código de los Niños y Adolescentes.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que prohíbe la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE), conocida como la píldora del día siguiente, consideró que “la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser”. Del mismo modo, establece que “la anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio” (2009, fundamento 38). Por lo tanto, un embrión gozará de protección sea este que haya sido generado de forma natural o por fertilización in vitro y nos llevaría a entender que, en tanto, ser vivo debe implantarse en el útero materno.

No obstante, esta sentencia viene siendo cuestionada a través del Expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01⁽²⁰⁾, a través de un proceso de amparo contra el Ministerio de Salud, a fin de que informe y distribuya en forma gratuita la AOE. Tomando en consideración que la sentencia del Tribunal Constitucional señaló, en su fundamento 52, que no es inmutable, el Primer Juzgado Constitucional ha

(20) Se puede ver la resolución completa en el siguiente link: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf

resuelto, según el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo; por lo cual, refiere que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”, se descarta la teoría de la fecundación y, tomando en cuenta la teoría de la anidación, entiende que la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero y antes de ese evento no habría vida que proteger. (CIDH, 2012, fundamento 223). Por ende, los embriones congelados, mientras no sean implantados en el útero materno, no podrán considerarse equiparables al concebido.

Como vimos en uno de los casos analizados, en el caso de las TERAS, la equiparación del concebido al embrión y, por lo tanto, la obligatoriedad que estos sean implantados, podría vulnerar el derecho a la vida de la gestante. En el caso analizado, la madre volitiva no podía gestar por una enfermedad que padecía y la gestante era una persona de avanzada edad que ya no podía someterse a un embarazo adicional porque, también, estaría en peligro su vida. Adicionalmente, en este caso también podría colisionar con otros derechos como la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, elegir cuantos hijos tener, entre otras expresiones de los derechos reproductivos de la pareja involucrada.

6.5. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿LA PERMITIMOS EN TODOS LOS CASOS?

En la gestación por sustitución, existen posturas a favor y en contra. Algunos de los argumentos planteados por Lamm (2012), son los que a continuación se detallan:

La postura contraria a la gestación por sustitución se basa en que son contratos nulos por ser inmorales. Supone una explotación y utilización de las mujeres pobres por las ricas, una manipulación y cosificación del cuerpo de la mujer puesto que la gestante se convierte en una “incubadora humana”. También, se agrega que convierte al hijo en objeto de comercio, que pueden ocurrir problemas en casos de aborto o de fraude, pudiendo lindar con temas delictivos vinculados a la compraventa de niños y la supresión de identidad. En ese sentido, tenemos países que se acogen a esta postura y en los cuales está prohibida y esos acuerdos son nulos, por ejemplo, España, Francia, Alemania, Italia.

La postura a favor se sustenta en el derecho a procrear y el derecho a la protección del matrimonio o de la familia. De la misma manera, refiere que el argumento de que es inmoral es antiguo y está desacreditado, ya que no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros. Sobre la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que, al ser un acuerdo voluntario y libre, no hay por qué hablar de explotación, ni aún en caso exista dinero por ello. Se dice que este argumento es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer. “También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo, genéticamente, propio”. Por otro lado, muchas veces no queda otra salida para quien quiere ser madre jurídica que necesitar a otra que geste para ella, no existiendo diferencia en quien gesta con óvulos donados y quien logra la maternidad recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”. Adicionalmente, se argumenta que no atenta contra la salud de la gestante.

Esta postura, a favor de la gestación por sustitución, solo es admitida en algunos países cuando es altruista, y según algunos requisitos y condiciones, por ejemplo, en países como Canadá, Brasil, México. En algunos países, se requiere de autorización previa, por ejemplo, del juez, para que la gestación se pueda realizar; en otros, el procedimiento se realiza con un acuerdo de los involucrados y lo central de esta regulación es la transferencia de la filiación post parto. En países como Rusia, algunos estados de EE.UU. e India es permitida de manera amplia (pp.5-15).

En los proyectos de ley sobre este tema presentados en el Congreso, se apunta a que esta debe ser altruista. En el proyecto de Ley 3404-2018-CR⁽²¹⁾ - Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, se estipula que esta debe ser altruista, empleada de manera excepcional, por pareja casada o en unión de hecho certificada por notario público; por consiguiente, quedarían excluidas las parejas igualitarias o las personas solteras. Se permite la utilización de gametos de donantes, se plantea la suscripción de acuerdo previo por la vía notarial donde también se reconozca la filiación de los padres de intención. No se hace referencia a que la gestante voluntaria tenga algún parentesco con los padres de intención. Sin embargo, en el proyecto de Ley 3313-2018-CR – Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, difiere de la anterior en que solo estaría permitida cuando la madre gestante sea un familiar de segundo grado de consanguinidad, y la implantación y gestación del embrión sea formado por los gametos de la pareja de intención o solicitantes de la gestación subrogada. Además, se debe analizar si sería necesario contar con una autorización previa, por ejemplo, de un juez, o bastaría con el acuerdo entre las partes.

Al ser una técnica que ya viene siendo empleada en nuestro país, debe ser regulada y utilizada solo en casos de infertilidad, debidamente, comprobada y en los cuales sea imposible la gestación de la madre volitiva. Asimismo, creemos que no debería existir algún impedimento para que la madre gestante pueda ser tanto algún familiar o también alguna persona que tenga vínculos de amistad con alguno de los padres o madres de intención.

Consideramos que, por ahora, el consenso medianamente ganado apuntaría solo a que la gestación por sustitución deba ser altruista para evitar a que se utilice el cuerpo de la mujer como objeto de comercialización y de instrumentalización, sobre todo de mujeres pobres, lo cual es el reflejo de las propuestas legislativas planteadas hasta ahora. No obstante, ante una regulación poco clara, en la práctica, esta se viene realizando en distintas clínicas de manera comercial, sin un marco normativo adecuado y vulnerando, muchas veces, los derechos de los niños que nacen producto de estos procedimientos, debido a que nuestra legislación responde únicamente a una filiación natural.

7. CONCLUSIONES

Algunas de las conclusiones que podemos rescatar de este ensayo son las siguientes:

Primero, la realización de las TERAS está vinculada al pleno ejercicio de los derechos humanos de los involucrados y, en ese sentido, jurisprudencialmente, se ha señalado que está permitida en

(21) _____ Revisar el siguiente link: <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

nuestro país. No obstante, existe un vacío normativo, hecho que deriva en la carencia de una norma clara y completa que regule su implementación y resuelva, los problemas de identidad y filiación.

Segundo, la incapacidad fértil en las mujeres suele tener un mayor impacto en ellas, porque la utilización de las TERAS se relaciona especialmente con su cuerpo. No obstante, evidenciamos que existe una regulación que apuntaría a proteger más los casos de infertilidad masculina que la femenina.

Tercero, en las técnicas de Reproducción Asistida, lo que prima no es el ADN, sino la voluntad procreacional sustentada en la socioafectividad, quien quiso ser padre o madre. Por lo tanto, la filiación no solo es aquella derivada de la naturaleza y la adopción, sino también aquella derivada de las TERAS.

Cuarto, no debemos de perder de vista que cuando los niños y las niñas son procreados bajos estos procedimientos tienen los mismos derechos que los niños procreados de manera natural. Por ende, es fundamental que en todos los procesos que los involucren se tome en cuenta su interés superior vinculándolo con el derecho a la identidad, a gozar de una filiación y a vivir en el seno de una familia que lo deseó, y no solo se debe tomar en cuenta el ADN o quien fue la gestante.

Quinto, la gestación por sustitución es la que más problemas trae, porque la madre no es la que gesta y nuestra regulación está pensada, únicamente, en una filiación natural. No obstante, parece ser que existe consenso en las propuestas legislativas que esta debe ser permitida, pero solo de manera altruista para evitar la utilización del cuerpo de la mujer, sobre todo, pobre, como objeto de comercialización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, S. (2012). ¿Es el Perú un estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos. Lima: católicas por el derecho a decidir.

Céspedes, P. y Correa, E. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. *Revista Médica Clínica Las Condes*, (Volume 32, Issue 2), 189-195. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864021000237>

Congreso de la República (2018). Proyecto de Ley N° 00313/2018-CR, Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción asistida. <http://www.proyectosdeley.pe/p/rp2tgd/>

_____ (2018). Proyecto de Ley N° 03404/2018-CR, Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, si bien este proyecto se centra principalmente en la maternidad solidaria. <http://www.proyectosdeley.pe/p/r278ba/>

_____ (2018). Proyecto de Ley N° 03542/2018 CR, Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de reproducción humana asistida. <http://www.proyectosdeley.pe/p/rvhd9y/>

_____ (2020). Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03313DC21MAY20200601.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Herrera, M. (2017). ¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (35), 73-113. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/8900>
- _____ (2018). Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino. *Revista De Antropología Social*, 27(2), 353-380. <https://doi.org/10.5209/RASO.61856>
- Landa, C. (2017) *Los derechos fundamentales. Colección lo esencial del Derecho 2*: Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Lamn, E. (2012). Gestación por sustitución”. *Realidad y Derecho. InDret Revista para el Análisis*. Barcelona, número 3, pp. 4-49. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf
- Neciosup, V. (2018). *Problemas de política pública y estado situacional de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú. Informe de Investigación Legislatura 2018-2019, Número 20*. Lima: Congreso de la República. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521C-C0525834A00726952/%24FILE/reproduccion_asistida_N20.pdf
- Poder Judicial (2008). Casación 5003-2007 sobre impugnación de maternidad. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=266&codcam-po=21>
- _____ (2009a). Expediente 183515-2006-0113 sobre impugnación de maternidad - Gestación por sustitución. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcon-tampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>
- _____ (2009b). Consulta Expediente N° 2141-2009. https://www.academia.edu/8423052/Caso_para_la_practica_calificada
- _____ (2011a). Casación 4323-2010 sobre nulidad de Acto Jurídico. <http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP003&cnl=3&opc=4&codcontenido=4166&codcam-po=21>
- _____ (2011b). Casación 563-2011 sobre adopción por excepción- Gestación por sustitución. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- _____ (2013). Casación 2726-2012 sobre impugnación de reconocimiento de paternidad https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed
- _____ (2017) Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 - Proceso de Amparo. Sentencia de primera instancia. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%->

[C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-al-quil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf](#) y Sentencia de segunda instancia

<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

_____ (2019). Expediente N° 30541-2014-0-1801-JR-CI-01- Proceso de Amparo. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf

Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 213-220. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300009&lng=es&tling=es.

_____ (2013). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro Jurídico*, (12), 304-308. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13824>

_____ (2014). Derechos Humanos y Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú: Relevancia jurisprudencial y pautas para el análisis en J. Llaja (Ed.), *Los Derechos de las Mujeres en la Mira. Observatorio de Sentencias* (DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, pp.101-138)

Santamaña, L. (2020). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética* 2000/1, p. 37-47. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.º 6712-2005-HC/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

_____ (2006). Expediente N° 2273-2005-PHC/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

_____ (2009). Expediente N° 02005-2009-PA/TC <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

_____ (2012). Expediente N° 00227-2011-PA/TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00227-2011-AA.html>

Varsi, E. (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5088>

¿Anulabilidad o nulidad? Problemática de la sanción por violencia física como vicio de la voluntad en el acto jurídico^(*)

Voidability or nullity? Problem of the sanction for physical violence as a vice of the will in the legal act

Bryam Antonio Caña García^()**

Universidad Privada del Norte

Resumen: El presente artículo de investigación pretende esclarecer la problemática en torno a la sanción impuesta en los casos donde se presente el empleo de la violencia física como alterante o destructor de la voluntad en el acto jurídico. De este modo, la normativa establece la sanción de anulabilidad en estos casos, sin embargo, esto conlleva una cierta duda que debe ser mitigada, ya que, existe la posibilidad de establecer la sanción de nulidad por razón de que la violencia física destruiría por completo la voluntad, es decir, no existiría una voluntad válida que cuente con autonomía privada y esta no se manifestaría en el acto jurídico como lo establece el Código Civil. Es así que, si se destruye la voluntad producto de la violencia física, se debería establecer la sanción de nulidad, es decir que, el acto jurídico debe ser nulo por la falta de una válida manifestación de la voluntad, que es uno de los requisitos del acto jurídico.

Palabras clave: Anulabilidad -Nulidad - Violencia Física - Vicio de la Voluntad - Derecho Civil

Abstract: This research article aims to clarify the problems surrounding the sanction imposed in cases where the use of physical violence is presented as an alteration or destroyer of the will in the legal act. In this way, the regulations establish the sanction of annulment in these cases, however, this entails a certain doubt that must be mitigated, since, there is the possibility of establishing the sanction of nullity on the grounds that physical violence would completely destroy the will, that is, there would be no valid will that has private autonomy and this would not be manifested in the legal act as established by the Civil Code. Thus, if the will is destroyed as a result of physical violence, the sanction of nullity should be established, that is, the legal act must be void due to the lack of a valid manifestation of the will, which is one of the requirements. of the legal act.

Keywords: Voidability - Nullity - Physical Violence - Vice of the will – Civil Law

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 6 de septiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 13 de octubre del 2021.

(**) Estudiante de Derecho de sexto ciclo de la Universidad Privada del Norte, Coautor del artículo jurídico "Análisis de la deficiencia normativa peruana en la trata de personas y la explotación laboral ante los medios sociales de comunicación" publicado en el portal jurídico IUS 360, ganador del concurso de debate "La educación universitaria y la controversia por el uso de la tecnología" organizado por la Universidad Privada del Norte, participante de la simulación de las Naciones Unidas UPNMUN 2021 Summer Edition. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7407-5377>

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto jurídico, la voluntad es definida como aquella facultad que permite hacer o dejar hacer lo que se desea, o también, la aptitud para querer algo. Se puede distinguir entre la voluntad real (lo que, efectivamente, se quiere) y la voluntad declarada (lo que supuestamente se quiere). Por lo que, si la voluntad que aparece en el acto no pertenece a la voluntad real de la parte declarante, es porque no ha sido efectivamente querida.

Entonces, el acto jurídico va a ser la manifestación de la voluntad, pero hace referencia a una voluntad que ha sido bien formada, que al manifestarse va a generar, modificar, transformar y extinguir relaciones jurídicas. Para que la voluntad sea la adecuada, debe existir el discernimiento, la intención y la libertad, que son los elementos que conjugados permiten la formación de la voluntad interna, dando paso al elemento externo que vendría a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades.

Cuando esta conjunción de elementos se rompe por la presencia de factores distorsionadores, surge una voluntad viciada, es decir, se presentan alteraciones en cualquiera de las partes (falta o ausencia de la voluntad) porque no existe la necesaria correlación entre lo que quiere el sujeto y la voluntad que exterioriza. Se presentan así, los llamados vicios de la voluntad clasificados tradicionalmente como error, dolo, violencia e intimidación⁽¹⁾.

En cuanto a la violencia e intimidación, estos consisten en presionar la voluntad o el ánimo del agente para obtener como resultado una declaración sobre algo distinto a lo querido, o al declarar algo, cuando nunca lo ha querido así. Con respecto a este vicio, el Código Civil considera a la violencia e intimidación como un vicio de la voluntad que está sancionado con la anulación del acto jurídico. Sin embargo, cuando existe violencia física, la voluntad del agente se ve destruida por completo, por lo cual, cabe la posibilidad de que la sanción sea la nulidad del acto, y no la anulación. Esto último de acorde al artículo 219, inciso 1, que establece la sanción de nulidad cuando existe falta de manifestación de la voluntad.

Es así que, se plantea la problemática centrada en que, por el uso de la violencia física en el acto jurídico, no existiría una manifestación de la voluntad válida, ya que, esta violencia destruiría por completo la voluntad, es decir que, no existiría la voluntad, por lo que el acto jurídico no debería ser válido. Por esto, se originan las siguientes preguntas: ¿Es correcta la sanción de anulabilidad del acto jurídico que establece el Código Civil cuando se presenta el empleo de la violencia física? y ¿sería una mejor alternativa establecer la sanción de nulidad en este caso?

Por lo cual, el presente trabajo pretende resolver esta duda, en vista de que existe la posibilidad de que la sanción de anulabilidad no sea la más adecuada para este caso. Asimismo, este trabajo se encuentra orientado a resolver esta problemática de modo que sirva como una base o guía para cualquier persona involucrada en el ámbito jurídico que pueda darle una mejor solución a los casos en los que se presente la violencia física como destructor de la voluntad.

(1) “Acto jurídico. Los vicios de la voluntad. Bien explicado”, Lpderecho, consultado el 13 de abril de 2021, https://lpderecho.pe/acto-juridico-vicios_voluntad/

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

La manifestación de voluntad es uno de los pilares del acto jurídico, ya que, hay que tener en cuenta que, el acto jurídico, como instrumento de la libertad humana, tiene su origen en la voluntad, es así que, la voluntad manifestada se encuentra orientada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, lo cual es el fundamento y sustento del acto jurídico.

De esta manera, la manifestación de la voluntad es el núcleo central del acto jurídico, por cuanto es la que define su contenido específico y permite que produzca determinados efectos. Por lo cual, la manifestación de voluntad con la que se perfecciona un acto jurídico tiene sentido normativo, es decir, regula los intereses particulares con carácter prescriptivo.

Es por esto que, para tener una noción total de lo que es la manifestación de la voluntad, es necesario tener en cuenta tanto la normativa como la doctrina. Es así que, el Código civil sigue como principio rector la teoría de la declaración al definir al acto jurídico como una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (art. 140). Esto se establece considerando que la teoría de la declaración señala que la voluntad para producir efectos jurídicos debe ser manifestada, es decir, debe ser expresada a través de palabras, escritos o de un determinado comportamiento.

De este modo, es importante resaltar que la voluntad se puede dividir en, voluntad interna, que es lo que el sujeto realmente quiere de manera consciente, la cual exige un análisis psicológico para ser conocida; y la voluntad declarada, que es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario sin hacer un análisis psicológico. Por consiguiente, para que exista una efectiva manifestación de la voluntad, es necesario que se cumpla en su totalidad con la voluntad interna y externa, de modo que, se pueda formar la voluntad jurídica.

Es así que, el acto jurídico supone la existencia de dos elementos, uno interno, que es la voluntad, y otro externo, que es la manifestación⁽²⁾. Por tanto, la unión de la voluntad y la manifestación es el resultado de un proceso que se inicia en lo subjetivo y trasciende hacia lo objetivo, es decir, de la voluntad interna a la voluntad manifestada.

De esta forma, con la manifestación, la voluntad deja de ser un hecho meramente psicológico para convertirse en un hecho social relevante para el Derecho, ya que, a través de ella, las personas establecen sus relaciones jurídicas. Por lo cual, para que sea generadora de relaciones jurídicas, la voluntad debe ser verdadera en relación con la manifestación. Así, la declaración debe aparecer orientada a producir efectos prácticos, sociales o económicos, que se quieren alcanzar. Es por esto que, entre la voluntad y la manifestación debe existir una correlación estricta, lo cual es necesario para que el acto jurídico pueda ser realizado de manera correcta.

(2) Montes, Acto jurídico. Volumen 1, 166

2.1. EN LA DOCTRINA

La doctrina tiene diversas posiciones en cuanto a la manifestación de la voluntad y su influencia en la realización del acto jurídico; sin embargo, una gran parte considera que este es un pilar para la correcta configuración del acto jurídico.

Es así que, se considera que la manifestación de la voluntad es la expresión de la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁽³⁾. Por lo cual, la manifestación sería algo esencial para el acto jurídico, al permitir que el sujeto pueda crear relaciones jurídicas.

Del mismo modo, existe una gran discusión en cuanto a la relación que existe entre la voluntad interna y la declaración de esta. Por esto, algunos consideran que la “voluntad interna” debe prevalecer sobre la declaración⁽⁴⁾. Por lo que, si la voluntad interna se encontrara afectada de algún modo, esto impediría que la declaración posterior sea realizada de manera efectiva.

Es por esto que, la voluntad llegaría a concretarse con la intención o propósito con el que se dice o hace algo⁽⁵⁾. Es decir, sin la voluntad de por medio, no existiría una declaración de la misma, por lo cual, la declaración o manifestación de esta, únicamente sería un medio mediante el cual la voluntad interna puede concretarse. De esta manera, si la declaración de voluntad llegara a discrepar de la voluntad interna, podría ser invalidado⁽⁶⁾.

Así también, hay que llegar a considerar que debe existir una relación efectiva entre la declaración y la voluntad que se debe manifestar. Es así que, el acto jurídico es concebido como una declaración, es decir, como una manifestación de voluntad particular dirigida a producir efectos que el ordenamiento reconoce y tutela.

Por lo cual, esta manifestación de la voluntad debe producirse de forma plena para que el acto jurídico pueda tener validez, de modo que, si esto no sucede, este acto jurídico no debería ser válido por carecer de este elemento.

De modo que, de presentarse este supuesto, no puede permitirse que el acto jurídico sea válido, para lo cual debe establecerse una adecuada sanción en vista de una carencia de manifestación de voluntad por parte de alguno de los celebrantes del acto. Esto puede afirmarse, ya que, si la voluntad de las partes no es válida, conllevaría a que el acto jurídico tampoco lo sea por razón de que, si una parte no tiene voluntad de celebrar el acto jurídico, este no tiene por qué ser válido y no debe surtir ningún efecto en la esfera jurídica de las partes.

(3) Torres, Acto jurídico. Volumen 1, 163

(4) Betti, Acto jurídico. Volumen 1, 168

(5) De Castro, Acto jurídico. Volumen 1, 169

(6) Albaladejo, Acto jurídico. Volumen 1, 169

2.2. EN EL CÓDIGO CIVIL

Para celebrar un acto jurídico, es indispensable que se presente la manifestación de la voluntad por parte del sujeto, es así que, el artículo 140 establece que, *“el acto jurídico es la manifestación de la voluntad (...)”*. De esta forma, se resalta lo esencial e indispensable que es la manifestación de la voluntad, por lo cual, el artículo 219 establece, en su inciso 1, que, *“el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente”*.

En esa línea, hay que resaltar el marco normativo que acompaña al acto jurídico en nuestro Código Civil, específicamente, los artículos 140 y 219, inciso 1. Ambos tienen en común que presentan un elemento esencial, que es la manifestación de la voluntad. En el primer artículo, es exigida como un elemento esencial para que se pueda conformar y celebrar el acto jurídico; en sí, este artículo busca dar una definición o explicar qué es un acto jurídico, pero incluye el elemento de la manifestación de la voluntad, lo cual constituye un elemento necesario para la celebración del acto jurídico. Mientras que, en el segundo artículo, se hace alusión a este elemento, pero como una causal de sanción de nulidad, ya que establece que se produce la nulidad del acto jurídico cuando existe falta de manifestación de la voluntad.

Por lo tanto, se debe entender que ante la falta de una manifestación de la voluntad que sea válida, daría cabida al supuesto de nulidad, por lo que, queda claro que, sin manifestación de la voluntad, no podría existir un acto jurídico válido.

De esta manera, la manifestación de la voluntad, conforme a lo establecido en el Código Civil, constituiría un elemento imprescindible del acto jurídico, ya que, sin este elemento, no podría celebrarse un acto jurídico válido entre los sujetos de este.

Es así que, si no se presenta la manifestación de voluntad, esto conllevaría a que el acto jurídico sea nulo, es decir, el Código Civil dispone la nulidad del acto si no se presenta la manifestación de la voluntad. Sin embargo, esto también implica que, si esta voluntad que se manifiesta no es válida, también debería anularse el acto jurídico, ya que, la manifestación también sería inválida.

Por lo cual, si no existe una voluntad para poder celebrar el acto jurídico, el Código Civil debería declarar ese acto como nulo, ya que, la manifestación de la voluntad es uno de los requisitos esenciales de este, pero si no existe la voluntad, entonces tampoco es posible que exista una plena manifestación de la voluntad.

En tal sentido, la voluntad, como lo establece el Código Civil, es esencial para poder celebrar el acto jurídico, es decir que, se requiere de la voluntad de las partes, por lo que, si se celebra un acto en contra de la voluntad de una de las partes, implicaría que no existe una voluntad real, lo que ocasionaría que una posible manifestación de esta supuesta voluntad tampoco deba ser admitida.

2.3. LA AUTONOMÍA PRIVADA

Es también importante resaltar que la manifestación de la voluntad debe estar íntimamente relacionada con la autonomía privada, ya que, la declaración o manifestación se produce a partir de la voluntad interna que radica, de diferente manera, en cada sujeto.

De esta forma, la autonomía privada es el poder que tienen las personas para que, con su manifestación de voluntad, en el ámbito de su propia libertad que les confiere el ordenamiento jurídico, puedan proteger sus intereses personales.

Es por esto, que, mediante la autonomía de la voluntad privada, las personas son libres de celebrar o no un acto jurídico, pueden escoger la persona (natural o jurídica) con quien lo celebrarán y son libres de determinar el contenido del acto dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico.

Es así que, la manifestación de la voluntad debe estar constituida por la autonomía privada, ya que, esta conlleva la idea de independencia de quien celebra el acto jurídico y; además, tal como se ha establecido anteriormente, la manifestación de la voluntad es producto de la voluntad interna de cada persona.

Por lo cual, la autonomía privada es fundamentalmente el poder de autodeterminación del sujeto, es decir, el poder que tiene de decidir sobre su propia esfera jurídica⁽⁷⁾. Por lo cual, la autonomía privada implica que un sujeto no puede disponer sobre la esfera jurídica ajena, sin embargo, esto no quiere decir que el sujeto no puede constituir, modificar o extinguir sus relaciones sin modificar de alguna manera la esfera jurídica de los demás, lo cual no implica que se deba disponer de manera “abusiva” sobre la esfera jurídica de los demás.

De esta manera, si se dispone de forma abusiva sobre la autonomía privada de otra persona, implica que esta autonomía se extingue por completo, lo cual también conllevaría a que la voluntad de una persona se vea destruida, ya que, no contaría con una plena autonomía para poder tomar sus propias decisiones.

Por lo tanto, la voluntad se encuentra constituida por la autonomía privada de cada persona, es decir que, si una persona no tiene autonomía, no podría existir una voluntad real para poder celebrar un acto jurídico.

Es así que, si un tercero dispone, altera o destruye la autonomía privada de una persona, entonces también estaría destruyendo la voluntad de esta, sin la cual no podría celebrar un acto jurídico válido, ya que, la manifestación de la voluntad que se efectúa sin una debida autonomía privada no puede ser válida.

De este modo, cada persona cuenta con una propia autonomía privada, la cual es necesaria para que su voluntad pueda ser expresada plenamente y sin alteraciones para poder efectuar la manifestación debida al momento de celebrar un acto jurídico, ya que, de lo contrario, este acto sería declarado nulo por la falta de voluntad de una o ambas partes.

3. PROBLEMÁTICA DE LA SANCIÓN POR LA INFLUENCIA DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El objeto de análisis jurídico radica en la sanción que se establece cuando se da la presencia de la violencia sobre la manifestación de la voluntad de los agentes que celebran el acto jurídico.

(7) Bianca, Acto jurídico. Volumen 1, 67

Por lo que, en primer lugar, hay que tener en cuenta que la normativa peruana establece una sanción de anulabilidad del acto jurídico en los casos donde se presenta la influencia de la violencia. Sin embargo, existe en problema en esta sanción adoptada, ya que, el Código Civil señala esta sanción por el hecho de considerar a la violencia como un alterante de la voluntad, pero existen casos en los cuales, la voluntad no se ve simplemente alterada o modificada, sino que se ve destruida, tal como lo señala parte de la doctrina.

Es así que, se explica que una manifestación de la voluntad producto de la violencia física no sería válida, pues el sujeto se vuelve un instrumento de su agresor para que, a través de su manifestación, pueda manifestar su voluntad.

De esta manera, si bien es cierto que la normativa considera a la violencia como un vicio de la voluntad, también es importante considerar que cuando se celebra el acto jurídico bajo el empleo de una coacción física, realmente se está manifestando la voluntad del que emplea la violencia.

Por lo cual, esta clase de situaciones es discutida en la doctrina, ya que, podría llegar a considerarse que cuando se emplea la violencia física, no existe una voluntad “real” por parte del sujeto que celebra el acto, lo que generaría que exista la ausencia de una manifestación de la voluntad legítima necesaria para que el acto jurídico sea válido.

De esta forma, es necesario tener en cuenta que en casos concretos donde se emplea la violencia para alterar el acto jurídico, se podría llegar a presentar una ausencia de la voluntad por parte del sujeto, lo cual generaría un problema entre considerar una sanción de anulabilidad o nulidad del acto jurídico.

Es razón de esto, si bien es cierto que el Código Civil sanciona con anulabilidad cuando se haga empleo de la violencia física sobre la voluntad, podría ser más adecuado que se sancione con nulidad en vista de que, por el empleo de la violencia física, esta voluntad podría llegar a ser completamente destruida, es decir que, no existiría una voluntad real, por lo que la manifestación de esta tampoco sería válida.

Es por esto que, sería adecuado que se considere al empleo de la violencia física como una causal de nulidad del acto jurídico, ya que, en este caso no existiría la voluntad de la parte viciada para celebrar el acto.

3.1. LA VIOLENCIA FÍSICA EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

La violencia en la normativa peruana se encuentra contemplada en los artículos 214 y 221, inciso 3 del Código Civil. Respecto al artículo 214, establece que, *“la violencia o intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él”*. De la misma forma, el segundo artículo, en su inciso 3 establece que, *“el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación”*:

Es así que, ambos artículos tienen en común el hecho de que establecen la sanción de anulabilidad del acto jurídico en los casos donde se presente el uso de la violencia para afectar el acto que se realiza. Por lo cual, se señala que la violencia es causa de “anulación del acto jurídico”.

De esta manera, el Código Civil, únicamente contempla esta sanción cuando se presenta la violencia en la celebración del acto jurídico, sin embargo, no se llega a considerar que el acto podría ser nulo si se presenta la violencia.

Por otro lado, la doctrina considera en gran medida que, si la violencia es usada por una de las partes o por un tercero, es causa de anulabilidad del acto jurídico, ya que, sin el uso de la coacción física, el sujeto pasivo no habría celebrado el acto o lo habría celebrado en condiciones diversas.

Sin embargo, otra parte de la doctrina llega a considerar que, cuando se presenta el empleo de la violencia física en la celebración del acto jurídico, también se presenta una destrucción total de la voluntad, o simplemente la voluntad no existe⁽⁸⁾.

Es así que, se podría llegar a considerar que el empleo en la violencia física como alterante del acto jurídico, elimina la voluntad⁽⁹⁾. De esta forma, no existiría una real voluntad, lo cual es un elemento esencial del acto jurídico, tal como lo establece el Código Civil al mencionar la “manifestación de la voluntad” en el acto, lo que proviene de una previa “voluntad interna”.

De este modo, se establece que, si bien la violencia física puede viciar la voluntad, también la puede destruir completamente, por lo cual, en estos casos, no existiría una voluntad interna real que después es manifestada y de acuerdo al Código Civil, en el artículo 219, inciso 1 establece que, “*el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente*”. Lo cual, genera una controversia en la doctrina en el hecho de considerar a la violencia física como un medio por el cual se vicia o se destruye totalmente la voluntad, ya que, si ocurriese este último supuesto, el acto jurídico debería ser nulo y no anulable como lo establece el Código Civil.

3.2. ¿ANULABILIDAD O NULIDAD?

Tomando en cuenta lo anteriormente planteado, el problema radica en el error de la sanción aplicada a la violencia con respecto a la postura aceptada en el marco normativo del Código Civil peruano.

Es por esto que, el objeto de análisis del presente trabajo se centra en identificar si existe un error en cuanto a la sanción que se aplica por el uso de la violencia en la realización del acto jurídico y si es así, cual sería la mejor solución.

Para esto, primero debe tenerse en cuenta la importancia de la autonomía privada en el ámbito de ser considerada como facultad de cada persona para autorregular su esfera jurídica. Por otro lado, la autonomía privada se considera como principio de autorregulación de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad⁽¹⁰⁾. Siguiendo estas ideas, se asume que la autonomía privada o de la voluntad es un factor importante para realizar cualquier acto jurídico que siga los parámetros básicos y necesarios.

(8) Barandiarán, Acto jurídico. Volumen 1, 53

(9) Ramírez, Acto jurídico. Volumen 1, 155

(10) Flume, Acto jurídico. Volumen 1, 202

En tal sentido, al ya haber aclarado ese punto. El problema se encuentra centrado sobre cómo la violencia física acarrea un problema en la voluntad de un sujeto que está celebrando un acto jurídico en virtud del principio de la autonomía privada, pues si bien es cierto, nuestro Código Civil sí considera a la violencia como un factor que afecta a la voluntad hasta el punto de viciar, también es cierto que, en muchos casos, cuando se presenta el empleo de la violencia física, se produce la destrucción total de la voluntad.

Es por esto que, diversos autores, así como las fuentes romanas, afirman lo mismo sobre la doble significación de la violencia. La primera es la *vis ablativa* o violencia física que se entiende como una fuerza irresistible, la cual no puede ser evitada y, a consecuencia de ello, excluye la voluntad. La segunda es la *vis compulsiva* o violencia moral, la cual consiste en una coacción psicológica debido a la amenaza de algún mal. Esta última no excluye a la voluntad, sino que deja a la voluntad del sujeto elegir entre celebrar el acto jurídico como lo desea su agresor o someterse a los daños “advertidos” en la amenaza, de esta manera, la violencia física hace referencia, no a un vicio del consentimiento, sino a una destrucción total del consentimiento, mientras que la violencia moral sí hace referencia a un vicio del consentimiento⁽¹¹⁾. Por lo que, en la violencia moral, la voluntad solo se ve alterada, mientras que en la violencia física hay una ausencia total de la voluntad.

Asimismo, se identifica a la violencia física o absoluta como una fuerza apabullante, incontenible e irresistible, por medio del cual se doblega físicamente al sujeto, de manera tal que se elimina su voluntad⁽¹²⁾. Del mismo modo, la violencia física se ejerce materialmente sobre el agente, suprimiendo su libertad al obligarlo a hacer lo que no quiere hacer, o impedir que lo haga⁽¹³⁾.

Es por esto que, de acuerdo a distintas posturas planteadas, la violencia física sería la causante de la expulsión de la voluntad interna de una las partes. Es decir que, este tipo de violencia destruye la libertad que tiene este sujeto, por lo cual no habría uso del principio de la autonomía para que se autorregule sus relaciones jurídicas siendo estas modificadas, creadas o extinguidas. En tal sentido, la declaración de la voluntad es una conducta mediante, la cual se exterioriza la voluntad del agente⁽¹⁴⁾. Por lo tanto, al no existir una voluntad interna que refleje el deseo de querer celebrar y gozar de los efectos de ese acto jurídico, y muchos menos, el deseo de declarar ello, esta declaración sería inválida.

De esta manera, ¿qué status tendría este sujeto y su manifestación? El sujeto sería un simple instrumento de su agresor, ya que este sujeto no está obrando porque así lo desea, sino porque un tercero a través del uso de este tipo de violencia, busca manipularlo para así obtener los beneficios otorgados por los efectos de la celebración de ese acto jurídico⁽¹⁵⁾.

En tal sentido, al existir una manifestación de la voluntad, pero “hueca”, no existe una voluntad interna, lo que demuestra la falta del deseo de celebrar ese acto o mucho peor, de no celebrarlo, por lo cual, habría una inexistencia de la voluntad de declarar. Es decir, que la manifestación que se está

(11) Barandiarán, Acto jurídico. Volumen 1, 62

(12) Ramírez, Acto jurídico. Volumen 1, 164

(13) Soria, La ineficacia del negocio jurídico, 8

(14) Rivero, El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones, 95

(15) Torres, El acto jurídico. Volumen 1, 123

dando es un mero conducto para transportar la voluntad de un tercero que es totalmente ajeno al acto al solo querer ser beneficiado de sus efectos por cualquier motivación que desee. Por lo que, al no existir una voluntad válida y el sujeto pasar a ser un instrumento de una persona ajena al acto, se puede establecer una ineficiencia estructural por la falta de este elemento esencial, entonces su sanción sería la nulidad, mas no la anulabilidad.

No obstante, no se puede dejar de lado una perspectiva práctica situada en dos situaciones formuladas en base todo lo planteando.

La primera, va enfoca sobre el supuesto en el cual una las partes desea celebrar ese acto, es decir, tiene la voluntad de celebrar un acto con un respectivo objeto y los efectos jurídicos que se generen. Sin embargo, esta voluntad se ve afectada por cualquier tipo de violencia física que es impartida por su agresor, por lo cual, esa voluntad habría sido modificada hasta el punto de excluirla para que así se implante esta nueva voluntad que va en contra de lo deseado por el sujeto agraviado, es decir que, la voluntad se modifica a tal punto que queda totalmente destruida y se produce una nueva manifestación de voluntad que no pertenece al titular, sino a un tercero.

Llevándolo a un caso, esto se podría apreciar en la compra-venta de un automóvil, pues el sujeto capaz ha decidido adquirir un automóvil verde por sus características que satisfacen sus necesidades, pero un tercero a través del uso de la fuerza, obliga a este sujeto a adquirir un automóvil rojo para que así exista un beneficio para este tercero que es ajeno al acto y solo le interesa por los beneficios a obtener si reemplazara su voluntad por la del sujeto, por lo cual, la voluntad del primer sujeto queda destruida y el acto jurídico se realiza bajo la voluntad del tercero, el cual utiliza como “fachada” la voluntad del titular mediante el empleo de la violencia física.

En este caso, la mejor solución sería declarar la nulidad de este acto jurídico celebrado, ya que, si se declara la nulidad del acto jurídico, el acto se podría volver a celebrar de la forma que originalmente se quería.

La segunda, será totalmente diferente a la anterior, pues en este caso, ni siquiera existirá el deseo de celebrar un acto jurídico. En tal sentido, si un sujeto se ve obligado a celebrar un acto jurídico por el uso de la fuerza de un tercero hacia él, se presentaría la ausencia total de la voluntad, ya que, en realidad, se estaría celebrando el acto por voluntad del agresor, más no del agente.

Esto se podría materializar como la agresión física o la fuerza eminente sobre este sujeto que no desea celebrar el acto por motivos que a él le confiere, pero de igual manera lo celebra por el empleo de la violencia física, por lo que, se destruye la voluntad de no querer celebrar el acto para implantar la del tercero que si deseaba que se realice tal acto jurídico. De esta manera, la mejor solución sería declarar la nulidad del acto, para no afectar al sujeto que no quiso realizar el acto, pero se vio obligado por el uso de la violencia.

Esta sanción debería ser aplicada en esta clase de casos, ya que, la nulidad del acto jurídico, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 219 numeral 1, se considera cuando existe una falta de manifestación de la voluntad por parte del agente y como se ha establecido, cuando se presenta la violencia física, la voluntad por parte del agente en realidad no existe y lo que se está expresando en el acto es la voluntad del tercero que hace uso de la violencia para obtener beneficios.

Por lo que, cuando se presenta la violencia física como modo de coacción contra el agente, debería considerarse la nulidad como una sanción más adecuada para beneficiar al agente que “realizó” el acto bajo la coacción, de modo que el acto jurídico puede volver a ser celebrado como realmente se quería, sin la presencia de la violencia física.

De esta manera, la nulidad permitiría que el acto jurídico celebrado bajo la coacción de la violencia física quede totalmente sin efecto como si nunca se hubiera celebrado y se puede volver a celebrar sin ninguna alteración o influencia sobre los sujetos.

Es así que, existe una controversia en el hecho de considerar que se podría establecer la sanción de nulidad del acto jurídico cuando se dé la presencia de la violencia física en la realización del acto jurídico, ya que, podría considerarse que esta clase de violencia destruye totalmente la voluntad, por lo cual, no existiría una verdadera manifestación de la voluntad a raíz de que no existía una real “voluntad interna” del sujeto.

De esta forma, es cierto que la sanción que contempla el Código Civil es la anulabilidad del acto jurídico, sin embargo, también debería tomarse en cuenta la nulidad como sanción, ya que, en muchos casos, esto sería la opción más eficiente para solucionar el problema del empleo de la violencia física en el acto jurídico.

Por tanto, debe considerarse la posibilidad de establecer la sanción de nulidad cuando se presente la violencia física, es decir, considerar al empleo de esta violencia como una causal más de nulidad del acto jurídico.

3.3. SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

A partir de la problemática planteada, como ya se ha establecido, la mejor solución para esta clase de casos sería la aplicación de la nulidad del acto jurídico como sanción, es decir, ya no considerar a la violencia física como una causal de anulabilidad del acto jurídico, sino como una causal de nulidad.

De este modo, como se ha adelantado, la aplicación de esta sanción permitiría que el acto jurídico que fue producto de la violencia física, se vuelva a celebrar como originalmente se quería por parte de los agentes.

Por lo que, sería la solución más adecuada en vista de que el anterior acto jurídico se celebró bajo la voluntad de un tercero que utilizó la violencia física para obtener alguna clase de beneficio a su favor, y la nulidad permitiría que este acto quede sin efecto y se vuelva a realizar de manera normal.

Es así que, la nulidad permitiría que el acto jurídico quede sin efecto como si no se hubiera realizado, es decir que se considera un acto jurídico nulo, por lo que, en estos casos, permitiría que el acto jurídico viciado por la violencia física no produzca ninguna clase de efectos.

De este modo, lo que se obtendría a partir de la aplicación de esta sanción sería un beneficio para el agente que fue víctima de la coacción por el empleo de la violencia física, ya que, se permitiría que se vuelva a realizar otro acto jurídico como este originalmente lo deseaba.

Esto sería lo más adecuado, en vista de que el anterior acto jurídico producto de la violencia física no debe producir efectos, ya que, carece de una voluntad válida por parte del agente que fue víctima de la violencia.

De esta manera, se afirma que la solución adecuada, para el caso en el que el acto jurídico sea producto del empleo de la violencia física, debe ser la sanción de nulidad del acto jurídico, con el objetivo de que el acto jurídico se vuelva a celebrar como originalmente estaba previsto.

Por lo cual, debe dejar de considerarse al empleo de la violencia física como una causal de anulabilidad y debe pasar a considerarse como una causal de nulidad del acto jurídico.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede afirmar ciertos puntos sobre este problema. La manifestación de la voluntad es considerada como un medio por el cual un sujeto hace pública su voluntad interna, es decir, su deseo. Por lo tanto, al momento de hacer uso de algún elemento que afecte al manifestante a fin de buscar que declare algo diferente a lo que él desea, se está entrando al campo de la ineficiencia del acto jurídico, por lo cual, debería establecerse la sanción de nulidad del acto jurídico en el caso de que se presente la violencia física y no la anulabilidad como lo establece el Código Civil.

Para fundamentar este punto de vista, se toma en cuenta lo establecido por el artículo 140 y 129 inciso 1 del Código Civil, que establecen, respectivamente, que un requisito necesario para el acto jurídico es la manifestación de voluntad y que, en el caso de que falte la manifestación de voluntad, el acto jurídico es nulo.

Es por esto que, como lo establece parte de la doctrina, en el caso de que se presente el uso de la violencia física, no existe voluntad por parte del agente, ya que, esta se ve destruida en su totalidad. De esta manera, tal como se establece, al existir la falta de voluntad por parte del agente, debería declararse nulo el acto jurídico.

El problema, como ya se ha establecido, es lo que establecen los artículos 214 y 221 inciso 3 del Código Civil, que toman a la violencia como un vicio y no como un factor destructivo de la voluntad, razón por la que declaran que en caso de que se presente la violencia, la sanción sería la anulabilidad del acto jurídico.

Ante esto, el acto jurídico debería ser nulo al existir la falta de voluntad por parte del agente a causa del empleo de la violencia física para condicionar la manifestación de la voluntad, tal como lo establecen los distintos autores anteriormente mencionados, como León Barandiarán o Vidal Ramírez, que constituyen lo que expresa parte de la doctrina con respecto al caso en que se presente la violencia física en el acto jurídico celebrado.

Finalmente, en estricto sentido, una posible solución a este problema podría ser establecer la nulidad del acto jurídico celebrado cuando éste se dé bajo la presencia del empleo de la violencia física sobre la voluntad del agente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cusi, A. (2021). *Vicios de la voluntad*. Recuperado de <https://andrescusi.blogspot.com/2014/07/vicios-de-la-voluntad-andres-cusi.html>
- Enciclopedia jurídica. (2021). *Violencia e intimidación*. Recuperado de <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/violencia-e-intimidaci%C3%B3n/violencia-e-intimidaci%C3%B3n.htm>
- González, C. (2017). Acto jurídico. *Manual Autoinformativo Interactivo*. Recuperado de https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4262/1/DO_FCE_312_MAI_UC0004_2018.pdf
- Llanos, A. (1944). *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/43447/1/131318.pdf&origen=BDigital>
- Lpderecho. (2021). *Acto jurídico. Los vicios de la voluntad. Bien explicado*. Recuperado de https://lpderecho.pe/acto-juridico-vicios_voluntad/
- Soria, A. (2021). La ineficacia del Negocio Jurídico. *Forseti, Revista de Derecho*. (4), 134 142. Recuperado de <file:///C:/Users/51920/Downloads/1168-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2284-1-10-20190908.pdf>
- Torres, A. (1998). *El acto jurídico*. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/acto-juridico-anibal-torres-vasquez-tomo-1.pdf>
- Wagner, C. (2011). *Limitaciones a la autonomía de la voluntad* [Tesis de Doctorado, Universidad Nacional del Litoral]. Recuperado de <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/541/tesis%20final%20-%20Claudia%20Wagner.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Revelando desigualdades sociales en Brasil: acceso a la vivienda y población en situación de calle en el contexto pandémico^(*)

Disclosing social inequalities in Brazil: access to housing and homeless people in the pandemic context

André Luiz Pereira Spinieli^()**

Universidade Estadual Paulista (UNESP, Brasil)

Letícia de Paula Souza^(*)**

Universidade Federal de Uberlândia (UFU, Brasil)

Resumen: La pandemia reveló profundas asimetrías sociales que afectan más a grupos vulnerables en niveles de inaccesibilidad en relación a sus derechos humanos. En el campo del derecho a la ciudad y el acceso a la vivienda, la población en situación de calle es, sin duda, la más afectada por el avance de la crisis, que permitió volver a la crítica sobre la condición de este derecho social en Brasil. Considerando que este colectivo se encuentra en un estado de hipervulnerabilidad por la pandemia, este trabajo tiene como objetivo analizar el caso de las personas que viven en la calle ante la crisis contemporánea. Adoptamos un enfoque metodológico basado en un análisis crítico del significado del derecho a la ciudad y su relación con el derecho a la vivienda, pues se recopilaban datos sobre la condición de estos sujetos. Se concluye que, en el escenario pandémico brasileño, la negación práctica del derecho social a la vivienda a la población en situación de calle favorece la hipervulnerabilidad de este grupo, porque, sin políticas sociales para la identificación y recepción de estas personas, la tasa de contagio tiende a crecer ante la aglomeración y la falta de condiciones de vivienda, higiene y salud dignas.

Palabras clave: Sistema Romano Germánico - Población en situación de calle - Derecho a la vivienda - Coronavirus -Derechos Humanos

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 6 de septiembre de 2021 y su publicación fue aprobada el 3 de octubre de 2021.

(**) Máster en Derecho por la Universidade Estadual Paulista (UNESP / Franca). Especialista en Derechos Humanos por la Facultad de Ciencias y Tecnologías de Campos Gerais (FACICA/ Campos Gerais). Coordinador del Grupo de Estudio en Filosofía y Derechos Humanos (GEFIDH), vinculado al GESIDH / Manaus. Miembro del Laboratorio de Estudios Avanzados e Investigaciones en Derecho Ambiental Internacional (LEPADIA), vinculado a la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Correo electrónico: andre.spinieli@unesp.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7975-2384>

(***) Licenciada en Arquitectura y Urbanismo por la Universidad Federal de Uberlândia (UFU). Trabaja como arquitecta vinculada a la oficina de Grupo NaMedida. Durante su graduación, desarrolló investigaciones a nivel de iniciación científica en el campo del urbanismo, con énfasis en los vacíos urbanos contemporáneos. Correo electrónico: lepaulasouza@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3715-6554>

Abstract: The pandemic revealed a scenario of deep social asymmetries, which affect more directly vulnerable groups that find themselves with levels of inaccessibility in relation to their human rights. In the field of the right to the city and access to housing, the homeless population is certainly the most affected by the advance of the crisis, which allowed a return to criticism about the condition of this social right in Brazil. From the premise that this group is in a state of hyper vulnerability in times of pandemic, this paper aims to analyze the case of homeless people in the face of contemporary crisis. A methodological approach is adopted based on a critical analysis of the meaning of the right to the city and its relationship with the right to housing, based on data compiled on the condition of these subjects. It is concluded that, in the Brazilian pandemic scenario, the practical denial of the social right to housing to the homeless population favors the hyper vulnerability of this group, since, without social identification and reception policies for these people, the contagion rate tends to grow in the face of agglomeration and the absence of decent housing, hygiene and health conditions.

Keywords: Roman Germanic System - Homeless Population - Right to Housing – Coronavirus - Human Rights

1. INTRODUCCIÓN

Abordar el acceso al medio urbano en igualdad de condiciones implica mencionar la dimensión del acceso a la vivienda como un derecho humano. Según Rolnik (2011, p. 37), la vivienda es un complemento esencial del derecho a un nivel de vida adecuado para todos los seres humanos, que, más que un objeto físico compuesto por cuatro paredes y un techo, debe ser visto como la posibilidad de acceso a los elementos fundamentales de una vida digna, que incluyen infraestructura adecuada, acceso a alimentos, agua o incluso otros derechos de carácter social. Por tanto, es un derecho esencial para la realización de la ciudadanía social. El tema de la inaccesibilidad a la vivienda en Brasil nos lleva, directamente, a otro tema importante: las implicaciones que tiene la ausencia de este derecho en la experiencia de la población en situación de calle en el país, que se configura como un fenómeno social heterogéneo y que expresa el rostro segregado, violado y desigual ante el sistema socioeconómico.

La construcción de un gran contingente de personas en situación de calle es, también, el resultado de un proceso de urbanización creciente, que, a lo largo del siglo XXI, se asocia a la mercantilización de las ciudades y se basa en un ciclo de acumulación. Durante este período, la tierra se convirtió en una fuente de alta rentabilidad y dejó de ser considerada un espacio de supervivencia y satisfacción de las necesidades humanas. Así, entender el fenómeno de la población en situación de calle permea la observancia de la experiencia subyugada y el acceso restringido a los derechos sociales, entre los que destacamos la vivienda como elemento fundamental en la composición del mínimo existencial y la vida digna, pero que, en el contexto de las ciudades brasileñas, surge como un desafío diario.

Desde la perspectiva del acceso a la vivienda, el derecho a la ciudad representa la posibilidad de acceso al medio urbano en igualdad de condiciones. En esta dimensión, uno de los principales problemas que se acentuó por el reconocimiento del estado pandémico del coronavirus en Brasil, se refiere a la hipervulnerabilidad en la que se encuentra insertada la población en situación de calle. Por tanto,

pensar en la realización del derecho a la vivienda y el logro de la ciudadanía social en las ciudades para las personas en la calle, como grupo vulnerable, implica, necesariamente, pensar en el acceso democrático a los espacios, bienes y servicios urbanos para todas las personas que componen la sociedad, además de buscar alternativas que contribuyan, directamente, a reducir las tasas de contagio de la enfermedad ante la aglomeración natural derivada de la falta de vivienda adecuada.

Desde esta perspectiva, el propósito de este trabajo es analizar el caso de las personas que viven en la calle frente a la inaccesibilidad estructural a la dignidad de la vivienda y, en consecuencia, al derecho a la ciudad en tiempos de pandemia. Metodológicamente, el trabajo se basa en una investigación documental descriptiva, en la que el desarrollo se realiza de acuerdo con la literatura específica sobre el tema que no solo se enfoca en el campo jurídico y los derechos humanos, sino que, también, incluye estudios en urbanismo. Para la discusión del tema propuesto, el trabajo se divide en tres capítulos. El primero aborda la problemática del acceso a la vivienda y la ciudad como derechos humanos, introduciendo el tema de las repercusiones directas de la pandemia en las relaciones sociales. En el segundo, el análisis se centra en las condiciones de vulnerabilidad de las personas en situación de calle ante la nueva pandemia de coronavirus. Finalmente, se plantea una reflexión sobre el impacto de la inaccesibilidad a la vivienda sobre los derechos humanos de las personas en situación de calle y, en consecuencia, sobre el alcance de la ciudadanía social de este colectivo.

2. DERECHO A LA CIUDAD Y ACCESO A LA VIVIENDA: DESIGUALDADES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Desde la perspectiva del acceso a la vivienda, la (no) garantía del derecho a la ciudad es un problema central de la crisis generada por la nueva pandemia de coronavirus (Barbosa & Neis, 2020, p. 20-21). En gran parte, la develación de estas asimetrías se debe a las desigualdades presentes en el proceso histórico de ocupación del territorio brasileño en el que una parte de la población no alcanzó condiciones habitacionales adecuadas. Ello obligó a la construcción de periferias y endureció los niveles de vulnerabilidad social que se evidenciaron a lo largo de un año de la crisis de salud en cuestión. Durante este período, la vivienda se convirtió en un elemento indispensable para el mantenimiento de otros derechos humanos. Es reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) la necesidad de que todo ser humano tenga un nivel de vida suficiente para garantizarse a sí mismo y a su familia un mínimo existencial (Krell, 2002, p. 20; Rocha, 2005, p. 445), el cual, también, incluye el acceso a una vivienda adecuada.

En obediencia a las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, que buscaba afirmar en tratados y convenciones los derechos que constituyen el núcleo del mínimo existencial, Brasil incluyó la vivienda en la lista de derechos sociales previstos en la Constitución Federal. Sin embargo, la implantación de estos derechos a nivel legal es insuficiente para garantizarlos en la realidad objetiva brasileña, operando un divorcio entre lo teórico y lo práctico (Rubio, 2018, p. 27). Así, la construcción de una crítica del derecho a la ciudad y a la vivienda requiere una atención específica a las condiciones particulares de la producción del espacio urbano, así como al papel del derecho a la ciudad. Esto se debe al hecho que el proceso constructivo de esta categoría de derecho incluye la intervención urbana, la formación de ciudades igualitarias e inclusivas, la promoción de espacios urbanos participativos con gestión democrática, la movilidad y el transporte colectivo, la

ocupación de los espacios públicos, la conformación de la ciudad como lugar de encuentro y convivencia, la promoción de una cultura de derechos humanos y ciudadanía, el énfasis en el diálogo social y el rol de los actores sociales, la descentralización de la red y la observancia de la función social de la propiedad (Krieger & Leblanc, 2018, p. 1049). La ciudad, como escenario de importantes transformaciones políticas, económicas y sociales, influye en la división sistemática de la propiedad humana, dada la amplitud de déficits en materia de vivienda en el país que representan más de seis millones de unidades deshabitadas (Fundação João Pinheiro, 2018, p. 20-22).

Las disparidades percibidas con respecto al acceso a la vivienda en Brasil son características que comenzaron en el período colonial del país y que se extienden hasta la actualidad, momentos en los que se demuestra un claro vínculo con los intereses de los grupos hegemónicos (Ferreira, 2014, p. 28). Como repercusión directa, los tiempos actuales también revelan la ausencia de preocupaciones sobre impactos sociales, o violaciones directas o indirectas de los derechos humanos de las poblaciones vulnerables ubicadas en los centros urbanos brasileños. El proceso de urbanización brasileño provocó cambios significativos en el alcance de las ciudades hasta el punto de agravar la segregación, y las desigualdades espaciales y urbanas, de modo que, además de que “el suelo urbano se ha transformado en una mercancía, la ciudad se inserta ahora en este camino del mercado, y pierde cada vez más su valor de uso, no sin elevar su valor de cambio a las alturas” (Ferreira, 2014, p. 28).

A pesar de que la vivienda es un derecho reconocido en el ámbito constitucional, los trabajadores brasileños nunca tuvieron el costo suficiente para garantizar el acceso a un techo incluido como parte de su salario. Esto significa que, ante la ausencia de políticas públicas, la población toma la iniciativa y busca resolver, a su manera, el problema de la vivienda⁽¹⁾ (Maricato, 2020, p. 84). En este escenario, se evidencia la precariedad de la vivienda y la dificultad de concretar este derecho social en Brasil en un aspecto práctico, ya que las desigualdades en el acceso a la vivienda están, directamente, vinculadas al proceso histórico de luchas, avances y retrocesos por el derecho a la ciudad. Con ello, el aislamiento social y otras normas de higiene y prevención del coronavirus impuestas en diferentes instancias federativas se presentan de manera contradictoria ante el escenario real que viven las familias brasileñas que conforman un contingente de personas que no cuentan con una vivienda adecuada o saneamiento básico.

Frente a esta discusión sobre las desigualdades en relación al acceso a la vivienda entre las poblaciones más vulnerables por el avance de la pandemia, lo cierto es que las personas que vivían en

(1) El reconocimiento formal de un derecho humano, especialmente en el contexto de cartas constitucionales o tratados internacionales encargados de la delimitación de estos derechos, es insuficiente para garantizar a los grupos vulnerables y minoritarios, como las personas sin hogar, la posibilidad de ejercerlos en su propia condición en igualdad con otros sujetos sociales. Las personas sin hogar y otros grupos que se encuentran en una posición subordinada en el entorno social están marcados por factores diferenciadores que no solo les impiden disfrutar de sus derechos humanos, sino también ser reconocidos como actores sociales competentes dentro de una comunidad política específica. En otras palabras, podríamos decir que los derechos humanos están delimitados por una bifurcación estructural entre lo que se piensa en términos de derecho y lo que efectivamente se implementa en la realidad objetiva. La dificultad de trasponer los derechos humanos a una dimensión práctica por factores sociales, políticos, económicos y culturales basta para encarcelarlos en el ámbito de la ley y transformarlos en *derechos de papel*.

la calle fueron rehenes de las nuevas condiciones impuestas socialmente, llegando a un dilema que establece, por un lado, la continuidad de la vida en contextos precarios y, por otro, la lucha contra el coronavirus. En este contexto, bajo el análisis de la crítica de Henri Lefebvre a la construcción del derecho a la ciudad, es posible afirmar que las relaciones asociadas al acto de vivir en los centros urbanos fueron pensadas desde un modelo individualista (Tavolari, 2016, p. 106), que, a la vista de la lógica capitalista y en sentido de la propiedad privada, oferta a cambio de la restricción del concepto de vivienda (Randolph, 2003, p. 37). De hecho, el conocimiento de la producción del espacio requiere el conocimiento de la vida cotidiana (Tonucci Filho, 2020, p. 375) que, en Brasil, está marcada por la desigualdad y la separación entre los grupos vulnerables y el acceso a la ciudad.

La crisis de salud ha sacado a la luz discusiones sobre el derecho a la ciudad para poblaciones vulnerables, que, simultáneamente, afirman contener el avance del coronavirus y ofrecer soluciones a sus necesidades en materia de derechos (Estrela *et al.*, 2020, p. 3435). Para ello, enfatiza la importancia de promover el derecho adecuado a la ciudad, vinculado al acceso a la vivienda de manera digna y equitativa, además de pensarlo como un proceso de mejoramiento de la calidad de vida de poblaciones marginadas que luchan por incrementar los niveles de justicia social (Tamanini, Zorzeto & Neves, 2020, p. 117). Considerado un derecho humano a nivel nacional e internacional, el acceso a la vivienda está estrechamente relacionado con la dignidad humana. Por ello, la vivienda se entiende como un lugar saludable que ofrece condiciones de vida saludables, con condiciones mínimas para sustentar la supervivencia.

Ante esto, la vivienda adecuada observada desde la perspectiva de los derechos humanos tiene ciertas características básicas que se pueden resumir a partir de tres principios macro: i) la interrelación, que consiste en que la violación del derecho a la vivienda implica la inaccesibilidad a otras garantías fundamentales de carácter civil y social que van desde la integridad físico-psíquica hasta la seguridad misma; ii) la interdependencia, que significa que la realización material del derecho a la vivienda se da en conjunción con la realización de otros derechos sociales, formando un bloque indispensable para la vida con dignidad; e iii) indivisibilidad, cuyo contenido se refiere a la igual esencialidad del derecho a la vivienda frente a otras garantías, como el derecho a la vida, alimentación adecuada, salud, educación y otras de carácter socioeconómico (Moraes & Dayrell, 2008, p. 13).

La presencia de personas en situación de calle en Brasil es un factor de crecimiento en el país (Sicari & Zanella, 2018, p. 663), que, inicialmente, se justifica por la propia construcción de espacios urbanos. El aumento exponencial del número de personas en estas condiciones es un fenómeno derivado tanto del éxodo rural como del proceso migratorio impulsado por el crecimiento industrial (Sicari & Zanella, 2018, p. 663), cuestiones que se originaron en el siglo pasado. Además, el estado en situación de calle es parte de una reproducción histórica de patrones de exclusión, que impiden la participación de estas personas en la toma de decisiones e intensifican el paradigma de hipervulnerabilidad y mantenimiento del marco de invisibilidad social y reducción de la condición humana en los espacios donde viven (Filgueiras, 2020, p. 117) – impacto que se vive directamente en el ejercicio de los derechos de ciudadanía social. Aunque visto por la legislación brasileña como un estado transitorio, el cambio, que puede llegar a través de la garantía de los derechos humanos de carácter social, se considera utópico (Mattos, 2006, p. 225).

Así, dado que las consecuencias de la pandemia se traducen en mayores niveles de vulnerabilidad que experimentan las personas en situación de calle y otros grupos vulnerables, la relatora Leilani Farha, de Naciones Unidas (ONU), denuncia los efectos de la inaccesibilidad a la vivienda, que, para ella, debe entenderse como una necesidad urgente de reconocer el problema de las personas en situación de calle por parte de todos los gobiernos, entenderse como una crisis de derechos humanos, además de afirmar que la persistencia de la desigualdad, la distribución desigual de la tierra y la pobreza a escala global son algunos de los factores que contribuyen al crecimiento de la población que no tiene un espacio adecuado para vivir (ONU, 2017). Por ello, al situarla como una situación de emergencia global que permea otras posibilidades de acceso a los derechos sociales, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU, en su Objetivo 11, establece la misión de hacer de las ciudades y los asentamientos humanos espacios de inclusión, seguros, saludables y sostenibles. Representa decir que la ciudad debe convertirse en un locus de acceso universal, asegurando la ciudadanía en todas sus facetas y permitiendo la reversión del estado contemporáneo de excepción de los derechos humanos para que los ámbitos social, económico y político se articulen en la reducción de las desigualdades y vulnerabilidades, y promover la justicia social.

Sin embargo, se señala que es necesario incorporar el derecho a la vivienda en todos los aspectos del desarrollo urbano, con el fin de minimizar los impactos desproporcionados en la vida de las personas que viven en la calle y limitar los problemas de desigualdad y segregación en las ciudades. Esto se debe a que se trata de pensar el espacio urbano con calidad de vida que concilie los intereses individuales y colectivos a favor del bienestar social, concebido como un derecho a la ciudad y el acceso a los derechos humanos sociales, como la planificación de las ciudades, de manera que tiene como objetivo la democratización del espacio, asegurando una vivienda digna y los preceptos de la justicia social a través de políticas públicas articuladas que integren a la población en situación de calle. Con el agravamiento de la pandemia, es necesario repensar la materialización del derecho a la vivienda y la realización de los derechos sociales a través de políticas articuladas que integren a los diversos grupos involucrados en el riesgo de contagio. En la misma línea, es necesario mirar críticamente los procesos de exclusión social de poblaciones que, sin acceso a la vivienda y utilizando las calles como espacio de reivindicación de la dignidad, se quedan con la falta de derechos sociales.

3. VULNERABILIDADES Y POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE CALLE ANTE EL NUEVO CORONAVIRUS

La población en situación de calle⁽²⁾, nomenclatura que designa un estado transitorio, está compuesta por sujetos en condición de vulnerabilidad sociojurídica, inmersos en contextos de invisibilidad social e imposibilidad estructural de acceder a sus derechos humanos (Silva, 2009, p. 49). Notable-

(2) Los datos de población del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) no incluyen a las personas en situación de calle, ya que la mayoría de este grupo no está incluido en el contexto de la vivienda. Sin embargo, según el Censo Pop Rua de 2008, Brasil tenía 31.922 adultos en situación de calle, lo que corresponde al 0,06% de la población de los municipios donde se realizó la encuesta. Es de destacar que el 82% de estas personas eran hombres de entre 25 y 44 años. Además, existe un doble factor de vulnerabilidad, consistente en que el 67% de estas personas se declararon negras (Cortizo, 2019, p. 6).

mente, reconocida por una historia de estigmatización, estas personas sufrieron un largo período de desprecio humanista desde la perspectiva de la ley brasileña, que comenzó a proteger al grupo no de manera convencional, a través de los derechos humanos, sino después de su introducción en el derecho penal y la criminalización, desnaturalizando una experiencia social que se remonta a otros momentos de la historia, en el cual la criminalización de la pobreza también se ha convertido en un rasgo de instancias legales y penales, denotando la existencia de represión contra comportamientos característicos de ciertos sujetos sociales, como la población en situación de calle (Wacquant, 2003, p. 19; Nonato & Raiol, 2018, p. 92). Este fenómeno de lógica inversa a la propuesta contemporánea de derechos humanos se puede ver en la inserción de este grupo tanto en el Código Penal como en la Ley de Contravenciones Penales, bajo la etiqueta de mendigos y vagabundos (Figueiredo & Guerra, 2016, p. 163).

Si bien no es posible entender el fenómeno de la población en situación de calle como un estado unívoco con causas unitarias, se puede decir que la construcción social de las vulnerabilidades de los que viven en la calle, como personas que viven cotidianamente el estado de subyugación, no la ciudadanía y la negación de derechos, se deben a factores de dos tipos: i) estructurales, que combinan la ausencia de vivienda y la inexistencia de trabajo decente y fuente de ingresos; y ii) biográficos, que van desde el alcoholismo hasta el hecho de ser víctimas de desastres naturales o sociales, además de la ruptura de lazos familiares⁽³⁾ (Silva, 2006, p. 82). De hecho, es posible tratar los casos de personas que viven en la calle como una consecuencia lógica y directa de la profundización de las desigualdades y la pobreza que produce el sistema capitalista (Silva, 2009, p. 55).

Sin embargo, más que factores estructurales y biológicos, la situación de las personas en situación de calle que afecta a un número creciente de brasileños también se deriva de la expresión muy contemporánea de la cuestión social (Silva, 2006, p. 83). Así, uno de los elementos que contribuye, enormemente, a la producción de espacios urbanos que se conviertan en hogares de quienes no tienen acceso a este derecho es, precisamente, el crecimiento del desempleo y el surgimiento de nuevas formas de pobreza en el contexto de una sociedad neoliberal. Al proponer la transformación en bienes de diferentes ámbitos de la vida social, desde los derechos humanos a la propia política, el neoliberalismo promueve una nueva forma de vida, en la que solo quienes tienen las condiciones económicas para adquirirlos tienen acceso a estos bienes (Silva, 2006, p. 83; Magalhães, 2015, p. 30).

[...] a combinación de la precariedad persistente de los servicios públicos con la expansión del empleo y la renta disponible que saca de la pobreza a una gran parte de la población y da acceso al consumo por primera vez, da lugar a un enorme mercado para atender esta nueva demanda, cubriendo un amplio abanico de sectores, desde los supermercados y el comercio de bienes duraderos hasta los servicios colectivos. La educación, la salud, el

(3) La Constitución Federal de 1988 reconoció la universalidad formal de los derechos sociales en general y permitió su extensión al colectivo en cuestión, con protección no específica. De conformidad con el Decreto nº. 7.053, 2009, la población en situación de calle es “el grupo heterogéneo de población que tiene en común la pobreza extrema, los lazos familiares interrumpidos o debilitados y la falta de vivienda convencional regular, y que utiliza lugares públicos y áreas degradadas como espacio de vivienda y sustento, de manera temporal o permanente, así como unidades de acogida para pernoctaciones temporales o como vivienda temporal” (Brasil, 2009).

acceso a la vivienda y los medios de transporte individuales (en detrimento del colectivo) se convierten en grandes magnetizadores de los ingresos a los que accede este colectivo (Magalhães, 2015, p. 30).

Así, esta nueva propuesta de marketing de los derechos humanos afecta directamente a la población en situación de calle, que, viviendo momentos en los que el derecho a la vivienda se vuelve vulnerable a las presiones neoliberales, no logra acceder a esta garantía fundamental. Sumado a este marco de monetización, restricción de acceso a los derechos sociales, instalado desde marzo del año pasado en Brasil, la nueva pandemia de coronavirus expuso las fallas de los sistemas políticos y económicos en vista de su (in) capacidad para superar crisis y afectar, directamente, poblaciones vulnerables, que, ausentes del espectro de las políticas públicas y del goce de los derechos sociales, especialmente el derecho a la salud y la vivienda (Ambrogí, Medeiros & Souza Júnior, 2020), se han convertido en blanco de un nuevo marco de violaciones de derechos humanos.

Asociado al problema del conocimiento científico insuficiente sobre el coronavirus, las vulnerabilidades de la población en situación de calle se han incrementado, especialmente debido a su vasta capacidad de propagarse y causar la muerte en grupos económicamente desfavorecidos (Jubilut *et al.*, 2020, p. 43) y con limitaciones en el acceso a los derechos humanos (Werneck & Carvalho, 2020, p. 2). Frente a la pandemia, la población en situación de calle está expuesta a problemas de vivienda y saneamiento deficientes, además de estar ausente del acceso a bienes de primera necesidad y en condiciones de hacinamiento, lo que no se puede evitar, precisamente, porque es uno de sus factores que agrava la falta de vivienda adecuada y permitiendo una distancia mínima entre sus habitantes. En el caso de las personas en situación de calle, las divisiones del estado pandémico en diferentes fases – contención, mitigación, supresión y recuperación (Werneck & Carvalho, 2020, p. 1) – se convierten en una sola, que está en el campo del intento de no-contagio y supervivencia.

En el ámbito de la convivencia urbana de la población en situación de calle, la dificultad para acceder a los derechos sociales constitucionales, entre los que destacamos la salud y la vivienda como elementos para la composición del mínimo existencial y una vida digna, constituye un desafío diario. En tiempos de pandemia, dichos sujetos pasaron a formar parte del grupo de riesgo y dependen de la articulación directa de políticas públicas que tengan como objetivo promover tanto el acceso a la salud como la garantía de una vivienda digna durante el período de excepción. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los municipios brasileños por eludir las excepciones en un sentido macro, está claro que las tasas de registro de personas en situación de calle en el Catastro Único siguen siendo bajas, totalizando 27% en todo el país (Natalino & Pinheiro, 2020, p. 9), imposibilitando, a modo de ejemplo, recibir ayuda de emergencia. Esto nos permite afirmar que la población en situación de calle, además de la negación de sus derechos humanos, vive la experiencia de la crisis de salud de manera aguda, principalmente, porque son personas en situación de calle y se encuentran, aún más, insertadas en un escenario caótico de invisibilidad y desigualdades sociales, requiriendo de mecanismos capaces de superar dichos problemas y (re) insertar a dichos sujetos en contextos de ciudadanía civil y social.

Si casos aún más leves de contaminación por coronavirus requieren la gestión de lugares de aislamiento, la condición social de las personas en situación de calle requiere una atención especial, ya que este grupo es más susceptible a la transmisión del virus precisamente por el estado en el que

se encuentran (Aguilar *et al.*, 2020, p. 1). De hecho, esta situación de mayor acceso a los derechos humanos por parte de este grupo vulnerable está directamente relacionada con vivir en entornos urbanos propicios para la transmisión de enfermedades infecciosas (Aguilar *et al.*, 2020, p. 1-2), que debe ser, principalmente, para el mantenimiento de la vida en entornos compartidos o informales, que van desde albergues y alojamientos temporales hasta espacios públicos y lugares precarios. Así, si, dentro del rango normal, la población anciana en situación de calle tiene una tasa de mortalidad de cinco a diez veces superior a la de la población general en enfermedades ampliamente consideradas, el brote del estado pandémico de coronavirus afecta directamente la vida y el acceso a los derechos de este colectivo (Aguilar *et al.*, 2020, p. 3).

La afirmación del estado pandémico en Brasil ha sacado a la luz, como una de las principales estrategias para combatir la mortalidad de las personas sin hogar, articulada por los gobiernos municipales y estatales, la adecuación de espacios de acogida para estos sujetos o la creación de nuevas instituciones con el propósito de servir como refugios temporales (Honorato & Oliveira, 2020, p. 1068). En este sesgo, siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Ministerio de Salud de Brasil formuladas al inicio de la pandemia, estos espacios fueron sometidos a medidas de adaptación que incluyeron la limpieza de ambientes y la reducción de la capacidad de las personas en estos espacios (Honorato & Oliveira, 2020, p. 1070). A pesar de estas medidas, no existe una política pública efectiva y conjunta entre los diferentes sectores encargados de brindar servicios sociales a la población sin hogar, por lo que las instituciones encargadas del deber de asistencia en materia de salud no se encuentran en diálogo directo con las organizaciones dedicadas a la concesión de vivienda temporal para personas que viven en la calle, resultando ser una política poco integral que no atiende, satisfactoriamente, las necesidades de estas personas. La adopción de estos parámetros surge, de hecho, del desempeño mismo de los profesionales que trabajan en la primera línea de la lucha contra el coronavirus entre estos colectivos. En otras palabras, significa decir que la mayoría de las iniciativas que se llevan a cabo en los municipios brasileños no tienen su origen en los requerimientos de los gobiernos municipales, sino de los propios profesionales de la salud, quienes individualmente investigan las medidas y cuidados necesarios para proteger a las personas sin hogar, así como como buscar espacios para acoger estos sujetos (Honorato & Oliveira, 2020, p. 1070).

4. PANDEMIA, VIVIENDAS INEXISTENTES E IMPACTOS EN LA CIUDADANÍA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE

La pandemia develó un estado de reducción de las posibilidades de acceso a la ciudadanía social por parte de los estratos populares menos favorecidos, tanto en el ámbito legal, los derechos humanos, como en el ámbito socioeconómico, debido a las vulnerabilidades que, históricamente, conllevan. También, se puede decir que la pandemia no solo desveló este estado de cosas, sino que lo profundizó y sacó a la luz un escenario crítico para los derechos sociales. Como grupo vulnerable, que permanece al margen del discurso oficial de derechos humanos engendrado por los grupos hegemónicos y no alcanza el hito de legitimar la idea del derecho como producto cultural surgido de las luchas sociales por la dignidad humana (Flores, 2009, p. 14), la población en situación de calle se identifica, socialmente, en un estado del arte en el que prevalece la pasividad estatal en la

construcción de políticas dirigidas a este grupo e incluso una posición de indiferencia hacia la lucha contra las desigualdades.

El establecimiento histórico de la población en situación de calle como grupo vulnerable no es un efecto directo de la pandemia, ya que esta estructura social se debe a múltiples factores sociales y subjetivos (Silva, 2006, p. 82). Sin embargo, la dificultad de pensar en políticas públicas y alternativas a la crisis de los derechos sociales, especialmente, el problema que afecta más directamente el acceso a la vivienda en tiempos de pandemia, se debe también a la heterogeneidad de subjetividades dentro del grupo en cuestión, lo que dificulta el acceso a la vivienda a la identificación de las necesidades individuales de cada persona en situación de calle. Así, comprender el itinerario de exclusión de estos sujetos del ámbito de la ciudadanía social se torna fundamental para constatar las luchas sociales por el acceso a los derechos sociales que lleva a cabo este colectivo. La negación de la ciudadanía social a los grupos vulnerables se remonta a la propia base cultural de los derechos humanos en el ámbito de las revoluciones burguesas, lo que significó un ideal de segregación entre quienes eran considerados ciudadanos y otros que tenían fama de meros hombres (Marx, 2010, p. 47).

Los efectos de la pandemia infiltraron las desigualdades que son invisibles a las personas que viven en la calle al sentido emancipador de los derechos humanos, por lo que la premisa burguesa de las inclusiones y la igualdad formal se reveló como una falacia en este período. La inversión de la lógica protectora del núcleo estructural de lo que entendemos en este trabajo como ciudadanía social, un marco de “conquista de derechos significativos en el dominio [...] de la salud, la educación y la vivienda por parte de las clases trabajadoras” (Souza, 2010, p. 450), provocó un marco formado por sucesivos colapsos, que se traducen en la naturalización y reproducción de prácticas anti-ciudadanas (Rivera, 2012, p. 142-143), que terminaron insertando sujetos vulnerables en el campo de la marginación social y la imposibilidad de garantizar los derechos humanos. Así, una de las repercusiones de la pandemia en la ciudadanía social de las personas que viven en la calle, principalmente, afectadas por el tema de la imposibilidad de acceso a una vivienda adecuada, fue precisamente el mantenimiento de una mentalidad formalista de derechos humanos, que ve las demandas de los ciudadanos de esta población durante el período de excepción no como un caso de política pública, sino como un caso policial (Mastrodi & Avelar, 2017, p. 8).

Así, la afirmación del marco del crecimiento urbano en Brasil tiene como referentes fundamentales el muy complejo de transformaciones sociales, políticas y económicas que trajeron al escenario urbano el carácter de un bien material, como una especie de mercancía consumida según la dinámica capitalista y que se adapta solo a quienes tienen condiciones materiales para acceder a tales garantías (Dias, 2016, p. 439). El surgimiento de una lógica construida según la mentalidad que debe tener el sujeto de derechos para contribuir directamente a la invisibilidad de las personas que viven en la calle, además de haber permitido la división de las ciudades contemporáneas en dos porciones opuestas: en el por un lado, la parte social que tiene acceso a una infraestructura adecuada y cuya garantía de derechos sociales no se le niega históricamente; por otro, grupos formados por personas pobres y que hacen de las calles de las ciudades sus espacios de vida y que tienen derecho a vivir la ciudad en sus múltiples posibilidades, restringidas (Dias, 2016, p. 441).

Si bien la vivienda se configura como un derecho social previsto en el orden constitucional brasileño, que salió a la luz tras la consagración del documento como principal instrumento de materialización del Estado Democrático y Social de Derecho, esta garantía se amolda a la propuesta contemporánea de protección de los derechos fundamentales a un desempeño positivo de la entidad estatal. En este sentido, el Estado comienza a jugar no solo una función protectora, sino también promocional, principalmente a través de la reafirmación de estos valores, objetivos y derechos fundamentales inscritos en el orden económico y social (Nascimento, 2020, p. 88). Si bien la vivienda es un logro reciente en el ámbito constitucional, su consecuencia lógica se basó en la sistematización de los principios de la dignidad humana y la reducción de las desigualdades sociales, que se sustentan en los derechos a la vida, la salud y la privacidad. Todos los demás derechos humanos presuponen la garantía de acceso a una vivienda adecuada, que funciona como un mecanismo para la realización de otros derechos (Souza, 2004, p. 339).

Por tanto, significa decir que el derecho a la vivienda no solo depende de normas específicas para reconocerlo y regularlo, sino que también está, implícitamente, garantizado en otras normas relacionadas con los derechos humanos, cuya aproximación a este derecho es indispensable para la materialización de otras garantías. En realidad, “la vivienda [...] tiene una conexión directa con las necesidades vitales de la persona humana y, por tanto, también con las condiciones materiales básicas para una vida digna” (Sarlet, 2007, p. 329). Antes del establecimiento del estado pandémico, el derecho a la vivienda estaba nebulosamente relacionado con los derechos a la vida y la salud. Sin embargo, durante la pandemia, esta relación se dio a conocer a la sociedad en general, que llegó a ver con mayor claridad los traslapes entre ambas categorías de derechos y permitió reconocer un escenario de agravamiento de la condición de las personas que viven en la calle ante la propagación del coronavirus.

El énfasis en las personas en situación de calle durante la pandemia surge de la necesidad de permitir la discontinuidad de un proceso histórico de invisibilidad ante los derechos humanos y, como corolario, brindar alternativas para acceder a la atención de salud y la vivienda en condiciones de dignidad. No sería exagerado decir que, durante el estado pandémico, este grupo se convirtió en el objetivo de otra forma de violación de los derechos humanos, relacionada con la prevención y la inmunidad. De ahí surge la afirmación de que la ausencia de una vivienda adecuada para estos sujetos atenta contra el ejercicio de la ciudadanía social y abre espacios para acercarlos aún más al riesgo de contagio de la enfermedad. Al ser blanco de la inaccesibilidad de los derechos humanos, especialmente en lo que respecta a la negación de los derechos a la ciudad y la vivienda, la ciudadanía se convierte en un elemento utópico y distante, imposibilitando la materialización de las demandas de las personas que viven en la calle. Por tanto, se destaca el doble aspecto del derecho a la vivienda:

En el caso del derecho a la vivienda, debe verse como algo más que un reclamo justo de que todos tienen un lugar donde vivir. También, debe ser concebido como una condición necesaria para lograr un nivel de vida adecuado, que se puede lograr a través de arreglos sociales que incluyan determinadas acciones para promover el derecho a la vivienda y la no injerencia en su realización. La casa responde a las necesidades físicas de protección

y abrigo frente a la intemperie y el mal tiempo; satisface las necesidades psicológicas proporcionando espacio personal y privacidad [...] (Osório, 2014, p. 40-41).

En este sesgo, es evidente que la crisis de salud instalada en Brasil desde el año pasado ha desafiado aún más la crisis de acceso a la ciudadanía social de las personas en las calles, favoreciendo una convivencia humana que no tiene intención de lograr el significado universal de estas garantías. Transformado en una mercancía, el derecho a la vivienda se vincula a las demandas del capitalismo y, a su vez, ofrece el olvido de las necesidades de las poblaciones vulnerables. Desde la formación del subempleo hasta la resistencia a la posibilidad de vivir adecuadamente, la pandemia ha dejado marcas imborrables en los menos favorecidos, marcas que no se desvanecerán con el tiempo, sino a través de la significación del carácter emancipatorio de los derechos humanos y la atención especial a las reivindicaciones de las minorías y los vulnerables.

5. CONCLUSIONES

Las relaciones brasileñas se basaron en asimetrías sociales entre grupos hegemónicos y vulnerables, y negaciones prácticas de los derechos humanos. En cuanto a las personas que viven en la calle, el acceso a una vivienda digna y el derecho a la ciudad son las principales demandas de este colectivo. Sin embargo, la dificultad estructural de garantizar este derecho, en Brasil, hizo que los cambios establecidos por la pandemia de coronavirus llevaran a esta población al campo de la hipervulnerabilidad. La ausencia de políticas sociales preocupadas por los derechos humanos de este colectivo contribuyó al aumento de las tasas de contagio, dada la aglomeración natural derivada de la falta de acceso a la vivienda.

A partir de la discusión tratada en este documento, se hizo evidente que el derecho a una vivienda adecuada puede afectar el disfrute de una amplia gama de otros derechos humanos, ya que el acceso a la vivienda es una condición previa para la realización de otros derechos de carácter social y, en base a este desarrollo, incidir también positiva o negativamente en el ejercicio de la ciudadanía social. Así, el estado de hipervulnerabilidad de las personas en situación de calle se ve agravado por los niveles de invisibilidad y exclusión social, pero que pueden y deben revertirse mediante la garantía de acceso a la ciudadanía social, como forma de reconocimiento y materialización de los derechos sociales, principalmente, con la idea del mínimo existencial, destacando el doble aspecto del derecho a la vivienda.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiar, A. *et al.* (2020). Covid-19 e as pessoas em situação de sem-abrigo: ninguém pode ser deixado para trás. In: Tavares, M.; Silva, C. (Coords.). *Da emergência de um novo vírus humano à disseminação global de uma nova doença: doença por coronavírus 2019 (Covid-19)*.
- Ambrogi, A.; Medeiros, T. D. C.; Souza Júnior, A. B. de. (2020). A nova face da judicialização do direito à saúde: tendências jurisprudenciais. In: Souza Júnior, A. B. de.; Rebêlo, F.; Ponçoni, M. (Coords.). *Direitos sociais constitucionais: realidades e perspectivas*, Editora Thoth.
- Barbosa, O. L.; Neis, A. C. (2020). Habitação em meio à pandemia: um debate necessário. *Revista do PET Economia UFES*, 1(1), pp. 20-22.
- Brasil. (2009). Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, DF.
- Cortizo, R. M. (2019). *População em situação de rua no Brasil: o que os dados revelam?* Brasília, Ministério da Cidadania.
- Dias, M. T. F. (2016). Políticas públicas para a eficácia do direito fundamental à moradia adequada da população em situação de rua. In: Grinover, A. P. *et al.* (Orgs.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua* (2ª ed.).
- Estrela, F. M. *et al.* (2020). Pandemia da Covid-19: refletindo as vulnerabilidades à luz do gênero, raça e classe. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, 25(9), pp. 3431-3436.
- Ferreira, V. R. (2014). *Planejamento urbano no Brasil: a insuficiência do direito na ordenação do espaço urbano*. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.
- Figueiredo, E. H. L. de; Guerra, D. L. R. (2016). Da população em situação de rua: a criminalização do invisível. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*, 50(66), 160-176.
- Filgueiras, C. A. C. (2020). Moradores de rua: um problema público invisível e hipervisível nas cidades brasileiras. *Revista Colombiana de Sociología*, 43(2), 109-127.
- Flores, J. H. (2009). *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Fundação João Pinheiro. (2018). *Déficit habitacional no Brasil 2015*. Belo Horizonte: Centro de Estatística e Informações.
- Honorato, B. E. F.; Oliveira, A. C. S. (2020). População em situação de rua e COVID-19. *Revista de Administração Pública*, 54(4), 1064-1078.
- Jubilut, L. L. *et al.* (2020). *Direitos humanos e Covid-19: impactos em direitos e para grupos vulneráveis*. Santos: Universidade Católica de Santos.

- Krell, A. J. (2002). *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*, Sérgio Antônio Fabris Editor.
- Krieger, M. G. M.; Leblanc, E. M. (2018). A consolidação do termo direito à cidade na cidade de São Paulo a partir das Jornadas de Junho: uma articulação hegemônica? *Revista de Administração Pública*, 52(6), 1032-1055.
- Magalhães, F. N. C. (2015). *O neoliberalismo e a produção do espaço na metrópole*: subjetividades, insurgências e redes na economia política da urbanização contemporânea. 271 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- Maricato, E. (2020). O coronavírus e um plano de emergência para as cidades. In: Borges, A.; Marques, L. (Orgs.). *Coronavírus e as cidades no Brasil*: reflexões durante a pandemia. Rio de Janeiro: Outras Letras.
- Marx, K. (2010). *Sobre a questão judaica*. Boitempo.
- Mastrodi, J.; Avelar, A. E. C. O conceito de cidadania a partir da obra de T. H. Marshall: conquista e concessão. *Cadernos de Direito*, 17(33), 3-27.
- Mattos, R. M. (2006). *Situação de rua e modernidade*: a saída das ruas como processo de criação de novas formas de vida na atualidade. 249 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade São Marcos, São Paulo.
- Moraes, L.; Dayrell, M. (2008). *Direito à moradia: moradia e terra urbana*. INESC.
- Nascimento, M. F. do. (2020). Moradia adequada: um direito sobressalente como vital em tempos de Covid-19. *Caderno de Ciências Sociais Aplicadas*, 17(30), 84-96.
- Natalino, M.; Pinheiro, M. B. (2020). *Proteção social aos mais vulneráveis em contexto de pandemia*: algumas limitações práticas do auxílio emergencial e a adequação dos benefícios eventuais como instrumento complementar de política socioassistencial.
- Nonato, D. N.; Raiol, R. W. G. (2018). Pessoas em situação de rua e violência: entrelaçados em nome da suposta garantia de segurança pública. *Revista Direito em Debate*, 27(49), 90-116.
- ONU. (2017). O morador de rua não precisa só de comida, precisa de saúde e educação. *ONU Brasil*. Disponível em: nacoesunidas.org/o-morador-de-rua-nao-precisa-so-de-comida-precisa-de-saude-e-educacao-diz-ativista/
- Osório, L. M. (2014). O direito à moradia como direito humano. In: Fernandes, E.; Alfonsin, B. (Coords.). *Direito à moradia adequada*: o que é, para quem é, como defender e efetivar, Editora Fórum.
- Randolph, R. (2003). A dialética entre o próximo e o distante: reflexões acerca da cidade e do urbano contemporâneos. In: Limonad, E. (Org.). *Entre a ordem próxima e a ordem distante*: contribuições a partir do pensamento de Henri Lefebvre. Niterói: UFF/GECEL.
- Rivera, Á. A. (2012). Ciudadanía y derechos sociales: las dificultades de la ciudadanía social. *Andamios – Revista de Investigación Social*, 9(18), 141-159.

- Rocha, C. L. A. (2005). *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Rolnik, R. (2011). Moradia é mais que um objeto físico de quatro paredes. *Revista E-Metropolis*, 2(5), 37-42.
- Rubio, D. S. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Ediciones Akal México.
- Sarlet, I. W. (2007). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sicari, A. A.; Zanella, A. V. (2018). Pessoas em situação de rua no Brasil: revisão sistemática. *Psicologia – Ciência e Profissão*, 38(4), 662-679.
- Silva, M. L. L. da. (2006). *Mudanças recentes no mundo do trabalho e fenômeno população em situação de rua no Brasil (1995-2005)*. 220 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília.
- Silva, M. L. L. da. (2009). *Trabalho e população em situação de rua no Brasil*. São Paulo. Cortez.
- Souza, I. C. U. de. (2010). Cidadania e direitos humanos no Estado Social e no Constitucionalismo Democrático. *Pensar*, 15(2), 442-454.
- Souza, S. I. N. (2004). Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*.
- Tamanini, M. H. L.; Zorzeto, G. M.; Neves, A. R; das. (2020). A pandemia do coronavírus e os grupos vulneráveis: uma análise quanto à eficácia dos atos do governo brasileiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, 24(49), 112-135.
- Tavolari, B. (2016). Direito à cidade: uma trajetória conceitual. *Novos Estudos Cebap*, 104(1) 93-109.
- Tonucci Filho, J. B. M. (2020). Do direito à cidade ao comum urbano contribuições para uma abordagem lefebvriana. *Revista Direito e Práxis*, 11(1), 370-404.
- Wacquant, L. (2003). *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro, Revan.
- Werneck, G. L.; Carvalho, M. S. (2020). A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. *Cadernos de Saúde Pública*, 36(8), 1-4.

Reflexiones en torno al daño moral a consecuencia del despido inconstitucional: prueba y cuantificación^(*)

Reflections about moral damages as a result of unconstitutional dismissal: proof and quantification

Juan Carlos Rios Yaringaño^()**

Universidad Federico Villareal

Resumen: El presente estudio aborda una de las temáticas, sin duda, más controversiales en lo que va de la última década en sede laboral, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial: el daño moral a consecuencia del despido inconstitucional. Se comienza con unas consideraciones iniciales respecto a la probanza o presunción del daño moral, a partir del análisis de últimos pronunciamientos judiciales, para centrarse después en por qué se debe efectuar una presunción del daño moral como inevitable consecuencia al acto del despido. Además, en el presente trabajo se busca ir un poco más allá, incorporando líneas de investigación en torno a un asunto que ha sido inadvertido o dejado de lado por muchos autores, la cuantificación del daño moral. Tras analizarlo, propondré que la cuantificación tiene que echar mano de un asunto ampliamente conocido en el derecho laboral, el período de prueba (tres meses como regla), y en algunos casos, sumarle el factor etario a partir de los 60 años de edad (seis meses) para, así, alcanzar una decisión razonable, objetiva y cercana a justicia.

Palabras clave: Daño Moral - Despido Inconstitucional - Prueba - Presunción -Cuantificación - Período de Prueba - Derecho Laboral

Abstract: This study addresses one of the most controversial issues so far in the last decade in the workplace, both at the doctrinal and jurisprudential level: moral damage as a result of unjustified dismissal. It begins with some initial considerations regarding the evidentiary burden of non-pecuniary damage, to which party should this burden be attributed? Based on the analysis of recent judicial pronouncements, to later focus on why a presumption of damage should be made moral as an inevitable consequence of the act of dismissal. Furthermore, the present work seeks to go a little further, incorporating lines of research around an issue that has been inadvertent or neglected by many authors the quantification of non-pecuniary damage. After analyzing it, I will propose that the quantification has to make use of a widely known issue in labor law, the trial period (three months), in order to reach a fair decision.

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 6 de septiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 1 de octubre del 2021.

(**) Abogado por la Universidad Federico Villarreal (Lima, Perú). Magister en Derecho Procesal. Miembro principal del Círculo de Estudios e investigación de Derecho y Filosofía – CEIDF. Asesor Académico del Círculo de Investigación “IUXTA LEGEM” de la Universidad Nacional Federico Villareal. Correo: juancrios2711@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1792-2672>

Keywords: Non-Pecuniary Damage - Unjustified Dismissal - Evidence - Presumption - Quantification - Trial Period - Labor Law

1. INTRODUCCIÓN

Las decisiones que vierten los jueces en torno a la probanza del daño moral a consecuencia del despido inconstitucional (llámese nulo, incausado, fraudulento o arbitrario), y sobre todo con relación a su cuantificación, no solo difieren en su parte argumentativa y posteriores dictámenes, sino lo que llama a la perplejidad es el plagado subjetivismo que se encuentra al momento de establecer una determinada suma por dicho daño, pues, no existe metodología razonable que nos permita comprender el porqué del arribo de un monto fijo. Una muestra palmaria de ello, son las copiosas sentencias heterogéneas en sede de la Corte Suprema, como en el resto de las instancias.

Los pronunciamientos a favor de la asignación de un pago como resarcimiento por concepto de daño moral, como resultado directo del despido ocasionado, descansan en el acto ilícito provocado por la parte empleadora, que se encuentra ligada a la dignidad humana del trabajador, así como en la dificultad de este en la obtención de prueba que demuestre dicho daño. De otro lado, también son abundantes las sentencias que se alinean a la demostración probatoria del daño moral por parte del trabajador, ya sea por medio de una prueba directa o indicios. El argumento central de este enfoque se encuentra cercano a una perspectiva más formalista, siempre pegada a lo señalado por la ley.

La aproximación que voy a realizar en torno al tema de la prueba y cuantificación del daño moral tiene carácter tentativo y constituye un intento, por un lado, de tratar de comprender el tópico probatorio que concierne a esta materia, a través de la postura de un modelo del daño moral y una apreciación de corte constitucional en resguardo del derecho al trabajo de toda persona y, de otro lado, proponer un método razonable y objetivo a fin de elaborar una estimable cuantificación del daño moral para el proceso laboral, echando mano de una figura convenientemente conocida por todos los simpatizantes del derecho laboral, el período de prueba (tres meses). Con ello, se busca que su aplicación sea de conocimiento generalizado por su sencillez y, luego, sea bien aceptado por la academia y los operadores jurídicos. A ello, se suma el factor etario del trabajador, pues queda claro que la relación edad – trabajo es inversamente proporcional; esto es, a mayor edad, menor posibilidad de encontrar un nuevo empleo.

En primer lugar, ofreceré un breve recorrido general por el concepto del daño moral. Después, efectuaré una ligazón de dicho concepto con el despido inconstitucional y esbozaré la diferencia entre el daño moral con la indemnización de tarifa legal reconocida en la norma laboral. Luego, pasaré a analizar lo concerniente a la prueba del daño moral, recorriendo también el camino de la prueba directa e indiciaria. Y, como últimas líneas, quisiera evidenciar, haciendo uso de instituciones jurídicas laborales muy conocidas, que se puede llegar a establecer un adecuado método general de cuantificación del daño moral por despido inconstitucional, que, de forma objetiva y razonable, nos permite a todos los operadores del derecho desterrar el subjetivismo de las decisiones judiciales.

2. DESARROLLO

2.1. EL DAÑO MORAL

Como preludio al análisis de las diversas ideas que a lo largo de este estudio se irán desarrollando, es preciso brindar un concepto del daño moral.

Ramón Pizarro (2004) señala:

El daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. (p.43)

Este enfoque del daño moral se centra en la secuela de la acción dañosa. Bajo tal criterio, para que se produzca el daño moral, tiene que presentarse la concurrencia copulativa de dos factores: (i) la lesión al daño extrapatrimonial y (ii) la consecuencia en la persona derivada de la acción consumada. A falta de uno de ellos, simplemente, no estaríamos ante la figura del daño moral.

De otro lado, esta concepción manifiesta que la tristeza, la aflicción, pena u angustia, entre otras, son manifestaciones u exteriorizaciones del daño moral. Y, que aún sin dichas expresiones, es más, sin la capacidad para sentir la lesión, es posible que exista daño moral. Por su parte, Lizardo Taboada (2015) señala que:

Por *daño moral*, se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor y aflicción o sufrimiento en la misma (...) Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado *socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y, por ende, considerado digno de la tutela legal.* (p.75-76)

Esta postura coincide con la anterior, en el sentido de concebir al daño moral como un dolor o aflicción de la persona. La distinción radica en que ello no reviste la suficiencia necesaria. Además, dicho sentimiento debe ser apreciado socialmente como merecedor de tutela legal, como resulta ser el derecho al trabajo.

2.2. ¿EXISTE DAÑO MORAL A CONSECUENCIA DEL DESPIDO INCONSTITUCIONAL?

Con el marco teórico elaborado, la respuesta a esta interrogante no puede ser sino afirmativa. Aunque merece una explicación desde el punto de vista ontológica para su mejor comprensión, el hecho de que una persona se encuentre efectuando labores para una determinada empresa o entidad, lo cual le permite sostenerse y mantener a su familia, lleva a que el trabajo se convierta en algo anhe-

lado y, a la vez, cautelado. Ello se ha visto de forma más palmaria en tiempos de pandemia y, sobre todo, en nuestro país, en el que alrededor del 75% de los trabajadores son informales.

Bajo esta consideración, el despido unilateral por parte del empleador, desprovisto de sustento en torno a la capacidad y/o conducta del trabajador que justifique la más gravosa de las sanciones, acarrea irremediabilmente una afectación al trabajador, pues, ahora, se encuentra desprovisto del sustento para él y su familia. Es una aflicción que no hubiera acontecido si no hubiese sobrevenido el despido inconstitucional.

Recordemos que el artículo 22° de la Constitución Política señala: el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Por su parte, el artículo 27° indica: la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Una interpretación de corte constitucional de dichos dispositivos legales, ofrecen la lectura siguiente: al ser el trabajo un derecho y medio de realización de la persona, el Estado debe desplegar sus esfuerzos necesarios a fin de limitar la conducta injusta por parte del empleador, así como, establecer mecanismos para el resarcimiento de la afectación de su realización como persona a consecuencia del despido injustificado.

De otro lado, entendido el trabajo como un medio de realización de la persona, al ser conculcado, se estaría afectando de manera colateral la dignidad de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado, de conformidad al artículo 1° de la Carta Magna.

2.3. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL A CONSECUENCIA DEL DESPIDO INJUSTIFICADO

Con lo arribado en el punto anterior, se abre el panorama a un nuevo problema, su probanza. Le corresponde al trabajador la prueba del daño moral acaecido o, simplemente, esta se presumiría.

El problema radica en lo zigzagueante que ha sido el camino recorrido por la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y Cortes Superiores respecto a este tópico. A manera de ejemplo, en favor de la presunción del daño moral, la Casación Laboral N.º 5816-2018 PIURA señala:

De esta manera apreciamos que este tipo de daño constituye una lesión a cualquier sentimiento de la persona agraviada, y que ante la dificultad de la probanza se opta algunas veces por la presunción, es que consideramos que corresponde indemnizar al demandante por concepto de daño moral, por cuanto al haber sido despedido de la manera que lo fue por parte de su empleador, ello ha ocasionado un sufrimiento, un dolor, una aflicción en todos los ámbitos, por lo que, resulta amparable lo solicitado por el actor como indemnización.

De otro lado, la Sentencia de la Octava Sala Laboral Permanente de la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 18490-2019-0-1801-JR-LA-03, precisó en cuanto a la prueba indiciaria para acreditar el daño moral lo siguiente:

Ahora bien, sobre su determinación probatoria, si bien es verdad que inicialmente la jurisprudencia nacional se inclinaba por la plena probanza, mediante una prueba cierta o sucedáneo, del daño moral, pero, en la actualidad la misma jurisprudencia ha variado su

criterio, de conformidad a lo regulado en el inciso 5) del artículo 23° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, mediante la valoración de un daño cuando se aprecie indicios o elementos subsecuentes que permitan la certeza a la Judicatura que el referido daño se ha producido por un ejercicio abusivo e ilegal por parte del causante, sin la necesidad de recurrir a una prueba directa, el cual haga irrazonable la finalidad de tal conducta, dentro del período relacionado o sujeto a la idoneidad de la referida prueba.

Por su parte, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 (Tacna), cuya conclusión del Subtema 2, respecto al otorgamiento y cálculo del daño moral en caso de despido es la siguiente:

En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extrapatrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil.

El Pleno de Tacna deja el siguiente mensaje: el daño moral a consecuencia del despido inconstitucional que vulnere sólo derechos laborales no se presume, debiendo acreditarse con prueba directa o indicios - a decir verdad, son la mayoría de situaciones presentadas en la práctica jurídica-. En tanto, si a la vulneración al derecho de trabajo se le agrega la lesión de otros derechos fundamentales, sí opera la presunción –se alberga en este grupo un reducido número de casos-.

Como puede verse, el planteamiento del Pleno no resulta del todo claro y preciso, ya que no se termina de comprender a detalle, el porqué de la distinción en torno a la probanza del daño moral: para unos casos, prueba directa o indicios y, para otros, la presunción, ubicando a la mayoría de trabajadores que son despedidos de manera inconstitucional en una situación realmente dificultosa al tener que acreditar, a través de prueba directa o indiciaria el daño moral. Si en ambos contextos se transgreden derechos fundamentales de naturaleza social, como es el trabajo, esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, ya que no es posible concebir que la probanza (prueba directa o indicios) o presunción del daño moral se establezca a partir de una única condición, la vulneración al derecho del trabajo.

Tal criterio va en contra de una postura de naturaleza constitucional, dado que, al ser despojado de sus labores de forma imprevista y sin razón alguna, genera un daño moral para quien padece dicha conducta antijurídica (trabajador), en tanto modifica su situación actual, ubicándolo en un contexto desprovisto del sustento familiar, razón por la cual debe presumirse el daño moral sin importar que se vulnere solo el derecho al trabajo y, además, otros derechos fundamentales.

Del mismo modo, abre un panorama reflexivo en cuanto al proceso laboral, ya que la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece la presunción de laboralidad, siendo necesario acreditar sólo la

prestación personal de servicios y la remuneración, para que se presuma la subordinación (elemento que distingue al contrato de trabajo del civil). Eso quiere decir que, para la configuración de un contrato de trabajo, el ordenamiento jurídico, a fin de proteger el derecho fundamental al trabajo de toda persona, echa mano de la presunción para la acreditación del elemento más importante, el cual es la subordinación. No obstante, extinguida esa misma relación a consecuencia de un despido inconstitucional, se limita la presunción para un reducido número de casos. A mi modo de ver, se percibe un inequívoco aire de incoherencia.

De otro lado, la pregunta que pareciera pertinente contestar a propósito del Pleno de Tacna asume formas tales como: ¿será posible acreditar el daño moral a través de indicios? Quisiera contestar a dicha interrogante, señalando, en primer lugar, que el hecho principal a demostrar en este tipo de procesos viene a ser la lesión u aflicción de la persona.

Para ello, se van a utilizar las pruebas directas que versan precisamente sobre el hecho principal de la pretensión como informes psicológicos, declaraciones de testigos, entre otros. Mientras tanto, la prueba indiciaria depende de un hecho secundario.

El problema radica en que acreditar la aflicción de una persona con hechos secundarios, en realidad, resulta, incluso, más difícil que la misma prueba directa. En principio, no imagino cuáles serían esos indicios a los que hace referencia el Pleno. Hubiese sido recomendable que señale algunos ejemplos para una mejor comprensión de dicha idea. A falta de ello, nos remitimos al último párrafo del artículo 23.5° de la NLPT que señala lo siguiente:

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. Con este dispositivo legal, se logra advertir que los indicios a los que se hace referencia, en buena parte estarían en poder del empleador.

En líneas generales, considero que es un flaco favor el que hace el citado Pleno al trabajador, pues, en la mayoría de casos, al igual que las pruebas directas, las pruebas indirectas o indicios son de difícil obtención.

Con ello, pretendo decir que corresponde una indemnización por daño moral a todo trabajador despedido. En otras palabras, el daño moral se presume cuando ocurre un despido inconstitucional. Ello, incluso, en aquellos casos en que el trabajador encontró luego un nuevo puesto de trabajo con mejores condiciones económicas, puesto que la aflicción o preocupación por la pérdida de sus labores ya sobrevino.

Un criterio que comulga con el establecido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, Chiclayo 2018, que sobre el tema de indemnización por lucro cesante y daño moral en caso de despido incausado y fraudulento (sub tema 3.2) concluyó:

Sí debe presumirse el daño moral, pues el sólo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicarse para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332° del Código Civil.

2.4. UNA PROPUESTA DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL PROCESO LABORAL

Algunos autores muestran un esfuerzo hercúleo para solucionar la situación crítica que nos aqueja. Entre ellos, Ricardo Corrales, en favor de la cuantificación del daño moral plantea lo siguiente:

Para la cuantificación del daño moral debe partirse de un piso, y lo establecemos en el veinticinco por ciento (25%) del monto del lucro cesante que le corresponda al trabajador, y que es el mismo porcentaje que fijó la Cas. N.º 4977-2015, cuyo lucro cesante fue de s/. 80, 000.00 (100%) y, el daño moral en s/. 20, 000.00 (25%), en un caso tan simple y sin agravantes o atenuantes de un despido inconstitucional. (p.31)

Además del monto base, agrega los siguientes parámetros agravantes que incrementan el cálculo del daño moral: i) el tiempo de servicios, cargos y remuneración, ii) la edad, iii) las condiciones personales de la víctima (grado de sensibilidad), iv) la súper protección constitucional, v) la carga familiar, vi) los familiares directos con enfermedad o discapacidad, vii) la magnitud del daño, viii) el escarnio público y ix) la discrecionalidad del juez.

En tanto, estos son los parámetros que disminuyen dicho cálculo: i) concausa, ii) pluralidad de ingresos y iii) discrecionalidad del juez.

Quisiera iniciar mis comentarios respecto a esta postura, cuestionando su aspecto central, que radica en el hecho que el daño moral no puede fijarse en función al daño patrimonial, pues se le estaría asignando una naturaleza económica que no le corresponde. Por lo que, mal se haría en establecer al lucro cesante como punto de referencia para la determinación de la cuantía del daño moral.

De otro lado, el autor plantea un viaje a través de la cuantificación del daño moral desde el subjetivismo hasta su objetivación. El nudo del planteo de Corrales yace en que no emite razón alguna que sustente el porqué se toma como monto base al 25%, ¿por qué no 20% u 30% o cualquier otro? Nunca lo sabremos. Es decir, su propuesta busca objetivar la cuantificación del daño moral careciendo desde su cimiento de juicios objetivos.

Asimismo, la dación de los parámetros que escoltan al monto base que agravan o disminuyen la cuantía del daño moral se encuentra con un problema desde un punto de vista práctico. Y es que, al converger tantos parámetros que, a la postre, serán empleados en una fórmula matemática para el resultado anhelado, la metodología se torna engorrosa. Se aleja de una comprensión clara y correcta aplicación del operador jurídico (jueces, abogados, auxiliares jurisdiccionales, entre otros).

Además, pareciera como inevitable consecuencia de la aplicación de esta postura, la mecanización del juez, ya que se le encasilla de manera tal que no le permite siquiera efectuar una mínima libre valoración. Me pregunto, bajo esta concepción, si no sería mejor dejar al Perito Contable adscrito al Juzgado Laboral efectúe dicha cuantificación del daño moral, debido a su vasta experiencia en la herramienta de fórmulas matemáticas.

Con estas ideas, no sólo se desarticula los argumentos expuestos por Corrales, sino el propio suelo en que éstos se apoyan.

2.5. NUESTRA PROPUESTA DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Ahora, presento e intento resolver este problema, a partir de argumentos razonables y objetivos que, a su vez, establezcan los límites para la concesión de sumas cuantiosas por concepto de daño moral. Al respecto, Bustamante (1997), “La víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable. Es decir, el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para la víctima: ésta debe obtener el resarcimiento integral del daño causado, pero no más” (p.183).

Desde ya, para la cuantificación del daño moral, la jurisprudencia laboral nos remite al artículo 1332° del Código Civil: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

Beltrán Pacheco (2020) comentando el citado artículo señala:

El presente artículo recoge la regla general normativa de la “equidad”, la que tiene un contenido conceptual diverso dado que no significa necesariamente “lo justo”, sino hace referencia a lo que “el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone”. (p. 922)

El aporte del derecho civil en este tópico, conforme se ha logrado apreciar, es muy exiguo para las soluciones laborales. El método razonable y objetivo que pretende solucionar el problema de la subjetividad del juzgador al momento de establecer una cuantía equitativa, se encuentra en el mismo derecho laboral. Me refiero al período de prueba.

Según Toyama y Vinatea (2013):

El período de prueba es el tiempo de transición regulado por nuestro ordenamiento, al cual se sujeta al trabajador a efectos de la evaluación de su idoneidad para el puesto en que ha sido contratado, con el fin de determinar su situación jurídica laboral en la empresa en que decida prestar sus servicios. (p.45)

Resulta conveniente echar mano del período de prueba, pues se trata de una institución muy bien conocida y ampliamente utilizada por todos los operadores jurídicos en el ámbito laboral.

Tiene perfecto sentido abogar por el período de prueba, ya que resulta ser un período de tiempo razonable y suficiente a fin que el trabajador, víctima de un despido inconstitucional, despliegue sus mayores esfuerzos en conseguir nuevo empleo, que provea, a él y a su familia, de los recursos económicos que se requieren para su subsistencia.

En línea de principio, me refiero al plazo de tres meses como regla general. El plazo de seis meses e incluso un año, destinado al trabajador de confianza y de dirección respectivamente, resulta excesivo por donde se le mire.

A ello, se agrega la remuneración mensual que percibía el trabajador antes de ser despedido.

El cálculo que se llevará a cabo a fin de determinar la cuantificación del daño moral, tiene la siguiente ecuación:

Daño Moral (**DM**): Período de prueba (3 meses) (**PP**) por la remuneración mensual (**RM**).

A manera de ejemplo: José trabajó para la empresa “Y” por un espacio de dos años, percibiendo la suma de s/. 2,000.00 soles mensuales. No obstante, fue despedido inconstitucionalmente. ¿Cuánto le correspondería por daño moral a José, a consecuencia de dicho despido? El resultado deviene de la multiplicación de: $3 \times 2,000.00 = \text{s/. } 6,000.00$ soles.

Quizás, algún crítico señale que guarda similitud con el lucro cesante, pues hace referencia a la remuneración y a un lapso de tiempo (tres meses). Ante ello, debo aclarar que la propuesta coincide con el lucro cesante sólo en un caso particular; esto es, cuando el período que resta para la extinción del vínculo laboral equivale a tres meses. Sin embargo, no, por ello, (un único caso), se puede sustentar similitud entre ambas figuras; dado que la propuesta acoge bases distintas a las desplegadas para el lucro cesante. Su alcance no se agota en esta irrelevante coincidencia.

De otro lado, es cierto que, a medida que pasan los años, se torna para el trabajador más complejo insertarse nuevamente a la población económicamente activa. Por ello, la edad será el otro factor a considerar con el objetivo de cuantificar el daño moral.

Según reporte emitido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática -INEI- respecto de la población en edad de trabajar, según grupos de edad y ámbito geográfico del período 2007-2019, el grueso de los trabajadores se encuentra comprendido entre las edades de 25 a 59 años, que conforman aproximadamente un 60% del total.

Así, a partir de los 60 años, dicha población disminuye de manera considerable (alrededor del 14%). Dicho en otras palabras, según datos estadísticos, el grupo etario que se encuentra en un panorama más complicado para incorporarse de nuevo al trabajo lo constituyen las personas que cuentan con 60 años a más.

En base a dicha data objetiva, es que nuestro factor de edad será a partir de los 60 años de edad.

Para la cuantificación del daño moral de este último grupo, se permanece en el marco de nuestra institución laboral, esta vez, se emplea el período de prueba concerniente a los trabajadores de confianza; es decir, seis meses.

El cálculo de la cuantificación del daño moral de las personas de 60 años a más tiene la siguiente ecuación:

Daño Moral (**DM**): Período de prueba (6 meses) (**PP**) por la remuneración mensual (**RM**).

A modo de ejemplo: María trabajó para la empresa “X” por un espacio de 15 años, percibiendo la suma de s/. 3,000.00 soles mensuales. No obstante, fue despedida inconstitucionalmente. ¿Cuánto le correspondería por daño moral a María, a consecuencia de dicho despido? El resultado deviene de la multiplicación de: $6 \times 3,000.00 = \text{s/. } 18,000.00$ soles.

Considero que la importancia de la presente propuesta, más allá de los errores que pueda contener, radica en su práctica, ya que el período de prueba es de recibo por los operadores jurídicos en el ámbito laboral. Asimismo, se sostiene en métodos razonables y objetivos. Su aplicación denota simplicidad a la vez que la obtención de sumas razonables para el resarcimiento del daño moral en caso de despidos inconstitucionales.

3. CONCLUSIONES

El recorrido de la probanza del daño moral a consecuencia de los despidos inconstitucionales ha sido largo y zigzagueante. Una muestra clara de ello resulta ser los diversos pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia al respecto. Así, hay enfoques que abogan por la prueba directa, otros que respaldan la prueba indiciaria y aquellos que alientan la presunción del daño moral.

El presente trabajo se encamina por la presunción, debido que todo despido inconstitucional genera en el trabajador una pena, angustia u aflicción, etc.; puesto que se encuentra ahora desprovisto del sustento que le permite sostenerse a sí mismo y a su familia. Para ello, claro está, se debe encontrar debidamente acreditado el despido.

Otro punto importante que ha pasado inadvertido por la mayoría de la doctrina laboral, tiene que ver con la cuantificación del daño moral. El método para su aplicación debe contener razones objetivas y suficientes que permitan cercar los límites a decisiones, cuyas sumas son exorbitantes y, a la vez, debe evitar pronunciamientos con sumas exiguas. Sumado a ello, deben ser bien recibidas por los operadores jurídicos en el terreno práctico.

De esa manera, considero que la propuesta que ofrezco, más allá del análisis y las críticas que puedan formularse, se sostiene sobre una institución jurídica ampliamente conocida en el derecho laboral (**el período de prueba de tres meses**), cuya importancia teórica y sobre todo práctica resulta vital para su aplicación por los operadores jurídicos.

Asimismo, se utiliza una data objetiva para el empleo del factor etario (60 años a más), pues, como es notorio, a mayor edad hay mayor dificultad de encontrar un nuevo empleo. Para este grupo, el período de prueba es el concerniente a los trabajadores de confianza; es decir, seis meses.

Siendo así, la ecuación para cuantificar el daño moral viene dada de la siguiente manera: Daño Moral: Período de Prueba (3 o 6) x la Remuneración Mensual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beltrán, J. (2020). *Código Civil Comentado* Tomo VI. Gaceta Jurídica.
- Bustamante, J. (2003) *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (9.ª ed.) Abeledo-Perrot.
- Corrales, R. y Acevedo, R. (2017). El daño moral por responsabilidad contractual en los despidos inconstitucionales. *Soluciones Laborales*, (109), pp. 21-34.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT. Sentencia de Vista del Expediente N.º 18490-2019, 24 de junio de 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación Laboral N.º 5816-2018 Piura, 09 de marzo de 2020.
- Pizarro, R. (2004). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho* (2.ª ed.). Hammurabi.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2018 (Chiclayo).

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 (Tacna).

Taboada, L. (2015). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (3.ª ed.). Grijley.

Toyama, J. y Vinatea, L. (2013). *Guía Laboral*. Gaceta Jurídica.

El carácter excepcional del cambio fundamental de las circunstancias en el derecho de los tratados^(*)

The Exceptional Character of Fundamental Change of Circumstances in the Law of Treaties

Pablo César Rosales Zamora^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Uno de los principios básicos del Derecho de los Tratados es el *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Es una regla formulada de manera clara y directa por la cual se establece que un tratado en vigor debe cumplirse de buena fe. Sin embargo, debe examinarse si es posible que un cambio de circunstancias a las que dieron origen a la celebración del tratado podría traer consigo la terminación, retiro o suspensión del tratado. Esta interrogante se explora a través de la cláusula del cambio fundamental de las circunstancias (*rebus sic stantibus*), establecida en el artículo 62 de la CVDT. El presente artículo pretende discernir acerca de la naturaleza jurídica de tal causal a través del análisis de la CVDT, para saber en qué casos se aplica y cómo ha de invocarse. El artículo concluye que la previsión restringida de la CVDT sobre el cambio fundamental de las circunstancias es una manifestación patente de la solidez del *pacta sunt servanda* en el derecho internacional contemporáneo.

Palabras clave: Aquiescencia – Cambio fundamental de las circunstancias – *Pacta sunt servanda* – *Rebus sic stantibus* – Retiro – Suspensión – Terminación.

Abstract: *Pacta sunt servanda* is one of the basic principles of the law of treaties, enshrined in article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). It is a rule clearly and directly formulated, by which a treaty in force must be complied with in good faith. However, whether a change of those circumstances that gave rise to the conclusion of the treaty could lead to the termination, withdrawal, or suspension of the treaty is a question to attend. This article explores that crucial question through the clause of the fundamental change of circumstances (*rebus sic stantibus*), established in article 62 of the CVDT. This article tries to discern the legal nature of that causal through the analysis of the VCLT, to know in which cases it can be applied and how it should be invoked. The article concludes that the restricted provision of the VCLT on the fundamental change of circumstances is a clear manifestation of the solidity of *pacta sunt servanda* in contemporary international law.

Keywords: Acquiescence – Fundamental change of circumstances – *Pacta sunt servanda* – *Rebus sic stantibus* – Retire – Suspension – Termination.

(*) Nota de la Editora: este artículo fue recibido el 05 de septiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 22 de septiembre del 2021.

(**) Abogado y Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú. Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho de los Tratados de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Correo electrónico: pablo.rosales@unmsm.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2608-7995>

1. INTRODUCCIÓN

“Los tratados deben cumplirse” reza el latinazgo *pacta sunt servanda* (Fellmeth y Horwitz, 2009, p. 212). Naturalmente, se celebra un tratado para que este surta efectos jurídicos vinculantes para las partes involucradas. Este principio del derecho de los tratados que es, a su vez, un principio del derecho internacional (Becerra y Ávalos, 2020, pp. 70 – 76), se prevé, expresamente, en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), bajo los siguientes términos: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

La plasmación de este principio, en la CVDT, es de alta relevancia, puesto que, este tratado multilateral es obra de la codificación y desarrollo progresivo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que estudió, a fondo, la materia y que la elevó al parecer de los Estados en la Conferencia de Viena, desarrollada en dos periodos (1968 – 1969), logrando el proyecto ser aceptado con pocos cuestionamientos (De la Guardia, 1997, pp. 102 - 103). Por si fuera poco, el principio se consagra en el artículo 2, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV)⁽¹⁾ de la Asamblea General de 1970, que, del mismo modo que la CVDT, lo entiende aplicable para todo tratado: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”.

En esta línea, el *pacta sunt servanda* adquiere un carácter estructural en el sistema jurídico internacional, por lo cual no cabe duda de ser una regla perteneciente al derecho internacional general y que es aceptada por toda la comunidad internacional. Si bien ello es innegable, lo que ha quedado menos claro es el alcance de sus excepciones. Una regla general no se la conoce únicamente por su estudio directo, sino también por cómo se materializan las salvedades que la rodean. Ante una regla imprescindible para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional, ¿de qué excepciones podrían hablarse?

Becerra y Ávalos (2020) las identifican en los siguientes supuestos: el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas⁽²⁾; un tratado nulo celebrado con vicio de la voluntad; una violación grave de un tratado (artículo 60, numeral 1, de la CVDT); por imposibilidad en el cumplimiento de manera sobrevenida (artículo 60 de la CVDT); y la cláusula del cambio fundamental de las circunstancias (artículo 62 de la CVDT) (p. 75). En el plano de la responsabilidad internacional, Binder (2012) ha considerado como excepciones a la regla del *pacta sunt servanda*, el estado de necesidad y la

-
- (1) “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.
 - (2) El artículo citado señala lo siguiente: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.”

fuerza mayor (pp. 916 – 921), las cuales constituyen circunstancias que excluyen la ilicitud ante la comisión de un hecho internacionalmente ilícito ⁽³⁾.

Todos estos supuestos llevan a la interrogante sobre la posibilidad de que el incumplimiento de un tratado carezca de reproche jurídico y merecen explorarse con mayor profundidad. No obstante, para esta ocasión, el presente artículo se concentra en la cláusula *rebus sic stantibus* o “cambio fundamental de las circunstancias”, regulada en el artículo 62 de la CVDT. El acercamiento a esta disposición y a la institución que consagra obedece a varios motivos.

Primero, por una preocupación que he podido identificar en mi experiencia docente. Entre los alumnos existen muy pocas certezas acerca de cómo se configura en la práctica la excepción del cambio fundamental de las circunstancias en el derecho de los tratados. Segundo, porque esta institución se invoca también en el marco de los contratos ⁽⁴⁾, y es preciso saber que la lógica del derecho de los tratados, aunque pueda guardar similitudes con la de índole contractual, tiene sus propias particularidades que es preciso discernir, más tratándose de la causal comentada. Tercero, por un interés sumamente práctico correspondiente a un aspecto del derecho de los tratados que poco se conoce en nuestro medio y que es una ruta de entendimiento de otras figuras como la terminación, el retiro y la suspensión de un tratado, como se verá más adelante. Cuarto, porque existe un desarrollo doctrinal, jurisprudencial y casuístico que conlleva a la revisión de la figura.

Sobre la aproximación que adopta esta investigación, no se pretende confeccionar un análisis histórico de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque la identificación de su origen ha sido lograda con éxito en la doctrina (Kolb, 2020, pp. 275 – 283; Novak y García-Corrochano 2016, pp. 322-327; De la Guardia, 1997, pp. 310-318). El objetivo es clarificar con precisión las características que posee la institución desde una perspectiva funcional, para comprender los alcances de su aplicación. Para este propósito, la investigación emplea un método dogmático analítico e interpretativo de las normas pertenecientes a la CVDT.

2. EL *PACTA SUNT SERVANDA*

Antes de analizar el cambio fundamental de las circunstancias, conviene identificar algunas características primordiales de la regla general a la cual exceptúa, que es el *pacta sunt servanda*. Como ocurre con toda norma internacional (Kelsen, 1959), este principio puede examinarse desde cuatro

(3) En opinión del autor de este artículo, los adagios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generalis* y *lex superior derogat legi inferiori* no constituyen excepciones al *pacta sunt servanda*, como se puede inferir de una lectura atenta del informe “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (Comisión de Derecho Internacional, 2006). El principio se mantiene vigente incluso con la aplicación de los referidos criterios provenientes de la teoría general del derecho, dado que lo pactado seguirá siendo obligatorio a las partes. Por lo tanto, se recurre a estas técnicas para resolver los conflictos entre normas en el plano del derecho internacional y armonizar la convivencia de compromisos jurídicos internacionales no compatibles *inter se*.

(4) En este campo, el *rebus sic stantibus* se regula bajo la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, contemplada en los artículos 1440 a 1446 del Código Civil peruano.

dimensiones, que son la material (*ratione materiae*), subjetiva (*ratione personae*), temporal (*ratione temporis*), y geográfica (*ratione loci*), que se explican a continuación (p.93).

Respecto al criterio *ratione materiae*, el artículo 26 de la CVDT emplea un lenguaje directo que se extiende a cualquier clase de tratado, sin distinción de cuál sea su materia (sea de derecho internacional de derechos humanos, derecho internacional económico, derecho del mar, etcétera), su generalidad o especificidad, su número (si es bilateral o multilateral), su modo en que fue celebrado (de manera agravada o simplificada), etcétera.

Además, conforme a esa disposición, el cumplimiento que ha de hacerse del tratado es de buena fe. De este modo, el *pacta sunt servanda* elimina la posibilidad de que la aplicación del tratado se conduzca según una interpretación antojadiza que beneficie a una de las partes en perjuicio de la otra, yendo más allá de lo pactado. El régimen que ofrece un tratado es objetivo y ha supuesto que las partes hayan podido examinar previamente si se vinculan o no a este.

Sobre el criterio *ratione personae*, el cumplimiento obligatorio de un tratado se extiende a todos aquellos que sean partes de este instrumento internacional. Se entiende por “parte”, conforme al artículo 2, párrafo 1, literal g, de la CVDT, cualquier “Estado que ha consentido en obligarse por el tratado con respecto al cual el tratado está en vigor”. En este punto, cabe resaltar que, el *pacta sunt servanda* no tiene solo una consagración convencional conseguida con la CVDT, sino también, una plasmación consuetudinaria (Villiger, 2009, p. 368). Por lo tanto, es posible exigir el principio independientemente del sujeto de derecho internacional que ha celebrado el tratado. Esto se señala pensando en los casos en que el tratado haya sido celebrado por una organización internacional o por otro sujeto que cuente con el atributo del *ius tractatum*⁽⁵⁾. En esa línea, no solo a los Estados le es exigible, sino a todas aquellas entidades que sean partes del tratado. Aquí lo relevante es ser parte del tratado, lo cual se logra manifestando el consentimiento en vincularse a través de los mecanismos que así prevea el tratado correspondiente.

Siguiendo con el criterio *ratione temporis*, es importante destacar que el principio se invoca cuando el tratado ha entrado en vigor. En cuanto a las fases del tratado, ello implica que, solo cuando se ha cumplido con las condiciones plasmadas en la cláusula de entrada en vigor, el principio es aplicable. Por lo tanto, no se podría invocar el *pacta sunt servanda* al momento de la adopción o autenticación del tratado, fases que atañen al cierre de la negociación y la certificación de que el texto ha alcanzado su versión definitiva, respectivamente (Remiro Brotons et al., 2010, pp. 250-251).

Por último, desde el punto de vista del criterio *ratione loci*, el principio no arroja ninguna regla específica de modo expreso. Sin embargo, se puede afirmar que la aplicación territorial, según el *pacta sunt servanda*, será conforme a las reglas que emanen del tratado en vigor. Como se plasma en el artículo 29 de la CVDT, “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Puede ocurrir que una disposición señale que un tratado se aplica solo para una porción te-

(5) Como señala el artículo 3, literal a) de la CVDT, “[e]l hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectar: a) el valor jurídico de tales acuerdos”.

ritorial, lo cual es posible de pactar ⁽⁶⁾, como se desprende de la lectura sistemática de los artículos 26 y 29 de la CVDT.

Los criterios expuestos demuestran la importancia del *pacta sunt servanda*, porque es gracias a este principio que los tratados son preferidos a nivel internacional frente a otras fuentes, como el derecho internacional consuetudinario. Esta predilección se debe a tres grandes motivos. El primero es que, al ser la fuente escrita por excelencia, los tratados brindan seguridad jurídica (Kolb, 2016, pp. 4-5). Esa seguridad jurídica se explica sobre la base del *pacta sunt servanda*, principio que exige el cumplimiento de buena fe del tratado. En segundo lugar, se garantiza que se pueda pactar tanto reglas generales como reglas específicas. Por más detalladas que sean las cláusulas que componen un tratado, si este entra en vigor, se deben cumplir todas a cabalidad. Tercero, el *pacta sunt servanda* es el sustento primigenio y más abundante del surgimiento de obligaciones internacionales y, por lo tanto, base para el desarrollo del régimen de responsabilidad internacional, en tanto que solo se puede incumplir lo que debe cumplirse estrictamente ⁽⁷⁾. No habría posibilidad de configurar un hecho ilícito internacional sin una violación a una obligación internacional de por medio y el carácter obligatorio para con los tratados lo garantiza nuestro principio.

Ante esta norma paradigmática y esencial, ¿qué alcance tendría la cláusula *rebus sic stantibus*?, ¿cómo afecta a un tratado el cambio fundamental de las circunstancias?, ¿qué requisitos se deben seguir para que ocurra su invocación?, ¿para qué se invoca y cómo se invoca procedimentalmente? Son las preguntas que buscan resolverse a continuación.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL *REBUS SIC STANTIBUS* Y REQUISITOS PARA SU INVOCACIÓN

En su expresión clásica, la doctrina *rebus sic stantibus* sostenía que toda celebración de un tratado supone tácitamente que el cambio de circunstancias concernientes a esa celebración conlleva a que este pierda su *raison d'être* y pueda ser terminado (en esa línea, Garner, 1927, p. 509). Sin embargo, en el marco del derecho internacional contemporáneo, esta doctrina no puede afirmarse de manera tan condescendiente, sino que debe anclarse a la idea que quienes han procedido a celebrar un tratado, lo han pactado para que este acuerdo internacional resista, en principio, posibles cambios sobrevinientes en la realidad. Si se permitiese que, fácilmente, las circunstancias posteriores incidan en la vida del tratado, la seguridad jurídica que se pretende alcanzar con este instrumento internacional sería gravemente relativizada.

(6) Por ejemplo, el caso del “Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China”, suscrito el 28 de abril de 2009 y con entrada en vigor del 1 de marzo de 2010, el cual, en el caso de China, se aplica solo a su territorio aduanero.

(7) El artículo 12 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (CDI, 2001) plantea que “[h]ay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o naturaleza de esa obligación”. La referencia al origen corresponde a las fuentes del derecho internacional, de las cuales los tratados ocupan un lugar fundamental al día de hoy.

Por ese motivo, el estudio del *rebus sic stantibus* debe hacerse siguiendo lo establecido en la CVDT, especialmente, su artículo 62 que regula la cláusula de cambio fundamental de las circunstancias, la cual se encuentra comprendida en la Sección 3 (Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación) de la Parte V (Nulidad, terminación y suspensión de los tratados) de esa Convención de Viena. En esta sección de la CVDT también se encuentran reguladas otras causales, como la “terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por el consentimiento de las partes” (artículo 54), la “reducción del número de partes a un número inferior al necesario para su entrada en vigor” (artículo 55), la “denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro” (artículo 56), la “suspensión de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes” (artículo 57), la “suspensión de la aplicación de un tratado multilateral por acuerdo entre algunas de las partes únicamente” (artículo 58), la “terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior” (artículo 59), la “terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación” (artículo 60), la “imposibilidad subsiguiente de cumplimiento” (artículo 61), “ruptura de relaciones diplomáticas o consulares” (artículo 63), la “aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general” (artículo 64). Como se identifica, son supuestos de terminación, retiro y suspensión de tratados previstos de manera general, dado el papel codificador que cumple la CVDT en la materia.

La llamada *clausula rebus sic stantibus*, o en su forma abreviada *rebus sic stantibus*, significa literalmente “por la cláusula la situación queda así” (Fellmeth y Horwitz, 2009, pp. 55-56) ⁽⁸⁾. La fórmula latina no figura como tal en la CVDT ⁽⁹⁾, como sí ocurre con el principio *pacta sunt servanda* en el ya citado artículo 26. Su regulación se encuentra en el artículo 62 de la CVDT, por lo que, en este trabajo de investigación, es una expresión intercambiable con la del “cambio fundamental de las circunstancias”, correspondiendo determinar su naturaleza jurídica a partir de su consagración en este tratado multilateral.

La regla contenida en el artículo 62 de la CVDT, en gran medida, es de carácter consuetudinario (Villiger, 2009, p. 780; Kulaga, 2020, p. 477; CIJ 1973, párrafo 36; CIJ, 1997, párrafo 46; CDI, 1966, p. 257). Por lo cual, actualmente, no puede invocarse libremente el *rebus sic stantibus*, sin hacer revisión de dicha Convención de Viena. Es más, al pertenecer a la CVDT, su comprensión debe realizarse según los principales métodos de interpretación (literal, sistemático, teleológico, etcétera.) que consagra este tratado.

En cuanto a su redacción, lo primero que habría que indicar es que, mientras que la formulación del artículo 26 de la CVDT es directa y clara (“todo tratado en vigor obliga...”), la del artículo 62 se encuentra en un lenguaje condicional, cuando señala en su párrafo 1 que “[u]n cambio fundamental en las circunstancias...no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: ...”. De la comparación entre ambas disposiciones, se desprende que el cam-

(8) Traducción libre.

(9) Como sostiene Kulaga (2020), la Comisión de Derecho Internacional decidió evitar el uso del término para escapar de lecturas doctrinarias existentes sobre el *rebus sic stantibus* e inclinarse por el cambio fundamental de las circunstancias para dotar de base objetiva su invocación (p. 493).

bio fundamental de las circunstancias no es un principio general del derecho, dado que no es un enunciado jurídico que se aplique de modo general; se observa, más bien, que la regla prohíbe que el cambio fundamental en las circunstancias se pueda alegar en cualquier instante o bajo cualquier motivo.

La teleología de la cláusula conduce a que la posibilidad de su alegación sea restrictiva (CIJ, 1997), en tanto que la regla general que debe prevalecer es el cumplimiento del tratado (*pacta sunt servanda*) (párrafo 104). Prueba de ello es la frase “a menos que” del numeral 1 del artículo 62 y las condiciones de su invocación que reflejan la intención de la Comisión de Derecho Internacional (1966: párrafo 257) de querer forjar un “*strong caveat*” (párrafo 257). El cumplimiento, por lo tanto, de los requisitos previstos en el artículo 62 debe ser estricto para que pueda sostenerse.

Por otro lado, se identifica a todas luces que el artículo resulta ser de una lectura ciertamente compleja y ello se debe a que el artículo 62 no se ha ordenado bajo un criterio lógico procedimental (*step-by-step*) para la invocación de la figura y porque su mejor comprensión se logra a través de una interpretación sistemática de otros artículos de la CVDT.

Dado que este rompecabezas merece ser resuelto, en este texto se explorará el criterio del cambio fundamental de las circunstancias en cuatro partes. Primero, determinando sobre qué tratados se permite la invocación del cambio fundamental de las circunstancias; es decir, identificando su ámbito material convencional. Segundo, se discierne qué presupuesto básico es necesario para su alegación, el cual se halla previsto en el artículo 45 de la CVDT. Tercero, se identifica qué requisitos deben cumplirse en sí para su configuración. Cuarto, se determina ante qué situaciones y cómo se puede invocar, conforme a los artículos 65 al 68 de la CVDT. Este análisis no agota la riqueza que poseen los artículos que se citarán de la referida Convención de Viena; no obstante, se buscará alcanzar el máximo rigor posible sin dejar de emplear un lenguaje directo en la explicación.

3.1. ¿QUÉ TRATADOS PUEDEN SER OBJETO DEL CAMBIO FUNDAMENTAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS?

En primer lugar, debe dilucidarse si todos los tratados pueden ser objeto del cambio fundamental de las circunstancias. Desde un punto de vista formal, se debe estar ante un tratado en vigor. El *rebus sic stantibus* no puede invocarse ante un tratado que solo haya sido adoptado o autenticado. Es lógico que si este criterio es una excepción al *pacta sunt servanda*, por una lectura sistemática de la CVDT, el escenario en el que se desenvuelvan tanto la regla general como su excepción sea sobre la base de un tratado en vigor.

Ahora bien, a diferencia del *pacta sunt servanda* que se aplica *ratione materiae* a todo tratado, el criterio aquí examinado no se puede invocar frente a un “tratado que establece una frontera”, como se indica en el numeral 2 del artículo 62 de la CVDT.

La razón de esta exclusión reside en el principio de intangibilidad de las fronteras (Shaw, 2017, p. 367), el cual descarta cualquier posible cuestionamiento sobre la validez del título sobre el que se establece la frontera. Este principio se sustenta en la seguridad jurídica que requiere la convivencia entre Estados fronterizos (Shaw 2017, p. 367) y, en último término, busca conservar la paz y segu-

ridad internacionales (Dörr y Schmalenbach, 2018, p. 1165). Se celebra un tratado que establece una frontera para crear un régimen que supere cualquier cambio fundamental de las circunstancias (Dörr y Schmalenbach, 2018, pp. 1165-1166).

La Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados (CVSEMT), adoptada el 23 de agosto de 1978, señalará con mayor precisión en su artículo 11, literal a), que “[u]na sucesión de Estados no afectará de por sí: a una frontera establecida por un tratado”. No obstante, el literal b) de este artículo sumará a “las obligaciones y los derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera”, como otro elemento importante que tampoco puede ser modificado por la sucesión de Estados.

Este escenario de la CVSEMT conduce a una duda importante sobre si la restricción planteada en el numeral 2 de la CVDT puede interpretarse de manera amplia, comprendiendo regímenes territoriales fronterizos y no solo los que definen una frontera - o estricta, solo lo último. En principio, si el criterio del *rebus sic stantibus* es restrictivo, no cabría posibilidad de una interpretación amplia, menos de una lectura textual del numeral 2 del artículo 62 de la CVDT.

Sin embargo, en el caso sobre Controversia fronteriza (1986), que involucró al Alto-Volta, la actual Burkina Faso, y Mali, una Cámara de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha inclinado por esta segunda opción. Estos Estados remitieron el *Agreement* de 16 de septiembre de 1983 a la CIJ para que esta trace la frontera en la zona comprendida por el sector Koro, Djibo y Beli, área territorial en disputa, sobre la base del principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y la búsqueda de delimitar y demarcar de manera definitiva su frontera común. En su razonamiento, el tribunal internacional (1986, párrafo 17) sostuvo que el cambio fundamental de las circunstancias no solo no afecta tratados de fronteras (“*delimitation treaties*”), sino que tampoco alteraría tratados que ceden o atribuyen territorio (“*treaties ceding or attributing territory*”).

No obstante que el caso citado pueda servir para discernir el alcance del numeral 2 examinado, al ser este un pronunciamiento aislado en ese entendimiento amplio del criterio, no podría argüirse, con facilidad, una intención de que dicho numeral apunte más allá de su texto (Villiger, 2009, pp. 775-776; Remiro Brotóns et al., 2010, p. 326). Considerando este aspecto, se prefiere sostener que los tratados que ingresarían bajo el *rebus sic stantibus* son la gran mayoría de tratados, salvo el que, estrictamente, establece fronteras.

3.2. PRESUPUESTO BÁSICO DERIVADO DEL ARTÍCULO 45 DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

De una interpretación sistemática de la CVDT, se deduce que, antes de cualquier invocación del cambio fundamental de las circunstancias, debe acudir a su artículo 45, el cual es titulado “Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado” y pertenece a la Sección 1 (Disposiciones Generales) de la Parte V (Nulidad, terminación y suspensión de los tratados) de la CVDT. Constituye una regla general que sirve de base para la invocación de las causales de nulidad recogidas en la Sección 2, dentro de la Parte V, y las de terminación y suspensión de los tratados, en los artículos que componen la Sección 3. Por ende, es una regla general cuyo análisis antecede al del propio artículo 62 de la CVDT.

Lo previsto en el artículo 45 recoge la doctrina de los actos propios o *estoppel* (*venire contra factum proprium non valet*), según la cual no es posible proceder a alegar algo, si previamente se ha sostenido o asumido lo contrario, de manera expresa o tácita (Fellmeth y Horwitz, 2009, p.290). Frente a esta concepción extensiva de la figura, una concepción restringida de la misma exige la presencia no solo de la contradicción en el comportamiento de un Estado, sino también la generación de un perjuicio a otro Estado, sin que en la doctrina se haya definido la prevalencia de una u otra postura (Novak y García-Corrochano, 2016, pp. 338 – 339). En todo caso, esta necesidad de coherencia en el comportamiento de los sujetos de derecho internacional se fundamenta en el principio de la buena fe, el cual para con el derecho de los tratados no se limita al cumplimiento de los tratados (artículo 26 de la CVDT), sino que abarca todo el *iter* convencional (Benfeld y Müller, 2018, p. 76).

Los supuestos contemplados en los literales a) y b) del artículo 45 de la CVDT son distintos en cuanto a la forma que revisten, pero similares en cuanto a su esencia. Respecto al literal a), si se conviene expresamente que el tratado permanece en vigor o continua en su aplicación, se está manifestando que existe una situación de normalidad y que el *pacta sunt servanda* es aplicable. No es una situación que revista mayor complejidad porque se trata de un acuerdo - no necesariamente debe tener la naturaleza de tratado -, por el que las partes del tratado manifiestan, sea expresa o tácitamente, que este instrumento internacional no se ha visto afectado por algún cambio de circunstancias, o que simplemente continúa. La salvedad en este supuesto reside en la oscuridad que pueda tener ese acuerdo ulterior que verse sobre el tratado y del cual no se desprenda con claridad que la voluntad de las partes del tratado sea mantener la continuidad del mismo. Ante ese escenario, se puede acudir, analógicamente, a los artículos 31 y 32 de la CVDT para identificar cuál es el exacto significado del acuerdo ulterior.

Por otro lado, dar aquiescencia es, ante la configuración de una determinada situación que conduce necesariamente a una reacción del Estado, que este acepte tácitamente esa situación, cuando lo esperable sea una reacción negativa (Distefano 2015: pp. 26-28). Esto viene ilustrado por el caso del Templo de Préah Vihear (Corte Internacional de Justicia, 1962). Este famoso recinto se encuentra en la región del Dangrek, ubicada en el límite de los territorios del Reino de Siam (que luego sería Tailandia) y la Indochina francesa (que sería posteriormente Camboya). En este asunto, las autoridades siamesas recibieron un mapa de las autoridades francesas ⁽¹⁰⁾, donde el referido templo figuraba como territorio de la actual Camboya, sin una protesta pronta por los tailandeses ni en los años posteriores. Como lo señala la Corte (1962),

“es evidente que las circunstancias requerían alguna reacción, en un plazo razonable, por parte de las autoridades siamesas, si deseaban estar en desacuerdo con el mapa o tenían alguna pregunta seria que plantear al respecto. No lo hicieron, ni entonces ni durante muchos años, por lo que se debe considerar que han consentido. Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset» (p. 21) (Traducción libre).

Siguiendo este criterio, el Estado perdería el derecho de alegar el cambio fundamental de las circunstancias si ha convenido en que el tratado permanece en vigor o continúa en aplicación, o se comporta dando su aquiescencia a su vigencia. La contradicción a ser evitada por el Estado que

10 El Anexo I del mapa que figuró en la contramemoria de Camboya en el caso citado.

desea invocar el cambio fundamental de las circunstancias radica en que el artículo 62 de la CVDT apunta, finalmente, a la suspensión, retiro o terminación del tratado. Señalar o asumir que el tratado permanece en vigor o continúa en aplicación sería comportarse como si no hubiese una causa que permite invocar ninguno de esos actos jurídicos.

En suma, el artículo 45 de la CVDT es un presupuesto lógico para proceder a la alegación del cambio fundamental de las circunstancias. Su importancia radica en que evita que la invocación de esa causal sea una medida antojadiza que altere, sin una real justificación, la estabilidad que posee el régimen convencional pactado.

3.3. REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 62 DE LA CVDT

Una vez superado el filtro del artículo 45, corresponde examinar, propiamente, el concepto del cambio fundamental de las circunstancias y determinar cuáles son los requisitos para su sostenimiento frente a las otras partes de un tratado. En este punto, no necesariamente se sigue el orden expuesto por el artículo 62 de la CVDT, por lo que se procede a reorganizar tales elementos, sobre todo, desde una interpretación teleológica y sistemática de esa Convención, en la búsqueda de una metodología adecuada para la correcta aplicación de la institución.

Aunque la CDI (1966) haya propuesto la identificación de cinco elementos en la invocación del cambio fundamental de las circunstancias (p. 259) (en esa línea, De la Guardia, 1997, p. 320), se ha preferido plantear un esquema funcional concentrado en los siguientes pasos (en ese orden): (i) el surgimiento de un cambio de circunstancias que son base esencial del consentimiento; (ii) imprevisibilidad del cambio fundamental; y (iii) modificación radical del alcance de las obligaciones. A continuación, se explicará el alcance de cada uno de estos elementos:

3.3.1. CIRCUNSTANCIAS CAMBIADAS QUE SON BASE ESENCIAL DEL CONSENTIMIENTO: CARÁCTER FUNDAMENTAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Debe tenerse en mente que la celebración de tratados se hace por necesidades sociales en el plano internacional. Ningún Estado está dispuesto a comprometerse a nivel convencional si no es para lograr una situación mejor a la que anteriormente se encontraba. En ese contexto, la celebración de un tratado se motiva en sus circunstancias inmediatas.

En ese sentido, lo primero a descifrar es: ¿qué razón constituye la “base esencial” del consentimiento? Una manera de descubrir el carácter “esencial” es preguntándose, en sentido contrario, ¿qué involucra a las partes, que, si no sucediese, no hubiese llevado a la celebración del tratado? Se trata de descubrir la causa sin la cual no se hubiese arribado a obligarse mediante este instrumento internacional.

¿Dónde se debe buscar la base esencial del consentimiento, dentro o fuera del tratado? Se ingresa aquí necesariamente a la interpretación y la prevalencia de la tendencia objetivista que se extrae de la propia CVDT, la cual implica el empleo del texto del tratado como principal elemento de la interpretación. Como se ha puntualizado por la doctrina (Kolb, 2016), y como se desprende de la conjunción de los artículos 31 y 32 de la CVDT, los métodos de la escuela subjetivista de la interpretación solo son empleados una vez agotados los métodos recogidos en el artículo 31 (pp. 131-134). Por lo tanto, para determinar esa “base esencial” corresponde comenzar la investigación

en el texto del propio tratado. Solo cuando ello arroje una interpretación ambigua u oscura, o “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”, es que se acudiría a los medios complementarios de interpretación recogidos en el artículo 32 de la CVDT. Por otro lado, el acontecimiento que conduce al cambio fundamental de las circunstancias tiene dos características. Por un lado, es posterior a la celebración del tratado y, por otro lado, es de tal magnitud que altera la base esencial del consentimiento.

Cuando se está ante un acontecimiento que es posterior necesariamente a la celebración del tratado, conforme a Reuter (1995: pp. 55-56), la celebración de un tratado tiene dos alcances, uno amplio y otro estricto. El primero refiere al conjunto de fases destinadas a que el tratado devenga existente y el segundo es más preciso porque alude a cuando los Estados han expresado definitivamente su consentimiento en obligarse. Este último significado es más adecuado para fines del entendimiento del artículo 62 de la CVDT.

Considerando este aspecto, los cambios que hayan operado en el transcurso de la negociación no son importantes para la invocación de la doctrina en comento, porque se compara las circunstancias de la celebración del tratado *strictu sensu* con las circunstancias que devienen después, no con las que se produjeron antes.

No existe un plazo respecto de cuándo se debe producir el cambio fundamental de las circunstancias porque es imprevisible, pero es claro que debe ser antes de la terminación del tratado. Si el tratado dejase de tener efectos por haber cumplido su objeto o por haber cumplido su plazo, no tiene sentido alguno la invocación del *rebus sic stantibus*. Para que esta causal se pueda alegar se requiere necesariamente un tratado que esté en vigor.

Un supuesto interesante y no previsto expresamente por la CVDT es cuando el cambio fundamental de las circunstancias ocurre en un periodo en que el tratado afectado por tal cambio esté suspendido. Como es sabido, la suspensión no implica la terminación del tratado, solo que por un determinado periodo de tiempo este no se aplique para una parte, algunas partes o todas las partes (Reuter 1995: p. 165). En mi opinión, como el cambio fundamental afecta directamente la base esencial del consentimiento, el hecho que el tratado esté suspendido cuando ocurre el cambio fundamental no impide que se examine si tal cambio recae sobre la base esencial del consentimiento, puesto que en algún momento ese tratado volverá a surtir efectos jurídicos, cuando supere el periodo de suspensión. En este contexto, es factible que no sea necesario examinar el cambio fundamental de las circunstancias de mediar el consentimiento de todas las partes del tratado en su terminación, como se establece en el artículo 54, literal b, de la CVDT.

Respecto a lo segundo, el *rebus sic stantibus* no es una alteración de circunstancias que sean ajenas a la celebración del tratado *strictu sensu*. Por el contrario, un cambio fundamental gira en torno de las circunstancias que fueron las que motivaron la celebración de un tratado. Se puede interpretar de manera sistemática que el cambio es “fundamental” porque atenta esa base esencial del consentimiento. Esta es una manera objetiva de entender el asunto para superar la oscuridad que rodea la figura. Se descarta, de esta manera, la justificación basada en la preservación de los intereses vitales del Estado (CIJ, 1973, párrafo 38) o por motivo de una reforma constitucional o de

derecho interno, aunque ello haya tenido lugar en la práctica estatal reciente (Kulaga 2020: 480-489; Novak y García Corrochano, 2016, p. 330).

3.3.2. IMPREVISIBILIDAD DEL CAMBIO FUNDAMENTAL

El cambio fundamental de las circunstancias goza de imprevisibilidad, es decir, que ninguna de las partes de un tratado lo pudo haber divisado con anterioridad. No podría invocarse un cambio que se podría prever. Si este no se puede pronosticar, tampoco podría surgir a causa del incumplimiento de uno de los Estados.

Sobre este último punto, el literal b), numeral 2, del artículo 62 de la CVDT comprende este supuesto, sea que el incumplimiento se dé con relación al propio tratado o respecto a “toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte del tratado”. Lo primero es clarividente: del tratado emanan obligaciones que deben ser cumplidas en virtud del *pacta sunt servanda*; si se invoca la causal por quien incumple, se relativiza el carácter obligatorio del tratado. Se está ante un incumplimiento vinculado con el tratado, es decir, un *incumplimiento intrínseco* a este instrumento. Respecto a lo segundo, no todas las obligaciones entre las partes se limitan a lo establecido en el tratado del que participan. Como señala el literal c) del numeral 3 del artículo 31 de la CVDT, en la interpretación convencional debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En ese sentido, es posible que haya normas internacionales que no se originen con el tratado objeto del cambio fundamental, pero que también se apliquen entre las partes. Del literal b) examinado no se desprende que estas reglas tengan alguna relación material con la ejecución del tratado, sino solo se exige un relacionamiento entre los sujetos. Por lo tanto, se grafica aquí un *incumplimiento extrínseco* al tratado, que adquiere importancia en la medida que afecte a cualquiera otra de las partes del tratado.

3.3.3. MODIFICACIÓN RADICAL DEL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES

Este requisito, presente en el literal b) del numeral 1 del artículo 62 de la CVDT, supone tomar en cuenta la división entre el plano fáctico y jurídico. En el primero, ocurre el cambio fundamental de las circunstancias. En el segundo, se produce la modificación radical del alcance de las obligaciones. Para invocar la causal del *rebus sic stantibus*, el cambio fundamental producido en la realidad debe generar una modificación radical en el plano jurídico convencional. Este literal, por lo tanto, une ambos planos, revelando que no basta con que el cambio sea fundamental respecto a las circunstancias, sino que también ese cambio debe conducir a la modificación radical del alcance de las obligaciones.

¿Qué implica una modificación radical del alcance de las obligaciones internacionales? Primero que, por una lectura sistemática de la CVDT, no supondría configurada la imposibilidad del cumplimiento (artículo 61 de la Convención de Viena citada), sino que, como señaló la Corte Internacional de Justicia (1973) en el caso relativo a “Jurisdicción en materia de pesquerías”, “[e]l cambio [fundamental de las circunstancias] debe haber incrementado la carga de las obligaciones a ser ejecutadas al punto de convertir el cumplimiento en algo esencialmente distinto a lo comprometido originalmente.” (Párrafo

43) ⁽¹¹⁾. En esa controversia internacional entre Reino Unido e Islandia, este último Estado adujo que el intercambio de notas entre ambos sobre límites de pesquerías, efectuado en 1961, había dejado de tener efectos jurídicos dado el cambio fundamental de circunstancias. Sin embargo, la Corte rechazó este argumento porque, pese a haberse producido un cambio fundamental en las zonas de pesquería de Islandia, no se había logrado alterar el alcance de las obligaciones internacionales.

Además, el artículo 62 de la CVDT emplea la referencia a que tal transformación radical no es respecto a una sola obligación del tratado, sino a “las obligaciones” del tratado en un sentido plural, lo cual conlleva que tal transformación radical atenta directamente, no contra una de las partes en exclusiva, sino contra el objeto y fin del tratado (Dörr y Schmalenbach, 2018, pp. 1164 – 1165; Kulaga, 2020, p. 480).

La radicalidad que conlleva la transformación introduce un estándar de razonabilidad para su comprensión, según el cual, si se vuelve irrazonable el cumplimiento de las obligaciones por ejecutar, de manera que no deje dudas de esa condición, se habrá configurado la “modificación radical de las obligaciones”.

Habiéndose explorado el contenido de la institución en análisis, corresponde atender ahora el aspecto funcional del cambio fundamental de las circunstancias que se cierne sobre la pregunta de para qué se emplea.

3.4. ¿PARA QUÉ PUEDE EMPLEARSE EL *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL?

En derecho internacional, la figura del *rebus sic stantibus* no se emplea ante cualquier acontecimiento producido en el marco de la relación entre las partes de un tratado. El artículo 62 de la CVDT establece en su numeral 3 que puede invocarse para (i) terminar un tratado o retirarse de este, y (iii) para suspenderlo. Se puede inferir que esta es una lista taxativa, dado el carácter restringido del cambio fundamental de las circunstancias. De la lectura sistemática de la CVDT, si el citado numeral constituye una lista *numerus clausus*, la causal estudiada aquí no serviría para invocar la nulidad de un tratado ni para hacer frente a su incumplimiento.

Respecto a lo primero, la nulidad se regula en la Sección 2 de la Parte V de la CVDT, donde se contemplan causales de invalidez respecto a la manifestación del consentimiento de obligarse por un tratado (artículos 46 al 51) y causales de invalidez del tratado en sí (artículos 52 y 53). La razón de que la nulidad no esté comprendida en el numeral 3 del artículo 62 se debe a que esta atiende los casos patológicos en la formación del tratado por el cual este va a carecer de validez; su dinámica se encuentra en el momento genético del acuerdo internacional. En contraste, el cambio fundamental de las circunstancias poco tiene que hacer respecto del surgimiento de un tratado, dado que supone la aparición de un evento imprevisible *posterior* a la celebración del mismo (en esa línea, Remiro Brotons et al., 2010, pp. 320-321).

(11) Traducción libre.

Por otro lado, con relación a por qué no podría invocarse el artículo 62 de la CVDT para hacer frente al incumplimiento de otro Estado parte, la misma disposición descartaría esta posibilidad porque el cambio fundamental de las circunstancias es esencialmente imprevisible y escapa, por lo tanto, de la voluntad de cualquiera de los Estados partes del tratado. Más bien, este sería un supuesto a analizar desde la óptica del artículo 60 de la citada Convención de Viena, de producirse una “violación grave”.

Habiendo descartado la nulidad y el incumplimiento de un tratado como elementos para la invocación del cambio fundamental de las circunstancias, corresponde examinar los supuestos del numeral 3 citado.

3.4.1. TERMINACIÓN Y RETIRO

La terminación y retiro de un tratado no son expresiones sinónimas en el derecho de los tratados. La primera concierne a la extinción del tratado, que implica el cese de sus efectos jurídicos de manera definitiva. El término “retiro” o “denuncia”, en cambio, alude a la salida de un Estado respecto de un tratado (Villiger 2009: p. 685), sin que el tratado deje de ser vinculante para las otras partes. La terminación extingue el acto jurídico consensual, mientras que el retiro solo recae en la manifestación del consentimiento de una de las partes, dejándola sin efecto ⁽¹²⁾.

Como establece el artículo 42 de la CVDT, la terminación de un tratado o el retiro “no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención”. En el primer supuesto, la terminación o retiro se autoriza por las disposiciones mismas del tratado (artículo 54. 1 de la CVDT), lo cual implica sujetarse al cumplimiento de este (*pacta sunt servanda*). Por su parte, la referencia a la Convención se explica en el detalle de que no todos los tratados contemplan el mecanismo de terminación o retiro. Es bajo este segundo aspecto que la cláusula del cambio fundamental de las circunstancias resulta de utilidad.

Por lo tanto, el supuesto del artículo 62 se concibe de aplicación supletoria, sea a un tratado bilateral o multilateral, dado que operaría en caso no se haya previsto nada por las partes sobre su terminación o el retiro de alguna de ellas. En este último supuesto, prevalece la voluntad de las partes por el principio del *ex consensu advenit vinculum*.

3.4.2 SUSPENSIÓN

El efecto jurídico de la suspensión es que deje de aplicarse un tratado por un determinado periodo de tiempo para una parte, para varias de ellas o para todas, dependiendo de lo que se haya pactado para tal efecto (Reuter 1995: p. 165). La suspensión supone la temporal inexigibilidad de las obligaciones jurídicas de un tratado, sin que este llegue a ser finalizado y sin afectar las “relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes” (artículo 72.1.b de la CVDT). Una vez cubierto el periodo de suspensión, el tratado vuelve a ser exigible en plenitud.

(12) En cualquiera de los supuestos comprendidos en la Sección 3 de la Parte V de la CVDT, incluyendo el de cambio fundamental de las circunstancias, no sería posible ni el retiro ni la terminación de un tratado, si este no ha entrado en vigor previamente.

Frente a la terminación, la suspensión aparece como una opción menos radical, porque no se le pone fin al tratado, solo deja de aplicarse. Durante ese periodo de inaplicación del tratado, conforme al artículo 72.2 de la CVDT, las partes cuentan con la obligación de abstenerse de impedir su reanudación. Es una obligación pasiva de no atentar contra la posibilidad de que el tratado vuelva a surtir plenos efectos.

Ahora bien, cabe observar que, mientras que es natural que se invoque el *rebus sic stantibus* para la terminación del tratado porque el mismo habría sufrido un cambio radical de sus obligaciones, no se descarta un *rebus sic stantibus* pensado para la suspensión del tratado. El espíritu codificador de la CVDT ha conducido a no cerrar la posibilidad que el cambio fundamental de las circunstancias se extienda a la suspensión. Por lo tanto, no existe ningún impedimento para que cualquiera de las partes pueda, sobre la base del *rebus sic stantibus*, solicitar la suspensión del tratado y de qué modo quiere concretarlo. Sin embargo, no es un supuesto exento de dificultades porque, en último término, la suspensión requiere el consenso de las partes y la invocación del cambio fundamental de las circunstancias es unilateral.

3.5. EL PROCEDIMIENTO PARA LA INVOCACIÓN DEL CAMBIO FUNDAMENTAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Ya se ha identificado en el apartado anterior que el cambio fundamental de las circunstancias solo puede invocarse como causa para la terminación del tratado, retirarse de este o suspenderlo. No obstante, es también esencial saber cómo procedimentalmente una parte de un tratado acude a tal invocación.

La respuesta se encuentra en la Sección 4 (Procedimiento) de la Parte V (Nulidad, terminación y suspensión de los tratados) de la CVDT, que comprende los artículos 65 al 68. Ciertamente, son reglas que buscan evitar la arbitrariedad en la invocación de las causales de las Secciones 2 y 3 de la citada Parte V, y, en último término, proteger el principio del consentimiento en el derecho de los tratados (Dörr y Schmalenbach, 2018, p. 1212 y 1221).

El procedimiento no solo se destina al supuesto contenido en el artículo 62 de la citada Convención de Viena, sino también a los otros supuestos de terminación, retiro o suspensión, o de nulidad inclusive, siempre que les sea aplicables ⁽¹³⁾. Ahora bien, las reglas recogidas en los artículos 65 al 68 no constituyen *ius cogens*, por lo que puede haber un pacto en contrario; además, su ejecución no altera la presunción de la continuidad de la vigencia del tratado hasta que el procedimiento de tales disposiciones haya sido plenamente agotado (Villiger 2009: pp. 805-807).

Habiendo pasado los filtros correspondientes en torno a una correcta invocación del cambio fundamental de las circunstancias, es esencial que la parte que quiera terminar el tratado, retirarse de este o suspenderlo notifique a las demás partes de su pretensión, como señala el artículo 65.1 de la CVDT.

Se desprende de la lectura sistemática de la CVDT que la notificación debe concretarse de manera escrita, *v.gr.*, a través de una nota diplomática, la cual contenga tres elementos fundamentales: a) la medida a proponer – en nuestro caso, el cambio fundamental de las circunstancias –; b) para qué se

(13) Salvo aquellos como el artículo 60.2.a de la CVDT o cuando existe el consentimiento de las partes en terminar, renunciar o suspender el tratado (Villiger 2009: p. 805).

destina (terminación, retiro o suspensión); y c) su fundamentación jurídica (Dörr y Schmalenbach, 2018, p. 1225; Villiger, 2009, p. 808). En ese sentido, la notificación se compone de dos elementos propositivos y otro justificativo.

Una vez recibida la notificación ⁽¹⁴⁾, las otras partes cuentan con un periodo mínimo de tres meses para poder contestar tal notificación, como establece el artículo 65.2 de la CVDT. Este se considera como un plazo razonable (Dörr y Schmalenbach, 2018, p. 1226; Villiger, 2009, p. 809) para que estas determinen cómo contestar a la parte notificante, así también para que esta reconsidere su notificación, la cual puede ser revocada según el artículo 68 de la CVDT. No obstante, las partes pueden haber fijado un plazo distinto, incluso menor. El artículo 65.2 admite la posibilidad de un caso de “especial urgencia”, pensándose en los supuestos de violación grave de un tratado o de imposibilidad subsiguiente de incumplimiento, previstos en los artículos 60 y 61 de la CVDT, respectivamente.

De una lectura sistemática de la Sección 4, caben dos posibilidades ante la referida comunicación. La primera es que las demás partes no se opongan a esta durante el periodo de tres meses, lo cual se configura como una aquiescencia y que la medida a la que apuntala la notificación se transforme en un instrumento de carácter escrito que, de acuerdo con el artículo 67.2 de la citada Convención de Viena, debe ser suscrito por los órganos del Estado que representan naturalmente su voluntad, como el jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores ⁽¹⁵⁾. No se alude en este caso a la notificación del *rebus sic stantibus*, sino a la terminación, retiro o suspensión que finalmente se persigue.

Si no cuenta con la firma de estos representantes, la persona que encamine el acto de terminación, retiro o suspensión deberá contar con los plenos poderes correspondientes, debiéndose tomar sistemáticamente en consideración la regulación plasmada en el artículo 7 de la CVDT. El instrumento será comunicado a las demás partes del tratado y conllevará a la terminación, retiro o suspensión del tratado, según sea el caso.

La otra posibilidad es que una de las partes del tratado objete la notificación. Si ello ocurre, el artículo 65.3 de la CVDT fija que las partes pueden acudir a los mecanismos de solución de controversias internacionales previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que son, *inter alia*, negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial. Si las partes han previsto en el tratado o en otro instrumento un mecanismo de solución de controversias internacionales, deberán cumplir con ese mecanismo de ser aplicable, conforme al principio de la libre elección del medio (Tanaka, 2018, pp. 5-8).

No obstante, la CVDT establece en su artículo 66.b) la posibilidad de que, si no se ha podido llegar a una solución de la controversia internacional en el plazo de doce meses de emitida la objeción a la notificación, en nuestro caso, del cambio fundamental de las circunstancias, que cualquiera de

(14) Se entiende que la recepción de la notificación es la que experimentan realmente las otras partes del tratado, más allá de haberlo recibido el depositario (Villiger 2009: p. 809).

(15) Como ha sido señalado por Mezarina y Rosales (2019), en el Perú, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el presidente de la República encarna tanto al jefe de Estado como al jefe de Gobierno (p. 373).

las partes acuda al mecanismo regulado en el Anexo a la CVDT ⁽¹⁶⁾. Es una solución que busca no dejar el asunto irresuelto, dada la importancia que tiene la preservación de la exigibilidad del tratado.

4. CONCLUSIONES

El derecho internacional ha sido cuestionado muchas veces por su supuesta ineficacia; sin embargo, la exploración realizada en esta investigación demuestra la vigencia y centralidad que posee el *pacta sunt servanda* en el marco del derecho de los tratados. Los tratados en vigor deben cumplirse de buena fe por las partes, independientemente de los azares que la realidad impone, incluidos aquellos que puedan venir posteriormente a su celebración. En ese contexto, el mencionado principio se erige como garantía de la seguridad jurídica en el plano del derecho internacional. Por esa enorme responsabilidad que posee esta pieza de engranaje esencial en el funcionamiento del derecho internacional, la invocación del cambio fundamental de las circunstancias para dejar de aplicar el tratado sea por terminación, retiro o suspensión no puede ser concebido como un principio general, sino como un criterio bastante restrictivo.

En esta contribución, se ha buscado explicar los principales detalles del artículo 62 de la CVDT con el propósito de conseguir una lectura funcional del *rebus sic stantibus*. ¿Qué aspectos se han podido identificar con su estudio? Primero, que su invocación es restringida y pasa por el filtro fundamental de la doctrina de los actos propios recogida en el artículo 45 de la CVDT. Segundo, que se excluye de su ámbito a los tratados de fronteras, lo cual, aunque haya sido un aspecto discutido sigue siendo un límite motivado por la vigencia del principio de intangibilidad de las fronteras. Tercero, el cambio fundamental de las circunstancias es imprevisible y atañe a la base esencial del consentimiento, debiendo implicar necesariamente una transformación radical de las obligaciones internacionales pendientes de ejecución. Cuarto, que su invocación no es para todo efecto, sino para la terminación, retiro o suspensión de un tratado, dependiendo de la parte que lo invoque, dándole en este extremo un cierto grado de flexibilidad que no se debe confundir para su politización. Quinto, que procedimentalmente la CVDT resguarda los intereses de aquellos Estados a los que les es comunicado la invocación de la cláusula, garantizando una solución en justicia sobre la base del principio de solución pacífico de controversias internacionales.

Considerando estos aspectos, es posible concluir que la regulación prevista en la CVDT sobre el cambio fundamental de las circunstancias tiene presente la función que cumple el principio del *pacta sunt servanda*, la cual es preservar la estabilidad jurídica del tratado, respetar balanceadamente los intereses de las partes mediante la buena fe y garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.

(16) El Anexo de la CVDT prevé para efectos del artículo 66 citado una comisión de conciliación, compuesta por cinco amigables componedores. Dentro de doce meses de constituida tal comisión, emitirá un informe que “no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración” (artículo 66.6 de la CVDT).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benfeld, J.; Müller, K. (2018). ¿Qué significa en el ámbito del derecho internacional público estar obligado a negociar de buena fe? Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo a la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013, *Revista Ius et Praxis*, 24(1), pp. 69 – 100.
- Becerra, M.; Ávalos, R. (2020). *Derecho de los tratados. Teoría y práctica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Binder, C. (2012). Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of *Pacta Sunt Servanda* Revisited, *Leiden Journal of International Law*, 25, pp. 909-934.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). (1966). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Nueva York: Naciones Unidas.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). (2001). *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res. AG/56/83.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). (2006). Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi, Res. A/CN.4/L.682.
- Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1962). Sentencia sobre el caso del Templo de Préah Vihéar (Camboya vs. Tailandia).
- Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1973). Sentencia sobre el caso relativo a jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido vs. Islandia).
- Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1986). Sentencia sobre el caso Controversia fronteriza (Burkina Faso vs. Mali).
- Corte Internacional de Justicia (CIJ) (1997). Sentencia sobre el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia).
- De la Guardia, E. (1997). *Derecho de los tratados internacionales*, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Distefano, G. (2015). L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités, *Questions of International Law (QIL)*, 18, pp. 17 - 37.
- Dörr, O.; Schmalenbach, K. (Ed.) (2018). *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Alemania: Springer.
- Fellmeth, A.; Horwitz, M. (2009). *Guide to Latin in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1959). *Principles of International Law*, Nueva York: Rinehart & Company Inc.
- Kolb, R. (2016). *The Law of Treaties. An Introduction*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.

- Kolb, R. (2020). The Construction of the *Rebus Sic Stantibus* Clause in International Law. En: Bartels, L.; Paddeu, F. *Exceptions in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Kulaga, J. (2020). A Renaissance of the Doctrine of *Rebus Sic Stantibus*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 69, pp. 477 - 497.
- Garner, J. (1927). The Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* and the Termination of Treaties, *American Journal of International Law*, 21(3), pp. 509 – 516.
- Mezarina, S. & Rosales, P. (2019). Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional, *Revista Derecho PUCP*, 82, pp. 371 - 406.
- Novak, F.; García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público, Tomo I, Introducción y fuentes*, Lima: Thomson Reuters.
- Remiro Brotons, A. et al. (2010). *Derecho Internacional. Curso general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reuter, P. (1995). *Introduction to the Law of Treaties*, Londres y Nueva York: Kegan Paul International.
- Shaw, M. (2017). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 8° Ed.
- Tanaka, Y. (2018). *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Medidas para afrontar la crisis: Entre el sistema privado y el sistema concursal^(*)

Measures to face the crisis: Between the private system and the bankruptcy system

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero^()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Jackeline Acevedo Gamarra^(*)**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: Una de las decisiones más importantes que se tiene que adoptar cuando una empresa atraviesa una crisis es el decidir las medidas que se aplicarán a la compañía, entre ellas se encuentran la reestructuración o liquidación de esta. En ese sentido, en el presente trabajo se analizarán los principales factores a considerar para adoptar alguna de dichas medidas, así como los sistemas que contempla la legislación peruana para reestructurar o liquidar las empresas, estos son el sistema privado y el sistema concursal. Por último, se brindarán algunas estadísticas de los procedimientos concursales publicados desde el año 2018 al 2021.

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 15 de setiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 03 de marzo del 2022.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a LLM (Master of Laws) en Derecho Corporativo por University College London (Reino Unido). Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, además, cuenta con un Postgrado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido docente del curso de Derecho Concursal de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Asimismo, es autor del libro “La Ineficacia Concursal: Estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano”. Miembro de INSOL International, International Insolvency Institute y the Younger Academics Network of Insolvency Law (YANIL). Asimismo, ha sido seleccionado como miembro del Next Generation Class IX (2020) por el International Insolvency Institute. Actualmente, es socio y director del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera abogados. Miembro extraordinario de la Asociación IUS ET VERITAS. Correo electrónico: alizarraga@munizlaw.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5233-9397>

(***) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con un Programa de Especialización en Finanzas Corporativas por la Universidad del Pacífico. Actualmente, es abogada del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera abogados. Miembro extraordinario del Círculo Financiero Corporativo. Correo electrónico: jacevedo@munizlaw.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1874-7335>

Palabras clave: Reestructuración empresarial – Liquidación de empresas – Sistema concursal – Sistema societario y civil – Procedimientos concursales – Derecho concursal

Abstract: One of the most important decisions to be made when a company goes through a crisis is to decide on the measures to be applied to the company, among which are the restructuring or liquidation of the company. In this sense, this paper will analyze the main factors to be considered in order to adopt any of these measures, as well as the systems contemplated by Peruvian regulation for restructuring or liquidating companies, which are the private system and the bankruptcy system. Finally, some statistics of the bankruptcy proceedings published from 2018 to 2021 will be provided.

Keywords: Corporate restructuring - Liquidation of companies - Insolvency system - Corporate and civil system - Bankruptcy proceedings – Bankruptcy law

1. INTRODUCCIÓN. EL EMPRESARIO EN CRISIS

Cuando un agente económico atraviesa una situación de crisis económica, tiene que adoptar decisiones trascendentales para afrontarla, ya sea mediante una reestructuración privada, una negociación con los acreedores o sometiéndose a un procedimiento concursal ante el Indecopi.

Así, cuando las obligaciones a cargo de un agente económico (persona jurídica y/o persona natural) no pueden honrarse por diferentes razones, atraviesa un estado de cesación de pagos, convirtiéndose en un deudor, mientras que, los afectados⁽¹⁾ son denominados acreedores.

Entonces, se presentan dos aspectos: (i) acumulación de pretensiones de cobro (diferentes acreedores cobran al mismo momento); y, (ii) el estado de cesación de pagos. La solución solo es posible a través de reglas excepcionales que brinda el derecho concursal.

Es por ello que resulta necesario que el deudor y su administración adopten una decisión para reorganizar la empresa y así puedan empezar a reprogramar pagos a fin de poder cumplir con sus deudas o buscar una salida ordenada del mercado. Sin embargo, la decisión de optar por una solución debe ser oportuna y eficiente, de lo contrario, el daño podría ser irremediable.

Ahora bien, optar entre reestructurar la empresa o liquidarla, no resulta una decisión sencilla para las distintas partes involucradas, debido a que se deben analizar una serie de factores para determinar si es viable que la empresa siga operando o no. Es decir, si el valor del negocio en marcha es mayor al valor del negocio en liquidación, tal como explicaremos a continuación.

(1) Al referirnos a afectados, hacemos referencia a los acreedores, dado que su relación jurídica original con la insolvente varía y el pago de estos actos se realizarán en condiciones distintas a las pactadas inicialmente.

2. ¿Y AHORA QUE DECISIÓN TOMO? ENTRE EL VALOR DEL NEGOCIO EN MARCHA SOBRE VALOR DE NEGOCIO EN MARCHA SOBRE VALOR DEL NEGOCIO EN LIQUIDACIÓN

Tomar la decisión de liquidar o reorganizar una empresa responde a la siguiente premisa: si el valor intrínseco o económico de una empresa es mayor que su valor de liquidación actual, se debería permitir a la empresa intentar organizarse y continuar con sus actividades económicas; sin embargo, si el valor de liquidación excede al valor económico en marcha, la liquidación es la opción preferible (Altman & Hotchkiss, 2006).

La reorganización permite que la empresa con problemas financieros continúe existiendo bajo la premisa de que su existencia continúa generando mayor valor que sus activos vendidos en el mercado, para que de esa manera tales activos continúen contribuyendo al suministro de bienes y servicios a la sociedad por encima de sus costos de oportunidad. Asimismo, la reorganización favorece al empleo continuo de los trabajadores de la empresa, los ingresos de sus proveedores y los impuestos a los que dicha empresa se encuentre obligada a pagar.

No obstante, los beneficios que ofrece la reorganización deben compararse con los costos de la liquidación y el valor que esta supondría. De igual manera, se recomienda tener en cuenta, por los años que requiere el proceso de rehabilitación en una reestructuración, considerar el valor del dinero en el tiempo, lo cual usualmente se aborda mediante un procedimiento de flujo de caja descontado.

Ahora bien, un evento de crisis no tiene porqué conducir necesariamente a la muerte de la empresa, sino que estas pueden ofrecer una oportunidad para rediseñar y reestructurar un sistema defectuoso y convertirlo en uno mejor. Esto implica un reto mayor conforme más grande sea la empresa; por ejemplo, las características de las pymes favorecen la reorganización, reduciendo el riesgo de quiebra luego de un evento de crisis debido a sus estructuras menos formales que conllevan a una menor rigidez en la toma de decisiones (Manzaneque *et al.*, 2021).

Dicho ello, algunos de los factores principales que se consideran para la reestructuración o liquidación cuando una empresa se encuentra atravesando una situación de crisis, son los siguientes (Brunassi & Saito, 2020; Mayr, Mitter y Aichmayr, 2017; Campbell, 1996):

La proporción de activos no garantizados (porcentaje de activos libres): la existencia de un número reducido de acreedores garantizados, así como la menor cantidad de activos ofrecidos en garantía, o sobre los cuales recaen cargas o gravámenes, favorecerán a la reestructuración de la empresa.

Los activos intangibles: los mayores niveles de activos intangibles podrían afectar positivamente la reorganización de una empresa, debido a que, en caso de liquidar la compañía, estos activos como capital humano, investigación, desarrollo, marcas distintivas, entre otros, podrían perder su valor.

El flujo de caja libre de la empresa y el cambio en la rentabilidad en los años anteriores a la crisis que se encuentra atravesando.

La rentabilidad, liquidez, solvencia, el apalancamiento y la estructura económica de la empresa.

La capacidad de organizar los recursos de la empresa: los procesos de reorganización parten de aprender y comprender los errores que la empresa cometió en el pasado y tener la capacidad de rediseñarlos y reestructurarlos, así como organizar los recursos con los que cuenta la empresa.

El tamaño y sector de la empresa: ambas variables son consideradas como las más significativas en la reestructuración empresarial; por otro lado, factores como el tiempo que la empresa viene operando, la situación geográfica y la existencia de oposición por parte de los acreedores no se consideran significativos

La colaboración sostenible entre las partes interesadas y la resolución de conflictos de intereses: una reorganización exitosa requiere tanto de una colaboración sostenible entre las partes interesadas, así como un adecuado mecanismo de resolución de conflictos de intereses (teoría de las partes interesadas).

En lo que respecta al último factor, los conflictos de intereses son bastante comunes en situaciones de reestructuración, dado la disparidad en la distribución de la riqueza para los diferentes titulares de deuda, los cuales pueden ser difíciles de resolver porque cada clase de titular puede anteponer su propio interés al de la empresa (Brunassi & Saito, 2020). Por ejemplo, los gerentes pueden sobrestimar el valor de la empresa por encima del valor de liquidación para mantener sus puestos de trabajo; mientras que los principales acreedores o aquellos garantizados pueden subestimar el valor de la empresa, al buscar un pronto recupero de sus créditos en una eventual liquidación o por su intención de adquirir la mayor parte de esta en caso continúe operando (capitalización de deuda).

Así, los conflictos de intereses pueden ser costosos y/o reducir la eficiencia de una reestructuración, por ello es importante contar con un sistema que favorezca la negociación entre las distintas partes involucradas en el reflote de la compañía. Ante esa necesidad, los sistemas concursales brindan herramientas para equilibrar los derechos de los diversos participantes en el procedimiento, principalmente deudores y acreedores. En consecuencia, el buen funcionamiento del sistema concursal ayuda a evitar la liquidación de empresas viables.

En esa línea, el artículo II del Título Preliminar de nuestra Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), señala que los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso; lo cual, les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

3. SISTEMAS PARA REORGANIZAR O LIQUIDAR EMPRESAS EN EL PERÚ

Los mecanismos legales con los que cuentan las empresas en el Perú para afrontar las dificultades financieras que pudiesen atravesar, cualquiera sea su tamaño o sector, son dos: la vía societaria y la vía concursal. Ambos sistemas permiten a las empresas liquidarse o reestructurarse (con las diferencias que mencionaremos a continuación), pero son diferentes y no necesariamente confluyen, y, en caso el patrimonio del deudor resulte insuficiente para cumplir con todas sus obligaciones de pago, se deberá proceder con la quiebra tras la liquidación del patrimonio de dicha empresa.

3.1. SISTEMA PRIVADO (CIVIL Y SOCIETARIO)

En este sistema los accionistas mantienen el control de la compañía y son quienes adoptan los acuerdos relacionados a la continuación o no de la sociedad, así como los mecanismos de reflote o liquidación, de ser el caso.

3.1.1. REORGANIZACIÓN

En un sistema privado la administración y los accionistas buscan mecanismos que tienen como objetivo la viabilidad y continuidad de la empresa, pudiendo optar así por una reestructuración operativa, una reestructuración financiera o finalmente alguna alternativa legal de reestructuración.

En una reestructuración financiera se busca el refinanciamiento o reestructuración de la deuda y, generalmente, se aplica cuando la reestructuración operativa resultó insuficiente para generar el flujo de caja esperado. Para ello, resulta necesario identificar los problemas que atraviesa la empresa (liquidez, rentabilidad, apalancamiento, solvencia) para luego preparar un plan financiero, identificando las garantías otorgadas y buscando negociar con los bancos y los principales acreedores de la empresa.

En lo relacionado a las alternativas legales, la legislación peruana contempla distintas formas de reorganización en la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), tales como:

Transformación: permite a las sociedades transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica, sin que se presente alguna afectación a su personalidad jurídica.

Fusión: mediante la cual dos a más sociedades se reúnen para formar una sola, ya sea mediante incorporación (fusión de dos o más sociedades que se extinguen para constituir una nueva sociedad) o absorción (una o más sociedades se extinguen al ser absorbidas por otra ya existente).

Escisión: mediante la cual una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades (la sociedad escindida se extingue) o para conservar alguno de ellos (la sociedad escindida no se extingue).

Reorganización simple: mediante la cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio -y conservando en su activo- las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

Entre los beneficios de una reestructuración privada, podemos resaltar la flexibilidad de este régimen, ya que las acciones de reflote se plasman en acuerdos privados, donde las partes tienen plena libertad de elegir las reglas que regirán los mismos. De la misma manera, podrán determinar si aplicarán o no restricciones, no existiendo parámetros que deban respetar, a diferencia de una reestructuración por la vía concursal, lo cual hace más viables las quitas o condonaciones de deuda, daciones en pago o refinanciamientos de deuda. Asimismo, en este régimen el deudor mantiene la administración, sin riesgo de perderla.

Por otro lado, si el deudor decide optar por una reestructuración privada, es recomendable que asegure el buen funcionamiento de la administración, manteniendo o removiendo a los funcionarios claves, para lo cual es importante identificar si la problemática provino o no de la gerencia. Asimismo,

mo, se recomienda definir la situación real de la compañía y designar al interlocutor de la empresa, cuya función será negociar con los acreedores y será el encargado de las negociaciones e incluso será quién busque apoyo financiero inmediato de los principales acreedores o terceros (bancos o inversionistas).

3.1.2. LIQUIDACIÓN

Para que una sociedad pueda liquidarse debe previamente disolverse por acuerdo de la Junta General de Accionistas o por alguna disposición imperativa de ley (disolución de pleno derecho). Así, desde el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores tales funciones.

Asimismo, disuelta la sociedad, esta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación, hasta que se inscriba su extinción en Registros Públicos. Dentro de las causales de disolución detalladas en el artículo 407⁽²⁾ de la LGS, resaltamos las siguientes por encontrarse relacionadas a empresas en crisis:

Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente: La LGS permite que los accionistas de una empresa que, incurra en esta causal de disolución, puedan adoptar cualquiera de las alternativas propuestas por ley (aumentando o reduciendo el capital social según corresponda) para superar este supuesto de disolución y continuar en actividad, desarrollando las actividades propias de su objeto social.

Sin embargo, en caso la Junta General de Accionistas no adoptara alguna de las alternativas antes mencionadas y regularice la relación entre pérdidas y el capital social de la sociedad, se deberá continuar con la liquidación de esta última.

(2) **Ley General de Sociedades.**

Artículo 407.- Causas de disolución

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro;
2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo;
3. Continuada inactividad de la junta general;
4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;
5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;
6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida;
7. Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al artículo 410;
8. Acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria; y,
9. Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la LGS contempla otra obligación en su artículo 220, donde exige reducir el capital social cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento (50%) y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro.

Asimismo, la LGS obliga al directorio (o a la gerencia en caso de no contar con este órgano) en su artículo 176, a convocar a la Junta General de Accionistas cuando los estados financieros reflejen una pérdida de la mitad o más del capital, y convocar a los acreedores en caso el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos o si tal insuficiencia debiera presumirse.

Acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria: La LGS faculta a los accionistas a disolver y liquidar la sociedad aun cuando no exista una obligación imperativa de hacerlo, para lo cual será necesario que asistan a Junta General de Accionistas cuanto menos los titulares de los dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto en primera convocatoria y, en segunda convocatoria, la concurrencia de los titulares de al menos las tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto.

Asimismo, para que la Junta General de Accionistas adopte el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad, se necesitará el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto, salvo que el estatuto establezca quórum o mayorías superiores.

Ahora bien, si una sociedad continúa en actividad pese a encontrarse en una causal de disolución, será considerada como una sociedad irregular, en la cual los administradores, representantes y, en suma, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de dicha sociedad, serán personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.

Posteriormente, durante la liquidación de la sociedad los liquidadores deben presentar a la Junta General de Accionistas, la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan. Una vez aprobados tales documentos se procederá con la distribución del haber social remanente entre los socios.

Finalmente, si el patrimonio de la sociedad es suficiente para pagar a los acreedores y se efectúa la distribución del haber social (en caso hubiere), se inscribirá la extinción de la sociedad en Registros Públicos, con lo cual la personalidad jurídica de dicha sociedad se extingue. Por el contrario, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la Junta General de Accionistas para informar de tal situación y solicitar la declaración judicial de quiebra de la sociedad.

Una vez consentida o ejecutoriada la resolución que declara la quiebra de la sociedad concluirá el proceso judicial y el juez ordenará su archivo, así como la inscripción de la extinción del patrimonio del deudor y emitirá los certificados de incobrabilidad para todos los acreedores impagos, de ser el caso. Asimismo, la declaración de la extinción del patrimonio del deudor contenida en dicho auto deberá ser inscrita por el liquidador en el Registro Público correspondiente.

3.2. SISTEMA CONCURSAL

3.2.1. GENERALIDADES

Las instituciones jurídicas que componen el sistema concursal operan de manera excepcional en el ordenamiento jurídico dada su naturaleza particular y carácter excepcional sustentados en principios exclusivos, lo cual es reconocido ampliamente por la doctrina, tal como señala Bonfanti y Garrone (1983): “[...] *principios que son propios y aún exclusivos del instituto*”. Entre ellos, universalidad, colectividad e igualdad para contrarrestar situaciones en donde el patrimonio de algún agente económico es insuficiente para honrar sus obligaciones asumidas frente a los acreedores. Por ende, dicho patrimonio no conllevará a satisfacer a la colectividad de sus acreedores.

Es así como el derecho concursal opera cuando las acciones civiles, comerciales e incluso societarias de los propios accionistas no han tenido éxito. Debido a que esta crisis involucra una pluralidad de intereses distintos (colectividad de acreedores), el accionar individual de cada acreedor frente al patrimonio del fallido no es una alternativa eficiente, dado que el desbalance patrimonial existente del deudor hace imposible que todo acreedor cobre sus acreencias por igual.

En ese sentido, se señala que el derecho de las insolvencias regula escenarios excepcionales de crisis patrimoniales con sujetos deudores con más de un acreedor, lo que hoy en día denominamos “*concurso de acreedores*”.

Asimismo, al referirnos al accionar individual de los acreedores, será cuando el acreedor, al tomar conocimiento de la situación falencial del deudor (un agente económico está en la imposibilidad de honrar sus obligaciones), opte por un comportamiento que incluso lo podríamos catalogar de normal, puesto que buscará ejecutar y/o accionar de manera individual contra su patrimonio (ya sea contra uno o varios bienes de él) para así satisfacer sus intereses particulares. Con lo cual:

El patrimonio del deudor se convierte, así, en algo similar a un bien común y escaso, del cual cada acreedor afectado buscará, en forma individual, obtener el mayor provecho (Echeandía, 1996).

Para evitar las situaciones antes descritas, nuestro sistema concursal, mediante la LGSC prohíbe que los acreedores ejecuten acciones judiciales, arbitrales y/o administrativas de manera individual, ello en virtud de la recuperación de sus créditos ⁽³⁾. Así, el sistema concursal entra a figurar -como mencionamos anteriormente- como un mecanismo de excepción que reduce los costos de transacción, dado que reúne en único procedimiento al deudor, la colectividad de los acreedores y el patrimonio del deudor, con la finalidad de maximizar y distribuir equitativamente entre los involucrados en la crisis.

(3) **Ley General del Sistema Concursal.**

TÍTULO PRELIMINAR.

Artículo I.- Objetivo de la Ley

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

El concurso del deudor produce el principio de concursabilidad, que consiste en que los acreedores no podrán reclamar sus deudas de manera individual, sino colectiva. En referencia a ello, Bonfanti y Garrone señalan que “los acreedores no aparecen en el procedimiento de la quiebra (u otro concurso) como individuos (...) sino como agregados entre sí, como masa. Por tanto, las ejecuciones individuales están prohibidas” (1983).

Declarar el concurso de un agente económico inicia un régimen de excepción, en donde se modifica la relación obligacional que existe entre el deudor concursado y los acreedores, con la finalidad de encontrar una solución a la crisis (sea coyuntural o permanente), a través de un proceso de reestructuración o liquidación, según sea el caso.

3.2.2. ACCESO AL SISTEMA CONCURSAL

Pueden acceder al sistema concursal, tanto los acreedores como el propio deudor. Los primeros pueden solicitar el sometimiento de un deudor a un procedimiento concursal ordinario, mientras que los segundos pueden optar entre un procedimiento concursal ordinario o uno preventivo. No obstante, en el presente trabajo desarrollaremos el procedimiento concursal ordinario (PCO), toda vez que, la Junta de Acreedores puede optar entre la reestructuración o liquidación del deudor.

El PCO de un deudor puede ser iniciado a solicitud de uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias⁽⁴⁾ vigentes a la fecha de presentación.

Por otro lado, para que un deudor solicite el inicio de este procedimiento, deberá acreditar encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes supuestos: i) que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; o, ii) que tenga pérdidas acumuladas -deducidas las reservas- cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado. Asimismo, el deudor deberá expresar en la solicitud de inicio del procedimiento concursal ordinario, la petición de llevar a cabo una reestructuración o una disolución y liquidación, adjuntando para ello una serie de documentos societarios, contables y financieros.

3.2.3. EFECTOS DEL CONCURSO

La preservación del patrimonio del deudor a través de la suspensión de las obligaciones y la no ejecución de sentencias judiciales o extrajudiciales opera desde el momento en que se publica el inicio del procedimiento concursal en el Boletín Concursal del Indecopi.

Así, la LGSC establece una serie de mecanismos de protección del patrimonio del deudor para mantenerlo inalterable: el deudor se da una pausa en el pago de obligaciones (deudas) exigibles, las cobranzas judiciales y extrajudiciales no podrán ser ejecutadas y el patrimonio del deudor no

(4) Mediante Decreto Supremo N° 392-2020-EF publicado en el diario oficial “El Peruano” el 15 de diciembre de 2020, se estableció que el valor de la UIT para el año 2021 asciende a S/ 4,400.00.

podrá ser objeto de actos de disposición por parte de este (si no son realizados dentro del desarrollo normal de la actividad podrán ser declarados ineficaces por el Juez⁽⁵⁾).

Entre las acciones de ineficacia concursal tenemos, el denominado período de sospecha, regulado por el artículo 19.1 de la ley concursal peruana, que opera desde los siguientes supuestos, el que ocurra primero: i) a la solicitud de inicio del procedimiento concursal (inicio de concurso a pedido del deudor); ii) al emplazamiento de la solicitud de inicio de concurso; o, iii) a la notificación del inicio de la disolución y liquidación hasta un año hacia atrás de dichos hechos; además de los actos de disposición realizados, dentro de ese período de tiempo, que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor⁽⁶⁾.

Por otro lado, serán también declarados ineficaces aquellos actos celebrados desde que ocurra uno de los supuestos mencionados en el párrafo precedente, hasta que la junta de acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo convenio de liquidación en los supuestos establecidos en el artículo 19.3⁽⁷⁾ de la ley concursal peruana.

3.3.4. El destino del deudor en manos de la Junta de Acreedores

(5) Ver, artículos 17°, 18° y 19° de la LGSC.

(6) **Ley General del Sistema Concursal.**

Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor

19.2 Los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial.

(7) **(...)Artículo 19.3.- Ineficacia de actos del deudor**

19.3 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice.
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo.
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores.
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito.
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste.
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso.
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

El futuro del deudor está en la decisión de los acreedores, dado que el régimen concursal peruano al ser privatista le otorga a este la potestad de decidir el destino del deudor, pues está en la mejor capacidad de decidir ello; además que tiene los mayores incentivos de adoptar una decisión correcta, ya que dicha decisión afecta directamente a los acreedores.

Así, el artículo III del Título Preliminar de la LGSC señala que: “La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada”. Para ilustrar esta situación:

En la primera fila identificamos al gerente de la empresa (el gerente); alguien nos contó hace unos días que, en verdad, el gerente creyó que el proceso era otra cosa y sólo se metió para evitar un embargo; no sabía de los otros efectos de la apertura del concurso, ni de los efectos que tiene el inicio del proceso; nadie le advirtió que en la Junta de Acreedores el deudor no decide; al gerente tampoco le dijeron que podía llegar a perder la administración de la empresa (Ah... el desapoderamiento, todavía no hemos terminado de verlo); un codazo nos hace volver a la reunión; ¿qué? ¿mi voto para Presidente? el voto es secreto señor!!! (Echeandía, 2001).

Es importante mencionar que, a finales del año 1992⁽⁸⁾, se produjo una importante modificación en el Sistema de Quiebras de Empresas en el Perú al promulgarse la Ley de Reestructuración Empresarial, publicándose su Reglamento un año después. La novedad de este nuevo régimen fue que suprimía la Ley Procesal de Quiebras, cuya idea y práctica consistía que todo agente económico que se encontraba en crisis patrimonial se liquidaba.

Asimismo, se introdujo que los acreedores del deudor reunidos en sesiones de juntas, se encargaban a partir de ese momento de decidir el destino de la concursada, ya sea a través de una reestructuración o disolución y liquidación extrajudicial, dejando atrás la conducción del proceso al juez de quiebras y la administración al síndico titularidad que le otorgaban la derogada Ley Procesal de Quiebras.

A raíz de ello, los casos de reestructuraciones patrimoniales aumentaron, con lo cual el sistema normativo de insolvencia en el Perú cambió con la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial, dado que anteriormente eran mínimos los casos que optaban por la Reestructuración con la Ley Procesal de Quiebras.

A) REESTRUCTURACIÓN

Si la Junta de Acreedores opta por la continuación de las actividades del deudor, este ingresará a un régimen de reestructuración patrimonial, que iniciará con el acuerdo de la junta y concluirá cuando (i) se extingan los créditos, ya sea por el pago de estos, por capitalización o por condonación; (ii) lo indique el plan de reestructuración; o, (iii) la Junta de Acreedores acuerde el cambio de destino del deudor a una liquidación.

(8) Ley de Reestructuración Empresarial del Perú, Decreto Ley N° 26116, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 20 de enero de 1993.

En una reestructuración la Junta de Acreedores puede decidir entre mantener la administración del deudor, cambiarla por una nueva o instaurar una mixta. En este último caso, se puede mantener la administración del deudor en todo o en parte e involucrar obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas, las cuales también serán designadas por la junta.

Acordada la continuación de las actividades del deudor, la Junta de Acreedores deberá aprobar el plan de reestructuración en un plazo no mayor a sesenta días, el cual deberá incluir, bajo sanción de nulidad, un cronograma de pagos que comprenda la totalidad de las obligaciones adeudadas hasta la fecha de la difusión del concurso y especifique el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor. Igualmente, establecerá un régimen de provisiones de los créditos contingentes.

Asimismo, el cronograma de pagos deberá señalar, bajo sanción de nulidad del plan, que de los fondos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará al pago de obligaciones laborales que tengan el primer orden de preferencia. Sin perjuicio de lo antes mencionado, en este régimen, el pago de los créditos no se realiza bajo un orden de preferencia en específico.

Por otro lado, cabe resaltar que el plan de reestructuración aprobado no surtirá efectos sobre bienes del deudor que garanticen obligaciones de terceros, contraídas con anterioridad a la fecha de difusión del procedimiento concursal. Así, el titular del derecho podrá ejecutar su garantía de acuerdo con los términos originalmente pactados.

El plan de reestructuración aprobado obliga al deudor y a todos los acreedores comprendidos en el procedimiento, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos. A diferencia de una reestructuración privada, donde los acuerdos celebrados con determinados acreedores no obligan al resto de ellos, resultando necesario que se negocie y se celebre acuerdos de refinanciamiento o reestructuración de deuda con cada acreedor.

De igual manera, los acuerdos de capitalización o condonación de créditos surtirán efecto respecto de la totalidad de acreedores, únicamente, cuando hayan sido aprobados en primera convocatoria, con un voto favorable superior al 66,6% del monto total de los créditos reconocidos; o, en segunda convocatoria con el voto favorable superior al 66,6% del total de los créditos asistentes, con excepción de los créditos tributarios, los cuales no serán capitalizados ni condonados y no devengarán ni generarán moras, recargos ni multas por falta de pago.

En caso se incumpla con el plan de reestructuración o la Junta de Acreedores no lo apruebe en el plazo de sesenta días antes mencionado, se declarará la disolución y liquidación del deudor en concurso.

B) LIQUIDACIÓN

Si la Junta de Acreedores opta por la disolución y liquidación del deudor, este no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio a partir de la suscripción del convenio de liquidación, salvo que la Junta acuerde lo contrario.

En este régimen, el deudor pierde la administración y es la entidad liquidadora la que ejerce las funciones de administración y representación, disposición aplicable también a los casos en que la junta decida variar el destino del deudor sometido a concurso, de reestructuración a disolución y liquidación, donde caducarán las funciones del representante legal y de todos los órganos de la administración, siendo estas asumidas por el liquidador.

En los procedimientos de disolución y liquidación, se venderán y/o adjudicarán los activos del deudor para pagar a los acreedores conforme al siguiente orden de preferencia: (i) remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones, ONP; (ii) los créditos alimentarios; (iii) los créditos garantizados; (iv) los créditos de origen tributario del Estado, incluidos ESSALUD; y (v) los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes (créditos comerciales).

Asimismo, en este régimen se aprobará un convenio de liquidación, el cual contendrá necesariamente, bajo sanción de nulidad: (i) la identificación del liquidador, del deudor y del presidente de la junta, la fecha de aprobación y la declaración del liquidador; (ii) la proyección de gastos estimada por el liquidador; (iii) los honorarios del liquidador; (iv) los mecanismos en virtud de los cuales el liquidador cumplirá los requerimientos de información; (v) la modalidad y condiciones de la realización de bienes del deudor; y (vi) el régimen de intereses.

La celebración del convenio de liquidación produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, donde todas las obligaciones de pago del deudor se harán exigibles -aunque no se encuentren vencidas- descontándose los intereses correspondientes al plazo que falte para el vencimiento. En este régimen, los acuerdos de condonación surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores, salvo aquellos exceptuados por la Ley.

En la liquidación es el liquidador quien administra los bienes del deudor y, en caso decida transferirlos, la transferencia de cualquier bien del deudor generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien.

Este régimen concluye con la extinción de la deuda (sea por pago o condonación), o cuando no exista liquidador interesado en llevar la liquidación conducido por la autoridad concursal, o cuando se extinga el patrimonio del deudor y queden acreedores impagos. En este último supuesto el liquidador deberá solicitar, bajo responsabilidad, la declaración judicial de quiebra del deudor.

4. COMPARACIONES ENTRE EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO Y EL PRIVADO

A continuación, esbozaremos algunas ideas en referencia a la comparación entre el sistema concursal y el sistema privado:

El sistema concursal permite negociar al deudor con todos sus acreedores y las decisiones que adopta la Junta de Acreedores son válidas y oponibles a todos los acreedores, aun cuando parte de ellos no hayan participado en junta o, asistiendo, hubieran manifestado su oposición, lo cual no

sucede en el sistema privado donde el deudor tiene que negociar con cada acreedor de manera individual.

El sistema concursal es más transparente que el privado, ya que se puede acceder a la información contable, financiera y legal del deudor, a manera de ejemplo, tras cambiar la administración (incluso instaurar una mixta con un coadministrador) o con el nombramiento del liquidador. Mientras que, en un sistema privado, queda a discreción del deudor compartir o no dicha información con los acreedores, con lo cual predomina el hermetismo y recelo del deudor con la información de la compañía.

Asimismo, cualquiera sea el régimen de administración elegido, la administración designada se encuentra en la obligación de remitir trimestralmente a la autoridad concursal, la información relativa a la valorización contable y tasación del total de activos recibidos al inicio del procedimiento a su cargo y, del total de activos existentes a la fecha del informe, la relación de gastos incurridos, la venta o adjudicación de activos, entre otros.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 1511, publicado el 11 de mayo del 2020, modificó el artículo 31 de la LGSC, el cual anteriormente contemplaba la obligación del deudor de entregar una serie de información de índole financiera, contable y legal una vez publicado el concurso, bajo apercibimiento de multa.

Ello ha impactado negativamente a los procedimientos concursales, ya que el deudor no presenta información sobre la empresa, al no contemplarse una obligación expresa en la LGSC; lo cual afecta a los acreedores, quienes difícilmente pueden acceder a información del deudor que les permita ejercer un derecho a voto informado en Junta de Acreedores, donde se decida, entre otros puntos, el destino del deudor.

Los plazos con los que se desarrolla un procedimiento concursal suelen ser extensos a diferencia del sistema privado, lo que eventualmente podría beneficiar al deudor ya que le permitiría seguir operando con un marco de protección a su patrimonio hasta que la Junta de Acreedores se pronuncie respecto al destino del concursado.

Sin embargo, son muy pocos los casos en los que los acreedores acuerdan la reestructuración de su deudor. Tal es así, que de los 169⁽⁹⁾ concursos publicados desde el 01 de enero de 2018 al 31 de agosto de 2021, solo en doce casos se acordó la reestructuración de la compañía, conforme detallaremos más adelante.

Así, en la mayoría de los casos, los extensos plazos que enmarcan un procedimiento concursal terminan agravando la crisis que atraviesa el deudor y deprecian el valor de la empresa, lo que a su vez perjudica la posibilidad de recupero de los créditos de los acreedores y enerva la supervivencia o continuidad de las empresas.

Asimismo, tales plazos suelen desincentivar a los acreedores, ya que predomina la incertidumbre sobre la posibilidad de recupero de sus créditos, más aún cuando hay un ausentismo del deudor o no se cuenta con información de la compañía antes que se instale la Junta de Acreedores.

(9) No se están considerando para efectos del presente trabajo las publicaciones de concursos del Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC).

A manera de ejemplo respecto a los plazos en los que se desarrolla un procedimiento concursal, de los doce casos que optaron por reestructurar a la empresa concursada, dicha decisión fue adoptada en Juntas de Acreedores instaladas desde los cinco meses y medio a los veintinueve meses y medio, Aproximadamente, de publicado el concurso de las empresas.

Uno de los principios del sistema concursal es la colectividad, mediante el cual se busca la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor, es decir, el interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

De esa manera, se busca evitar que las acciones de cobranza o ejecuciones individuales acaben disminuyendo el patrimonio insuficiente del deudor, en detrimento de los acreedores como a la propia empresa, e impidiendo una solución acorde con la situación real de la misma.

Mientras que, en el sistema privado, todos los acreedores buscan cobrar sus deudas y los que tengan mejores recursos (asesoría legal, solvencia financiera para iniciar largos procesos de recupero, etc.) serán los que finalmente tendrán más posibilidades de recuperar sus acreencias, en perjuicio de los pequeños acreedores que no cuenten con tales recursos.

Asimismo, el deudor puede pagar a los acreedores como mejor le parezca conveniente, pudiendo elegir aleatoriamente a los acreedores, ya sea por la relación comercial que mantienen, o simplemente dejar de pagar a los acreedores para buscar algún tipo de retorno para los accionistas de la empresa.

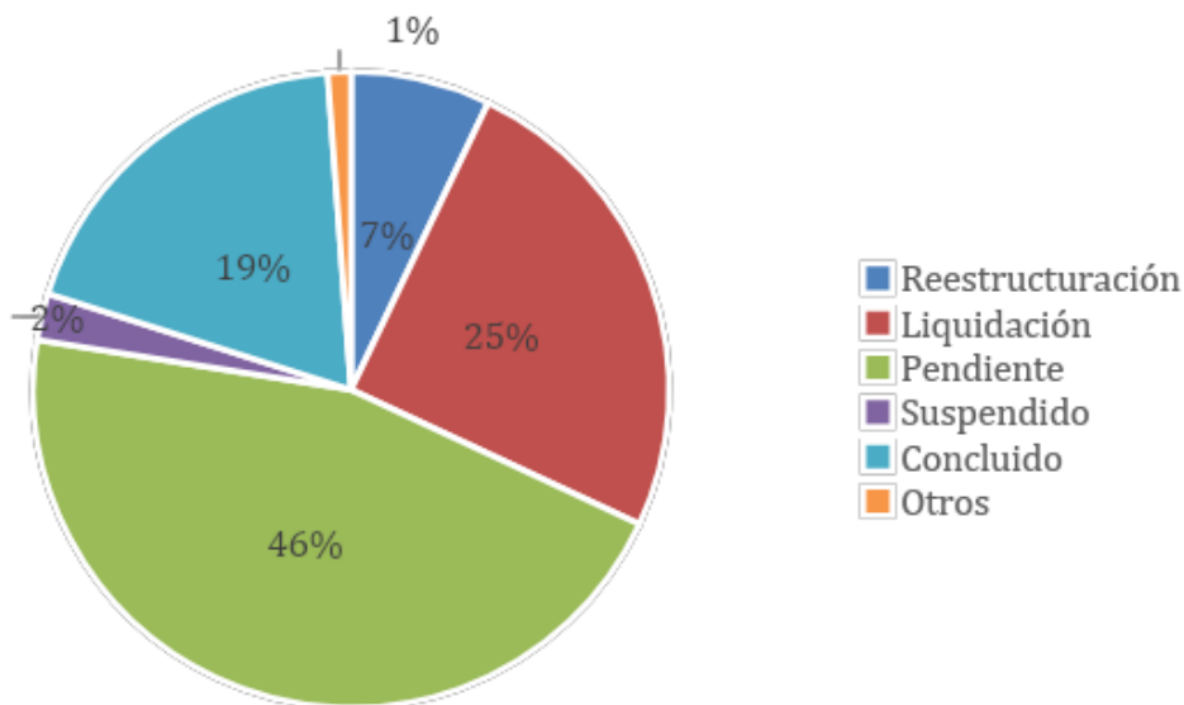
En el sistema concursal -tal como mencionamos en la sección 3.2.3. precedente- se brinda protección al patrimonio del deudor a partir de la fecha de publicación del concurso; a diferencia de un sistema privado, donde el deudor puede libremente disponer de su patrimonio en perjuicio de los acreedores.

Nuestra LGSC no contempla incentivos para que los acreedores o terceros (bancos o inversionistas) puedan financiar o aportar capital al deudor una vez publicada su situación de concurso. No existe preferencia de cobros respecto a aquellos que tomen el riesgo de apoyar a una empresa en concurso, siendo el acceso al crédito uno de los principales problemas de las empresas sometidas a un sistema concursal.

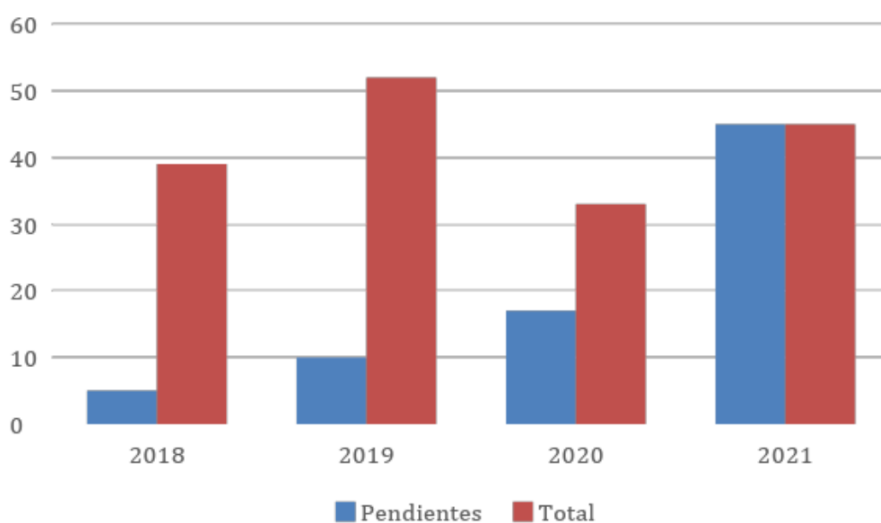
5. ESTADÍSTICAS DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

Para efectos del presente trabajo hemos analizados los concursos publicados del 01 de enero de 2018 al 31 de agosto de 2021⁽¹⁰⁾ (en adelante, el Periodo de Estudio), que ascienden a 169 procedimientos concursales, en los cuales hemos podido apreciar que predominan los casos donde se encuentra pendiente que la Junta de Acreedores decida el destino del deudor, los casos de liquidación y los procedimientos concluidos conforme se aprecia a continuación:

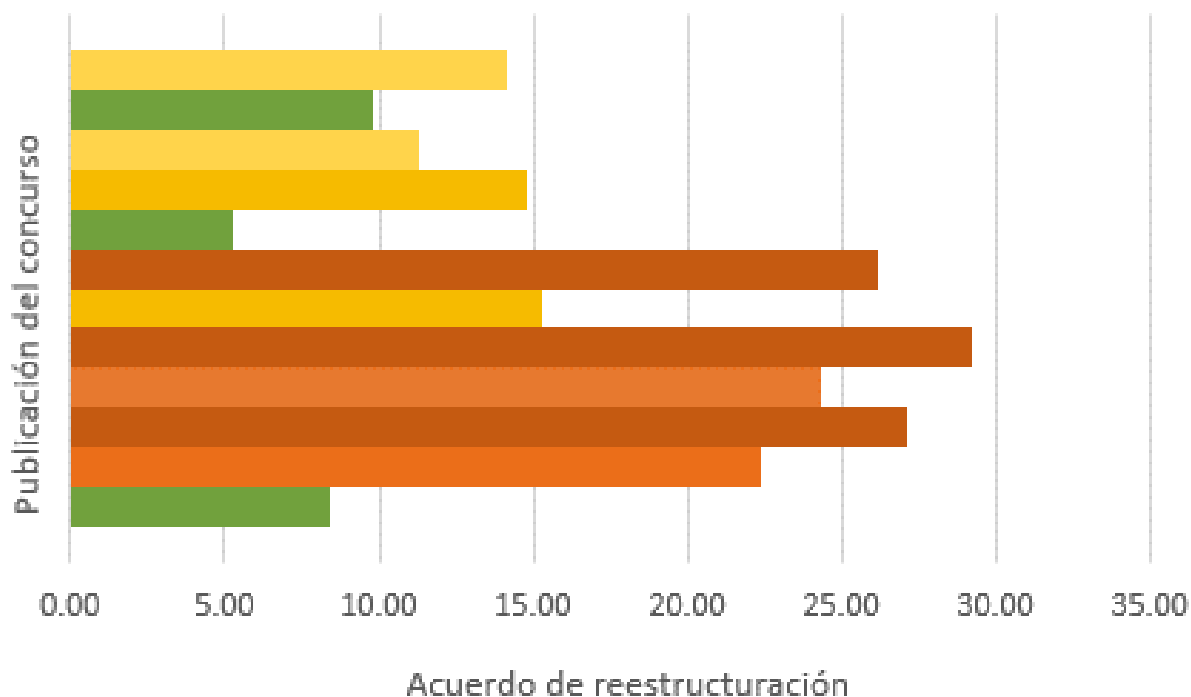
(10) No se están considerando para efectos del presente trabajo las publicaciones de concursos del Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC).



Ahora bien, de los procedimientos concursales publicados en el Periodo de Estudio, se encuentra pendiente que la Junta de Acreedores decida el destino del deudor en el 100% de concursos publicados en el 2021, el 52% de concursos publicados en el 2020, el 19% de concursos publicados en el 2019 y el 13% de concursos publicados en el 2018. Todo lo cual es una muestra de los extensos plazos que se manejan en un procedimiento concursal solo para decidir el destino del deudor, ya que después de dicha decisión todavía se tiene que aprobar el instrumento concursal y posteriormente realizar los activos (en caso de una liquidación) o esperar que transcurra el periodo de gracia (en caso se haya aprobado dentro del plan de reestructuración) para que se proceda a pagar a los acreedores.



Asimismo, podemos apreciar que solo en doce casos -que equivalen al 7% de los concursos publicados en el Periodo de Estudio- la Junta de Acreedores acordó la reestructuración de la empresa concursada, en un periodo de 5.27 a 29.23 meses de publicada la situación de concurso de las referidas empresas.



6. CONCLUSIONES

Es de vital importancia definir la situación real de la empresa que atraviesa una crisis financiera o económica para poder identificar alguna alternativa de solución oportuna y eficiente, pues caso contrario, los daños que podría sufrir dicha compañía podrían ser irremediables.

Dentro de las alternativas con las que cuentan las empresas en crisis se encuentra la reestructuración y liquidación, cuya adopción responde principalmente a evaluar si el valor de una empresa en marcha es mayor que su valor de liquidación actual (de ser así se debería permitir a la empresa intentar reorganizarse), o si el valor de liquidación excede al valor económico en marcha (en este caso la liquidación es la opción preferible).

Es importante tener en cuenta que existen dos regímenes a utilizar en caso existan crisis empresariales: el privado y el regulado por las normas concursales. Ambos son diametralmente distintos, por ejemplo: (i) en el sistema privado es la Junta de Accionistas el órgano que adopta las decisiones más relevantes de la empresa, mientras que en el sistema concursal es la Junta de Acreedores quien decide el destino del deudor; (ii) en el sistema privado el deudor mantiene la administración, mientras que en el sistema concursal es decisión de la Junta de Acreedores mantener la administración del deudor, instaurar una nueva o una mixta (en caso de reestructuración), o designar a una entidad liquidadora (en caso de liquidación); y, (iii) en un sistema privado, se tiene que negociar y

llegar a un acuerdo con cada uno de los acreedores, mientras que en el sistema concursal, al ser uno colectivo, los acuerdos se adoptan por mayorías en Junta de Acreedores y son oponibles a todos ellos.

Para que un plan de reestructuración funcione y logre el éxito esperado -es decir, reflotar la empresa-, necesita tener un programa en el que fundamente las fuentes de financiamiento en las que incurrirá el deudor para hacer viable la empresa. Es decir, los acreedores deberán aprobar un plan de reestructuración donde consten las inversiones que harán terceros o los propios acreedores para ello.

La decisión de optar por un sistema sobre otro no solo pasa por un análisis de lo que cada sistema ofrece, sino también de sus desventajas, las cuales deben ser parte del análisis al momento de adoptar una decisión.

Del análisis del estado actual de los concursos publicados del 01 de enero de 2018 al 31 de agosto de 2021 en el Perú, se puede apreciar que: (i) predominan los casos donde se encuentra pendiente que la Junta de Acreedores decida el destino del deudor; (ii) se encuentra pendiente que la Junta de Acreedores decida el destino del deudor del 52% de concursos publicados en el 2020 y del 100% de concursos publicados en el 2021 que se encuentran dentro del Periodo de Estudio; y (iii) solo en el 7% de los concursos publicados en el Periodo de Estudio, la Junta de Acreedores acordó la reestructuración de la empresa concursada.

Lo antes mencionado evidencia que los extensos plazos que se manejan en un procedimiento concursal (tales como el necesario para decidir el destino del deudor) terminan agravando la crisis que atraviesa el deudor y deprecian el valor de la empresa, lo cual genera principalmente las siguientes consecuencias: (i) perjudica la posibilidad de recupero de los créditos de los acreedores; (ii) genera desconfianza en los acreedores; y (iii) enerva las posibilidades de supervivencia o continuidad de las empresas concursadas, tal es así que solo en el 7% de las empresas cuyos concursos fueron publicados en el Periodo de Estudio, la Junta de Acreedores acordó la reestructuración de estas.

En ese sentido, resulta importante que la autoridad concursal adopte mecanismos que permitan impulsar y agilizar los procedimientos concursales, con la finalidad que un mayor número de empresas sometidas a concurso puedan tener la posibilidad de reestructurarse y continuar en actividad. Para ello será importante que la autoridad concursal califique las solicitudes de reconocimientos de créditos en el más breve plazo posible y convoque a Junta de Acreedores inmediatamente después de resolver los reconocimientos de créditos, para que esta última decida el destino del deudor, su régimen de administración, apruebe su régimen de administración, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Altman, E. & Hotchkiss, E. (2006). *Corporate Financial Distress and Bankruptcy: Predict and Avoid Bankruptcy, Analyze and Invest in Distressed Debt* (3.^a ed., vol. 289). Wiley.
- Bonfanti, M. & Garrone, J. (1983). *Concursos y Quiebra* (3.^a ed.). Abeledo-Perrot, pág. 47.
- Brunassi, V. A. & Saito, R. (2020). Corporate Financial Distress and Reorganization: A Survey of Theoretical and Empirical Contributions. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, 22, 401–420.
- Campbell, S. V. (1996). Predicting Bankruptcy Reorganization for Closely Held Firms. *Accounting Horizons*, 10(3), 12–25.
- Echeandía, L. F. (1996). La insolvencia no es cosa de juego: cuando en los concursos se apuesta por salvar empresas viables. *Themis Revista De Derecho*, (34), 217-222.
- Echeandía, L. F. (2001). Odisea Concursal y Crisis Empresarial: Verdades, mitos y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador. *IUS ET VERITAS*, 11(22), 194-224..
- Manzaneque, M., Merino, E., & Sánchez, J. (2021). Survival of financially distressed SMEs and out-of-court versus in-court reorganization: explanatory internal factors. *Revista de Contabilidad - Spanish Accounting Review*, 24(1), 116–134.
- Mayr, S., Mitter, C., & Aichmayr, A. (2017). Corporate Crisis and Sustainable Reorganization: Evidence from Bankrupt Austrian SMEs. *Journal of Small Business Management*, 55(1), 108–127.

¿Un juez robot? Reflexiones sobre la inteligencia artificial y la administración de justicia^(*)

¿A judgebot? Reflections on artificial intelligence and the administration of justice

Pavel Flores Flores^()**

Universidad San Martín de Porre

“La necesidad, que es la madre de la invención”

- Platón.

Resumen: Es siempre tentativo para el estudio del derecho visionar sobre el impacto de la tecnología en la disciplina jurídica, más aún, cuando se hace referencia a su aplicación práctica; así, no es novedoso las diversas voces que pregonan sobre la inmediata incursión del uso de herramientas tecnológicas a los procesos judiciales, en relación a la celeridad y predictibilidad en la administración de justicia.

Al respecto, un paso más allá, permite abrir la discusión sobre la existencia del juez robot y su eficacia dentro de la función jurisdiccional. Los avances de la ciencia y la tecnología, el desarrollo de la inteligencia artificial y la sistematización de la información afianzan su posibilidad.

En este sentido, el objetivo del presente artículo es responder a la interrogante propuesta a través del planteamiento de una serie de reflexiones relacionadas con la inteligencia artificial y su utilización en la administración de la justicia, tomando en consideración las variables propias de la actividad judicial y la consideración axiológica que rodea su entorno.

Palabras clave: Administración de justicia – Derecho – Inteligencia artificial – Juez – TICs – Moral – Creatividad.

Abstract: It is tempting for the study of law to look at the impact of technology on legal discipline, indeed, when referring to its practical application; Thus, it is not new the diverse voices that proclaim about the immediate incursion of the use of technological tools to the judicial processes, in relation to the speed and predictability in the administration of justice.

(*) Nota del editor: este artículo fue recibido el 13 de septiembre del 2021 y su publicación fue aprobada el 8 de octubre del 2021.

(**) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestría en Educación por el ICED. Miembro del Centro de Estudios en Políticas de Protección al Consumidor. Coordinador General de la Subdirección de Transporte Especial de la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao. Especialización en contratos y consumo en la Universidad de Salamanca. Lima, Perú. Correo electrónico: pavelflores.202@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1865-2456>

On this, a step further, allows to open the discussion on the existence of the robot judge and its effectiveness within the jurisdictional function. Advances in science and technology, the development of artificial intelligence and the systematization of information enhance their potential.

In this sense, the objective of this article is to answer the question proposed through the approach of a series of reflections related to artificial intelligence and its use in the administration of justice, taking into account the variables of judicial activity and the axiological consideration surrounding its environment.

Keywords: Administration of Justice – Law – Artificial Intelligence – Judge – TICs – Moral – Creativity.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses producto del impacto de la pandemia en la actividad laboral y profesional, el uso de las herramientas tecnológicas se volvió un medio incondicional para afrontar la falta de comunicación inmediata y presencial entre los diversos agentes y operadores del derecho, lo que trajo consigo una serie de innovaciones a todo nivel, principalmente en el uso y aplicación de la tecnología en las instituciones, y en específico, aquellas relacionadas con la administración de justicia.

Así, se refuerza la discusión sobre la utilización de las herramientas tecnológicas en relación al acceso de los justiciables a los órganos tutelares a través de los cánones del proceso judicial; y se propone la idea de una justicia más célere, dinámica y eficiente. Si se trata de una verdadera revolución o reforma en la administración de justicia, aún está por verse; lo que implica que la diversificación de sus resultados debería tener un impacto en la cultura judicial y la redimensión de los métodos procesales, así como la muy desgastada relación con los administrados.

En efecto, temas como el expediente judicial electrónico, la firma digital, casillas electrónicas⁽¹⁾ y los mensajes de datos, constituyen verdaderos desafíos para los objetivos propuestos por la Corte de Justicia, más aún, si consideramos que aquellos tienen una normativa propia y se han implementado a través de proyectos pilotos en muchos casos – sin realizar un criterio valorativo sobre su éxito o no-; en este sentido, se trata de una cuestión funcional y perfectible.

Esta realidad – al parecer, ineludible – también nos hace recordar la aplicación de la inteligencia artificial al derecho. Un caso muy llamativo fue el de Ross (Legaltechies, 2017)⁽²⁾, un robot que a través de inteligencia artificial era utilizado por grandes firmas norteamericanas, como herramienta para resolver diversos casos de manera más eficiente. Asimismo, se recuerda que existe una aplicación denominada *Case Crunch Alpha*, la cual fue desarrollada por estudiantes de la Universidad

(1) Quizás la realización de notificaciones electrónicas – dirigidas a un correo o casilla electrónica- constituya conjuntamente con la celebración de audiencias virtuales y la implementación de la mesa de partes virtual, las herramientas tecnológicas o virtuales más celebradas por los usuarios del sistema judicial.

(2) Se puede consultar el siguiente enlace para ampliar la noticia: <https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-para-que-sirve-en-verdad-ross-intelligence/>

de Cambridge para predecir el resultado final de diversos litigios y casos materia de análisis jurisdiccional (Cellan-Jones, 2017)⁽³⁾.

Como se podrá evidenciar en estos casos y otros, el fenómeno no pasó desapercibido, generando adeptos y detractores.

Esta nueva realidad, permite reflexionar -una vez más- si nos encontramos cerca de concebir un juez robot, lo que por supuesto, implica una desafío más grande y variable, por el grado de responsabilidad de la labor jurisdiccional y por la impronta social irreductible. Así, en las siguientes líneas realizamos un balance introspectivo sobre la inteligencia artificial y la administración de justicia, lo que terminará por responder a la pregunta cardinal del artículo.

Bajo este contexto, resulta importante conocer las implicancias de la tecnología en la administración de justicia, lo que da cuenta del nivel de desarrollo y aplicación de medios que por su carácter son alternativos a la función del juez, cuestión que permite al lector reflexionar sobre diversos aspectos sin preliminarmente, encontrar una vía única de interpretación. Se considera así, que el texto en conjunto constituye una propuesta de cuestionamiento a modo lúdico, lo que también es en parte, trascendental dentro de la academia, más aún si consideramos que la investigación no “debe prescindir de los procesos, y sus resultados debe ser la base para el juicio público” (Luzuriaga, 1966, p. 105).

Finalmente, conviene señalar que el capítulo primero muestra la relación entre la inteligencia artificial y el derecho; el capítulo segundo describe la importancia del juez dentro del proceso, así como precisa de la naturaleza de sus funciones y atribuciones; en el capítulo tercero, se proponen una serie de reflexiones que sustentan la perspectiva del autor sobre un juez robot; en el capítulo cuarto, se establecen algunas ideas sobre la aplicación futura de la inteligencia artificial en nuestro medio; y por último, en el capítulo quinto, se propone un texto que da cuenta de las conclusiones de la presente investigación.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

No es un tema totalmente nuevo el que recae sobre la discusión entre la inteligencia artificial y el derecho; de hecho, muchas instituciones públicas y privadas, utilizan mecanismos tecnológicos – que implican herramientas de inteligencia artificial –, para responder preguntas, reclamos, ofrecer alternativas de solución e incluso, determinados procedimientos automáticos.

Esta irrupción tecnológica sin duda constituye una ligera ruptura de paradigma, gradual, progresivo e irremediable. Los cambios del derecho comienzan a acentuarse sobre la base de discusiones prácticas que permiten aplicar la inteligencia artificial a diversos ámbitos jurídicos. Se avizora un próximo giro copernicano, al cual, se le hace frente desde diversas aristas.

Casanovas (2015: 883) señala que actualmente, el uso de la inteligencia artificial se observa en:

la organización de grandes bases de datos, clasificación y ordenación de textos jurídicos, interfaz con distintos tipos de usuarios, el modelado de operaciones realizadas por agentes

3 Se puede consultar el siguiente enlace para ampliar la noticia: <https://www.bbc.com/news/technology-41829534>

políticos y jurídicos, el modelado de determinadas disciplinas, así como el modelado de la argumentación razonable en función de normas o precedentes.

A esto se le puede sumar la posibilidad de predecir determinadas problemáticas y que traen consigo la postulación de hipótesis y resultados con cierto nivel de precisión, y es que la naturaleza de la automatización, se encuentra relacionada a la vinculación de procesos humanos tales como la generación de soluciones ante diversos problemas o la toma de decisiones sobre determinados supuestos (Martínez, 2012, p. 828).

En nuestro medio, la inteligencia artificial se usa comúnmente para dar respuesta o resolver dudas ante determinados temas – repetitivos y comúnmente, de respuesta única – que se plantean los usuarios o administrados.

Esto funciona a través de *bots*, que no son más que un *software* que sirve para la comunicación con los usuarios imitando el comportamiento humano; esto último dependiendo del contenido de su programación y la información que almacene, esto hace que Hartnell (2007:146) precise que, en referencia a lo expuesto, se conocen los sistemas expertos, capaces de simular procesos neurológicos propios de los seres humanos y ofrecer una variedad de respuestas.

De hecho, Torres (2017: 215,216) presenta una clasificación que tiende a observar la funcionalidad de inteligencia artificial aplicada al derecho, de tal manera que se mencionan: a) los sistemas que permiten la recuperación de información y documentación existente en bases datos, b) los sistemas que gestionan textos y permiten una mejor selección de información a través de criterios asociativos, c) los sistemas que posibilitan la redactar textos completos, especialmente los de carácter normativo, d) los sistemas aplicados a la enseñanza del derecho, y finalmente, d) los sistemas que permiten determinar los resultados de casos litigiosos, de tal manera que ofrecen un diagnóstico sobre problemas jurídicos.

Sobre estos últimos, radica la mayor discusión; de hecho, el principal cuestionamiento – y pendiente desafío – radica en la interpretación de instituciones jurídicas, lo que conlleva un adecuado razonamiento y argumentación jurídica; los cuales se convierten en campos convergentes que permiten una aplicación lógica – en la medida de lo posible- que posibilite la aplicación de sistemas y herramientas de inteligencia artificial.

Sobre esto, se postulan diversas perspectivas y teorías, todas con una incidencia práctica distinta, más aún, en los procedimientos para conseguir los resultados esperados, y la consecución de los mismos; así se atiende a la inteligencia artificial desde la argumentación jurídica, filosofía del derecho, lógica jurídica y el procedimiento jurídico, que no escapan del análisis semántico de casos.

Un software de avanzada tecnología y sustento “ontológico” evitaría problemas de repetición, vacío o imprecisión en respuestas, por ejemplo, en los formularios que cotidianamente llenamos. Ya lo había destacado McCarty (1987: 1030) cuando precisa que el desafío es “obtener el lenguaje para expresar el conocimiento de sentido común para incluirlo en una base de datos”.

Se trata así, de crear un espectro de conocimiento, que proviene de la comprensión humana, y reunir aquellos contenidos conceptuales de tal manera que la inteligencia artificial pueda comprender

y gestionarlo; así, siguiendo a Antoniu y van Harmelen (2010: 48) se recupera información de los conceptos y no de las palabras clave, lo que constituye un lenguaje natural de los usuarios de las redes informáticas.

De esta manera, la evolución de la técnica y metodología recaída sobre la inteligencia artificial ha permitido crear nuevos sistemas que sirven como verdaderos facilitadores de la actividad del jurista o del juez⁽⁴⁾; programas avanzados que no dejan de sorprendernos por su relación con las leyes y conceptos jurídicos, lo que precisa de una perfección en el cálculo semántico, y cuya matriz, se observa dependiendo de la extensión del campo en que se aplique. Sin duda, sistemas de consulta y respuesta rápida, abundan en nuestro medio, aunque haya aún, muchos desafíos pendientes.

3. LA IMPORTANCIA DEL JUEZ EN EL PROCESO

Según González (2014: 456), juez “es la persona física que puede desempeñar en forma unipersonal o colegiada, investida de poder jurisdiccional del Estado, para juzgar, sentenciar o decidir con autoridad de cosa juzgada un conflicto de intereses intersubjetivo o en una incertidumbre jurídica”; tal grado de actividad es en consecuencia, crucial para preservar los valores de cualquier sistema jurídico normativo.

Esta actividad jurisdiccional, se realiza dentro de un proceso donde el juez es el protagonista – guía y conductor-, de tal manera que, despliega una serie de instrumentos para procurar la economía procesal y abordar a una pronta solución; realizando actos procesales, dictados de resoluciones, evaluación de expedientes, fundamentación de autos y sentencias; a las que se le suma las facultades de ordenación de actos procesales necesarios, publicaciones en el Diario Oficial, comparecencia de las partes, el rechazo de pedidos reiterativos; y por supuesto, las medidas disciplinarias y coercitivas propias del caso en concreto.⁽⁵⁾

Esto también resulta muy interesante, en tanto es evidente, que no solo el juez podrá realizar todas las actividades que comprenden la administración de justicia, lo que pone en relieve que el término juez, también implica – en la práctica – a una serie de personas que actúan en el proceso en función de la actividad jurisdiccional, esa “*universitas personarum*, para el ejercicio de la potestad jurisdiccional” de la que nos hablaba con suma nitidez Carnelutti (1966: 331).

Así estamos ante una dinámica particular e insoslayable por parte de los jueces, la misma que proviene de la aplicación de la ley a determinado caso en concreto, pero que se extiende de manera progresiva a diversos ámbitos de actuación, lo que quiere decir, que la premisa se nutre constan-

(4) Véase el relativamente reciente caso de Estonia, país que pretende la creación de “jueces robot” para los procesos de menor incidencia, es decir, aquellos cuya cuantía sean de menos 7 000€ euros (The Technolawgist, 2019). Se puede consultar el siguiente enlace para ampliar la noticia: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

(5) Para conocer *in extenso* los deberes y facultades genéricas, disciplinarias y coercitivas del juez, se debe revisar a detalle los artículos 50, 51,52 y 53 del Código Procesal Civil, cuyo contenido es el descrito, respectivamente.

temente de variables como la interpretación, la argumentación, la coordinación, la integración, el diálogo de fuentes, entre otros.

Cabe recordar que la eficacia de una norma se relaciona con su potencialidad para prevenir o resolver conflictos de naturaleza jurídica (Buenaga, 2017, p. 24), de tal manera que la aplicación del derecho por parte del juez, también implica una tarea interpretativa y argumentativa, es decir, una cuestión de encaje y solvencia del texto normativo que resulte imprescindible al supuesto de hecho, y por otro lado, la construcción de la decisión, lo que implica una tarea de identificación de realidades, sucesos y por consiguiente, la fundamentación jurídica, lo que denota el razonamiento empleado en la obtención de las consecuencias jurídicas

Al mismo tiempo, no se puede olvidar la labor del juez en la solución a los problemas de coordinación entre ordenamientos jurídicos, sistemas o microsistemas de derecho, o incluso sobre el derecho en sí mismo. Esto determina un punto de complejidad en la tarea judicial, porque no se habla de una llana aplicación de la norma -aun en los casos más sencillos- sino también, de una tarea de “esclarecimiento del campo” sobre el cual se decidirá.

Tal coordinación se aprecia por pretender la satisfacción de la armonía y la continuidad de las relaciones jurídicas en cualquier tipo de conflicto, además de precisar la norma aplicable dejando de lado los posibles conflictos externos de la diversidad legislativa. En el mismo sentido, dado que el derecho goza de una capacidad autoritativa, también destaca su posibilidad de cumplimiento y velar por su correcta funcionalidad, lo que tendrá impactos positivos en la sociedad. Aquí el juez es determinante, en tanto solo él está investido para aplicar las reglas, y son ellos los que deben dar cuenta de las propias reglas aplicables a su actuación. (Sacristán, 2013). En este sentido, incluso cuando no existiera norma aplicable, se debe producir una respuesta jurídica, creando una norma para el caso en concreto, lo que determina una producción de la misma sobre el propio Derecho (Rubio, 2011, p. 260).

No cabe duda que el juez persigue el ideal de justicia, su actividad se fundamenta en sí misma por este valor supremo; de ahí que, al desarrollo de competencias jurídicas y profesionales, deberá anudarse la cosmovisión integral de la cultura humana y una escala paradigmática de valores para impartir y administrar justicia, está última no solo como un valor social, sino como lo precisa Legaz y Lacambra (1978.36) “una virtud personal del hombre”.

Así, el juez atiende a la interpretación de la ley a través de un profundo estudio de la misma, lo que exige la aplicación de diversos métodos, y el conocimiento de la realidad social a través de disciplinas foráneas a la ciencia jurídica.

La aplicación normativa se realiza a través de la conexión de las formas de interpretación, la cual debe comenzar con la búsqueda lógico sistemática de la norma aplicable dentro de la configuración de todo el sistema jurídico, solo así se puede alcanzar la racionalidad requerida. En este punto también es importante conocer la finalidad del texto jurídico, incluso será oportuno que en ocasiones se acuda a la historia para conocer los antecedentes normativos, sin embargo, no se debe olvidar que cualquier interpretación debe guiarse bajo el contexto actual y la situación invocada.

Aquí es menester hacer alusión a dos tópicos clave de la actividad judicial: a) el carácter instrumental de la norma, el mismo que está ligado a la obtención de una decisión justa, y, b) en los tiempos actuales, existen otros principios que indican determinada interpretación favorable a colectivos específicos, lo que, en efecto, termina por complejizar y al mismo tiempo enriquecer, la labor judicial. (Nieto, 2019, p. 121,122).

Por lo expuesto, la creatividad o imaginación del juez se hace proclive, sin embargo, es necesario enfatizar que existen argumentos sólidos para señalar la identificación de externalidades de diversa índole que pueden influenciar en el estancamiento o en la proliferación de la tarea del juez. Pásara (2019, p. 165-166) expone que solo la imaginación del juez en relación a su sentencia puede observarse si se cumplen tres supuestos: a) que sea consciente que la forma tradicional no resuelve el problema jurídico, b) que cuenta con la convicción suficiente para generar nuevos precedentes o de ser el caso, apartarse justificadamente de los existentes, y, c) que el contexto institucional y social se lo permita.

Sobre este punto, el grado de creatividad judicial –relacionado a las actividades propuestas anteriormente- se determina por el grado de actividad en el proceso, su dinamismo, ejecución, operatividad y virtud para obrar, esto para Berizonce (2010:364) se refleja en un juez activo, no siendo así, aquel activista, en tanto este último, comprende no solo un actuar activo, sino “enderezado a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales”, así, la autoridad judicial tiene una visión no solo legal, sino progresista, evolutiva, reformadora, interprete de una realidad y contexto, de tal manera que sus decisiones tienen un sentido constructivo y modernizador orientadas al cumplimiento de los valores esenciales del derecho.

Por otro lado, se tiene que señalar que existe valoración integral de realidades concretas a la luz de criterios comúnmente establecidos en la Constitución que subyacen a una organización social determinada. Se debe responder a una problemática particular de ineludible solución, de ahí que a la jurisprudencia se le conozca como el “derecho vivo”. En este sentido, Alzamora (1987:246) destaca que “su actividad principal es la valoración, y en ejercicio de esta tarea es un verdadero creador”.

Lo expresado sobre el juez se reflejará en la sentencia, su producto supremo, el más acabado, e incluso considerado, el deslinde de su personalidad; la concreción de la observancia de los presupuestos procesales sumado a la argumentación crítica, jurídica y normativa sobre la base de los hechos precisados en el proceso; González (2014:599) la califica como “el acto jurisdiccional de decisión por excelencia, en la cual se expresa de la manera más característica la esencia de decir el derecho: *la iuris dictio*”, pero es Parodi Remón (2004:76) quien – a nuestro gusto -, ofrece la percepción más integral:

Toda sentencia es reflejo de la personalidad del juez. Se retrata en ella su capacidad intelectual, la dimensión de sus conocimientos y en especial su contextura moral. La sublime misión de que un hombre juzgue a otro hombre, encuentra su máximo exponente en una sentencia justa, ética y proba.

De ahí que, incluso recayendo sobre cuestiones terminológicas, la palabra sentencia proviene del latín “*sentire*” que va más allá de solo significar “*sentimiento*”, sino que indica una acción de pensar

y sentir, resolver con la mente y con el corazón, el raciocinio y la norma. Esto también fundamenta porque la preparación de un juez no solo debe basarse en conocer la norma, sino que debe establecer una relación con los problemas diarios, las expectativas de las partes y el impacto de su decisión. La base material no sería suficiente para alcanzar la justicia, la comprensión de la problemática fáctica es tan amplia que antes de redactar una sentencia hay que pensar en la alteridad de la condición subjetiva que involucra el hecho.

De esta forma, la justicia sobre la base de la cual se dicta una sentencia, debe hallarse en todas las etapas del proceso, es decir, hacer de cada etapa una unidad procesal, solo así, la sentencia representará un “hijo legítimo” de lo actuado; más que una teoría – concepción unitaria del proceso – es una característica fundamental, para alcanzar la paz en cada una de las partes y eventualmente, en la sociedad.

Esto implica que “un juez va formando su propio criterio desde la misma presentación de la demanda; pero solo lo definirá al final del mismo, con visto integral de las pruebas, alegatos y demás piezas del expediente” (Parodi Remón, 2004, p. 85).

En este punto, se ha pretendido sintetizar la actividad judicial en la resolución de los conflictos del ser humano, se ha mostrado una serie de dificultades, desafíos, actividades propias de la función, que permiten no solo comprender el grado de incidencia de los jueces en el proceso, sino también, su impacto en la sociedad, lo que se determina por la contribución con la democracia y el Estado de Derecho, y la constante lucha contra las desigualdades, exclusiones e injusticias.

Conviene reflexionar en este punto, si, existe la posibilidad de correlacionar la actividad judicial con la inteligencia artificial, es decir, la posibilidad de “jueces robot” que resuelvan los cotidianos o complejos casos expuestos ante un tribunal judicial. Analicemos.

4. ¿JUEZ ROBOT?: REALIDAD, UTOPIA O DISTOPÍA

La tecnología, a través de la inteligencia artificial ha impactado en el derecho, generando una raigambre que se fortalece y consolida con el transcurrir del tiempo; se aprecia de ella su versatilidad, y capacidad para suministrar, analizar y seleccionar información jurídica con mucha mayor velocidad y en mayor cantidad que cualquier posibilidad del ser humano. Un resultado que nos aleja de la competencia.

La inteligencia artificial – a través de robots o no- se utiliza para conseguir valiosos “auxiliares” para el cabal y exitoso ejercicio de la función judicial. Palomino (1996:275-291) remarca que las habilidades generadas producto de su aplicación permitirán al ser humano dedicarse a otros asuntos, quizá en lo concerniente a alcanzar de mejor manera los valores sociales y las actividades intelectuales y artísticas.

Sobre esto, se debe precisar que la actividad judicial es sumamente delicada y elevada por sus fines. Así ¿cabría la posibilidad de concebir un juez robot? La respuesta sobre la pregunta no es nada compleja, en efecto, dado los vertiginosos avances tecnológicos, se puede concebir y materializar la idea de un juez robot. Un maquina capaz de aplicar, analizar e interpretar las normas a determinados casos concretos, sobre la base de una exposición ordenada de hechos dentro de un marco procesal.

Así, se podría pensar que, con todo el almacenamiento de datos, las partes solo tendrían que proponer los hechos, y a través de la inteligencia artificial, obtendríamos resultados – se supone depurados- respecto al dilema de cada ser humano. ¿Justicia más rápida? Aparentemente; ¿eficiente? Quizá; ¿justicia genuina? No lo sabemos.

Y es que, la pregunta no gira sobre la posibilidad del ser, sino sobre el ser en sí mismo, sobre la sabiduría y sensibilidad humana como medios para acercarnos a la justicia. Zubiri (1966:41) refiere a ese conocer de las cosas en absoluto, como carácter y noción más universal, que no simplemente recae en la técnica y experiencia – lo cual hace imposible que aprendamos todo-, pero que empuja hacia la sabiduría. Ahí reside la sabiduría del juez humano, lo que lo coloca por sobre la técnica de una máquina, que, si bien puede hacer muchas cosas con mayor rapidez y menos margen de error, no podrá alcanzar la universalidad de la razón humana.

Hay cuestiones subjetivas que comprometen – pero no vician – la sensibilidad. Y el derecho como herramienta creada por el ser humano, no escapa de esa subjetividad propia de la situación externa y la convicción interna del juzgador.

La victoria del robot se constituiría sobre la base que el humano no puede reconocer que está ante la máquina, dada la perfección de las respuestas, o la naturalidad de las mismas. Esto en la labor judicial, podría traducirse en sentencias más precisas, desde el punto de vista normativo; lo que, en efecto, traería consigo mayor predictibilidad y seguridad a las partes, sin embargo, llegar a este punto involucra que la computadora almacene signos y los analice según patrones previamente configurados – aquí está la “mano” del ser humano-, para finalmente dar una respuesta. Existe una manipulación de algoritmos e información, pero ¿existe entendimiento sobre lo que se realiza?, ¿existe noción de justicia?, ¿existe esa empatía natural a las partes?

Una inteligencia artificial atiende a reglas o patrones, signos y significantes, consigue resultados, pero no comprende el significado e impacto de los mismos. Sirva para ilustrar el sentido de la oración, lo descrito magistralmente por Salazar Bondy (2000:148): “(...) el sentido de las palabras y oraciones se halla determinado en mucho por las relaciones sintácticas entre los signos y por las resonancias subjetivas y sociales del habla”. El robot no comprende, no hay mente, lo único que realiza es la simulación de lo aprendido. La brecha entre hechos, valores y normas, pone en duda el estatuto de las pretensiones de la inteligencia artificial.

Hay un punto adicional sobre el cual discutir: el aspecto subjetivo. Cuando se habla de un aspecto subjetivo, se está pretendiendo explicitar un alcance propio, particular y hasta cierto punto íntimo del juez, esto quiere decir, que aquellos pensamientos no podrán escapar fácilmente de sus decisiones, así en el cúmulo de sus actividades, incluso, en su capacidad creativa, el juez se verá guiado por un sentido personal, una identificación natural hacia una de las partes o incluso, por la postura ideológica que prevalezca. (Buenaga, 2017, p. 26). Esto no debería ser extraño, tal subjetividad afecta a la decisión final del juez, y tal aspecto, no implica necesariamente una injusticia frente a las partes.

González (2020) explica que un sector de la doctrina ha señalado que las emociones no son malas en la formación de la decisión judicial, y por el contrario, pueden ser importantes en el contexto de descubrimiento de la propia decisión y su justificación, sin embargo, el parangón de medición es la

ética reinante en el pensamiento del juez, lo que hace de él una persona virtuosa -en sentido aristotélico, si se quiere-, así, se hace un balance entre emociones volátiles poco útiles a la actividad judicial, y otras más adecuadas como la empatía, valentía, prudencia y sabiduría. Cabe preguntarse retóricamente si ¿la gran mayoría de jueces del Perú, goza de tales virtudes?

Lo mismo sucede con el ideal de justicia y otros valores, los cuales deberían ser presupuestos universales de la actividad judicial, sin embargo, también se podría discutir en relación al juez, después de todo, la virtud más importante en la vida de sociedad, no solo implica una acción moral correcta, sino también, podría ser un cierto grado de conservadurismo con lo que se piensa, se tiene o se quiere (Pásara, 2019, p. 164).

Ser y hacer de juez, no es una labor automatizada ni mucho menos pasiva; siguiendo a la Salazar Bondy (2000:23), podría señalar que ser juez “no solo significa recibir simplemente determinados contenidos teóricos, sino asumir problemas y prepararse para responderlos de un modo original y creador”; ejercicio que, no aseguramos podría hacerlo un robot. Este último podría ser un invaluable apoyo, pero jamás reemplazar al humano. Casanovas (2015:834) precisa: “no se trata de sustituir al juez por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico”. Aquí, se suscribe la afirmación.

5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU REAL SENTIDO DE APLICACIÓN

Se ha destacado la importancia del juez en el proceso judicial, sus aspectos cualitativos que hacen trascendente e irremplazable su actividad, sin embargo, no se puede tampoco negar la realidad y el futuro de la misma, tanto desde los avances de la ciencia y tecnología, como desde el *status quo* de la administración de justicia en el Perú.

Es necesario mencionar que en la actualidad se emplean herramientas tecnológicas como audiencias en vivo, chats en tiempo real, videollamadas, mensajes de texto, entre otras herramientas tecnológicas, que difícilmente caigan en desuso una vez superadas las dificultades propias de la crisis mundial, que meritaban el empleo – casi por obligación material- de estos elementos; de hecho, se debe mencionar que la familiarización con estos medios, ha sido progresiva e incremental, lo que ha permitido con el transcurrir del tiempo una mejor interacción entre los jueces, abogados, partes interesadas y la ciudadanía en su conjunto.⁽⁶⁾

Aun así, este paso es muy pequeño considerando lo que nos ofrece la tecnología, en tanto, solo constituye una especie de renovación de prácticas comunes y cotidianas en los pasillos judiciales, no se observa una mejora sobre el propio sistema judicial, aún para gran parte de la sociedad, es bastante lento, remotamente inasequible y en muchos casos, hasta ininteligible, por ende, de lo que

(6) Se debería realizar la pregunta: ¿qué es lo que realmente quieren los justiciables?, ¿la preservación de los métodos y protocolos, o la resolución de sus dilemas en concreto?, quizá uno de los temas más trascendentales tanto para jueces como para operadores jurídicos, es pensar en lo que quieren las partes procesales, o en su defecto, los clientes, lo que hace hincapié en la consecución de resultados más allá de las formas o actos que conllevaron a estos.

se trata no es tanto “automatizar” o “digitalizar” prácticas cotidianas, sino que a través de la tecnología, se logre una verdadera transformación.

Ha señalado Susskind (2020:56) que la real dimensión del empleo tecnológico es que permita realizar tareas y prestar servicios que no hubieran sido posibles, o incluso inconcebibles en el pasado, de tal manera que la transformación, si bien es gradual, también es profunda al mismo tiempo.

Y en este punto, también se puede señalar que, no solo hay una especie de automatización – con o sin uso de la tecnología- de toda la actuación procesal, sino que tal como ha señalado Nieva (2018:44), incluso la forma de resolver los litigios es mecanizada, existe todo un cuerpo repetitivo que conlleva a una sentencia, en efecto, destaca el mismo autor, que si bien esta forma es repetitiva y hasta cierto punto predecible, también es importante señalar que existen variables de naturaleza cognitiva y afectiva que se hacen presente en algunos casos.

Ahora bien, la última afirmación ¿fundamenta el futuro de los jueces robots? La pregunta es muy tentativa, sin embargo, como se ha sostenido, son estas variables la que demuestran la impronta del juez en el proceso, para bien o mal en la toma de sus decisiones, sin embargo, esto último no viene a colación con la aplicación de la tecnología, sino con el grado de formación cognitiva, procedimental y metacognitiva de los futuros magistrados.

Otro punto importante a resaltar es que, conociendo que la programación de las máquinas, responde a una base de datos previa, también se está en la síntesis que determina que esta programación contiene las particularidades del programador, es decir, al no realizar por sí misma tareas de ejecución cognitiva -tales como la atención, procesamiento de datos, toma de decisiones-, el robot termina por ser el cúmulo de información de lo ya conocido, de lo que existe, y por lo tanto, su razonamiento se comprime a tal supuesto. Esto es una clara desventaja frente a la innovación judicial, frente al razonamiento sobre los cambios paradigmáticos que afronta la sociedad y que, por consecuencia, impactan en el derecho; De Trazegnies (2013:124) lo describe magistralmente:

(...) las cosas serían muy simples sí, de acuerdo a quienes adhieren a un positivismo muy difundido en nuestro medio (pero ciertamente muy lejano del verdadero positivismo kelseniano, como veremos a continuación) la verdad jurídica fuera una sola y pudiera ser perfectamente demostrada en cada caso con un razonamiento inteligente e irrefutable. en consecuencia, desde esta perspectiva todo problema jurídico tiene una solución y solamente una: el experto es aquel que sabe encontrar la solución verdadera.

(...) Podríamos así decir que una vez que a estos “superjuristas”, jueces y abogados, les hayamos extraído, poco a poco, pacientemente y a pesar de ellos, todo el zumo de su saber consciente e inconsciente, tendremos un “sistema experto” jurídico que nos dará siempre la “correcta” interpretación de las normas y que podrá reemplazar a los jueces.

Con cierta ironía, se ha descrito perfectamente una justificación del por qué cualquier innovación tecnológica aplicada a una función tan sensible como la de administrar justicia no es tan sencilla, sin embargo, es menester de este capítulo, brindar algunas reflexiones que pudiesen ser viables en un futuro.

En primer lugar, en relación a la utilización de tecnologías, la videoconferencia o telepresencia ha llegado para quedarse, desde la perspectiva del autor, los tribunales cada vez más irán programando audiencias a través del empleo de estas herramientas, después de un tiempo de ensayo -casi por obligación- la respuesta de los operadores jurídicos es unívoca: funciona, y funciona bien. El incremento de la calidad y la sensación de presencialidad irán incrementando en la medida que se mejoren los ajustes técnicos y que la propia tecnología continúe su camino de perfeccionamiento continuo.

En segundo lugar, es posible la resolución de determinados problemas relacionados al acceso a la justicia a través de mecanismos automatizados, en este sentido, los sistemas que se aplican en el sector privado, pueden trasladarse al sector público, no tanto en lo relacionado a la actividad jurisdiccional, sino más bien, en la actividad prestacional que involucra la justicia en el país, lo que compone una justicia de calidad e institucionalizada, así lo comprende Katsh y Rabinovich-Einy (2017:47), cuando precisan que para actividades centradas en la comunicación, el uso de herramientas virtuales puede terminar con acabar con la necesidad de un mediador u otro tipo de figura asistencial, encontrándose soluciones que coadyuven a la satisfacción de los justiciables.

En tercer lugar, por lo expuesto anteriormente, ha quedado precisado que los robots no pueden – y se considera que no podrán- emular la capacidad de emoción, creación, razonamiento y sobre todo, sentimiento hacia el caso expuesto, por lo que, los jueces robots están limitados a bases de datos y el procesamiento de información; esto se correlaciona con el hecho que, la motivación propia del juez aún está lejos del alcance de la inteligencia artificial, en tanto al menos hasta el día de hoy, los sistemas informáticos no pueden dictar sentencias sobre la base de la razón, fundamentadas en argumentos sustantivos y adjetivos.

En cuarto lugar, se observa que las herramientas tecnológicas, tienden a determinar probabilidades y riesgos con mayor certeza, lo que en términos de resultados juega un papel importante, tanto para operadores del derecho como para los propios clientes, de alguna u otra forma, se permite conocer las predicciones ante determinados casos similares. Esto no es baladí, porque en tanto mayor información se acumule, mayor grado de certeza se tendrá; por supuesto, este empleo tampoco será aplicable para los casos complejos, donde quizá, las reglas de interpretación o ponderación juegan un papel crucial para la resolución del litigio.

Finalmente, parafraseando a Zolezzi (2012:177), los juicios y los jueces -quienes son directores de estos-, sirven para definir el estatus de una persona, para dilucidar sus razones, y para comunicarlas tanto a la opinión pública como a su propia intimidad; sirven para establecer una verdad con la cual se aprenderá a vivir en adelante, pese a que puede o no coincidir con lo acontecido en la realidad, de tal manera que los jueces deben eliminar las brechas de la injusticia, cuestión tan esencial que al día de hoy no está al alcance de nadie más que el propio ser humano, ser que por naturaleza comprende la justicia desde sus esfera ontológica, esto porque solo él “está ubicado en la unión del mundo del ser y del mundo del deber ser” (Nieto, 1976, p. 3).

6. REFLEXIONES FINALES

En estas breves líneas se ha realizado un ejercicio intelectual y didáctico, poniendo de manifiesto la posibilidad de existencia – o, mejor dicho, de utilización- de un juez robot. Las implicancias y las

diversas aristas – tanto teóricas como funcionales - que toma consigo tal consigna, puede dejar un sabor agri dulce en el lector. No era la intención.

En efecto, no tenemos duda que, si existe un abogado robot, puede por defecto de consecuencia, existir un juez robot; sin embargo, enfatizamos no su posibilidad material – que consideramos altamente factible-, sino su real importancia, es decir, ¿para qué querer un juez robot?

Tampoco dudamos que parte de los avances de la tecnología representan un doble desafío para la cultura jurídica a la que estamos acostumbrados, por un lado, todo el nuevo conocimiento y manejo que proporcionan las herramientas tecnológicas, y por otro lado, la aceptación al campo, de alguna u otra manera, la gran mayoría de abogados tendemos a sentirnos seguros con lo ya conocido, y hasta cierto punto, hacemos fuerza ante la transformación, quizá estas líneas son un punto más de reflexión en torno a nuestra disposición hacia las nuevas tecnologías que involucran el progreso de los sistemas judiciales.

Aproximarnos a los avances tecnológicos en este sentido, abre más puertas con preguntas que las cierra con respuestas. Lo humano de la actividad judicial, es el sentir de la justicia, como valor social y como virtud personal; el preludio de aquello, es la comprensión de un dilema humano expresado en una demanda o denuncia. Y esto en efecto, hasta el día de hoy, no lo puede hacer un robot, su naturaleza se lo impide. Somos creadores “de segunda”, si lo vemos desde la robótica, porque no podemos dotar de nuestra humanidad a un robot, al menos por ahora no. No dotamos de lo que, en sentido lato, nos hace quienes somos, y por eso nuestro robot, no será el juez de la demanda que interpondré el día de mañana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alzamora, M. (1987). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Décima edición. EDDILI.
- Antoniú, G., y Van Hermelen, F. (2010). *Manual de web semántica*. Segunda edición. Traducción de Nuria Casella y Manuel Atencia. Editorial Comares.
- Berizonce, R. (2010). *Derecho procesal civil actual*. Librería Editora Platense S.R.L.
- Buenaga, O. (2017). *Introducción al derecho y a las ciencias jurídicas*. Dykinson.
- Carnelutti, F. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Colección jurídica Aguilar.
- Casanovas, P. (2015). Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno en J. Fabra y A. Nuñez (edit), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 825-887). Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cellan-Jones, R. (1 de noviembre de 2017). *The robot lawyers are here and they're winning*. Bbc news. <https://www.bbc.com/news/technology-41829534>
- De Trazegnies, F. (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius et veritas*, (47). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 112-130.

- González, D. (2020). *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Palestra Editores.
- González, N. (2014). *Lecciones de Derecho Procesal Civil. El proceso civil peruano*. Jurista Editores.
- Hartnell, T. (2007). *Inteligencia artificial, conceptos y programas*. MSX.
- Katsh, E., y Rabinovhich-Einy, O. (2017). *Digital Justice: Technology and the Internet of Conflict*. Oxford University Press.
- Legaltechies. (20 de setiembre de 2017). *Qué es y para qué sirve en verdad ROSS Intelligence*. Legaltechies. <https://legaltechies.es/2017/09/20/que-es-y-para-que-sirve-en-verdad-ross-intelligence/>
- Legaz y Lacambra, L. (1978). *Filosofía del derecho*. Casa Editorial BOSCH.
- Luzuriaga, L. (1966). *La educación de nuestro tiempo*. Editorial Losada S.A.
- Martínez, G. (2012). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos*, (82). Universidad Autónoma Metropolitana. 827-846.
- McCarty, J. (1987). Generality in Artificial Intelligence. Turing award lecture. *Communications of the ACM*, 30(12). ACM. 1030-1035. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.133.3043&rep=rep1&type=pdf>
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Nieto, A. (2019). *Una introducción al derecho*. Tirant lo Blanch.
- Nieto, L. (1976). *La interpretación de las normas jurídicas*. Ediciones Tiempo Presente.
- Palomino, T. (1996). El juez robot. *Vox Juris*. 6(6). Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres. 275-292.
- Parodi Remón, C. (2004). *El Derecho Natural Humanista. Del sistema legal al sistema jurídico*. Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres.
- Pásara, L. (2019). Tres claves de la justicia en el Perú. Jueces, justicia y poder en el Perú/ la enseñanza del derecho/ los abogados en la administración de justicia. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2011). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sacristán, E. (2013). El papel del juez en los problemas de coordinación. [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2610/1/papel-juez-problemas-coordinacion.pdf>
- Salazar Bondy, A. (2000). *Iniciación filosófica*. Editorial Mantaro.
- Susskind, R. (2020). *Tribunales online y la justicia del futuro*. Traducción por Gea Textos. La Ley y Wolters Kluwer.

The Technolawgist. (12 de junio de 2019). *Estonia se prepara para tener “jueces robot” basados en inteligencia artificial*. The Technolawgist. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

Torres, J. (2017). Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales. *Pensamiento Americano*, 10(19). Sello Editorial Coruniamericana. 210-227.

Zolezzi, L. (2012). *Derecho en contexto*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Zubiri, X. (1966). *Cinco lecciones de filosofía*. Sociedad de Estudios Publicaciones Madrid

La utilidad de la prueba indiciaria en la investigación criminal a partir de la película “El secreto de sus ojos”(*)

The usefulness of circumstantial evidence in the criminal investigation on the film “El secreto de sus ojos”

Juan Alonso Solano Calderón ()**

Universidad Privada del Norte

Resumen: En el año 2021, IUS 360, el portal jurídico de la asociación IUS ET VERITAS, junto con Legis.pe desarrollaron la primera edición de “Createarte”. Se recibieron diversos artículos que relacionaban obras musicales, teatrales o películas con alguna institución del Derecho. El presente artículo es el ganador del primer puesto en dicha convocatoria.

El autor analiza la película chilena “El secreto de sus ojos” a partir de la prueba indiciaria en el proceso penal. Esta película se centra en el asesinato de Liliana Colotto, quien también fue violentada sexualmente y agredida físicamente. Se analizan los diferentes indicios que siguen los protagonistas del filme para capturar al sospechoso.

Palabras clave: Prueba indiciaria - El secreto de sus ojos - Investigación Criminal - Createarte - Material probatorio - Derecho Procesal Penal

Abstract: In 2021, IUS 360, the legal portal of the IUS ET VERITAS, with Legis.pe developed the first edition of “Createarte”. Various articles were received that related musical, theatrical or film works with legal institutions. This article is the winner of the first place of that contest. The author analyzes the Chilean film “El secreto de sus ojos” through the circumstantial evidence in the criminal process. This film focuses on the murder of Liliana Colotto, who was also sexually assaulted and physically assaulted. The different indications that the protagonists of the film follow to capture the suspect are analyzed.

Keywords: Indicial evidence - El secreto de sus ojos - Criminal Investigation - Createarte - Evidence material - Criminal Procedural Law

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 18 de abril del 2021 y su publicación fue aprobada el 20 de diciembre del 2021.

(**) Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada del Norte e integra el Instituto Peruano de Derecho y Literatura. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1639-9477>

1. INTRODUCCIÓN

A menudo se suele considerar al Derecho como un campo de estudio desvinculado de otras áreas de las humanidades, tales como la literatura, el arte, la música, la poesía o el cine. En ese sentido, se refleja un marcado escepticismo de los juristas por entablar dichos vínculos, puesto que se continúa dirigiendo la atención hacia los inagotables debates en torno a la aplicación de normas jurídicas y el fomento de arraigados dogmas.

No obstante, respecto a tal perspectiva se puede ejercer una resistencia legítima, a partir de la cual, los operadores jurídicos empiecen a interiorizar una nueva visión del Derecho, que les permita ser multidisciplinarios y entablar relaciones más cercanas con otros campos de estudio. De esa manera, ante los vacíos o formalismos jurídicos que limiten el descubrimiento de la verdad de los hechos de un caso, se podrá recurrir a otras fuentes de conocimiento que factiblemente pueden dotar de contenido a instituciones jurídicas y contribuyan a su solución.

En esa línea, el presente trabajo pretende ser una muestra de lo anteriormente descrito, fortaleciendo los vínculos entre Derecho y cine desde el análisis de la película argentina "El secreto de sus ojos", que relata una historia que va más allá de la investigación de un delito, debido a que se intenta descubrir, en base a indicios, los secretos que esconde la retina y el lenguaje oculto de las miradas del ser humano. Así, en primer orden, se realizará un estudio de la prueba indiciaria como institución propia del derecho procesal penal, explicando sus alcances conceptuales, sus elementos configurativos y su importancia dentro de la investigación del delito. Posteriormente, se advertirá la aplicación de los elementos de la prueba indiciaria en las principales escenas de la película "El secreto de sus ojos". Finalmente, se emitirá una conclusión general que promueva una perspectiva holística de las ciencias jurídicas.

2. ALCANCES PRELIMINARES DE LA PRUEBA INDICIARIA

La prueba indiciaria como institución jurídica, mayoritariamente estudiada en el ámbito del Derecho procesal penal, exige tener como principal referencia al hecho delictivo; ello, porque no todos los sucesos requieren de un exhaustivo análisis en su investigación. Así, encontraremos hechos en los que se presente material probatorio que no necesite de un especial razonamiento, ya que del propio contenido de las pruebas se puede determinar la comprobación de la hipótesis fáctica; empero, se presentarán hechos que no podrán ser acreditados de esa manera, dado que su descubrimiento resulta difícil, entiéndase como hecho difícil aquel donde el problema jurídico procesal acoge una resolución de índole compleja del razonamiento probatorio (Calvo, 2001, p. 16). Justamente, las dificultades probatorias en la investigación de un hecho difícil permiten recurrir a métodos basados en la construcción de indicios como la denominada prueba indiciaria.

En esa lógica, la prueba indiciaria constituye "una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta" (Mixán, 1995, p. 22). Esto implica que se trata de un método probatorio, cuyo eje central es la corroboración del hecho o indicio fuente, el cual deberá ser debidamente justificado mediante la utilización de un razonamiento basado en reglas de la lógica, la experiencia o la ciencia.

Arribar a tal nivel de razonamiento, sugiere el estricto cumplimiento de tres elementos: el indicio, la inferencia lógica y el hecho inferido. El indicio es definido por Dellepiane (1989, p. 57) como “todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”. En base a ello, se puede considerar que constituye un elemento vital de la prueba indiciaria, al permitir la identificación del hecho que será objeto de corroboración para su posterior vinculación inferencial. Así pues, la inferencia lógica es también importante “porque sin él el indicio no tendría sentido” (Cusi, 2016, p. 73); por ende, su concretización dependerá de la suficiencia objetiva del razonamiento que aplique el órgano investigador, porque deberá arropar la inferencia del hecho fuente y el hecho concluyente con reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. A partir de ello, se podrá obtener un hecho inferido o la premisa concluyente, que “es el resultado de una inferencia probatoria que nos lleva a conocer algo nuevo o no conocido antes de ella” (Zavaleta, 2018, p.207).

De esa forma, la prueba indiciaría será capaz de “convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta” (García, 2010, p. 56). Esto es importante dentro de la actividad judicial, debido a que genera en el órgano investigador y decisor, una visión holística de los hechos objeto del proceso, complementando el arraigado pensamiento jurídico con categorías propias de la ciencia, la lógica y las características que la propia experiencia pueda darnos dentro de una determinada realidad social.

3. LOS INDICIOS ESTÁN EN LOS OJOS

Si tendríamos que buscar un caso que cumpla con las características exigidas para la aplicación de la prueba indiciaria y con la tarea de fortalecer los vínculos entre el Derecho y el arte, indudablemente, tenemos que mencionar a la película “El secreto de sus ojos”; cuya trama desarrolla cada uno de los presupuestos requeridos dentro de una investigación criminal basada en indicios. Es decir, se logra obtener un indicio justificado por una inferencia lógica que permitió arribar a un hecho inferido, concretamente, la plena identificación del responsable de un violento asesinato.

Esta película tiene como eje central el brutal asesinato de Liliana Colotto, quien fue violentada sexualmente y agredida físicamente por los embates de un sujeto hasta ese momento desconocido. El conocimiento de esta causa fue evitado por las diferentes secretarías del sistema judicial argentino, hasta que forzosamente fue asignado al despacho judicial conformado por Irene Menéndez, secretaria del despacho y amante silenciosa; Pablo Sandoval, personal judicial y eterno bohemio; y, Benjamín Espósito, agente judicial que desarrolló un especial vínculo con el caso Colotto y cuyo ímpetu resistió las barreras de la justicia argentina, tales características fueron fundamentales para el hallazgo de indicios dentro de una investigación que parecía estar destinada al archivo.

Uno de los primeros indicios se advierte cuando el agente judicial, Benjamín Espósito, acude a la casa de Ricardo Morales, esposo de Liliana Colotto; a fin de conocer los detalles de la vida que compartían. En dicho lugar, se le muestra un álbum de fotos que recopilaba diversos momentos de la pareja, resaltando en varias de éstas, un sujeto cuya mirada continuamente se dirigía a la víctima. Ello llamó la atención del agente Espósito, quien dedujo que tales miradas reflejaban una adora-

ción silenciosa de referido sujeto hacia la agraviada, considerando que en virtud de la experiencia es posible atribuir intenciones a integrantes de un grupo (Von Wright, citado por Coloma y Agüero, 2014). Por tal razón, decidió preguntarle al señor Ricardo Morales, si conocía la identidad de referido sujeto, logrando identificarlo con el nombre de Isidoro Gómez, al revisar la descripción que se había consignado en la tapa del álbum de fotos.

El indicio basado en la mirada de Isidoro Gómez, había dejado muy intrigado al esposo de la víctima, quien desde sus formas decidió obtener mayores indicios sobre las intenciones de dicho sujeto con Liliana Colotto. Es así que, haciéndose pasar por el intermediario de un Concejal que necesitaba trabajadores, realizó una llamada a la casa de Isidoro Gómez, respondiendo la madre de éste, quien le manifestó que ya no vivía con ella, porque se había mudado a la ciudad de Buenos Aires para trabajar en una construcción. De igual manera, terminó por brindarle el indicio vinculatorio que buscaba, al manifestarle que Isidoro Gómez y Liliana Colotto, habían sido novios del barrio y que el primero de éstos todavía guardaba un profundo gusto hacia ella. Naturalmente, las consecuencias generadas por aquella llamada fueron contraproducentes para el órgano de investigación, considerando que puso en alerta al sospechoso, quien dejó su puesto de trabajo en la construcción y huyó de la habitación en donde se encontraba, volviendo inútiles los actos de investigación desplegados para su detención.

La imposibilidad de ubicar al principal sospechoso del asesinato de Liliana Colotto y la ausencia de corroboración de los indicios que lo sindicaban, se convirtieron en reales obstáculos para el descubrimiento de la verdad de los hechos. En razón a ello, Benjamín Espósito entendió que debía escapar de las formalidades del derecho, ingresando sin mandato judicial y en compañía de su bohemio amigo, Pablo Sandoval, a la casa donde vivía la madre de Isidoro Gómez, en la ciudad de Chivilcoy. Allí intentaron buscar algún elemento probatorio que les permita corroborar los indicios que previamente se habían planteado en contra de aquel sujeto; sin embargo, únicamente lograron encontrar diversas cartas que éste le había remitido a su madre, las que serían de vital importancia para determinar su ubicación, a través de inferencias basadas en la lógica y la experiencia.

En dicho contexto, las cartas fueron el elemento corroborativo de los indicios formulados en el caso Colotto, a causa de una profunda reflexión respecto al comportamiento humano y las pasiones, que compartió Pedro Sandoval con Benjamín Espósito. De modo que, con la ayuda de uno de los amigos de copas de Pedro Sandoval, desarrollan un razonamiento inferencial del contenido de las cartas, estableciendo su vínculo con históricos jugadores del equipo de fútbol argentino, Racing Club de Avellaneda, obteniendo como hecho inferido que su pasión era dicho equipo y probablemente seguiría sus pasos como fiel aficionado. Lo que permitió la formulación de la siguiente frase: "El tipo puede cambiar de todo, de cara, de casa, de familia, de novia, de religión, de Dios, pero hay una cosa que no puede cambiar, Benjamín. No puede cambiar de pasión" (Campanella, 2009). Ello, nos lleva a inferir que las pasiones de Isidoro Gómez terminaron siendo los principales indicios, siendo sindicado como sospechoso del asesinato de Liliana Colotto, en razón del indicio deducido en su mirada; y, posteriormente, fue ubicado y capturado en el estadio donde jugaba el equipo de sus amores, a partir del indicio advertido en las cartas que le enviaba a su madre.

4. CONCLUSIÓN

Las intenciones que persigo con estas líneas no se agotan simplemente en advertir vínculos particulares entre el derecho y el cine. Lo que se pretende es que la academia jurídica abra paso a la innovación y comience a entablar puentes con áreas de estudio que tienen el mismo objeto de preocupación, la sociedad; pues, poco se ha dejado para la formación del ser, para el conocimiento que se puede adquirir por medio de un involucramiento hacia el arte, el cine, la literatura, la poesía, entre otros ámbitos de las humanidades, siendo espacios que como hemos evidenciado en este trabajo, han generado un entendimiento próximo a las necesidades, las pasiones y los secretos que esconde el hombre, detrás de un hecho criminal.

Referencias bibliográficas

- Calvo, J. (2001). Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados). Dialnet, 13-33. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/257650.pdf>
- Campanella, J.J. (2009). El secreto de sus ojos [película]. Haddock Films.
- Coloma, R. y Agüero, C. (2014). Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. Scielo, 673-703. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200011
- Cusi, J. E. (2016). La Motivación de la Prueba Indiciaria en Materia Criminal. Idemsa.
- Dellepiane, A. (1989). Nueva Teoría de la Prueba. Temis.
- García, P. (2010). El valor probatorio de la prueba por indicios en el Nuevo Código Procesal Penal. Revistas UDEP, 54-69. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1528>
- Mixán, F. (1995). Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos. Ediciones BLG.
- Zavaleta, R. E. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. Revistas PUCP, 197-219. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/20388/20320/>

IUS 360

INFORMACIÓN JURÍDICA SIN LÍMITES

IUS 360 es el portal jurídico de la Asociación Civil IUS ET VERITAS fundada el 24 de noviembre del 2011. En ocasión a su 10mo aniversario, se ha realizado este libro multitemático y arbitrado con artículos de destacados/as abogados/as a nivel nacional, así como un artículo internacional.

ISSN 1144 875X



9 771144 875007