II ÉPOCA, núm. 01
Septiembre - Diciembre 2025

REVISTA

JUSTICIA

Corte Superior de Justicia de Junín



Contribuciones jurídicas desde la experiencia jurisdiccional.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

GESTIÓN INSTITUCIONAL
Primer semestre
Enero - Agosto 2025

I CONGRESO INTERNACIONAL
"Derecho, Proceso y Justicia"

DIRECTOR:
Neil Erwin Ávila Huamán

CONSEJO CONSULTIVO

Angelo Venchiarutti
Barbara Pozzo
Miguel Polaino-Orts
Michele Graziadei
Diana Ramírez Carvajal
Pedro Manuel Quesada López
José Mauricio Arredondo Del Río
Itati Demarchi Arballo
Andrés Falcone
Leonardo Moreno Holman
Tania Gabriela Villacreses Briones
Raúl Alfaro Telpalo
Ignacio Soba Bracesco
Carlos Polanco Gutiérrez

COMITÉ DIRECTIVO

Mitchel Ricky Torres Benito
Esau Castillon Chanco
Dante Reynaldo Torres Altez
William Raul Rojas Lazaro
Manuel Mantari Molina
Alida Soledad Velásquez Vivas
Luz Maribel Barrios Morales

COMITÉ EDITORIAL

Ever Bello Merlo
Pedro Manuel Quesada López
Teresa Cardenas Puente
Jhonattan Ronnie Armas Prado

EQUIPO TÉCNICO

Karina Melissa Brañez Meza
Andrea Yuliana Torpoco Rivera
Frank Max Augusto Durand Avila
Paúl Yance Zamudio
Jackhelyn Roxana Perez Lanazca
Gina Guth Poma De La Cruz
Jaquelin Jasury Inga Lizano

JUSTICIA

II Época, número 01, septiembre – diciembre 2025
© Corte Superior de Justicia de Junín (CSJJU)
Jr. Parra del Riego N° 400 - El Tambo - Huancayo - Junín – Perú.
Tiraje: 500 Unidades
Edición Impresa: TAC PERU S.A.C.
Diseño de portada y contraportada: Jaquelin Jasury Inga Lizano (Equipo técnico)
Diagramación de interiores: Jaquelin Jasury Inga Lizano (Equipo técnico)
Foto de portada: Cuadro del vitral de la Dama de la Justicia que se encuentra al ingreso del área de presidencia de la CSJJU.
Foto de Contra portada: Plaza Constitución de Huancayo.
Crédito de la Foto: Oficina de Imagen Institucional – CSJJU.
Depósito Legal N°2025-09887
ISSN 3119-7043
Versión electrónica disponible en: https://web.csjjunin.gob.pe/web/revistas

PRESENTACIÓN



Ricardo Corrales Melgarejo
Presidente de la CSJJU.

Luego de una prolongada ausencia, la Revista JUSTICIA abre sus páginas, en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional entre la Corte Superior de Justicia de Junín (CSJJU) y la Universidad Nacional del Centro del Perú, a fin de iniciar el proceso de indización mediante la empresa internacional LATINDEX, y ante el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CONCYTEC). Cabe recordar que, esta revista institucional fue creada en el año 2004, y desde ese entonces se publicaron 14 números, permitiendo a los jueces, juezas y personal jurisdiccional publicar sus investigaciones y trabajos académicos, a partir de su experiencia jurisdiccional.

Ahora, cual ave fénix, la Revista JUSTICIA vuelve a la palestra, en un año que exige a la judicatura nacional y a la comunidad jurídica afrontar nuevos retos y desafíos en la lucha por el Derecho, pues, al ingresar a un periodo electoral, el debate académico será mucho más intenso en su contribución con los planes de gobierno de las tendencias políticas en disputa por el poder.

Ciertamente, que a las juezas y los jueces nos corresponde una posición de neutralidad e independencia, sin embargo, en cuanto a los aportes eminentemente académicos en el desarrollo de la juridicidad siempre serán bienvenidos.

La edición que hoy da a luz, reúne las voces de jueces, juezas y personal jurisdiccional, asimismo, publicamos las ponencias de los expositores nacionales e internacionales asistentes al I Congreso Internacional “Derecho, Proceso y Justicia”, un evento académico sin parangón en la Región Junín, realizado en la incontrastable ciudad de Huancayo, entre el 5 al 16 de Agosto de 2025. En tal magno evento, participaron expositores de los países hermanos de Italia, España, México, Venezuela, Colombia, Ecuador, Chile, Uruguay y Argentina, de modo presencial o virtual. Tal encuentro, fue una excelente oportunidad de diálogo jurídico de dos mundos, en la que jueces y juezas intercambiaron experiencias y conocimientos con 17 expositores regionales, 21 nacionales y 13 internacionales, unidos en la tarea común de brindar aportes en el análisis crítico y propuestas normativas de las instituciones jurídicas sometidas al debate.

Cabe destacar que, en dicho Congreso se llevó a cabo un inédito concurso de ponencias universitarias y de trabajadores de la CSJJU, cuyo jurado estuvo conformado por juristas notables, quienes eligieron a los cuatro primeros puestos. Esta actividad académica tuvo como propósito estimular la investigación jurídica en la región, cuyas ponencias también publicamos en la presente edición, de acceso mediante código QR.

Finalmente, dedicamos algunas páginas sobre el informe de gestión de esta presidencia por el primer semestre del año y los discursos de orden. Hago propicia la ocasión para invitar a los jueces, juezas y personal judicial a que presenten sus artículos de investigación y opinión para publicarlos en el próximo número de la revista.

Editorial

VIII Congreso de Mujeres Líderes Andinas de la Corte Superior de Justicia de Junín "Ana de Tarma, heroina peruana"



Neil Erwin Ávila Huamán[1]
Director

Desde su instauración en 2018, el Encuentro de Mujeres Líderes Andinas se ha erigido como un hito institucional y social, constituyendo un espacio de articulación estratégica, empoderamiento real y visibilización protagónica del liderazgo femenino en la región Junín. Bajo la conducción visionaria de la Corte Superior de Justicia de Junín, este evento ha trascendido la mera conversación para convertirse en un motor de transformación y un referente de buenas prácticas en la promoción de la igualdad y el fortalecimiento del rol de la mujer andina en todos los ámbitos de la vida pública. La primera edición, celebrada en la provincia de Huancayo, marcó el inicio de un recorrido que, con paso firme, se ha desplegado hacia diversas provincias como Concepción, Chupaca, Jauja y otras jurisdicciones, expandiendo su impacto y tejiendo redes sólidas de colaboración y liderazgo.

Cada edición ha sido una oportunidad para derribar barreras, forjar alianzas, incidir en políticas públicas y desarrollar capacidades estratégicas, situando a las mujeres andinas como agentes de cambio y constructoras de un futuro más justo e inclusivo. En esta octava edición, que tendrá como escenario la emblemática provincia de Tarma, se renueva con vigor el compromiso de la Corte Superior de Justicia de Junín de impulsar un liderazgo femenino robusto, inclusivo y con enfoque de derechos humanos.

Este encuentro reconoce la diversidad cultural y territorial como una riqueza invaluable, reafirmando que la voz de las mujeres andinas no solo debe escucharse, sino ocupar un lugar central en la agenda pública y en la administración de justicia, construyendo así una sociedad donde la equidad y la dignidad sean pilares inquebrantables.

Celebramos, la feliz coincidencia de dicho magno evento próximo con la aparición de la Revista JUSTICIA, que se une con este editorial en la difusión del VIII Congreso que lleva por nombre "Ana de Tarma", en homenaje a la precursora heroica en la independencia patria.

Finalmente, hacemos votos para que esta Revista logre su indización, saludamos a los juristas que aceptaron integrar su Consejo Consultivo, y nuestro agradecimiento al equipo de trabajo que ha hecho posible su publicación.

[1]Abogado por la Universidad Peruana Los Andes (UPLA), posee una Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Alas Peruanas (UAP). Actualmente ejerce como Juez Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Huancayo. Asimismo, se desempeña como responsable distrital de la Comisión Distrital de Acceso a la Justicia y del programa Justicia en tu Comunidad, en la Corte Superior de Justicia de Junín. Su trayectoria profesional abarca funciones jurisdiccionales y de coordinación en iniciativas de justicia inclusiva y formación legal. Como Docente Principal de la Academia de la Magistratura (AMAG), ha contribuido activamente a la capacitación de operadores jurídicos. Su tesis doctoral se orienta al fortalecimiento del sistema judicial laboral, proponiendo lineamientos estructurales de alto impacto para su mejora institucional.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

PRESENTACIÓN 3
EDITORIAL 4
DISCURSOS DE PRESIDENCIA 2025 8
DISCURSO DE APERTURA DEL AÑO JUDICIAL 2025 8
DISCURSO POR EL 105 ANIVERSARIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN 14
DISCURSO DEL DÍA DEL JUEZ Y DE LA JUEZA 22
REFLEXIONES 27
Dra. Cárdenas Villegas Miriam Luz
Dr. Vicuña Zamora Jesús
Dr. Cajincho Yañez Doris
PRONUNCIAMIENTO NRO. 01-2025 28
I. ARTÍCULO DE JUECES Y JUEZAS 29
LAS CONDICIONES DE LA ACCIÓN: REFLEXIONES SOBRE SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL 29
Teófanes Edgar Auqui Huerta
PRINCIPIOS ÉTICOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA INTERGENERACIONAL 33
Teresa Cárdenas Puente
LA DISPOSICION DE BIENES SOCIALES: A PROPÓSITO DEL VIII PLENO CASATORIO CIVIL 36
Jhonattan Ronnie Armas Prado
LA VIOLENCIA EN EL HOGAR Y LA EXPECTATIVA DE LA FRANJA EDUCATIVA PARA LA SENSIBILIZACIÓN 41
Graciela Morales Montes
EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL 43
Néder Elías Mondargo Martínez
LAS RETENCIONES LEGALES EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA 46
Dante Reynaldo Torres Altez
Deivis Quintano Ignacio
Karol Sordomez Vargas
DISCRIMINACIÓN O TRATO DIFERENCIADO DE USOS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS DE USO DE CARÁCTER PÚBLICO A RAÍZ DE LA LEY Nº32331 50
Luz Maribel Barrios Morales
EL DEBIDO PROCEDIMIENTO EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS DEL SECTOR PÚBLICO: GARANTÍAS Y LIMITACIONES 54
Ivan Villarreal Balbin
EL JUEZ COMO ARQUITECTO DE UNA JUSTICIA REAL E INTERCULTURAL PARA EVITAR PEDIR PERDÓN 58
Ciro Alberto Martín Rodríguez Aliaga
LA VIOLENCIA...FAMILIAR 61

Walter Gerardo Llacza Asencios
LIMITES DE LA PREVALENCIA DE LA ORALIDAD SOBRE LA ESCRITURALIDAD EN EL NUEVO PROCESO LABORAL 63
Esaú Chanco Castillón
LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y LA ETAPA DE EJECUCIÓN 66
Leticia Quinteros Carlos
II. PONENCIAS DEL I CONGRESO INTERNACIONAL "DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA" 73
INTERSECCIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO LABORAL EN EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 78
Ricardo Corrales Melgarejo
DEL INADECUADO EFICIENTISMO LEGISLATIVO QUE HACE NUGATORIO EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS MININOS E IRRENUNCIABLES EN MATERIA LABORAL Y QUE DIFICULTAN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 118
José Mauricio Arredondo Del Rio
DAÑOS PUNITIVOS EN MÉXICO. SU TRASPLANTE POR VÍA JURISPRUDENCIAL Y EVOLUCIÓN RECIENTE 126
Raúl Alfaro Telpalo
EL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL 138
Johan Sandro Otoya Calle
BUENA SALUD Y MALA FAMA: LOS LÍMITES DEL PODER DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ 156
Alberto Huamán Ordóñez
CERCANÍA, LENGUAJE Y JUSTICIA SOCIAL: CUENTAS PENDIENTES DEL PODER JUDICIAL DESDE UNA MIRADA TRANSFORMADORA 168
Itati Demarchi Arballo
LA ILOGICIDAD DE LA SENTENCIA: UN PUNTO DE VISTA DESDE LA LÓGICA JURÍDICA 177
Miguel A. León Untiveros
LA INTANGIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS A PROPÓSITO DE LA LEY N.° 32322 192
Isaac Arturo Arteaga Fernández
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD 199
Angelo Venchiarutti
LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES EN EL DERECHO COMPARADO 212
Barbara Pozzo
DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA 225
Carlos Antonio Agurto Gonzáles

CONSENTIMIENTO INFORMADO, DISPOSICIONES ANTICIPADAS SOBRE EL TRATAMIENTO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO 239
Michele Graziadei
DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: SU DISTINCIÓN CON OTROS DERECHOS DEL SER HUMANO 251
Sonia Lidia Quequejana Mamani
GÉNERO, MIGRACIÓN Y ESTABILIDAD LABORAL DE LAS MIGRANTES VENEZOLANAS EN PERÚ" 265
Dil Rocsi Briceño Valera
EL CONTROL DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL ¿ES POSIBLE CELEBRAR AUDIENCIAS AL ESTILO DAUBERT EN URUGUAY? 269
Ignacio M. Soba Bracesco
ULTRACTIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ANÁLISIS COMPARADO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL PERÚ 284
Javier Huancahuari Moya
III. INFORME DEL PRIMER SEMESTRE DE GESTIÓN 2025 -2026 291

Discursos de Presidencia 2025

DISCURSO DE APERTURA DEL AÑO JUDICIAL 2025

Ricardo Corrales Melgarejo[1]
Presidente de la CSSJU.

Invocando a nuestros ancestros que se inmolaron en la batalla de Junín, por la independencia patria, a los pueblos del valle de El Mantaro que lucharon contra la invasión extranjera, gestas heroicas intitulan a esta ciudad como la Incontrastable. Al pie del Apu Huaytapallana y pidiendo la bendición del Padre eterno. Permítanme dirigirme a ustedes, aludiendo en principio sobre la grave coyuntura nacional en la que está inmersa el Poder Judicial; no obstante, apreciamos que los tiempos actuales exigen más que nunca una administración de justicia independiente, célere, imparcial, honesta e imbuida de una nueva concepción de la gerencia pública a partir de los conceptos de calidad total y reingeniería de los procesos. Un servicio de justicia inclusiva e innovador en el uso de tecnologías de vanguardia, centrada en las personas, cuya plena satisfacción será preocupación constante de la presente gestión que inauguramos hoy.

El diagnóstico del Distrito Judicial de Junín, se expresa en la exigencia de la ciudadanía usuaria, que clama celeridad en sus procesos judiciales. Para ello, resulta imperioso efectuar un gran cambio cualitativo en el servicio que prestamos.

Correspondiendo a las juezas y jueces, liderar este proceso de mejora continua y, conjuntamente con el personal jurisdiccional y administrativo, desarrollar nuestras potencialidades puestas al servicio de los pueblos del centro del Perú, a quienes nos debemos en la función pública de impartir justicia. A tal fin, la Sala Plena, la Junta de Jueces, el Consejo Ejecutivo Distrital, la Oficina Desconcentrada de la Autoridad Nacional de Control, la Gerencia Administrativa, las comisiones y comités existentes y los que se generen, deben cumplir un rol dirigente en este proceso de renovación institucional.

Sin embargo, la buena voluntad institucional no basta, es necesario e ineludible asirnos de instrumentos de gestión modernos y desprendernos de los manejos personalistas, intereses de grupo, superposición de funciones, de compartimentos estancos y estilos burocráticos tradicionales, que deben quedar en el pasado.

La figura del Juez aislado, en un despacho abarrotado de expedientes, debe dar paso al Juez activista procesal e institucional, que se compromete por el cambio en su realidad institucional, y se vincula con lazos sólidos a su entorno social, que organiza su despacho con métodos y estilos nuevos de gestión, que pugna individual y colectivamente por su mejora continua.

Lo anterior entonces; significa que nuestra Corte necesita un gobierno que adopte conceptos modernos de planeamiento estratégico, mostrando gran capacidad de gestión en su ejecución, en permanente diálogo y rendición de cuentas a la ciudadanía.

En lo jurisdiccional, el activismo institucional de su magistratura, resulta clave para implementar técnicas procesales novedosas, como la motivación en serie y audiencias de ejecución de sentencias, la automatización de los procesos y la aplicación de la Inteligencia Artificial como herramienta del juez y la jueza.

---

[1] Juez Superior Titular, Abogado por la UNFV, Máster en Magistratura Contemporánea: La Justicia del Siglo XXI, por la U. de Jaén, España; Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la U. Internacional de La Rioja, España; Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la UPLA; Estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la UNMSM; y, Docente de postgrado en la USS y la UPLA.

En tal virtud, se trata de gobernar un bienio de excelencia en el servicio de justicia centrada en la ciudadanía que demanda justicia.

En suma, trabajaremos por el fortalecimiento del desarrollo institucional, sobre la base en una cultura democrática de diálogo social, de planeamiento estratégico, transparencia, rendición de cuentas, administración por resultados y objetivos, que haga realidad el lema de esta gestión:

¡Por una Justicia pronta, honesta e inclusiva!

El desarrollo de una institución es una tarea necesariamente colectiva de sus integrantes, organizados en equipos de trabajo dinámicos y con sólidas relaciones interinstitucionales con los organismos que forman parte del sistema de justicia, en el emprendimiento de acciones conjuntas en la lucha contra la delincuencia, enfrentando desde la justicia independiente a las organizaciones criminales, en lucha frontal contra la corrupción del poder, atendiendo con celeridad las demandas de las víctimas de violencia de género y en el grupo familiar, así también, a los trabajadores y pensionistas que solicitan urgente tutela jurisdiccional, a todos los sectores de la ciudadanía brindarles una justicia imparcial y rápida en la protección y eficacia de sus derechos, sin discriminación por su condición económica, social, cultural o de cualquier otra índole.

Estamos convencidos que, es imprescindible la concreta y activa participación permanente de todas las colectividades laborales que constituimos la Corte Superior de Justicia de Junín, en las buenas prácticas siguientes:

EJES DE GESTIÓN:

1. Eje Jurisdiccional:

- Sentencias con motivación en serie y sentencias estructurales;
- Compendios jurisprudenciales de los órganos jurisdiccionales, organizados por especialidades y materias, y Audiencias de ejecución de sentencias;
- Plenos jurisdiccionales distritales; y
- Transformación digital de la Justicia, mediante la automatización de los procesos.

2. Eje Institucional:

- Oficina de presidencia itinerante;
- Congreso Internacional multidisciplinario;

  Revista Institucional;
- Comisión de ética e integridad;
- Seminario internacional anual de capacitación;
- Entrevistas con juristas por especialidades;
- Talleres especializados para la judicatura;
- Talleres para la justicia de paz;
- Expediente técnico y construcción del Palacio de Justicia de la Corte Superior de Justicia de Junín.







3. Eje Proyección social:

- Encuentros de lideresas andinas;
- Encuentros con los estudiantes de derecho;
- Encuentros con la abogacía;
- Encuentros con la fiscalía y PNP;
- Encuentros con los periodistas
- Encuentros con las organizaciones sindicales y Cámara de Comercio de Huancayo;
- Mesas de trabajo provinciales y distritales por la justicia;
- Programa de justicia de paz escolar;
- Activa participación en la Comisión Regional Anticorrupción de Junín y en el Comité Regional de Seguridad Ciudadana.
- Grupo de teatro en temas de justicia;
- Cines fórum y
- Uso intensivo de las redes sociales.





En consecuencia, se trata de una convocatoria a trabajar en equipo, aunando en este esfuerzo al Ministerio Público de Junín, Defensoría del Pueblo, al ilustre Colegio de Abogados de Junín, a las Facultades de Derecho y demás instituciones del sistema.

1. Cultura democrática constitucional

Como consecuencia de los efectos devastadores de la II Guerra Mundial, comenzó un proceso de internacionalización de los derechos humanos; es decir, un desarrollo sin precedente de los derechos humanos, más allá del reconocimiento interno de los Estados.

Esta situación trajo consigo la adopción de acuerdos internacionales de carácter universal y regional, generando obligaciones hacia los Estados suscriptores de estos acuerdos. En el Perú, existe una obligación taxativa de respetar los tratados y proteger los derechos humanos desde la Constitución de 1979 y también, en la Constitución actual de 1993.

Esto ha generado cambios significativos en nuestras instituciones políticas y jurídicas, e importantes transformaciones en nuestra legislación y jurisprudencia, proceso que aún no ha finalizado y que se encuentra camino a consolidarse.

La magistratura que suscribe este principio, se distingue por su decidido activismo constitucional hacia la concepción de los Derechos Humanos y los acuerdos internacionales suscritos por nuestro país, como fuente fundamental inspiradora en nuestra actuación pública y de nuestras resoluciones judiciales, comprometiéndonos a proyectar en la sociedad esta cultura de constitucionalidad y respeto por los Derechos Humanos y la Ley.

Siendo un bien común, se le debe promover en nuestra región central, pues, nuestro pueblo tiene derecho a la legalidad, ya que entre los logros que se deben a la humanidad está la licitud, en cuanto garante del orden social y la paz en justicia. Entonces, este principio propone un reto que asumimos resueltamente: La práctica y la cultura de la corrupción y el incumplimiento a la Ley, deben ser sustituidas por la práctica y la cultura de la legalidad constitucional y convencional.

¡He ahí, la importancia del rol disciplinario de los jueces en la sociedad!

El Perú es un país pluricultural, multiétnico y plurilingüe, el sistema jurídico nacional, convive con sistemas jurídicos de ancestrales comunidades campesinas y nativas que, también, merecen su reconocimiento, respeto e inclusión nacional, en la resolución de sus conflictos en el seno de su comunidad. En ese sentido, adoptamos como principio la permanente comunicación y coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia comunitaria, a fin de evitar abusos y exclusiones con los pueblos originarios del Perú, y en particular de la Región Junín. De ahí, que será tarea permanente apoyar a los jueces de paz de la región, y su capacitación permanente.



2. Independencia judicial

El ideal ciudadano en todo Estado Constitucional Social de Derecho Democrático, es que su Poder Judicial sea neutral al Poder Político, Económico o de otra índole, precisamente, como garantía de justicia imparcial, concretizada en decisiones judiciales que sólo respondan a los preceptos, valores y principios que contiene nuestra Constitución Política, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros acuerdos internacionales ratificados por nuestro País, y que ello, ilumine el esfuerzo interpretativo de nuestro ordenamiento jurídico para el caso concreto; asimismo, cuando los Jueces tengamos que impartir justicia, apelando a nuestro criterio de conciencia, lo razonable, proporcional y equitativo, inspire nuestras decisiones.

Así como el pez sólo puede existir en el agua, del mismo modo, la justicia puede impartirse en un ambiente de total independencia; por ende, es responsabilidad ciudadana, de la magistratura y sus autoridades, generar y preservar ese ambiente de neutralidad que la sociedad toda nos exige, para la salvaguarda y vigencia de los derechos convencionales, constitucionales y legales.

Pues, si se percibe injusticia, si en apariencia parece que la hay, el Poder Judicial se encontrará bajo la sospecha del descrédito; empero, cuando a los litigantes se les ofrece una justicia honesta, un debido proceso justo, predecible y célere, saldrán de las Cortes con la satisfacción, que en su caso, se ha hecho justicia. La mayoría de las personas que llevan una causa ante los juzgados están convencidas, que basta que una persona neutral y justa escuche su queja para que se imparta justicia.

Entonces, el Poder Judicial será una institución respetada por la ciudadanía, sean extranjeros o nacionales, ricos o pobres, empleadores o trabajadores, agraviados o procesados.

Para ello, la batalla por la neutralidad e independencia judicial, que nos proponemos desplegar en la Corte de Justicia de Junín, será decisiva para superar los embates que pretendan mellarla.

3. Ética Judicial

La modernización del Poder Judicial no sólo debe comprender la construcción de un palacio de justicia, lograr la celeridad en sus procesos, mejoras en las áreas administrativas y el uso de la tecnología informática; sino también, en afirmar una nueva cultura institucional de todos los magistrados, personal jurisdiccional y administrativo, fundamentalmente, en su componente ético.

Por ello, debemos crear equipos de trabajo especializados en cada área laboral, que impulsen la reingeniería y la calidad total de los servicios; empero, a la vez todos ellos en continuo reforzamiento ético, pues, el enaltecimiento espiritual de todas aquellas personas involucradas en la mejora continua institucional, es clave para coadyuvar el éxito del proceso emprendido.

Consciente de esta tarea, la magistratura que suscribe este principio, propone como política institucional, la organización y desarrollo permanente de la ética judicial, y que tiene como función principal: reforzar la conciencia ética de los magistrados, personal jurisdiccional y administrativo, abogados y litigantes usuarios del servicio de justicia, incluso comprendiendo en este proceso a los menores infractores de los centros juveniles, para combatir la ideología de la corrupción, venga de fuera o de dentro del Poder Judicial.

4. Lucha contra la corrupción

La ciudadanía crecientemente toma conciencia de la corrupción, y su urgencia de combatirla, pues, son enormes recursos que se sustraen de las arcas del Estado, cuyos costos recaen sobre todos nosotros, ya que la corrupción se paga desviando los fondos de su legítima utilización, o para torcer la justicia. En efecto, la corrupción compromete el correcto funcionamiento del Estado, influyendo negativamente en la relación entre gobernantes y gobernados, introduce una creciente desconfianza respecto a las instituciones públicas, causando un progresivo menosprecio de los ciudadanos por la política y sus representantes, con el consiguiente debilitamiento de las instituciones públicas y privadas.

En suma, la corrupción impide el avance en la construcción de nuestro Estado Constitucional y Social de Derecho Democrático, en particular, la mejora del Poder Judicial, la promoción de la persona y el respeto de su dignidad, pues, la instrumentaliza utilizándola con desprecio para conseguir intereses egoístas y de lucro ilícito.

Por consiguiente, las y los Jueces de Junín nos comprometemos en fomentar los valores éticos y las buenas prácticas. Ciertamente, la lucha contra la corrupción es un valor, pero también una necesidad, la corrupción es un mal, pero también un elevado costo, el abandono de prácticas corruptas generará desarrollo y bienestar, los comportamientos honestos se deben incentivar y castigar los deshonestos.

En la lucha contra la corrupción, es muy importante que las responsabilidades de los hechos ilícitos salgan a la luz, que los culpables sean castigados con penas ejemplares y reparadoras. Por ende, reforzaremos los controles y filtros institucionales a fin de detectar cualquier corruptela y combatirla a tiempo.

5. Gobierno judicial democrático, participativo y modernista

Nuestro plan institucional será un éxito, siempre que las y los jueces y servidores judiciales, seamos decididos propulsores del cambio Institucional; por lo que, encarrilaremos nuestras acciones y planes con una óptica democrática y modernista de la Sociedad Peruana, comprendiendo que el servicio de justicia impartida con igualdad, transparencia y honestidad, contribuye a acercarnos al gran horizonte de la peruanidad: la ciudadanía plena para todos los peruanos y peruanas, entendida como el fundamento de la relación entre el Estado y la sociedad, y entre los miembros de la sociedad. Y, además, todo avance en la modernización y excelencia de los servicios públicos en favor de la ciudadanía, afirma la presencia del Estado en la edificación de un país que se reconozca positivamente como multiétnico, pluricultural y multilingüe, considerando que tal reconocimiento es la base para una mejor cohesión social, y en la superación de las prácticas de discriminación y exclusión, fuentes de múltiples discordias que registra nuestra historia republicana. Por ende, la unidad nacional sostenida en la libertad, justicia y la solidaridad, son la garantía de la paz social, tan necesaria para que los hombres y mujeres que recibimos el legado del Imperio de los Incas, despleguemos nuestras máximas potencialidades.

Entonces, la lucha contra la corrupción, la mejora continua de la Institución, la defensa de la independencia judicial y el reforzamiento ético tendrá sentido si la voluntad se revitaliza abriendo paso a la razón, manifestando su fuerza ante las debilidades institucionales que aún nos deslegitiman. Empero, al unirnos como protagonistas de un Poder Judicial renovado y moderno que le garantice: justicia y paz a la ciudadanía; podemos decir que los Jueces estamos dispuestos para demostrar a la comunidad que la excelencia en el servicio de justicia es posible.

Discurso por el 105 Aniversario de la Corte Superior de Justicia de Junín

Ricardo Corrales Melgarejo
Presidente de la CSSJU.

Nuestra región es ejemplo de desarrollo y progreso, somos herederos de los indomables huancas, xauxas y tarumas, una cultura de valientes guerreros que se extendió por la región central del país, abarcando no sólo a Junín, sino incluso a parte de las regiones de Huancavelica, Pasco y Lima; su legado sobrevivió a los incas, y durante la colonia hubo importantes personalidades de la región que participaron en la Constitución de Cádiz de 1812, como los diputados Vicente Morales Duárez, Dionisio Inca Yupanqui, Antonio Zuazo, José Lorenzo Bermúdez, Ramón Feliú, Pedro García Coronel, Blas Ostolaza, Francisco Salazar y José Antonio Navarrete; ello, influyó para que la llamada antigua plaza comercio fuera hoy denominada Constitución.



La independencia judicial: garantía de libertad, igualdad y seguridad jurídica de la ciudadanía

Uno de los grandes retos que enfrentó siempre nuestra institución, es gozar de la independencia judicial y autonomía institucional frente al poder político; pues, durante el periodo colonial, la administración de justicia estaba profundamente ligada al virrey y por su intermedio al rey de España, y en el territorio que hoy conforma Junín, los corregidores y luego los intendentes ejercían funciones judiciales con amplia discrecionalidad, esto generaba constantes abusos contra la población indígena, pese a la ley de indias, que no pocas veces se le aplicaba la sentencia de "se acata pero no se cumple"; ello, no obstante, se pensó que con la proclama republicana independentista y con el reconocimiento constitucional de la independencia judicial las cosas cambiarían; sin embargo, si revisamos cada una de las Constituciones Políticas de nuestro país, podremos apreciar que la designación de los jueces del Poder Judicial, estaba a cargo del **Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo,** de acuerdo a las sucesivas constituciones de 1823 hasta la de 1979; lo que sería denunciado ya en su época por el insigne Manuel Gonzales Prada, cuando criticando la constitución de 1920 exclamó: *"Sabiendo como se elige la Magistratura, se comprende todo. Según la Constitución: "Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo, a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los Jueces de primera instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores". Diferencias de formas, porque en sustancia el*



verdadero y único elector es el Presidente de la República: Cortes y Parlamento deben llamarse dependencias del Ejecutivo." [1]

En Junín, la designación de los jueces pasaba por cierta influencia política de la época, recuerdo el testimonio de un juez superior que a modo de anécdota contaba que, durante el segundo gobierno del Arq. Fernando Belaúnde, integró la terna para la designación de vocal superior, trascendiendo que al enterarse el presidente que dos candidatos venían apadrinados por políticos de turno, prefirió al que no tenía tal respaldo. Otro testimonio alude a que cierto vocal superior logró su designación gracias a su amistad con un diputado jaujino de ese entonces.



En verdad, no existían concursos públicos ni evaluaciones técnicas; lo que primaba eran las redes de poder y las lealtades personales; no obstante que, la inamovilidad judicial era una proclama solemne en las cartas constitucionales, la Constitución de 1920 implantó en el Perú la ratificación de los jueces supremos, y luego las constituciones de 1979 y 1993, lo generalizó para el conjunto de la magistratura nacional; pese a ello, en este interregno debemos resaltar las propuestas de creación de un órgano autónomo encargado de la elección de los jueces por sus méritos, resultando que el primero en formular este *"Jurado de la Magistratura"* [2] con la potestad de elegir a los jueces entre los abogados más destacados, fue el doctor Bernardino León y León, quien llegó a ser el **segundo presidente de nuestra Corte Superior de Justicia de Junín en 1922;** gracias a él, se unirían otras voces, como las de Enrique Echecopar, quien en 1927 propone también la "Corporación Electoral Judicial" y finalmente, el doctor Manuel Vicente Villarán en la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Constitución de 1933, lo denomina "Consejo de Justicia" [3].

Será con el Decreto Ley Nro. 18060 del 23 de diciembre de 1969, que se crea el **Consejo Nacional de Justicia** durante el gobierno militar de Velasco; aun cuando tuvo ciertos cuestionamientos, fue el primer órgano de elección autónomo de los jueces, siendo este el antecedente más próximo al **Consejo Nacional de la Magistratura,** como bien se sabe este último órgano será creado por la Constitución de 1993 y estuvo activo hasta el año 2018, luego de ser suspendido por los "audios de la vergüenza" que involucraba acusaciones de corrupción a sus integrantes; siendo finalmente reemplazada por la actual Junta Nacional de Justicia, previo referéndum nacional.



Lo anterior permite destacar, y enorgullecernos que la idea original y primera de la propuesta de un órgano autónomo en la designación de la magistratura nacional, fue dada hace más de 100 años por un juez superior de la Corte de Junín; ahora, corresponde a todos los presentes y la ciudadanía en general velar porque la Junta Nacional de Justicia se conduzca por cánones de rectitud e independencia en el ejercicio de sus funciones,

[1] GONZÁLES PRADA, Manuel, Horas de lucha, 2.a ed., Lima: Universo, 1974, p. 109.

[2] VILCAPOMA, Miguel (2003), Selección de magistrados ordinarios: conflicto de poder y núcleos problemáticos, Revista PUCP, Pensamiento Constitucional Año IX Nro. 9, pg. 370.

[3] GARCIA, Domingo (1995) La judicatura en el proyecto constitucional, Revista de la Facultad de Derecho, Ius Et Praxis, pg. 61.

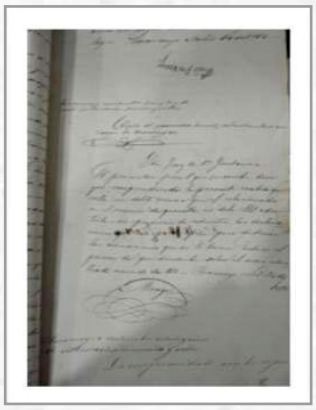
pues, recordemos las palabras del jurista italiano Calamandrei, que en su memorable obra "Elogio de los jueces escrito por un abogado", dijo:

> "Por ello el Estado siente como esencial el problema de la selección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito"[1]

La justicia en el centro del Perú: Siglo XIX



Desde la época auroral de la república, existió en la ciudadanía de Junín, la imperiosa necesidad de contar con nuestra propia Corte; es por ello que, de acuerdo al artículo 106 de la Constitución de 1828[2] y al pedido efectuado por la junta departamental de Junín, mediante Ley del 22 de diciembre de 1832, durante el Gobierno de Agustín Gamarra, se dispuso **"establecer en la Capital del departamento de Junín una corte superior de justicia",** en los mismos términos que se había mandado establecer en Ayacucho, si bien, esto no llegó a cumplirse; no obstante, la administración de justicia en nuestra región seguía funcionando, muestra de ello es el expediente más antiguo de la Corte que data del año de **1859**, el cual versa sobre un caso de maltratos sucedido en la ciudad de Huancayo.



Dos años más tarde, al no haberse instalado la Corte en esta región conforme a la normativa del año 1832, durante el gobierno del mariscal Ramón Castilla, se dicta la Ley del 12 de enero de 1861, la cual dispone que el *"Poder Ejecutivo expedirá a la mayor brevedad posible las ordenes convenientes para el establecimiento de la Corte Superior de Justicia, en la Capital del Departamento de Junín, (...) designando a sus Vocales y empleados"*, siendo la capital de departamento de aquel entonces la ciudad de Cerro de Pasco. Luego de ello, el 13 de julio de 1834, durante el Gobierno de Luis Orbegoso se demarca judicialmente el territorio del departamento de Junín, el cual comprendió las provincias de Conchucos altos y bajo, Huaylas, Huamalíes, Jauja, Pasco y Cajatambo.

Es así que, si bien el departamento de Junín aun no contaba con su propia Corte Superior de Justicia, ello no impidió la impartición de justicia durante el siglo XIX, muestra de ello son los expedientes emblemáticos que resguardamos con mucho celo en nuestro archivo central; así, tenemos el caso conocido por el Juez de Primera Instancia de Jauja respecto a la herencia sobre la Hacienda Masma de 1862; el proceso sobre el delito contra el honor interpuesto ante el Juez de Primera Instancia por un vecino de Tarma en 1864; un caso de agresión denunciado ante el Juez de Paz de Chupaca en 1868, donde la víctima logró escapar de su agresor montando a caballo; contamos también, con los expedientes vistos por los Jueces de Primera Instancia de Huancayo, sobre el fallecimiento en 1875 del escribano público Don Manuel Torres y de Jauja sobre Sucesión Intestada de 1879; también, la declaratoria de herederos de Doña Fernanda Vasconcelos ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarma de 1881. Recuérdese que en ese entonces dichos órganos jurisdiccionales tenían como segunda instancia a los tribunales de justicia de la ciudad de Lima.

---

[1] CALAMANDREI, Piero, Elogio de los jueces escrito por un abogado, traducción de la obra italiana Elogiodeigiudciscritto da un avvocato, tercera edición, publicada por Le Monnier, Firenza. Ediciones Jurídicas Euroa– Améria, Buenos Aires 1956. Edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo. p. 11.

[2] Art. 106º.- Hará en las capitales de departamento Cortes Superiores, y en las provincias Juzgados de Primera Instancia, precediendo para el establecimiento de unos y otros petición de las JuntasDepartamentales.

Un caso que conmocionó a la población de El Valle del Mantaro, en 1883, fue la desaparición del operario Sebastián Soriano en Huancayo, quien luego, sería encontrado muerto como consecuencia de tres puñaladas; asimismo, los procesos judiciales de 1887 por el hurto de un jumento (asno), cuyo caso fue conocido por el Juez de Primera Instancia de Huancayo; y el de lesiones ocasionado por dos gendarmes al intentar asesinar con arma de fuego a un vecino de Tarma, presentado ante el Juez de Primera Instancia de la misma localidad; el caso de 1888 sobre homicidio, resuelto por el Juez de Primera Instancia de Tarma.



Durante el periodo de la ocupación chilena, la primera medida de la Corte Suprema fue ordenar vacaciones para la judicatura finalizó el 14 de marzo de 1881; por ello, la segunda medida adoptada, fue suspender las labores del Poder Judicial en el territorio nacional ocupado por el ejército invasor; sin embargo, cuando apreciamos el Expediente de 1881 sobre declaratoria de herederos de Doña Fernanda Vasconcelos ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarma, podemos verificar que la administración de justicia en la región no suspendió sus labores pese a que los chilenos se encontraban ocupando nuestra región, dado que el enfrentamiento con las montoneras del General Andrés A. Cáceres en Junín fue del 15 de abril de 1881 hasta 09 junio de 1882; mostrando la valentía de los pueblos de los departamentos de Junín y Huancavelica contra el ejército invasor.

Asimismo, debemos tener presente que la oficialidad sureña no aplicaba correctamente la Ley Marcial del 9 de febrero de 1881, ni mucho menos el debido proceso, como se verifica con la tortura y fusilamiento del sargento peruano **Máximo Aguilar** a manos de los chilenos, el 28 de abril de 1882[1], en el patio de la escuela de San Jerónimo de Tunán, al ser acusado de espía; además, es cuestionable los irregulares cobros de cupos con el que obtuvieron un total de cinco mil pesos chilenos, cobrados a las familias huancaínas y de otros poblados, bajo amenaza de fusilar a sus hijos e hijas.

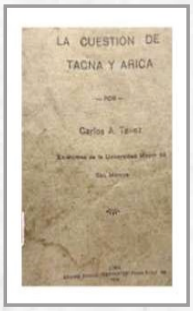
La justicia regional en el siglo XX

De los primeros años del siglo XX, tenemos los litigios de 1908 y 1909 sobre abigeato en la hacienda Cayan en Tarma y sobre fianza hipotecaria en Cerro de Pasco; cabe indicar que, el 24 de setiembre de 1908 ingresó a nuestra ciudad la primera locomotora en la estación ferroviaria de Tres esquinas 1;acontecimiento que dotaría de importancia geopónica a nuestra región; años más tarde, se promulgó la Ley Nro. 4049 del 29 de marzo de 1920, que ordenó instalar la Corte Superior de Justicia de Junín, en la ciudad de Cerro de Pasco, cuyos límites abarcaron las jurisdicciones de Pasco, Huancayo, Jauja, Tarma, Yauli, Huánuco, Ambo, Dos de Mayo, Huamalies, Marañon y Pachitea, entrando en funciones en el local de la Junta Departamental de Junín de dicha provincia; y la Sala Superior que estuvo compuesta por el Vocal **Oscar Blondet,** elegido presidente en la primera sesión de Sala Plena del **15 de mayo de 1920,** además de los doctores **Miguel Martínez, Bernardino León y León y el Fiscal Gerardo J. Lugo.**

Desde la instalación de la primera presidencia de la Corte Superior de Justicia de Junín en 1920, tenemos un total de **45 presidentes;** y hemos contado con destacados juristas y magistrados, en los que se encuentran el doctor **Oscar Blondet** primer presidente de nuestra

[1] SANABRIA, Eliseo (1943) Historia de Urin Huanca o San Jerónimo de Tunan, Aporte para la historia del Departamento de Junín, Editorial Zoila Gonzáles Torpoco, pp. 152-153.

[2] CASTRO, Aquilino (1992) Hanan Huanca, Historia de Huanca Alta y de los pueblos del Valle del Mantaro, Chupaca, pp. 343.



Corte; a él le sigue el ya mencionado doctor **Bernardino León y León,** quien fuera Juez Superior en Lima, Juez de Tarma, Vocal y Presidente de esta Corte, y en 1928 se le designó director de la Inspección General de Prisioneros; otro reconocido jurista que transitó por la magistratura de nuestra Corte, fue el doctor **Carlos A. Tellez,** Juez de Primera Instancia de Huancayo en 1924 y posteriormente vocal superior, quien publicó en 1925 el libro **"La Cuestión de Tacna y Arica",** motivo por el cual fue expulsado de Tacna por los chilenos durante la "chilenización", siendo designado durante el Gobierno de Leguía con la misión de propaganda en Bolivia durante el plebiscito de Tacna y Arica[2].



Otro destacado juez de Junín, fue el doctor **Oscar O. Chávez**, juez de Instrucción en 1925, director del Colegio Santa Isabel, quien publicó en 1925 la obra **"Huancayo",** uno de los más importantes trabajos sobre la historia de nuestra región; contemporáneo a éste fue el doctor Federico Gálvez Duran, quien ocupó los cargos de Juez de menores y Juez de Primera Instancia en **Huancayo,** fundó la **Sociedad Arqueológica de Huancayo,** sus inquietud académica lo llevaron a descubrir diversos huacos y cerámicos de la región, así como el Santuario arqueológico de Warivilca; y no menos importante el doctor **Rodrigo Prialé**[3], Juez Instructor de Menores y Juez de Paz de Primera Nominación, además de Notario Público de Huancayo durante los años 1929 a 1935.



El **5 de enero de 1931** se dicta el Decreto Ley Nro. 7001, el cual ordena el traslado de la capital del Departamento de Junín, de la ciudad de Cerro de Pasco a la ciudad de Huancayo; traslado que se realizó durante la gestión del presidente de Corte, doctor **Estanislao Vásquez** el 9 de febrero de 1931, siendo su nueva sede en la casona de los Jirones Calixto y Pachitea en Huancayo, inmueble que fue entregado en uso al Poder Judicial por la familia Peñaloza Vega; dicho sea de paso, aquel año se creó el Colegio de Abogados de Huancayo, hoy llamado Colegio de Abogados de Junín.

De igual modo, resulta importante destacar al abogado, investigador y político **Felix Cosio Medina,** presidente de la Corte durante los años 1940, 1941 y 1951, fue diputado constituyente por el Departamento de Cusco en 1931 y 1936. Al expedirse la Ley Nro. 8166 del **20 de diciembre de 1935**, se creó la Corte Superior de Justicia de **Huánuco** y con Ley Nro. 9696 del **18 de diciembre de 1942**, la Corte Superior de Justicia de **Huancavelica;** y en ambas se les trasfiere la jurisdicción de sus provincias.

Resalta, además, el doctor **Agustín Moisés Paredes Ruiz,** presidente de la Corte durante los años 1956, 1967, 1968, 1970 y 1974, y autor del trabajo **"El Gran Mariscal Agustín Gamarra en Huancayo y la Constitución Política de 1839"** escrita en homenaje al conmemorarse los 100 años de la constitución de Huancayo; asimismo, cabe destacar que en 1971 juramentó la primera jueza de nuestra Corte, la doctora **Carmela García Porras,** quien realizó trabajos de implementación de la Biblioteca Municipal de Huancayo. Hago propicia este pasaje de mi discurso, para destacar que, luego de 104 años de creación de esta Corte Superior, le cupo el honor a mi presidencia de designar a la primera mujer profesional como gerenta de administración distrital, a la Eco. **Romy Álvarez Rojas,** a quien solicito se ponga de pie, y les pido un fuerte aplauso para ella, por tan importante logro profesional.

Retomando la secuencia histórica, otro insigne juez, fue el doctor **Raúl Delgado Virrueta,** presidente de la Corte durante los años 1973 al 1975, condecorado con la Orden Peruana de la Justicia en 1977.

[1] CHAVEZ., Oscar (1926) Huancayo, Librería Lazo Sánchez, - Huancayo, pp. 3.

[2] CHAVEZ., Oscar (1926) Huancayo, Librería Lazo Sánchez, - Huancayo, pp. 4.



Cabe destacar la anécdota del Presidente de esta Corte Dr. **Daniel Sánchez Santivañez** (1985), quien, durante su labor de vocal en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, fue el único ratificado en el año 1981, pergamino que le sirvió para lograr su traslado en el año 1983 a este distrito judicial.

En noviembre de 1992, la Corte Superior de Justicia de Junín fue reubicada en su sede actual, en el Jr. Parra del Riego Nro. 400, en el distrito de El Tambo; asimismo, durante los años 1998 a 1999 se designa a la doctora **Eliana Araujo Sánchez,** como primera presidenta de esta Corte Superior.

Siglo XXI: retos y desafíos de la justicia en el centro del Perú



De entrada, debemos recordar al doctor Jorge Alfredo Solís Espinoza, presidente durante los años 2001 al 2002 y 2005 al 2006, tuvo el honor de recibir la Orden Peruana de la Justicia, y en el año 2007 ser ascendido a Juez Supremo titular, lamentablemente, años después nos dejó; empero, su legado de buen magistrado perdura.

Mediante la Resolución Administrativa Nro. 009-2006CE-PJ de fecha 20 de enero de 2006 se crea la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, y mediante Resolución Administrativa Nro. 163-2006-P-CSJJU-PJ, de fecha 17 de mayo de 2006, se da cumplimiento a dicha Resolución a partir del 29 de mayo de 2006, entrando en funcionamiento la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, presidida por el Juez Superior Dr. **Alcibiades Pimentel Zegarra.**

Antes de continuar, les pido rendir homenaje a los jueces de paz de los centros poblados y comunidades campesinas de nuestro andes, que imparten justicia de acuerdo a su leal saber y entender, haciendo del derecho consuetudinario fundamento de su justicia comunal, ya que varios de ellos ofrendaron su vida, durante la época del terrorismo, donde la insania senderista cometió crímenes perversos en su contra; por lo que pido, a los jueces de paz presentes ponerse de pie, y aplaudamos su contribución en la pacificación ciudadana.

En el Perú, debemos recordar con veneración a los Jueces que ofrendaron su vida en la época más sangrienta de la lucha contra el terrorismo (1980-1993). Tal grave afectación a la independencia judicial, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, así lo testimonia:

> "Durante la peor fase de las actividades terroristas, unos 300 magistrados rurales fueron asesinados, mientras que en Lima se asesinaba a los jueces en plena calle. Cuando un juez cuya identidad se conocía pronunciaba una sentencia, inmediatamente se le hacía objeto de amenazas contra su persona y su familia." [1]



Con resolución Administrativa Nro. 117-2011-CE-PJ de fecha 20 de abril de 2011, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso que nuestra Corte se convierta en Unidad Ejecutora a partir del ejercicio fiscal 2012; asimismo, con Resolución Administrativa Nro. 307-2017CE-PJ de fecha 18 de octubre de 2017, se crea el Distrito Judicial de la Selva Central, por ello, esta Corte Superior transfiere al nuevo distrito judicial, las provincias de Chanchamayo, Satipo y Oxapampa, con sede en la ciudad de La Merced de la Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín, a partir del 01 de enero de 2018, siendo su primer presidente el Dr. **Sócrates Zevallos Soto**, a quien recordamos con mucho aprecio su elocuencia telúrica, ingenio reflexivo crítico y su legado en la impartición de justicia comunitaria, en materia penal y cátedra universitaria.

Como no recordar, también, a los jueces que nos dejaron a consecuencia de la Pandemia del Covid 19, doctores **Rubén Cajahuamán Munguía** del Juzgado Civil de Concepción, **José Santos Córdova García** del Juzgado Penal de Huancayo y **Víctor Tolentino Vera** juez Supernumerario en Acobamba; así también, lamentamos el fallecimiento de los trabajadores judiciales que perdieron la vida durante la pandemia; y mencionamos con respeto y consideración al Dr. **Fernando Laura Salvatierra,** Juez del 4to. Juzgado Civil de Huancayo, que un accidente de tránsito truncó su excelente ejercicio profesional.



Son muchos los jueces y juezas que merecen un reconocimiento especial, por ello vamos a celebrar un convenio con la Dirección Desconcentrada de Cultura del Gobierno Regional de Junín, a fin que con sus historiadores y magistrados se escriba la historia de la Corte Superior de Justicia de Junín.

Sin embargo, permítanme destacar el nombramiento en el año 2023 del Dr. **César Proaño Cueva,** en su condición de Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que luego de 17 años tenemos un digno representante natural de estas canteras de la justicia en la corte de casación, órgano de cierre en la cúspide del Poder Judicial del Perú; la designación de la Dra. **Pércida Luján Zuasnabar,** como la primera jueza superior en 104 años de trayectoria institucional, en asumir la jefatura del Oficina Descentralizada de la Autoridad Nacional de Control de Junín del Poder Judicial (ODANC); a quien le pido ponerse de pie y brindarle un caluroso aplauso, por su denodada labor disciplinaria.



Finalmente, al Dr. **Eduardo Torres Gonzáles,** que cesa este mes de aniversario; quien ha escrito varias obras como son **"Delito de Omisión a la Asistencia Familiar"** de octubre de 2010, **"Beneficios Penitenciarios"** de varias ediciones: de mayo de 2012, del 2014, julio 2017 y de abril de 2025; y, un gran número de artículos y exposiciones académicas, ejerciendo su función jurisdiccional sin mácula, con absoluta independencia y de modo ejemplar. Le pido a usted estimado colega, ponerse de pie y a su señora esposa aquí presente, para que reciban el homenaje del auditorio con un merecido aplauso.

Todo ello, muestra que el siglo XIX fue la centuria del poder legislativo con el dogma de la voluntad general; en el siglo XX predominó el ejecutivo quien contaba en términos generales con la facultad de legislar a través del decreto-ley y mediante el estado de excepción, pese a ello, la "era de los derechos" avanzó en nuestra patria con la instauración del Tribunal Constitucional y la modernización del sistema de justicia; en el siglo XXI, el desafío del Poder Judicial es continuar con mayor eficiencia la condición de garante de los destinos de la peruanidad, a través del debido proceso, los razonamientos de sus jueces y juezas contenidos en sentencias fundadas en derecho y el triunfo de la justicia con independencia e imparcialidad en sus causas; la historia nos demuestra que la lucha por la independencia judicial no es gratuita, y depende mucho de todos los trabajadores, jueces y juezas de la Corte, de la magistratura nacional y ciudadanía en general.

Quiero finalizar señalando que, en el aniversario de nuestra querida corte superior, he preferido centrarme como alguna vez lo pidiera el Dr. **Carlos Carvo Castro,** en la riquísima historia de la justicia en el centro del Perú, para aprender del pasado y proyectarnos con mejores planes al futuro.

[1] Párrafo 40 del Acta resumida de la 1520ª sesión: Perú. 25/07/96.Sesión celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el viernes 19 de julio de 1996.

Reitero, por último, mi compromiso y el compromiso de todos los jueces y juezas de Junín, de seguir trabajando en la protección de las libertades ciudadanas y los derechos humanos, convencidos que unidos lograremos grandes obras en beneficio de nuestra población y nuestra institución, que tiene la difícil misión de administrar una **¡Justicia pronta, honesta e inclusiva!**

¡Viva la Corte Superior de Justicia de Junín!

¡Viva el Perú!

Pido a los jueces y juezas de Junín ponerse de pie, y con un caluroso aplauso desearles un feliz aniversario.

Gracias

Discurso del día del Juez y de la Jueza

Ricardo Corrales Melgarejo
Presidente de la CSSJU.

Dignas autoridades políticas, militares, policiales y eclesiástica, jueces, juezas, trabajadores judiciales y público presente.

Estimados colegas: Hoy celebramos el día del Juez y de la Jueza, en esencia conmemoramos la adopción por nuestra república del modelo estatal del tercero imparcial en la resolución de los conflictos e incertidumbres jurídicos, y que también nos viene desde la colonia española mediante la real audiencia de los oidores instalada en la ciudad de los reyes en 1543; vale decir, recordamos los 482 años de existencia del juez profesional de carrera en el Perú.

Durante casi medio siglo, el juez y luego la jueza, al impartir justicia en una sociedad de ricos, clases medias y pobres, han tenido que enfrentar intromisiones, presiones e injerencias de todo tipo, pues, si el tercero imparcial se vuelve parcial en la dirección del proceso judicial, entonces, pierde sentido su existencia, al ser su actuación arbitraria e injusta. A tal punto que, el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente *es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna* [15], así lo ha discernido el Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano encargado de vigilar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 14.1, precisamente, establece que:

> Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, [...].

Sobre la imparcialidad, garantía mínima de un juicio justo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que: *"La 'imparcialidad' del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes. [...]"* [1].

Entonces, la independencia del Juez y de la Jueza se vuelve una cuestión crucial en todo régimen constitucional, social y democrático de derecho. Es más, desde la antigüedad se le reclama al magistrado total independencia e imparcialidad, basta citar algunos versículos de la biblia, en cuyo antiguo testamento, redactado hace 2,500 años, establece a los que ejercemos la función judicial, las reglas siguientes:

> No pervertirás el derecho del necesitado en su pleito. 7 Te alejarás de las palabras de mentira, y no condenarás a morir al inocente y al justo; porque yo no justificaré al culpable. 8 No recibirás soborno, porque el soborno ciego a los que ven con claridad y pervierte las palabras de los justos. (Ex. 23:6-8)

> No cometerás injusticia en los tribunales. No serás parcial con los pobres ni te inclinarás ante los poderosos, sino que juzgarás a tu prójimo con justicia. (Levítico 19:15)

Es por ello que, en las naciones que han adoptado este modelo estatal del tercero imparcial, a los jueces y juezas, se les rodea de garantías y derechos, con un estatuto laboral especial. Tanto así que la primera democracia moderna del mundo, los EE.UU. de Norte América, en su constitución fundacional de 1787, estableció la función judicial vitalicia y la intangibilidad remunerativa, veamos:

---

[1] Comité de Derechos Humanos, Dictamen del 23 de octubre de 1992 (Comunicación 387/1989, Arvo. O Karttunen c. Finlandia), doc. Cit., párr. 7.2." Nota 98 de la Pág. 29.

Artículo Tres

Primera Sección

[...] Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.

En los albores de la República del Perú, en nuestra primera Constitución Política de 1823, se consagró también el principio de inamovilidad y el cargo vitalicio de la judicatura, a saber:

ARTÍCULO 97º.- Los Jueces son inamovibles, y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a la ley.

Aprecien estimada concurrencia, si a ello le agregamos el ingreso a la carrera judicial por mérito, entonces, tendremos las tres garantías fundamentales que contribuirán a blindar al juez y a la jueza, para protegerlos de tales injerencias y presiones que pretendan torcer sus decisiones, estas son:

1. Ingreso a la carrera judicial y promoción, por concurso público.

2. Inamovilidad en el cargo.

3. Una remuneración digna e intangible.

Como se sabe, tales garantías no son las únicas, se exigen otras más, como por ejemplo un régimen pensionario especial, y que ahora la judicatura peruana carece. Por lo que hacemos un llamado a la representación nacional, a que priorice la aprobación del proyecto de ley, que logre el goce del derecho a una jubilación honorable para la magistratura nacional.

Todo ello, a fin de hacer realidad el ideal ciudadano, de acceder a un Poder Judicial neutral al poder político, económico, mediático, grupos de presión o de cualquier otra índole, precisamente, como garantía de justicia imparcial, concretizada en decisiones judiciales debidamente motivadas e impartidas con igualdad, que sólo respondan a los preceptos legales, valores y principios que contiene nuestra Constitución Política, conformes con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú, y que ello sea la única luz que ilumine el esfuerzo interpretativo de las reglas contenidas en nuestras fuentes del Derecho, y en su aplicación para resolver los litigios en la región Junín; asimismo, cuando tengamos que impartir justicia, apelando a nuestro criterio de conciencia, lo razonable, proporcional y equitativo, inspiren nuestras decisiones.

Este día, también, es el día del Juez y la Jueza de Paz, son aquellos dignos ciudadanos y ciudadanas elegidos por sus comunidades y pueblos andinos, que imparten justicia según su leal saber y entender, son 431 jueces y juezas de paz en nuestro distrito judicial de Junín, que aplican el derecho consuetudinario según sus costumbres ancestrales respetando los derechos humanos, además, ejercen ciertas funciones notariales. A quienes les pido ponerse de pie. ¡Un fuerte aplauso para ellos!

Debemos, también, reconocer y agradecer a las 35 orientadoras judiciales, que son un grupo de mujeres de los pueblos y comunidades campesinas, capacitadas por nuestra institución, para que brinden información, faciliten el acceso a la justicia de las mujeres violentadas e integrantes de poblaciones vulnerables. Ellas colaboran gratuitamente con las víctimas y con el Poder Judicial, y solo les mueve la solidaridad con ellas frente a las injusticias. A quienes les pido ponerse de pie.

¡Un fuerte aplauso para ellas!

El magistrado peruano, también, ejerce la justicia electoral, recayendo tan importante función en el Juez Superior Julio Lagones, que actualmente preside el Jurado Electoral Especial.

Ante el proceso electoral en curso, en la elección del próximo gobernante, senadores y diputados del Perú, bien merece dedicarles algunas líneas sobre los retos y desafíos en tan importante función del tercero imparcial, así también, reflexionar sobre la realidad social en la que impartimos justicia.

Se abre para los peruanos y peruanas una nueva oportunidad de renovar en democracia a los gobernantes. La arena política en los próximos meses se llenará de líderes sociales emergentes, cada uno, ofreciendo sus propuestas programáticas y planes de gobierno, en una competencia electoral nunca antes visto en el Perú, a consecuencia de la fragmentación política y la crisis de los partidos tradicionales; ya que actualmente tenemos 43 partidos políticos inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones, habilitados para participar en las elecciones generales del año 2026.

Este fenómeno sin precedentes en suelo patrio, es la manifestación política del hecho histórico social más importante del siglo XX en el Perú, me refiero a las grandes migraciones de los andes a las principales ciudades que empezaron alrededor del año 1940, en oleadas interminables por décadas, ante la impotencia del sistema rural de haciendas de darle trabajo a sus pobladores en franco proceso de explosión demográfica; y también, a consecuencia de la reforma agraria de 1969 que terminó por liquidar tal sistema semi feudal; por último, la liberación de la economía en la década de los 90.

Tal fenómeno social, fue calificado por el antropólogo José Matos Mar como “crisis del estado y desborde popular” en su icónico libro del mismo título. Cientos de miles de migrantes tuvieron que autogenerarse el empleo, construir sus casas invadiendo los arenales de la costa, hasta crearon su propia música: la chicha, que es una fusión del huayno serrano, la huaracha cubana y la cumbia colombiana, que es el ritmo más escuchado después de la salsa en el Perú.

Dando paso a un inédito capitalismo popular masivo, que aún no encuentra su representación política, empero, absorbe al 73.5% de la población económicamente activa; y que explica también, la explosión del microcrédito en el sistema financiero, asimismo, la expansión sin precedentes de colegios particulares, institutos tecnológicos y universidades privadas en el país, pues, los padres con la mística traída del campesino andino, se ganaron a pulso un sitio en las ciudades, saliendo de la pobreza obtuvieron los recursos para darle una mejor educación a sus hijos.

Este es el nuevo rostro del Perú de todas las sangres, un país de trabajadoras y trabajadores abnegados e ingeniosos que encuentra su riqueza en su diversidad multiétnica y plurilingüe, que en esta “era de los derechos”, ha conquistado en el siglo XXI triunfos que todos los peruanos nos enorgullecemos y nos unimos, alrededor de sus logros, pues, conjuntamente con el sector privado formal, entre los años 1993 al 2019, el Perú creció a un promedio anual de 4.8%, fueron 27 años de expansión en la economía; sin embargo, el Estado peruano no acompañó este proceso con la modernización de los servicios públicos, salvo las islas de eficiencias como el Banco Central de Reserva, la SUNAT y el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otras.

Pronto tal rezago en el servicio de salud pública, por ejemplo, nos pasará la factura, ante el desastre que significó para el Perú enfrentar la pandemia del Covid-19, con aproximadamente 222,161 fallecidos, y que se llevó a nuestros jueces Rubén Cajahuamán, José Córdoba y a los trabajadores judiciales Ricardo Vitte, Marco Laynez, María Vega, Víctor Tolentino y Óscar Miranda.

Ahora, el Perú enfrenta una ola delincuencial aterradora, con el componente de mafias extranjeras como el "tren de Aragua" y modalidades delictivas organizadas como el sicariato y la extorción, que actúan con una ferocidad criminal de temer, y que se expande a la minería ilegal. Por lo demás, aun sufrimos el flagelo del narcotráfico y la corrupción del poder; sin embargo, los peruanos que derrotamos al terrorismo, unidos pueblo, fuerzas armadas y policiales, es la hora de articular esfuerzos en extirpar estas lacras sociales que asesinan y extorsionan al pueblo trabajador.

Para ello, los comités provinciales, regionales y el nacional de Seguridad Ciudadana deben declararse en sesión permanente a fin de extremar la supervisión y dirección estratégica en la lucha contra la criminalidad, agregando a las juntas vecinales en esta cruzada contra la delincuencia.

Recordemos que uno de los factores que contribuyó, grandemente, en la derrota del terrorismo, fue el ingreso del pueblo organizado en comités de autodefensa en el combate armado contra las bandas criminales autodenominadas "sendero luminoso" y el MRTA.

Por nuestra parte, estamos impulsando la creación de una unidad de flagrancia piloto en Huancayo, esto es, que en un mismo edificio coexistan las oficinas de la Policía Nacional del Perú, la Fiscalía, los juzgados penales y la defensoría pública, de manera que se juzgue y sentencie rápidamente a los procesados por delitos callejeros, entre otros, y que son capturados en flagrancia. Asimismo, en el I Congreso Internacional "Derecho, Proceso y Justicia" que inauguramos el día de mañana en el Auditorio Nuestra Señora del Valle gentilmente cedido por nuestro arzobispo, monseñor Luis Alberto Huamán; y que reúne a 16 expositores internacionales de 8 países, 24 expositores nacionales y 19 expositores regionales, entre ellos, hemos programado al reconocido penalista profesor español Miguel Polaino-Orts de la Universidad de Sevilla, aquí presente, a quien le pido ponerse de pie, y ofrendarle un sentido aplauso, en agradecimiento por acudir al llamado de esta Corte Superior, a fin de intercambiar experiencias y conocimientos con los jueces, fiscales, abogados y policías de la Región Junín. Él expondrá el tema "Derecho penal como imputación"; el profesor español Dr. Francisco Javier Moreno de la Universidad Autónoma de Barcelona, disertará el tema: "Análisis criminológico y jurídico del asesinato por encargo" (sicariato); y, el profesor italiano Massimiliano Buriassi de la Universidad de Parma, sobre "Las mafias y la lucha contra el crimen organizado en Italia". Estamos coordinando para que dichas exposiciones se repliquen para la oficialidad de la Policía Nacional del Perú.

Esta es la realidad en que administramos justicia señores y señoras, en este escenario los presidentes de los jurados electorales especiales ejercerán sus funciones. Vemos con esperanzas el próximo proceso electoral, empero, hacemos un llamado al Gobierno central a fin de que dote de mayores recursos económicos y tecnológicos a las instituciones conformantes del sistema de justicia, asimismo, a sus órganos directivos, que con independencia institucional emprendan una modernización y perfeccionamiento de la función fiscal, los servicios de justicia, seguridad ciudadana, carcelaria y defensoría pública, por su parte, el Congreso de la República mejore sus leyes orgánicas, institucionalice el sistema de justicia a la luz del principio de colaboración de poderes, a fin de ponerlas a tono con los nuevos tiempos. ¡Es mejor prevenir que lamentar!

Aprendamos de las lecciones que nos dejó la pandemia, que felizmente fue pasajera, empero, la criminalidad organizada pretende convertirse en una estructura social, de ahí la gran preocupación que tenemos. Vean lo que está sucediendo en Haití, en donde las pandillas delincuenciales se han apoderado de territorios y secuestrado en ellas a poblaciones enteras.

Estos peligros que acechan a nuestra patria ya fueron advertidos, por todos los filósofos y sabios del mundo, basta recordar a San Agustín, uno de los padres fundacionales de la Iglesia católica, que en su libro "La ciudad de Dios" afirmó: *"remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?"* (quitada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios?), con esto el

obispo de Hipona en el siglo V, nos invita a reflexionar sobre la justicia en las sociedades humanas; vale decir, si un régimen político no se fundamenta en la justicia, este se pervierte en la tiranía y el latrocinio. A su turno, nuestro Manuel Gonzales Prada, considerado el mejor ensayista de todos los tiempos en el Perú, en su libro "Horas de Lucha" del año 1908, nos advirtió:

> Nada patentiza más el envilecimiento de una sociedad que la relajación de su Magistratura. Donde la justicia desciende a convertirse en arma de ricos y poderosos, ahí se abre campo a la venganza individual, ahí se justifica la organización de mafias y camorras, ahí se estimula el retroceso a las edades prehistóricas.[1]

Eso no queremos para nuestra querida patria, hemos antes ensalzado las proezas y potencialidades de nuestro pueblo que con sacrificio ha construido la peruanidad en un mundo global. No nos merecemos la entropía, la degradación, la anomia generalizada y la perdición en la anarquía de la corrupción. Somos los herederos del imperio de los Incas, de los constructores de la maravilla de Machu Picchu, de Chan Chan, de las líneas de Nasca y Caral, del virreinato más importante en Sudamérica; pero también en la tierra donde se libró la batalla de Junín, que fue la antesala de la independencia americana, de los genios Antúnez de Mayolo y Federico Villarreal, de los héroes epónimos Miguel Grau y Bolognesi, del poeta universal y juez de paz César Vallejo, de literatos como José María Arguedas, el juez Enrique López Albújar, y del premio nobel Mario Vargas Llosa, hasta el papa León XIV es peruano.

La magistratura nacional, también, tiene sus héroes que ofrendaron sus vidas ante el llamado de la patria en la guerra del pacífico, el Dr. Manuel Pino: Vocal de la Corte de Puno, luchó en la Batalla de Miraflores y murió en combate como miembro del Batallón de Reserva N° 4 en el Reducto N° 2; el Dr. Félix Olcay: Antiguo Juez de Iquique, también luchó en la Batalla de Miraflores y murió en combate; el Dr. Manuel Iribarren: Juez de Tumbes, participó en la defensa de su ciudad muriendo en combate; y, Tranquilino Velarde: Agente judicial, se inmoló en dicha guerra.

Debemos destacar el legado del martirizado juez Giusti La Rosa, y decenas de jueces de paz asesinados por la insania terrorista, que nunca se rindieron en la defensa de la independencia judicial y la honorabilidad en cumplir el juramento dado al asumir el cargo.

Entonces, sigamos unidos haciendo patria, nunca más un país dividido en un Perú oficial centralista limeño y el otro Perú andino selvático discriminado o el Perú profundo de las regiones olvidadas, y si una arenga se necesita para animarnos, recordemos al gran historiador Jorge Basadre que exclamó: *"el Perú es un problema...pero también es una posibilidad"* Finalmente, les pido a los 123 jueces profesionales de la Corte Superior de Justicia de Junín, ponerse de pie.

¡Por su día un merecido aplauso para ellos!

[1] Manuel Gonzáles Prada: HORAS DE LUCHA, acápite Nuestros Magistrados. Colección Autores Peruanos. 2da. Ed. Universo S.A., 1974, Lima. Pág. 110.



DRA. CÁRDENAS VILLEGAS MIRIAM LUZ

Juez Superior de la Sala Civil de Huancayo

En este Día del Juez y la Jueza, elevo mi gratitud a Dios, fuente de sabiduría y justicia, por concederme el honor de ejercer esta noble misión en la Corte de Justicia de Junín. Ser jueza no es solo una función, es un llamado a servir con integridad, a escuchar con empatía y a decidir con rectitud, guiada siempre por los valores de verdad y equidad.

Cada sentencia, cada acto jurisdiccional, representa una oportunidad para hacer presente la justicia y la paz en la vida de los justiciables, quienes confían en nuestras decisiones para hallar protección y esperanza.

Ratifico hoy mi compromiso de continuar ejerciendo mi labor con humildad, transparencia y fortaleza, siendo un instrumento para que la ley sea un puente hacia el bien común y no una barrera.

Que Dios, a todos quienes administramos justicia, siga iluminando nuestra mente con sabiduría para honrar este cargo con respeto y dignidad y esa es la justicia verdadera a favor de la humanidad.

DR. VICUÑA ZAMORA JESÚS

Juez Especializado del 1º Juzgado Civil de Huancayo



Un salud fraterno a todos los Jueces y Juezas del Perú, con ocasión de celebrarse el día del Juez(a), cada 04 de Agosto, la misma que amerita una oportunidad para resaltar el rol del magistrado dentro de la sociedad, así como reflexionar sobre nuestra digna labor que venimos desempeñando y el compromiso constante en impartir justicia con independencia, honestidad y transparencia, y que nuestro Divino Hacedor nos ilumine en cada caso concreto que conocemos a fin de resolver el conflicto de intereses e incertidumbre jurídica, apegados a la Constitución Política del Perú y las leyes, con equidad y verdad.

Nuestra labor es difícil, y hasta incomprendida, pero los reclamos de justicia por parte de los justiciables y usuarios, nos comprometen a servir a la sociedad con esmero y ahínco, con el fin de coadyuvar a la paz social, a la armonía social y contribuir al desarrollo del país.



DRA. CAJINCHO YAÑEZ DORIS

Juez Especializado del Juzgado Constitucional de Huancayo

Compartiendo lo establecido por Hesse; en estos tiempos el papel del juez(a) constitucional, es central dentro de un Estado Constitucional; ya que la responsabilidad de interpretación vinculante y control de constitucionalidad le otorgan un rol fundamental en la "concretización de la Constitución"; sin embargo en nuestro país en los hechos, con avances, retrocesos y riesgos, se ha entendido el valor de la labor de jueces y juezas constitucionales; ya que su labor de concretizar las disposiciones, valores, principios y derechos constitucionales los han convertido en interpretes calificados del parámetro constitucional y convencional y por ende, actores clave en la siempre difícil consolidación de un Estado Constitucional; ya que concretizar la constitución desde la judicatura constitucional, es dar solución a un drama humano o componer una situación de potencial conflicto con connotaciones institucionales o de ejercicio de derechos fundamentales. Por todo ello en este día especial reciban en esta fecha mi fraterno saludo a todos los jueces y juezas.

Pronunciamiento Nro. 01-2025

La Sala Plena en mayoría de la Corte Superior de Justicia de Junín, en ejercicio de la facultad de expresarnos en defensa de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional de Derecho, se pronuncia sobre lo siguiente:

1. El Proyecto de Ley que propone modificar el Decreto Legislativo No. 1373 que regula el proceso de extinción de dominio, debilita la lucha contra la criminalidad organizada, la delincuencia, la corrupción y el lavado de activos; retrocediendo en los importantes logros conseguidos en beneficio de la sociedad y contra aquellos bienes adquiridos en forma ilícita; puesto que, el mencionado proyecto pretende vaciar de contenido los alcances de la ley; tanto más, si coloca al Perú en una situación de posible incumplimiento de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat), cuerpo intergubernamental creado para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo mundial.
2. La Ley Nro. 32182 que modifica el artículo 418 del Código Penal, sobre el delito de prevaricato, en el sentido que se impone entre 8 y 12 años de pena privativa de libertad para el juez o jueza que ordena la libertad de una persona detenida en flagrancia; así como la modificatoria de la Ley de Carrera Judicial que contempla como falta muy grave, sancionado con la destitución, en el supuesto que los jueces y juezas dispongan la libertad de las personas detenidas en flagrancia; todo lo cual, los obliga a dictar la medida de prisión preventiva, pues, de lo contrario se le impondrá penas equivalentes a las que corresponden a los integrantes de una organización criminal, lo que constituye una clara amenaza a la independencia judicial al criminalizar la conducta del magistrado, afectando además el Principio de Separación de Poderes.
3. Las Leyes Nro. 31989, 31990, 32104, 32107, 32054, 32108 y 32130, que recortan los plazos en los procesos de colaboración eficaz, impide la incautación de material usado en la minería ilegal, excluye a los partidos políticos de toda responsabilidad penal, promueve impunidad para terroristas y ex militares, modifica el concepto y tipificación de organización criminal, obligan que los allanamientos se realicen con presencia del abogado del allanado y la puesta en peligro de la primera fase del proceso penal, todas estas leyes han debilitado al Sistema de Justicia en la lucha contra la criminalidad organizada; y han fortalecido a las organizaciones criminales y a la delincuencia. Lo que amerita una exhaustiva revisión o derogación de las leyes promulgadas por parte del congreso.
4. El debate sobre la pena de muerte para casos de violación a menores, se viene enfocando en una política de populismo jurídico, desviando la atención sobre los problemas de extorsión, sicariato y homicidio, lo que afecta nuestro país; sin formular soluciones eficaces a favor de la seguridad ciudadana, y cuyo debate desconoce nuestra legislación nacional, y los tratados internacionales a los que nos encontramos suscritos.
5. Finalmente, nos unimos al pedido de la presidenta del Poder Judicial, sobre la urgencia de la expedición de la ley que regule el Sistema Nacional de Flagrancia, y su financiamiento por parte del Ejecutivo para su pronto funcionamiento, a fin de brindar el marco legal a los operadores de justicia para presupuestar su implementación y equipamiento, a fin de combatir la inseguridad ciudadana y la delincuencia, con más eficacia gracias a que la judicatura, Fiscalía, Policía Nacional del Perú y Defensa Pública, funcionaran coordinadamente en un solo local interinstitucional.

Huancayo, viernes 11 de abril de 2025

JUECES Y JUEZAS

Las condiciones de la acción: reflexiones sobre su tratamiento en el derecho procesal civil



Teófanes Edgar Auqui Huerta

RESUMEN

En este artículo me permito realizar algunas reflexiones de las condiciones de la acción, sobre la base de lo que han manifestado algunos ilustres profesores de derecho procesal. Las reflexiones están dirigidas a establecer si actualmente continúa siendo apropiado el concepto y elementos que configuran esta figura jurídica.

El derecho de acción durante su evolución doctrinaria ha sufrido cambios en su conceptualización, llegando a su cumbre intelectual, creo yo, con la distinción que realizó el ilustre maestro italiano Giuseppe Chiovenda sobre la acción y el derecho en su obra "la azione nel sistema dei diritti" (1903); ahora bien, luego de más de un siglo y ante el auge constitucional mundial vemos que los derechos tienen una mayor relevancia a nivel constitucional, y ello también tuvo consecuencias jurídicas en el derecho de acción, que conforme a la doctrina actual tiene el rango de derecho fundamental. Pues bien, a partir de allí, y también ante los nuevos pensamientos, analizamos y reflexionamos sobre éste importante derecho subjetivo, concluyendo que no debe concentrarse dentro del plano de la validez de la relación jurídica procesal como siempre se le ha venido abordando, sino que considero que debe ser tratada dentro del plano del mérito del proceso, es decir sobre la decisión del derecho material en conflicto.

Palabras clave: Derecho de acción, condiciones de la acción, presupuestos de mérito, legitimidad e interés para obrar.

INTRODUCCIÓN:

Desde los orígenes de la raza humana se han resuelto conflictos personales de manera autocompositiva, con enfrentamientos físicos directos, siendo estos comportamientos homogéneos catalogados como acción directa. Esta era la forma primaria de resolución de conflictos, dejándose de lado cualquier modo razonable para dar solución al mismo; posteriormente, existieron acercamientos entre los hombres estableciéndose grupos sociales en los que por común acuerdo se delegaba a una persona la responsabilidad de resolver los conflictos (heterocompositiva). Ello significó un gran avance, y es lo que posteriormente dio paso al derecho de acción.

Siglos más adelante, con la aparición del derecho romano, y su evolución doctrinaria, el derecho de acción tuvo un contenido de requisitos que debían ser cumplidos para la actuación en procedimiento del beneficiario del derecho, siendo así concebidos hasta nuestros días e incorporados en nuestro Código Procesal Civil. Hablamos de la Legitimidad e interés para obrar, los cuales han sido establecidos como presupuestos dentro del plano de la validez del proceso, para que, a partir de allí, el Juzgador pueda emitir una decisión sobre el conflicto.

Ahora bien, considero que estos requisitos no deben estar encuadrados como presupuestos para validez de la relación procesal, pues pertenecen a un campo mayor, donde se resuelve el derecho material propuesto, el tema decisorio de fondo. Como vamos a analizar, la decisión que se adopte sobre la legitimidad e interés para obrar de cualquiera de las partes va a surtir consecuencias jurídicas sobre el objeto del proceso, va a generar cosa juzgada entre las partes, impidiendo una nueva interposición de la demanda en los mismos términos.

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN Y SU INCORPORACIÓN A NUESTRO SISTEMA PROCESAL.

En el derecho romano, para ejercer el derecho de acción, se requería del cumplimiento de formalidades, primero, *en el procedimiento de las acciones de la Ley,* para luego en *el procedimiento formulario*[1] se califique como un derecho material por intermedio del cual se podría conseguir una declaración judicial a su favor. Es decir, que a cada derecho le correspondía una acción y una fórmula específica; por ejemplo, para reclamar un derecho sobre la propiedad o posesión, correspondía utilizar una acción reivindicatoria o posesoria, respectivamente. Eduardo J. Couture explica la evolución de la acción en la doctrina manifestando que *"siguiendo la huella del derecho romano, la doctrina considero tradicionalmente que la acción y el derecho eran la misma cosa. Se llego a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra*[2]*"*. En esa confusión era comprendido el derecho de acción. Y no es, sino hasta que el maestro **Giuseppe Chiovenda** en 1903 en la ciudad de Bolonia expone su ensayo *"La azione nel sistema dei diritti"*, cuestionando la visión que se tenía sobre el derecho de acción, definiéndola como *"el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la Ley"*. Agrega, que *"la acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la Ley. (...). La acción se agota con su ejercicio sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla (...)*[3]*"*. Para el maestro italiano la configuración de la acción, en la esfera interna del titular, implicaba tener derecho a un resultado favorable en el proceso a instaurarse, lo cual se traduce en la sentencia; es por ello, que era necesario que la acción contenga sus requisitos: La Legitimidad e interés para obrar. Estas ideas fueron incorporadas en nuestro Código Procesal Civil, basta leer el primer párrafo del artículo IV del Título Preliminar que a la letra dice: "el proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocara interés y legitimidad para obrar", siendo éstas condiciones de la acción, que "conjuntamente con los presupuestos procesales" confluyen para establecer una relación jurídica procesal válida, manteniéndolos solo en el plano de la validez del proceso; consecuentemente, si existe omisión de cualquiera de éstos requisitos desencadena la invalidez solo de la relación procesal, y por ende, del proceso.

---

[1] ARANGIO RUIZ, Vincenzo. "Las acciones en el Derecho Privado Romano", Traducción de Faustino Gutiérrez Alviz. Madrid. Revista de Derecho Privado p. 60, citado por Juan Monroy Gálvez en "Teoría General del Proceso", 3era. Edic. 2009, Edit. Communitas – Lima, p. 466, con el siguiente texto: "Aquí, se establece que en el Sistema de acciones de la Ley, la acción era una especie de monologo o diálogo ritual que era preciso recitar ante el Magistrado.

Luego, en la terminología clásica, que se inspira en el procedimiento formulario, la acción es el trazo de unión entre el derecho subjetivo y el procedimiento que sirve a realizarle, la relación material de derecho privado en trance de traducirse en fórmula, en suma, el derecho mismo que combate por hacerse valer en justicia.

[2] COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" Edit IBdeF, Buenos Aires, Cuarta Edición, 2002, p.51.

[3] El Dr. Juan Monroy Galvez hace referencia a lo expresado por el maestro Giuseppe Chiovenda en su libro "Teoría General del Proceso", ob. Cit. p. 479.

[4] MONROY GALVEZ, Juan; "Formación del Proceso Civil Peruano". Escritos Reunidos. Segunda Edición Palestra 2004, p. 231.

Monroy Galvez destaca que *"en doctrina suele aceptarse pacíficamente que las condiciones de la acción son tres. La voluntad de la Ley, el interés para obrar y la legitimidad para obrar*[4]*"*. Con otra nomenclatura los cataloga Devis Echandía como *presupuestos para la emisión de la sentencia de fondo o de mérito,* y manifiesta que estos presupuestos *"son los requisitos para que el Juez pueda proveer de fondo o de mérito, es decir para resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado la obligación que se le imputa*[5]*"*. No obstante, debido al auge de la constitucionalización en América Latina, la acción en consonancia con la doctrina mayoritaria actual-[6] tiene ahora la categoría de derecho fundamental, razón por la que no podría estar supeditada a la integración de requisitos para su validez o existencia; siendo inadecuado que dichos requisitos continúen perteneciendo al citado derecho fundamental, lo cual debería ser corregido.

REFLEXIÓN SOBRE EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMIDAD E INTERÉS PARA OBRAR

Para la admisión de la demanda, y consecuentemente, la validez de la relación procesal, se necesita que confluyan los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Estas últimas catalogadas así, de manera errónea, pues se aprecia la confusión del tratamiento de la acción como si fuese una pretensión; al respecto, ya he manifestado que la acción no puede estar condicionada a ningún requisito, al ser un derecho fundamental inherente a la persona; siendo que lo más idóneo sería llamarlos presupuestos para la sentencia de fondo o de mérito como los denomina Devís Echandía (como ya se ha citado anteriormente), en el que el concepto de mérito debe ser entendido como el tema que se va a decidir al interior del proceso, delimitado por los fundamentos fácticos (causa petendi) y el pedido; entonces, resulta claro que si el Juez va a emitir su decisión sobre las condiciones de la acción (presupuestos de mérito), va a resolver un tema sobre el fondo del asunto, más no del plano de la validez del proceso, el cual, a su vez, va a generar cosa juzgada, ya que se estaría emitiendo una decisión de mérito, un pronunciamiento sobre su derecho. A manera de ejemplo, puedo manifestar que si la cosa juzgada se genera sobre el pedido no tutelado jurídicamente (por falta de legitimidad o interés para obrar), ya no podrá volverse a pedir lo mismo, sin embargo, si se vuelve a pedir de manera diferente a la ya propuesta, es de hecho que el Juez ésta ante otra acción, diferente de la que produjo la cosa juzgada, y por ello, ésta nueva pretensión, traída por la nueva acción, es pasible de nueva decisión judicial.

Sobre dicha distinción, el profesor Renzo Cavani expone un ejemplo: "si en un proceso de reivindicación se declarase fundada una falta de legitimidad para obrar activa, se habría comprobado de que el demandante no poseía la titularidad que dijo poseer, o sea, que no es propietario". Y así mismo, concluye lo siguiente: "Nótese el vínculo con la relación de derecho material llevada al proceso, la cual como se dijo no es otra cosa que el mérito. En efecto, al ser la legitimidad para obrar esa identidad entre la posición de un sujeto en la relación material, por un lado, y en el proceso, por otro, su examen únicamente puede darse explorando el derecho material[7]".

La misma consecuencia jurídica también se concluye con el interés para obrar; pues, por ejemplo, si se presenta una demanda que contiene una pretensión de nulidad de acto administrativo, sin haberse agotado la vía

---

[5] ECHANDIA Devis, "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", segunda edición Edit. Bogotá, Temis, 2009, p. 257.

[6] MONROY GALVEZ, Juan "Teoría General del Proceso".Ob. Cit. p. 496 a 497. El Dr. Expresa su opinión respecto al derecho de acción.

[7] CAVANI Renzo; "Las condiciones de la acción. Una categoría que debe desaparecer". Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 1, Edit. Gaceta Jurídica, Julio 2013, p. 238.

administrativa, el Juzgador emitirá la decisión desestimando la pretensión, porque aún no puede ser tutelada, pues previamente debe haber agotado todas las instancias de la administración. Que quede claro que la decisión emitida por el Juzgador no tiene que ver con la validez de la relación procesal, sino con la tutela del derecho demandado, que aún se encuentra imposibilitada de ser tutelada por el ordenamiento jurídico, y ello también genera cosa juzgada por ser una decisión de mérito.

Por consiguiente, no resulta idóneo que, conforme a nuestras normas procesales, el Juzgador emita una decisión de mérito, al resolver la legitimidad e interés para obrar, y que su efecto jurídico no sea el de generar cosa juzgada, sino solo la anulación e invalidez del proceso. Considero que este error debe ser corregido mediante una reforma y se deje de atenderlas como condiciones de la acción y solo en el plano de la validez de la relación procesal, pues como se ha analizado la decisión que se adopta sobre estos presupuestos de mérito tienen vinculación directa con el derecho propuesto, y deben tener un tratamiento diferente como decisiones de mérito.

CONCLUSIONES:

4.1. En el derecho romano se tenía la concepción de que la acción y el derecho eran lo mismo, siendo esta concepción superada por el maestro italiano Giuseppe Chiovenda al distinguir la acción como derecho potestativo consistente en hacer producir el efecto de la Ley.

4.2. La doctrina actual se decanta por concluir que la acción es un derecho fundamental, y como tal, no puede estar condicionado a algún elemento para su existencia o validez.

4.3. Las mal llamadas condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar) tienen vinculación directa con el mérito del proceso (como la causa petitum y el pedido), por lo que al ser resueltas debe emitirse una decisión sobre el derecho en conflicto, por esta razón dicha decisión generaría cosa juzgada; resultando erróneo otorgarles un tratamiento dentro del plano de la validez de la relación procesal. En ese sentido, debería reformarse las normas que le den dicho tratamiento procesal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Couture. E. (2002). *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*. Editorial BdeF, Cuarta Edición. Buenos Aires-Argentina.

Devis. H. (2009). *"Nociones Generales de Derecho Procesal Civil"*. Editorial Temis, Segunda Edición. Bogotá-Colombia.

Cavani. R. (2013). *"Las condiciones de la acción: Una categoría que debe desaparecer"*. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, Primera Edición. Lima-Perú.

Monroy. J. (2004). *"Formación del Proceso Civil Peruano: Escritos Reunidos"*. Editorial Palestra, Segunda Edición. Lima-Perú.

Monroy. J. (2009). *"Teoría General del Proceso"*. Editorial Communitas, Tercera Edición. Lima-Perú.

JUECES Y JUEZAS

Principios éticos en la inteligencia artificial y justicia intergeneracional



Teresa Cárdenas Puente

RESUMEN

La inteligencia artificial (IA) se ha convertido en un elemento transformador en la administración de justicia; sin embargo, debe usada de manera adecuada para evitar sesgos, injusticas y discriminación; por lo que en el presente artículo se sustenta la necesidad que deba estar guiada por principios éticos que garanticen su uso responsable, sin comprometer los derechos y oportunidades de las futuras generaciones.

Palabras claves: Ética, inteligencia arterial y justicia intergeneracional

INTRODUCCIÓN:

El mundo viene experimentando grandes transformaciones de diferentes áreas y contextos a propósito de los avances acelerados de la tecnología, incidiendo en la socialización y proceso de aprendizaje del ser humano, generando cambios en la interiorización de normas, costumbres, creencias y valores, llevando al individuo incluso a nuevas formas de pensar o razonar, y de relacionarse con los demás.

La inteligencia artificial (IA) tiene la capacidad de procesar grandes volúmenes de datos y automatizar procesos, esto ha permitido avances significativos en la eficiencia y precisión de los sistemas judiciales; desde la predicción de reincidencia delictiva hasta la asistencia en la toma de decisiones judiciales, dejando de ser una simple herramienta tecnológica para convertirse en un elemento transformador en la administración de justicia; sin embargo, su aplicación debe ser cuidadosa para evitar resultados no deseados, de ahí que su implementación **plantea desafíos éticos fundamentales, bajo un enfoque de justicia intergeneracional.**

En tiempos actuales urge consolidar conceptos de justicia y generación, que promuevan el bienestar común de las generaciones de ahora, y de las futuras, orientadas a construir relaciones positivas entre estas; entender que la justicia será alcanzada si las futuras generaciones tienen oportunidad de satisfacer sus necesidades de la misma forma que las actuales, siendo necesario garantizar que las decisiones tomadas en el presente no solo sean equitativas para la sociedad actual, sino aseguren un sistema más justo y sostenible en el futuro; en este sentido, la IA en el ámbito judicial no puede evaluarse únicamente en términos de eficiencia.

La implementación de la IA parece avanzar aceleradamente sin control, generando una sombra que oscurece el sentido de la existencia humana, una suerte de *"niebla mental"* según Wittgenstein; y es que ¿A dónde vamos como humanidad?, ¿estamos diseñando herramientas que refuercen la equidad y la transparencia, o estamos consolidando sesgos que afectarán a las generaciones futuras?, ciertamente son herramientas útiles, en todo caso ¿cómo garantizar que la IA complemente el proceso judicial sin deshumanizarlo ni comprometer derechos fundamentales?, interrogantes que plantean desafíos, que nos lleva a sustentar que el desarrollo y uso de la IA en la justicia se realicen bajo principios éticos que garanticen una justicia intergeneracional.

PRINCIPIOS ÉTICOS Y EL USO DE LA IA EN SISTEMAS DE JUSTICIA

Entre los más relevantes encontramos al

principio de *transparencia,* que exige que los algoritmos sean auditables y comprensibles para evitar decisiones arbitrarias; pero nos preguntamos ¿quién elabora los algoritmos que se usan en la administración de la justicia?, son acaso los jueces o son los programadores; la IA no puede operar como una *"caja negra"*, pues debe proporcionar explicaciones claras sobre cómo llega a determinadas conclusiones o recomendaciones judiciales.

Otro principio fundamental es la equidad y no discriminación; debido a que, los sistemas de IA deben diseñarse para evitar la reproducción o amplificación de sesgos presentes en los datos con los que son entrenados; no obstante, sin controles adecuados la tecnología podría reforzar las desigualdades estructurales y afectar negativamente a los grupos vulnerables, entonces, la aplicación de la IA en la justicia debe garantizar un acceso equitativo y justo para todos.

Finalmente un tercer principio relevante como eje esencial, es el de la responsabilidad y supervisión humana; y es que en tiempos de transformación emergente deben fijarse bases éticas para el uso adecuado de la IA, las futuras generaciones dependen de ello, por tanto será necesario acciones inmediatas que concreticen y consoliden estos aspectos de manera uniforme, global y sobre todo convencional, a fin de que los Estados puedan obligarse a promover y vincular principios éticos en la implementación y uso de la IA a través de políticas públicas, medidas y acciones concretas.

PRINCIPIOS ÉTICOS EM LA IA BAJO EL ENFOQUE DE LA JUSTICIA INTERGENERACIONAL

La justicia intergeneracional dentro del derecho y la ética busca garantizar la equidad entre las generaciones presentes y futuras, siendo su propósito asegurar que las decisiones tomadas hoy no perjudiquen a quienes vendrán después, promoviendo un desarrollo sostenible y una distribución justa de recursos, derechos y oportunidades. Esta idea se aplica en diversos ámbitos, como la protección del medio ambiente, la administración de recursos naturales, la sostenibilidad económica, los derechos humanos y la evolución de los sistemas legales y tecnológicos.

Uno de los principales impactos de la justicia intergeneracional es su influencia en la formulación de políticas públicas y marcos normativos que trascienden el corto plazo. Su aplicación permite que los Estados diseñen estrategias que no solo atiendan necesidades inmediatas, sino que también consideren las repercusiones de sus decisiones en el futuro. En este sentido, se han desarrollado tratados internacionales, legislaciones nacionales y principios éticos que buscan proteger los derechos de las generaciones futuras frente a riesgos como el cambio climático, la explotación indiscriminada de recursos o la inestabilidad económica; siendo posible ampliar el ámbito de su proyección para garantizar la sostenibilidad de los derechos de las futuras generaciones a partir de uso de adecuado de la IA.

Por otro lado, La inteligencia artificial (IA) está transformando diversos ámbitos de la sociedad, incluido el sistema judicial, al ofrecer herramientas que agilizan procesos, reducen errores y mejoran la eficiencia en la toma de decisiones; sin embargo, su implementación plantea desafíos éticos que deben ser abordados para garantizar que las decisiones actuales no comprometan los derechos y oportunidades de las generaciones futuras.

Para ello, es fundamental establecer principios éticos que regule su uso y aseguren que su impacto sea justo y equitativo a lo largo del tiempo. (Medina, 2019, como se citó en Farfán Intriago, J. L., Farfán Largacha, J. A., Farfán Largacha, B., & Núñez Vera, J. P., 2023).

ALGUNOS DESAFÍOS A TENER EN CUENTA

La justicia enfrenta grandes fenómenos sociales, así podemos mencionar que uno de los más relevantes es la violencia contra la mujer, específicamente en esta última la víctima no es homogénea, el contexto en el que se producen existen ideas estereotipadas, conductas aprendidas que vulneran derechos, inhiben a la persona y se generan

daños, aquí surge el problema de elaborar patrones estandarizados para elaborar algoritmos acertados, la automatización de medidas de protección con IA para la atención de la víctima nos puede dar una respuesta inmediata, pero no responderán a sus necesidades de manera efectiva, ya que la IA no posee la capacidad de comprender el contexto social, cultural y la percepción humana de cada caso, lo que puede llevar a decisiones deshumanizadas; a esto la **Unesco anticipó: *"Un mal uso puede incrementar las desigualdades, o un algoritmo mal programado puede significar la discriminación de una persona en la toma de una decisión".*** Consideramos que la IA en este caso nos puede ayudar a un diagnóstico básico, como la identificación de factores de riesgo, acelerando el tiempo para la decisión, pero será el Juez quien deberá evaluar las particularidades de cada caso en concreto.

La IA es una herramienta creada para facilitar tareas, y en los sistemas judiciales debe ser usada para facilitar las funciones, mas no para asumirlas, ya que es una herramienta de apoyo para la celeridad de las actuaciones, que debe contar con supervisión y dirección humana, labor que ser asumida por los jueces, y no solo por profesionales técnicos o informáticos, a fin de garantizar que estas respondan a estándares de justicia y puedan ser reajustadas cuando sea necesario, evitando automatismos o procesos rígidos que generen injusticias, debido a que la administración de justicia sobre acciones humanas es sensible, la diversidad humana exige decisiones diversas y a veces particulares. La justicia no puede ser automatizada porque entonces no es justicia.

CONCLUSIONES

La inteligencia artificial tiene el potencial de transformar la justicia, pero su implementación debe ser guiada por principios éticos que garanticen su uso responsable; como elementos clave para asegurar el fortalecimiento de los sistemas de justicia sin comprometer los derechos y oportunidades de las generaciones futuras. El desafío radica en encontrar un equilibrio entre la innovación tecnológica y el respeto a los valores fundamentales del derecho, garantizando que el progreso no se traduzca en injusticias, sino en una evolución hacia un sistema judicial más justo y accesible para todos.

La justicia intergeneracional exige que las decisiones tomadas en el presente no solo sean justas para la sociedad actual, sino que también sienten las bases para un sistema equitativo y sostenible en el futuro. En este contexto, la IA no puede evaluarse únicamente en términos de eficiencia operativa, sino que debe ser regulada y supervisada para evitar efectos adversos que puedan consolidar desigualdades o comprometer derechos fundamentales de generaciones futuras.

Los principios éticos y su aplicación en la administración de justicia en relación a la IA son fundamentales; es el momento de establecer los lineamientos, eliminar esa niebla mental de solo pensar en el beneficio que ahora nos brinda, sino proyectarnos a pensar que dejamos para las futuras generaciones, quienes no son ajenos, son los que vienen, son nuestros hijos y los hijos de estos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Hildebrandt, M. (2013). Slaves to big data. The next generation of rights protection. Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 371(1987), 20120380.

Farfán Intriago, J. L., Farfán Largacha, J. A., Farfán Largacha, B., & Núñez Vera, J. P. (2023).

Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA?. Frónesis, 30(2), 173-197.

Recuperado a partir de

https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/40853

Verdín, I. (2023). Los retos, usos y prácticas éticas de la inteligencia artificial por profesionales del derecho. Recuperado 19 de febrero de 2022, de Dialnet website:

https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo9117694.pdf

JUECES Y JUEZAS

La disposicion de bienes sociales: a propósito del VIII Pleno Casatorio Civil



Jhonattan Ronnie Armas Prado

SUMARIO

– 1. Introducción. – 2. Respecto al problema de la disposición de bienes sociales. – 3. Disposición de bienes sociales en el derecho comparado. – 4. Soluciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la disposición de bienes sociales. – 5. Naturaleza del acto de disposición de bienes sociales. – 6. La invalidez como solución jurisprudencial – Casación N° 3006-2015-Junín. – 7. Bibliografía.

RESUMEN

El autor analiza la institución de la sociedad de gananciales y la naturaleza jurídica de los actos de disposición de los bienes sociales, regulado en el artículo 315 del Código Civil. Para ello, cita las soluciones jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema y la doctrina sobre la disposición arbitraria de los bienes sociales.

Palabras clave: Sociedad de gananciales, nulidad, anulabilidad, ineficacia, legitimidad contractual, inoponibilidad.

ABSTRACT

The author analyzes the institution of community property and the legal nature of acts of disposition of joint property, regulated by Article 315 of the Civil Code. To do so, he cites the jurisprudential solutions developed by the Supreme Court and the doctrine on the arbitrary disposition of joint property.

Keywords: Community property, nullity, voidability, ineffectiveness, contractual legitimacy, unenforceability.

1. INTRODUCCIÓN:

Dentro de nuestro sistema jurídico la institución de la familia ha merecido especial amparo por parte del derecho, esto en consideración a su importancia dentro de la sociedad y del Estado. Esta protección se encuentra plasmada en una serie de dispositivos legales que van desde nuestra norma suprema que es la Constitución hasta la ley, en este caso, el Código Civil y algunas leyes especiales. Siendo ello así, en base a las generalidades establecidas en la Constitución, nuestro Código Civil ha desarrollado con mayor amplitud las instituciones del Derecho de Familia estableciendo en su Libro III todo lo referente a los deberes y derechos que emanan de esta institución jurídica.

En ese sentido, es el legislador el que ha normado una serie de figuras jurídicas que forman parte del Derecho de Familia. El matrimonio es una de ellas, el cual es muy importante, pues, a través de éste es que se forma la familia[1] y se producen muchas obligaciones legales para cada uno de los contrayentes. Sin embargo, no es materia de análisis la institución jurídica mencionada, sino el régimen patrimonial al que se sujeta el matrimonio y, específicamente, la sociedad de gananciales.

En el Título III del Libro III del Código Civil podremos encontrar dos tipos de regímenes patrimoniales del matrimonio. Estos tipos son: El régimen de sociedad de gananciales y

[1] **Abogado y egresado de la Universidad Peruana Los Andes – UPLA. Ex docente universitario. Ex jefe de la Unidad de Asesoría Legal de la Corte Superior de Justicia de Junín. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Junín.**

[1] Con esto no estamos afirmando que a través de la unión de hecho no se pueda constituir una familia y las obligaciones legales que de ella derivan, pues, considero que ello también es posible dada la redacción del artículo 326 del Código Civil y, del mismo modo, se producen algunas obligaciones similares a las del matrimonio.

el régimen de separación de patrimonios. Mediante ambos regímenes patrimoniales los cónyuges, que opten libremente por cualquiera de ellos, tienen los mismos deberes y derechos en cuanto se refiere a la administración y sostenimiento del hogar conyugal, por lo tanto, no importa cuál sea el régimen por el que los cónyuges hayan optado, pues dichos deberes y derechos deben de ser asumidos de igual forma, debido a que la finalidad de estas normas es la protección de la familia y a los integrantes de ella.

De acuerdo con lo anterior, es menester hacer notar que la administración y disposición de los bienes va a variar dependiendo del régimen patrimonial al que está sujeto el matrimonio. Desde luego, en el régimen de separación de patrimonios cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros; mientras que tal situación no es similar en el régimen de sociedad de gananciales, pues, de acuerdo a este régimen existe la diferenciación de bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales, formándose en el caso de los bienes sociales una especie de comunidad de bienes (gesamnte hand), donde la disposición y la titularidad de dichos bienes la ostenta la sociedad y no los cónyuges individualmente considerados[2].

2. RESPECTO AL PROBLEMA DE LA DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES:

Es por ello que, en el caso de la sociedad de gananciales, la disposición de los bienes sociales ha generado una serie de problemas jurídicos para todos los operadores del derecho. Esto lo afirmamos porque, a pesar, de que se establezca la regla de actuación conjunta en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil que señala expresamente: *"Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro (...)"*; tanto la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo acerca de los efectos que tiene el acto jurídico celebrado por uno de los cónyuges, sin el asentimiento del otro o sin la representación del mismo, con un tercero relativo a la disposición o gravamen de un bien social, ni mucho menos ha establecido con precisión a quien se debe amparar en estos casos. Es decir, si se debe amparar al cónyuge que no participó en el acto jurídico o al tercero que actúa de buena fe. La cuestión se complica cuando este tercero inscribe su adquisición en los registros públicos en mérito a que el bien social figura inscrito a nombre del cónyuge que dispuso del bien. En estos casos ¿se deberá amparar al tercero registral por la publicidad y seguridad jurídica que brindan los registros? O ¿se deberá amparar al cónyuge que no participó o, mejor dicho, a la sociedad de gananciales en base a que las normas del derecho de familia son tuitivas?

3. DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES EN EL DERECHO COMPARADO:

El artículo 315 del Código Civil, prescribe: *"Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales".*

La norma citada, también fue regulada por el Código Civil de 1936 a través de la cual otorgaba al marido, no solamente la facultad de administrar los bienes comunes, sino también podía disponer de ellos a título oneroso, sin que sea necesaria la intervención de la mujer, a excepción de los actos de disposición a título gratuito. Sin embargo, mediante el **Decreto Ley Nº 17838, de fecha 30 de setiembre de 1969, se modificó el texto del Código de 1936 estableciendo la regla de actuación conjunta para la disposición de bienes sociales.**

En el derecho comparado:

Como lo señala Morales Hervias[3] el tema que se analiza ha girado en torno a tres modelos legislativos.

El modelo francés y el modelo alemán. El modelo italiano sigue el modelo alemán en líneas generales. El modelo italiano es el que finalmente ha acogido el legislador peruano

[2] Barchi, L. (2007). "Un Asunto de Familia: la Venta de Bienes Sociales por uno de los Cónyuges". En: JUS Jurisprudencia Nº 02. Editorial Jurídica GRIJLEY. Lima. p. 23. Sobre este aspecto sostiene: "(...) en el Código Civil, la sociedad de gananciales tiene naturaleza de comunidad germana (en mano común); en consecuencia, se constituye un patrimonio separado (bienes sociales) distinto al patrimonio propio de cada uno de los cónyuges (bienes propios)".

[3] MORALES, R (2006). Estudios Sobre Teoría General del Contrato". Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima. p. 491.

como fundamento para otorgar una consecuencia jurídica a los actos arbitrarios por parte de uno de los cónyuges.

En tal sentido, el primer párrafo del artículo 184 del Código Civil Italiano de 1942 señala: ***"Los actos realizados por un cónyuge sin el necesario asentimiento del otro cónyuge y éste no los convalida son anulables si se refieren a bienes inmuebles o bienes muebles".*** Por su parte, el Código Civil Español de 1889 sanciona con anulabilidad el acto de disposición arbitrario efectuado por uno de los cónyuges, tal es así que, el artículo 1322 establece:

"Cuando la ley requiere para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro, los realizados sin él o que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos".

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge". La norma citada, resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 1377 del mismo cuerpo de leyes español que manifiesta: ***"Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges".***

Como bien se puede observar claramente de los dispositivos legales foráneos citados, ambos establecen expresamente como consecuencia jurídica del acto de administración extraordinario de los bienes sociales la anulabilidad; sin embargo, en nuestra norma, conforme ha quedado establecido en líneas anteriores no se hace mención expresamente a la consecuencia jurídica de tales actos lo cual ha llevado a los tribunales nacionales y a los operadores jurídicos a interpretarlos de distintas maneras.

4. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS SOBRE LA DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES:

Sobre lo ya mencionado, es necesario citar algunas soluciones jurisprudenciales que se han pronunciado sobre la naturaleza de los efectos del acto de disposición o gravamen de bienes sociales efectuada por uno de los cónyuges.

En primer lugar, tenemos la postura que sostiene que dichos actos son nulos: *"si, contraviniendo dicha norma (artículo 315 del Código Civil), se practican actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurre en causal de nulidad absoluta del acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las Leyes que interesan al orden público según el artículo V del Título Preliminar del Código Civil"*[4].

Por otro lado, **existe una segunda posición que sostiene que dichos actos son anulables:** *"en caso de representación por uno de los cónyuges en el acto de disposición o gravamen del bien social, excediendo los límites de las facultades que se le confirió, lo que está sancionado con la ineficacia, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Código Civil, el cual regla la figura del falso procurador, cuya sanción es solo la anulabilidad del acto jurídico con relación al representado, diferente de la figura de la nulidad del acto jurídico"*[5].

Del mismo modo, u**n sector de la doctrina ha sostenido como tercera posición que la disposición de un bien social por uno de los cónyuges puede ser asimilado a un supuesto de venta de bien ajeno.**[6]

Por último, una cuarta posición considera que dichos actos son ineficaces: El supuesto previsto en la referida norma sustantiva (entiéndase artículo 315 del Código Civil) no recoge un supuesto de nulidad del acto jurídico, sino uno de ineficacia, el mismo que origina que el acto jurídico cuestionado no sea oponible al patrimonio de la sociedad de gananciales. Nótese que esta posición indica que el acto de disposición de bienes sociales efectuada por un solo cónyuge, no comporta un supuesto de invalidez del acto jurídico, ya que no se afecta la estructura del

[4] Considerando cuarto de la Casación Nº 336-2006-Lima, del 28 de agosto de 2006, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de febrero de 2007.

[5] Considerando tercero de los votos en discordia de los señores Vocales Supremos Caroajulca Bustamante y Mansilla Novella emitido en la Casación Nº 1815-2006-Callao, de fecha 27 de enero de 2007.

[6] Esta posición es sostenida por los profesores Luciano Barchi Velaochaga. Ob cit. p. 24. Y por Guillermo Lohmann Luca de Tena. "Notas breves sobre ineficacia de actos celebrados en representación y sobre la aplicación del principio iura novit curia en sede casatoria". En: Jus Jurisprudencia Nº 02. Editorial GRIJLEY. Lima. 2007. p. 14.

acto, sino es un supuesto de ineficacia, por falta del requisito de legitimidad contractual, el cual lo ostenta la sociedad de gananciales y no en un cónyuge específico. [7]

Respecto al punto de quien debe ser protegido tanto la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo en señalar a quien se le debe otorgar protección.

Algunos sostienen que debe ser protegido el cónyuge que no participó en el acto de disposición del bien social en virtud de que el artículo 315 del Código Civil, comporta que un cónyuge tiene el poder de inoponibilidad a fin de proteger a la sociedad de gananciales[8].

Para otros el comprador se encuentra protegido por haber actuado de buena fe conforme el artículo 1362 [9] del CC al no tener conocimiento de que el vendedor tenía la condición de casado o por el principio de la buena fe registral contenido en el artículo 2014 [10] del Código Civil [11].

5. NATURALEZA DEL ACTO DE DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES:

En ese sentido, la discusión de estos tópicos jurídicos merece una profunda investigación en aras de determinar cuál es la verdadera naturaleza del acto de disposición de un bien social y sobre todo establecer cuál es el mecanismo de protección para la sociedad de gananciales interpretando el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil y las disposiciones que otorgan protección a los terceros adquirentes, para determinar quién debe ser protegido.

Como ya lo hemos visto, existe una gran divergencia de opiniones y soluciones jurisprudenciales y doctrinarias. **Nótese, que la cuestión problemática está referida al sentido de interpretación que se le da al primer párrafo del artículo 315 del Código Civil.** Este primer párrafo determina que el acto de disposición o gravamen de un bien social solo se hace con la participación de ambos cónyuges (regla de actuación conjunta). Esto quiere decir, que si no se da la intervención de ambos cónyuges el acto jurídico estaría viciado por alguna causal de ineficacia (sea estructural o funcional), pero no señala cual es la naturaleza de la ineficacia (nulidad, anulabilidad, rescisión, etc.). Así mismo, este mismo artículo no descarta la posibilidad de que uno de los cónyuges otorgue poder especial al otro para que realice la disposición o gravamen del bien social. En este último caso, opera la representación. Pero en casos de que dicha representación se lleve a cabo de forma imperfecta violando o excediendo de los límites concedidos para el acto representativo, es aplicable lo dispuesto por el artículo 161 del código Civil, incluyendo la figura del falsus procurator si no existe representación.

Sin embargo, lo que no se ha llegado a notar ni establecer en cualquiera de las soluciones jurisprudenciales y doctrinarias ya anotadas, salvo algunas honrosas excepciones, es lo relativo a que del artículo 315 de la norma sustantiva se desprende un requisito de eficacia que la doctrina denomina como **legitimidad para contratar o legitimidad contractual,** que no es más que la expresión autorizada de la norma que legitima al verdadero o los verdaderos titulares de dominio de un bien a realizar actos de disposición sobre ellos, haciendo que la coincidencia de estos sujetos en dicho evento haga que el acto jurídico celebrado con una tercera persona sea eficaz.

Esta solución la notamos en el considerando cuarto y quinto de la Casación Nº 111-2006-Lambayeque, que sostiene: *"(...) la presencia de ambos cónyuges en el acto de disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino una adecuada legitimidad para contratar"*. A su vez el quinto considerando dice: *"Es decir, la intervención de ambos cónyuges supone dar*

[7] Considerando tercero de la Casación Nº 111-2006Lambayeque, del 31 de octubre de 2006, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de enero de 2007.

[8] MORALES, R (2007). "Legitimidad para contratar: La protección de la sociedad de gananciales vs. La publicidad registral". En: Actualidad Jurídica Nº 159. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. p. 37.

[9] Artículo 1362: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intensión de las partes".

[10] Considerando séptimo de la Casación Nº 336-2006 Lima, del 28 de agosto de 2006, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de febrero de 2007.

[11] Artículo 2014, expresamente señala: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el poder de disposición que tiene un sujeto en relación a determinada situación jurídica (...)".

Esta legitimidad para contratar se aplica a varios casos como por ejemplo la representación, a la disposición de bienes de la sociedad de gananciales, a la disposición de bienes en copropiedad, a la compraventa de bienes ajenos y al arrendamiento de bienes en copropiedad.

En esos términos, en el caso concreto de la disposición de bienes sociales existirá legitimidad para contratar si se da la intervención de ambos cónyuges, contrario sensu, **la ausencia de uno de ellos significa la ineficacia del contrato por falta de legitimidad para contratar, pero no la invalidez.** En consecuencia, al no haber legitimidad para contratar en el referido acto de disposición el contrato es inoponible al cónyuge que no participo en dicho acto jurídico. Por lo cual, no se realizaría ningún efecto para el cónyuge que no intervino.

Entonces, respecto a las soluciones relativas a los efectos de la disposición o gravamen de un bien social por uno de los cónyuges se adiciona un razonamiento más que sostiene que el verdadero efecto de dicho acto jurídico no es ni la nulidad, anulabilidad o la rescisión[12] por tratarse de bien ajeno, sino la ineficacia por falta de legitimidad para contratar. Esta posición tiene sentido pues para realizar un acto de disposición es necesario ser el verdadero titular del bien, es decir, tener el dominio del bien. De lo contrario nos encontraríamos en un supuesto de compraventa de bien ajeno o en la situación que regula el artículo 315 del Código Civil, pues esta última no establece un acto de disposición de bien ajeno.

6. LA INVALIDEZ COMO SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL – CASACIÓN N° 3006-2015-JUNÍN:

A través de la Casación N° 3006-2015-Junín[13] de fecha 12 de marzo de 2019, se ha emitido el VIII Pleno Casatorio Civil, conformada por los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a en cuyo literal D de la parte considerativa, se sostuvo lo siguiente:

"(...) Como ha quedado en claro, en la gestión de los bienes sociales de la sociedad conyugal, frente a los actos de disposición de los bienes extraordinarios o de transcendencia económica, la regla es la «intervención del marido y la mujer», a tenor de lo literalmente dispuesto en el primer párrafo del artículo bajo análisis, es decir, la intervención conjunta de los cónyuges.

Esta regla se sustenta en dos pilares: primero la protección del interés familiar y, segundo, el principio de igualdad de los cónyuges. Y es por este fundamento que el artículo 315º del Código Civil, norma imperativa de orden público, exige la intervención conjunta de ambos cónyuges en el acto de disposición de un bien extraordinario de la sociedad de gananciales, cuya titularidad –como ya sabemos– reposa en la sociedad conyugal.

Por norma imperativa se entiende aquella norma insustituible por la voluntad de los particulares y por orden público a los principios esenciales de nuestro ordenamiento social.

En conclusión, la inobservancia del requisito previsto en el artículo 315º del Código Civil (intervención conjunta), constituye causal de nulidad, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 219º del Código Civil, es decir, la consecuencia jurídica aplicable a este supuesto es la nulidad."

7. BIBLIOGRAFÍA:

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *"Un Asunto de Familia: la Venta de Bienes Sociales por uno de los Cónyuges". En: Jus Jurisprudencia Nº 02. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima. 2007.*

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *"Notas Breves sobre Ineficacia de los Actos Celebrados en Representación y sobre la Aplicación del Principio Iura Novit Curia en Sede Casatoria". En: JUS Jurisprudencia. Nº 02. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima. 2007.*

MORALES HERVIAS, Rómulo. *"Estudios Sobre Teoría General del Contrato". Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima. 2006.*

MORALES HERVIAS, Rómulo. *"Legitimidad para Contratar. La Protección de la Sociedad de Gananciales vs. La Publicidad Registral". En: Actualidad Jurídica. Nº 159. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2007.*

[12] MORALES HERVIAS, Rómu'o. Ob. Cit. p. 36.

[13] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el día 22 de setiembre de 2020.

JUECES Y JUEZAS

La violencia en el hogar y la expectativa de la franja educativa para la sensibilización



Graciela Morales Montes

RESUMEN

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política del Perú y diversas jurisprudencias, reconocen la necesidad de proteger a niñas, niños y adolescentes (NNA) de toda forma de violencia, incluso dentro del entorno familiar. La violencia causa graves secuelas en su desarrollo físico, emocional y social. Frente a esta problemática es la familia, la comunidad y el Estado, que deben actuar para salvaguardar la integridad de este grupo en condición de vulnerabilidad. Con la promulgación de la Ley N.º 30364, se impulsó que los medios de comunicación públicos y privados destinaran el 10% de su programación a contenidos educativos relacionados con la prevención y erradicación de la violencia; sin embargo, dicha medida no logró implementarse de manera masiva. Ahora, la Ley N.º 32351 que modifica la ley 30364, puede convertirse en una herramienta valiosa para sensibilizar a las familias frente a los hechos de violencia en agravio de sus hijos e hijas.

Palabras claves: Violencia familiar, función protectora, franja educativa, sensibilización.

1. INTRODUCCIÓN:

La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es un tema prioritario en el derecho internacional de los derechos humanos, es así que la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que todos las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a medidas especiales de protección tanto de su familia, la sociedad y del Estado.

En el marco normativo peruano, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú establece que *"la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono"* (Constitución Política del Perú, 1993). Este fundamento jurídico reconoce la situación de vulnerabilidad propia de la infancia y adolescencia, otorgándoles derechos específicos que deben ser garantizados.

Sin embargo, a pesar de estos marcos legales, persisten altos índices de violencia contra niñas, niños y adolescentes, particularmente en el seno familiar.

Este artículo busca analizar dicha problemática, destacando el rol de la familia, la importancia de la normativa vigente y el potencial de los medios de comunicación como aliados en la sensibilización social.

2. PATRIA POTESTAD Y SU FUNCIÓN PROTECTORA.

La patria potestad es una institución jurídica que reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes respecto de sus hijos menores de edad. Su objetivo fundamental es proteger y atender integralmente a los hijos e hijas, dado que estos no pueden satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas.

Como señala Cornejo Chávez (2017), la patria potestad debe entenderse como una institución de *"amparo y defensa del menor que no está en aptitud de defender su propia subsistencia ni cautelar sus derechos"*. Según Vilcachagua (2020), ambos progenitores comparten la titularidad de esta responsabilidad, y por ello se les atribuye el conjunto de derechos y deberes relacionados con la crianza, educación y protección de sus hijos.

3. LA VIOLENCIA FAMILIAR: UNA AMENAZA DESDE EL NÚCLEO.

La violencia familiar es un problema grave que afecta a millones de hogares en el Perú. Se define como cualquier acto que cause daño a la integridad física, psíquica, honor o reputación de un miembro de la familia por parte de otro. Según Corsi (2018), la violencia en el hogar suele ser una manifestación de poder y control, convirtiéndose en un asunto de interés público.

Este tipo de violencia tiene conse-

cuencias profundas en el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, afectando su autoestima, su desempeño escolar y su salud mental a largo plazo.

4. NO AL CASTIGO, SI AL RESPETO.

Uno de los aspectos más alarmantes de esta problemática es que los agresores, en muchos casos, son los propios padres o tutores. La Observación General N.º 8 del Comité de los Derechos del Niño (2006) hace hincapié en la obligación de los Estados Partes de eliminar todas las formas de castigo físico y otras prácticas crueles o degradantes hacia los niños, incluso dentro del hogar.

Como señala Vilcachagua (2020), el Estado debe intervenir activamente para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en el ámbito familiar, y adoptar medidas de sensibilización que promuevan una crianza basada en el respeto de los derechos de los niños.

5. LA FRANJA EDUCATIVA EN LA PREVENCIÓN Y EL RETO EN SU EJECUCIÓN.

La Ley N.º 30364, publicada en noviembre de 2015, ya disponía el uso de la franja educativa, pero no se cumplió de manera efectiva. La reciente Ley N.º 32351, publicada en mayo de 2025, que modifica la ley 30364, reitera esta obligación precisando que las instituciones públicas articuladas en el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar acceden en forma gratuita al uso de la franja educativa del 10 % de la programación que, para tal fin, los medios de comunicación sean públicos o privados facilitan en el horario de protección familiar, a fin de que desarrollen contenidos vinculados a la sensibilización, prevención, atención, protección, sanción y reeducación para la erradicación de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Su correcta implementación puede convertirse en una herramienta poderosa para informar, educar y cambiar patrones culturales normalizados que justifican la violencia como método de crianza hacia los hijos.

Es fundamental que las instituciones del Sistema y los medios de comunicación concreticen esta responsabilidad, facilitando contenidos accesibles y comprensibles que permitan a las familias identificar conductas violentas y optar por formas de educación basadas en el afecto y el respeto mutuo, con el fin de prevenir la violencia desde el hogar.

6. CONCLUSIÓN

La violencia contra niñas, niños y adolescentes en el Perú es una problemática compleja que requiere un compromiso firme y acciones concretas por parte del Estado, la sociedad civil, la familia. Es fundamental fortalecer los mecanismos de protección, garantizar el acceso a la justicia para las víctimas y promover una cultura de respeto y no violencia.

La reciente modificación legislativa mediante la Ley N.º 32351 y con la puesta en marcha de la franja educativa, abre una importante puerta para involucrar a los medios de comunicación en la sensibilización social. Si se implementa adecuadamente, puede contribuir significativamente a reducir los índices de violencia en el entorno familiar, donde muchas veces ocurren hechos invisibilizados que afectan profundamente el desarrollo de las nuevas generaciones.

Si las instituciones, las familias y los medios de comunicación sumamos esfuerzos, para un trabajo conjunto y sostenido será posible garantizar un futuro seguro y digno para todas las niñas, niños y adolescentes de nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comité de los Derechos del Niño. (2006).

Observación General N.° 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (CRC/C/GC/8). Naciones Unidas.

Corsi, J. (1994). Violencia familiar: Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social. Paidós.

Cornejo, H. (2017). Derecho familiar peruano. Gaceta Jurídica.

Hawie, I. M. (2015). Manual de jurisprudencia de derecho de familia. Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2015). Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes. Instituto Pacífico.

Plácido, A. (2018). Identidad filiatoria y responsabilidad parental. Instituto Pacífico.

Torres, M. (2016). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2020). Tratado de derecho de familia* (Vols. 1–3). Instituto Pacífico.

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 4. (29 de diciembre de 1993).

JUECES Y JUEZAS

El ministerio público en el proceso penal



Néder Elías Mondargo Martínez

RESUMEN

Que, la actuación del Ministerio Público es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo que no sólo posibilite a la institución funcionar dentro de los parámetros de la eficiencia y calidad óptimos, sino también al sistema de justicia criminal en su conjunto. El Ministerio Público es la institución que dispone de las herramientas idóneas para establecer una política de este tipo y superar así uno de los males endémicos de la justicia criminal en Latinoamérica: la sobrecarga de trabajo de sus distintos operadores.

Palabras Clave: Institución del Ministerio Público, atribuciones, investigar, sociedad en juicio, rol protagónico.

INTRODUCCIÓN:

Los antecedentes más remotos del Ministerio Público lo encuentran en Francia. Hurtado Pozo dice lo siguiente: "El Ministerio Público es de origen francés.

Algunos autores creyeron encontrar su origen en Grecia y Roma antiguas, debido a que algunas de las funciones que se atribuyen fueron ya cumplidas por algunos funcionarios de la época. Ahora existe casi unanimidad en admitir que los verdaderos antecedentes del M.P. hay que buscarlos en el antiguo derecho francés y en su derecho revolucionario."

Según Cáceres E. Iparraguirre, señalan que "[e]l origen histórico del Ministerio Público, proviene desde Roma con los denominados *"curiosi"* o *"estationari"*, quienes se encargaban de perseguir los delitos ante los tribunales."

Dentro de los antecedentes que sustentan a la institución del Ministerio Público se encuentra en España, ya que es desde allí donde se importa dicha institución para su inserción dentro de la sociedad peruana, pero con una función muy especial. Al respecto Chirinos Soto dice lo siguiente: "La institución del Ministerio Público se trasladó a España y de España al Perú. Llegó con el nombre de Ministerio Fiscal, que lo tenía hasta el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos de 1912. Como una de sus atribuciones, acaso la más antigua, era la vigilancia en la recaudación de impuestos, actividad en la que defendía el Fisco, sus funcionarios tomaron el nombre de fiscales y la organización, repetimos, el Ministerio Fiscal.

A partir del Código Penal de 1924, denominación de Ministerio Público."

Ahora, referente a su aparición y a su importancia dentro del Estado, Peña Cabrera Freyre refiere: "que la aparición de la figura del Fiscal constituye un paso esencial para la humanización y democratización del Derecho Penal, de sustituir la venganza privada por un ejercicio legítimo de la coerción penal pública, de este modo, una figura imparcial asume la titularidad de la acción penal pública en forma de monopolio, quedando en discreción de los particulares la promoción de la acción privada." Acá queremos hacer un deslinde. La venganza nunca es pública, por lo tanto, siempre es privada. O sea, que la venganza, de hecho, tiene que ser privada, porque se funda en el rencor individual de una persona a quien se ha hecho un daño o infligido algún delito.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

El concepto de lo público está relacionado al Estado y el Estado, como sabemos, se funda en las normas y las leyes, por lo que no puede ir en contra de estos preceptos y permitir la venganza, por esta razón no existe venganza pública, solamente existe venganza (que siempre es privada). Ahora, volviendo al tema, diremos que el Ministerio Público representa a la sociedad, al Estado, para que pueda ejercer el poder de investigar y fiscalizar que el cumplimiento de las normas, dentro de la sociedad, se esté realizando de forma integral, y si existe una vulneración de ellas, tendrá que ejercer las facultades que la Constitución le confiere a fin de salvaguardar

al afectado con la comisión delictiva.

Sin embargo, el Ministerio Público tiene sus críticos. Al respecto, Valle Randich nos dice: *"Hay quienes consideran inservible al Ministerio Público, pues piensan que es innecesaria su presencia, dadas las funciones que desempeñan el juez en la administración de justicia. Se acusa al Ministerio Público de ser un ente monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional que se mueve como autómata a voluntad del Poder Ejecutivo, otros lo consideran como un invento de la monarquía francesa destinada únicamente a tener de la mano a la magistratura."* Y más adelante agrega: *"Estas aseveraciones no sólo no son ciertas, sino que no corresponden a la realidad de las funciones que desempeña el Ministerio Público. Es sumamente interesante observar que esta figura ha invadido casi todos los Estados y las legislaciones del orbe, las cuales reconocen su importancia, incluyendo los estados donde el Ministerio Público tiene funciones distintas, pero sin embargo, Inglaterra no la ha admitido, a pesar de que Escocia, e inclusive Irlanda, reconocen el instituto con atribuciones casi iguales a las que tiene este representante en el resto del mundo, aunque no se impide que los agraviados sean los que puedan formular su propia denuncia."*

Por otro lado, Maier señala que *"desde el punto de vista estrictamente procesal, el Ministerio Público nació como un híbrido, con escaso poder sobre el procedimiento. A pesar de que se lo concibió como un representante de la acción pública, sin cuya actividad, por principio (nemoiudex sine actore), los jueces podían conocer los casos, él no dominaba tan siquiera su función específica, la de perseguir: se creó a su lado un juez de instrucción, que, por disposición de la ley, investiga el caso de oficio o, prácticamente, procedía de la misma manera, bajo la simple base de una denuncia o de la prevención policial, funcionario bajo cuyo nombre se ocultó..."*

Es también la relevancia, apuntar que el Fiscal en este modelo procesal acusatorio, adquiere un protagonismo que rebasa su actuación persecutoria del delito como titular de la acción penal, sustrayéndose de su papel como funcionario "dictaminador". El Fiscal se constituye en un facilitador del "consenso social" entre la víctima y el victimario, en un conciliador, que debe orientarse a buscar el acercamiento entre las partes y en la medida de posible evitar la instauración de un proceso penal innecesario e inútil, en razón de la magnitud del evento delictivo, así como del contenido de reproche.

Estas nuevas facultades discrecionales se le confieren al Fiscal, se engarzan en una filosofía humanista y garantista que impregna fuertemente nuestro modelo procesal penal. Si bien es cierto, que el Fiscal asume la defensa de los intereses de la sociedad en juicio y es el guardián de la legalidad, no menos cierto, es que su primera obligación es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

La actual Ley orgánica del Ministerio Público en el Artículo 1, sobre la Función nos dice que "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".

El Ministerio Público es el director de la investigación desde la etapa policial, así lo señala la Constitución, sin embargo, en la realidad, la falta de tiempo por la excesiva carga procesal, y la falta de su racionalización de sus recursos, como personal capacitado, o la designación a "dedo" sin concurso público de méritos de fiscales, no permite al Ministerio Público en conjunto dirigir una buena investigación.

Además, por las arraigadas prácticas, es la policía la que materialmente tiene la iniciativa, eso se evidencia mediante las declaraciones del imputado en sede policial, donde le Fiscal presuroso llega a la delegación policial, o mientras espera su turno para interrogar al imputado, limitándose a realizar 4 o 5 preguntas, la mayoría de ellas reiterativas y complementarias, e incluso solo llega a firmar el acta o interrogatorio.

Ahora bien, Ministerio Público representado por el Fiscal, asume el cargo de director funcional de la investigación, porque, una vez conocida la noticia criminal, es él quien debe elaborar su teoría del caso y diseñar su estrategia de investigación, porque finalmente es él quien va a decidir si va a judicializar o no el conflicto de naturaleza penal. En otras palabas, en la Investigación preliminar y preparatoria, el Fiscal tiene un rol protagónico,

pudiendo llevar adelante la investigación de manera directa o con la colaboración de la policía.

Entonces, el Ministerio Público resulta importante porque "es una institución – señala Duce Julio - clave para desformalizar la etapa de investigación criminal, lo que ha demostrado ser uno de los aspectos más deficitarios del modelo inquisitivo vigente antes de la reforma de la mayoría de los países de la región. Este modelo se caracterizaba por tener una etapa de investigación burocrática, ritualista y excesivamente formalizada. El nuevo sistema requiere con urgencia, que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal dotándolo de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipos multidisciplinarios, coordinando más eficientemente el trabajo policial, en fin, constituyéndose en un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico.

En la mayoría de los procesos de reforma, como en el Perú, se entregaron importantes facultades a los fiscales para que no ejercieran la acción penal y recurrieran, en cambio, a diversas manifestaciones del principio de oportunidad, a salidas alternativas del sistema y la aplicación de mecanismos de simplificación procesal, que muchas veces ha fallado, pero aún se confía en ello." Además, porque en la "*investigación preparatoria, el fiscal aparece con evidente iusimperium, que explica la constitución de su actividad como magistratura; conociéndose, además, que se adicionan facultades resolutorias (disposiciones), atribuciones de dirección (vinculadas sobre todo a la policía), actuaciones vinculantes respecto al juez y otra con amplia discrecionalidad y hasta se le reviste facultades coercitivas.*" Sin embargo, estas facultades deben ser materia de revisión legislativa a fin de parar la criminalidad organizada que tanto daño está ocasionando a la sociedad actual.

CONCLUSIÓN:

La principal función del Ministerio Público es la promoción de la acción penal de la justicia en defensa de la legalidad, convirtiéndose así en el custodio la ley. De esa forma, la acción penal se convierte en una función insoslayable de la actividad del Ministerio Público como tal. "La acción penal no sólo buscaría una decisión o una sentencia, sino también que se cumpla la sentencia de acuerdo a sus términos. Por lo tanto, la teoría de la acción penal debe edificarse sobre la base del concepto de la pretensión punitiva, y lo que en realidad debe caracterizarse como "derecho punitivo" no es otra cosa que el derecho concreto a la justicia penal del Juez Penal, a la persecución penal efectiva, y, en particular a la condena penal y ejecución penal que persigue dicho derecho punitivo."

Las funciones que tiene el Ministerio Público es la de investigar los delitos, dirigir la investigación preliminar del hecho punible. Esta atribución, que le es conferida constitucionalmente, debe ser ejercida cumpliendo ciertos criterios que le permitan legitimar tales facultades y en cumplimiento de la Ley pero con firmeza. "El Ministerio Público tiene la obligación de obrar con objetividad en sus actuaciones requirentes, las cuales tienen lugar principalmente en dos momentos: al cabo de la investigación preparatoria, donde el fiscal pedirá el sobreseimiento o elevación del caso a juicio, y al cabo del juicio cuando el fiscal pedirá la absolución o la condena del acusado; ello, sin perjuicio de que la función requirente también despliega en otras cuestiones incidentales, como por ejemplo el requerimiento de prisión preventiva del imputado.

BIBLIOGRAFÍA.

Angulo, P. (s.f.). La investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica.

Burgos, V. (2006). La implementación del nuevo Código Procesal Penal en la ciudad de Trujillo y sus retos. En Cómo prepararse para el nuevo proceso penal (1.ª ed.). BLG Ediciones. Cáceres, R. E., & Iparraguirre, R. (s.f.). Código Procesal Penal comentad. Jurista Editores.

Catacora, M. (s.f.). Manual de derecho procesal penal. Rodhas.

Chirinos, E., & Chirinos, F. (s.f.). Comentario a la Constitución de 1993. NERMAN S.A.

Duce, M. (s.f.). El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina En *Instituciones de ciencia procesal penal. Reforma.

Hurtado, J. (s.f.). El Ministerio Público.

Maier, J. B. J. (s.f.). *Derecho procesal penal. Tomo II. Parte general. Editorial del Puerto S.R.L.

Peña, R. (s.f.). Derecho procesal penal: Sistema acusatorio y técnicas de litigación oral. Rodhas. Valle, L. del. (s.f.). Derecho procesal penal. Liurisma

JUECES Y JUEZAS

Las retenciones legales en la fase de ejecución de sentencia

Preguntas y respuestas en el marco de un proceso laboral



Dante Reynaldo Torres Altez [1]



Deivis Quintano Ignacio ***



Karol Sordomez Vargas **

RESUMEN

El artículo aborda la aplicación de retenciones legales durante la etapa final de un proceso judicial laboral, enfatizando que estas no modifican lo resuelto en una sentencia firme. Se explica que las deducciones por tributos y fondos previsionales deben realizarse incluso si la resolución judicial no las menciona expresamente, ya que se trata de obligaciones establecidas por ley, conforme se ha señalado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y plenarios laborales. Asimismo, se señala que el cálculo de dichas retenciones es responsabilidad exclusiva del empleador y no del juzgado. Esta práctica garantiza el cumplimiento normativo y protege tanto el interés fiscal como los derechos previsionales del trabajador.

Palabras claves: Retenciones legales, ejecución de sentencia, cosa juzgada, aportes previsionales, impuesto a la renta, empleador.

INTRODUCCIÓN:

La esfera del derecho laboral es un escenario en constante avance, donde las normativas legales y la realidad socioeconómica demanda un análisis profundo y minucioso. En los procesos laborales, en cuanto a las retenciones legales en la fase de ejecución de sentencia (aportes previsionales y el impuesto a la renta de quinta categoría), presentan desafíos en nuestro ordenamiento jurídico, revelando tensiones entre la necesidad de cumplir con obligaciones legales y el imperativo de respetar la cosa juzgada y garantizar la justicia.

[1] Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Junín.

*** Abogado por la Universidad Peruana Los Andes, Asistente Judicial del Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de Huancayo.

** Abogada por la Universidad Peruana Los Andes, Asistente Judicial del Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de Huancayo.

La discusión en torno a si debe o no realizarse las retenciones de las obligaciones legales en la fase de ejecución en el proceso laboral, ha sido materia de análisis por la jurisprudencia; sin embargo, no es la única preocupación alrededor de este tema, sino surgen diversas interrogantes que ameritan ser atendidas para crear uniformidad de criterios al momento de abordarlas.

En ese sentido, nuestro objetivo es dar respuestas conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales, buscando proporcionar una guía clara y comprensible en la labor jurisdiccional en el proceso laboral.

ANÁLISIS:

- **¿La aplicación de retenciones legales durante la fase de ejecución de sentencia en un proceso laboral relativiza la cosa juzgada?**

  No, desde nuestra perspectiva solo se produce la relativización de la cosa juzgada cuando estamos frente al supuesto de revisión de la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada; esto es, cuando se recurra vía nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral o el proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales. Es decir, el legislador ha contemplado estas únicas vías de revisión judicial.

  En esa línea, sostenemos que cuando el juzgador disponga las retenciones de las obligaciones legales en fase de ejecución no busca alterar la sentencia firme, no sólo porque no existe una revisión de la pretensión ya resuelta, sino porque es un imperativo normativo que no admite excepciones en tanto sea estimada la demanda de acreencias laborales, tanto es así que su incumplimiento constituye una infracción normativa atribuible al empleador.

- **¿Está facultado el empleador para efectuar retenciones por obligaciones legales al momento de realizar el pago de las acreencias laborales en ejecución de sentencia, aun cuando estas no hayan sido expresamente dispuestas en el fallo?**

  Sí, de conformidad con lo resuelto en el Expediente N° 2183-2012-PA/TC (2016), donde el Tribunal Constitucional declaró infundada una demanda de amparo de un trabajador que exigía la entrega de sus remuneraciones, sin retenciones. El Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que el cumplimiento de la ley tributaria y de AFP no agraviaba la cosa juzgada por cuantos son retenciones obligatorias establecidas por ley que establecen que el empleador es el agente retenedor. Por tanto, el hecho que se haya omitido en la sentencia pronunciamiento no enerva la obligatoriedad de su cumplimiento.

  Criterio que ha sido ratificado por el Alto Tribunal en el Expediente N° 00190-2021-PA/TC (2021), en el Expediente N° 04316-2022-PC/TC (2023) y recientemente en el Expediente N° 00163-2024-PA/TC (2025).

  Asimismo, a fin de uniformizar la jurisprudencia, el Centro de Investigaciones Judiciales convocó a un Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, desarrollado el 25 y 26 de marzo de 2021, respecto a la pregunta ¿El juez puede disponer, en ejecución de sentencia, la retención de sumas vinculadas a obligaciones legales que no haya objeto de pronunciamiento en la sentencia, ¿ni de controversia en el proceso?, el Pleno acordó por mayoría que: "Los empleadores, en ejecución de sentencia, pueden disponer que se efectúen las retenciones de ley, del mismo modo que efectúan la retención en las remuneraciones del trabajador; en cuanto son obligaciones derivadas de la ley y por tanto no se requiere de un proceso judicial para efectuar estas retenciones.

  Nosotros asumimos esta postura, recordemos que ni la quaestio facti ni la quaestio iuris se ven afectados a pesar de que exista una sentencia judicial firme donde no se haya "debatido" las retenciones legales, pues desde antes de la interposición de la demanda judicial el resultado iba a ser el mismo; esto es, que se produzcan las retenciones de las obligaciones legales de las acreencias laborales amparados, con lo que no se produce ninguna afectación al orden constitucional ni se están dejando de cumplir las sentencias en sus propios términos.

- **¿Existe un límite temporal para amparar las solicitudes de retenciones de las obligaciones legales?**

  Consideramos que el empleador tiene la posibilidad, como agente retenedor, de solicitar las retenciones legales por aportes previsionales y renta de quinta categoría, sólo hasta antes de que se realice el pago efectivo de las acreencias

legales dispuesto por mandato judicial "sentencia" en aplicación del principio de preclusión, de no ser así, la responsabilidad recaerá en la propia empleadora.

• ¿Es plausible someter a debate el porcentaje fijado por el empleador respecto a las retenciones legales en la fase de ejecución en un proceso laboral?

No, en razón de que es exclusiva competencia del empleador el de determinar el porcentaje de las obligaciones legales derivados de una relación laboral, mismas que se encuentran sujetas a la fiscalización de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) y la oficina previsional correspondiente (ONP o AFP).

• ¿El juez puede disponer en ejecución de sentencia el pago de la compensación por tiempo de servicio, intereses legales, costos y costas del proceso y otros conceptos con el monto obtenido de las retenciones legales?

Definitivamente no, en razón de que las retenciones por quinta categoría y aportes previsionales son de obligatorio cumplimiento de conformidad con el artículo 34 y 75 del Decreto Legislativo N° 774 – Ley de Impuesto a la Renta, con artículo 34 del Decreto Supremo N° 054-97-EF – Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y el artículo 11 del Decreto Ley N° 19990; en consecuencia, al tener estos conceptos una naturaleza y finalidad distinta, no corresponde disponer el pago de otros conceptos con el monto obtenido de las retenciones de las obligaciones legales.

• ¿Por qué los trabajadores deben contribuir con los aportes previsionales y con el impuesto a la renta de quinta categoría?

En cuanto a los aportes previsionales.

El derecho a la pensión es un elemento esencial que configura el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no solo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar de un derecho a la dignidad pensionaria, ya que es una forma de prever y mitigar posibles contingencias que puedan afectar a los trabajadores y sus familias en el futuro.

Así entonces, los trabajadores deben contribuir con los aportes previsionales, debido a que estos financian su futura pensión de jubilación, tanto es así que, mientras tenga mayor número de aportes, la suma a percibir será más beneficioso para el trabajador cesante. Aunado a ello, tenemos que los sistemas de seguridad social están diseñados para asegurar que los trabajadores tengan ingresos suficientes una vez que se retiren de su centro laboral, permitiendo una subsistencia digna en su ancianidad, de ello, podemos concluir que se puede perjudicar al trabajador en caso el empleador en vez de retener y enviar estos conceptos al fondo previsional, se los entregue al trabajador en forma directa.

En cuanto al impuesto a la renta de quinta categoría

Se debe remarcar que, es un tributo que se aplica a los ingresos obtenidos por el trabajo en relación de dependencia, cuya finalidad es contribuir al financiamiento del gasto público, permitiendo al Estado proveer servicios esenciales como educación, salud, infraestructura, seguridad y entre otros.

• ¿Es competencia del juez laboral determinar el monto de las retenciones legales?

No. Consideramos que no es competencia del órgano jurisdiccional determinar los montos a retener, en la medida de que es el empleador quien goza de tales prerrogativas, es decir, fijar el monto de las retenciones legales sobre los importes amparados por mandato judicial a favor del trabajador, siempre y cuando los conceptos amparados estén afectas a dichas retenciones, ello podemos contrastar con lo que sigue:

Respecto al impuesto a la renta de quinta categoría

El empleador es quien tiene la obligación de realizar las retenciones tributarias de quinta categoría, así como del ente recaudador de tributos (SUNAT) verificar la legalidad de este, más no de la autoridad judicial, conforme al artículo 54 y la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. Sumado a ello, tenemos el Acuerdo N° 08-99 del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 1999, que estableció: "Los Juzgados de Trabajo no son competentes para determinar las retenciones a cargo del empleador del Impuesto a la Renta y de cualquier otro

tributo o aportación sobre los reintegros de remuneraciones ordenados pagar a favor del trabajador".

La responsabilidad de establecer el monto de la retención corresponde al empleador.

El artículo 75 del Decreto Supremo Nº 1792004- F– Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que concierne al empleador determinar las retenciones tributarias de quinta categoría.

En relación con las deducciones de los aportes previsionales

El artículo 11 del Decreto Ley N° 19990 y el artículo 34 del Decreto Supremo N° 054-97-EF – Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, expresan de forma clara que la responsabilidad de la retención y pago del aporte previsional están a cargo del empleador.

CONCLUSIÓN:

Las retenciones legales durante la fase de ejecución de sentencia no relativizan la cosa juzgada, dado que derivan de mandatos legales vigentes, alineándose con los principios de justicia y equidad que rigen el derecho laboral.

Las obligaciones legales en la fase de ejecución de sentencia son obligaciones ineludibles para los empleadores, no una carga adicional, ya que las mismas son inherentes al vínculo laboral y no alteran la esencia del fallo judicial, sino que complementan su ejecución, asegurando que los derechos y deberes de todas las partes involucradas sean respetadas.

Las retenciones legales son mecanismos esenciales que sostienen nuestra seguridad social y el financiamiento de los servicios públicos, en razón de que aseguran que los trabajadores puedan acceder a una pensión digna y que el Estado disponga de los recursos necesarios para cumplir sus funciones básicas.

BIBLIOGRAFÍA:

Plataforma del Estado Peruano. (2021). *Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral.*

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd8fe000421eb68ea104b95aa55ef1d3/Acuerdos+Plenario++Pleno+Jurisdiccional+Nacional+Laboral+y+Procesal+Laboral+2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd8fe000421eb68ea104b95aa55ef1d3

Poder Judicial del Perú. (1999). *Acuerdo Plenario Nº 0899 del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral.*

Pleno Nacional Laboral y Procesal Laboral.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1abb848043eb77ff930fd34684c6236a/10_pleno+laboral+99.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1abb848043eb77ff930fd34684c6236a

Poder Judicial Del Perú. (2021). *Acuerdos Plenarios del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral.*

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f26150045a4cc59bceffc807c1f73f9/Acuerdos+Plenario++Pleno+Jurisdiccional+Nacional+Laboral+y+Procesal+Laboral+Final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f26150045a4cc59bceffc807c1f73f9

Tribunal Constitucional del Perú. (2016). *Expediente N°02183-2012-PA/TC.*

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02183-2012-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Expediente N°00190-2021-PA/TC.*

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00190-2021-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Expediente N°04316-2022-PC/TC.*

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/04316-2022-AC%20Resolucion.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2025). *Expediente N°00163-2024-PA/TC.*

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/00163-2024-AA.pdf

JUECES Y JUEZAS

Discriminación o trato diferenciado de usos de los servicios sanitarios de uso de carácter público a raíz de la ley n°32331



Luz Maribel Barrios Morales[1]

RESUMEN

La Ley N° 32331, publicada el 12 de mayo del 2025, determinó el uso de los servicios higiénicos de carácter público en razón al sexo biológico, excluyendo por tanto a las personas que por su orientación sexual consideren usar servicios higiénicos públicos diferentes a su sexo biológico; tal restricción viene causando un intenso debate de impacto social, teniendo posturas relativas a la discriminación de las personas transgénero y posturas sobre la protección integral de niños y adolescentes sobreponiendo como fin supremo el interés superior del niño, así como prevenir cualquier acto que vulnere su integridad; sin embargo ante tal debate es importante determinar si nos encontramos frente a una norma discriminatoria o una norma proteccionista, donde se aplica un trato diferenciado; Caballero (2006) en su artículo "la teoría de la Justicia de Jhon Rawls" concluyó que "ciertas desigualdades pueden ser moralmente aceptables cuando estas benefician al menos favorecido", lo que nos permite comprender mejor la justificación de la Ley N° 32331 en un estado de derecho constitucional.

Palabras clave: Discriminación, trato diferenciado, Ley N° 32331.

INTRODUCCIÓN:

El derecho a lo largo del tiempo ha ido evolucionando, debido a las propias necesidades de la población, razón a ello el 12 de mayo del 2025 se ha publicado la Ley N° 32331, con el objetivo de fortalecer la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes, cuando vayan hacer uso de espacios públicos sin seguridad continua, identificando de manera textual los servicios o baños públicos, sin embargo más allá de interpretar la norma a favor de los menores de edad, se ha interpretado con un fondo discriminatorio a las personas transgéneros, toda vez que el uso de servicios higiénicos públicos debe regirse exclusivamente por el sexo biológico y prohíbe el ingreso a los baños destinados a otro sexo, imponiendo como criterio el sexo asignado al nacer, e ignorando la identidad de género auto percibida, que el mismo tiene reconocimiento internacional como parte de la dignidad humana.

Ante ello, es necesario determinar si la Ley N° 32331, es una norma que discrimina y vulnera la dignidad de las personas transgéneros o es una norma que protege la dignidad de los menores de edad, atendiendo a ello que la discusión no es de temas patrimoniales, beneficios sociales o de otra índole de enfoque económico, sino del uso de un baño público en relación al sexo biológico del usuario.

El artículo de opinión presentado, consta de tres partes, como la introducción, el cuerpo y la conclusión, a fin de que el usuario pueda reflexionar sobre el tema en cuestión orientando sus posiciones en fortalecer la aplicación efectiva de la Ley y la interpretación justa y respetuosa de los derechos humanos.

[1] Juez de Paz Letrado Laboral de Huancayo, Magister en Derecho Civil Comercial por la Universidad Peruana los Andes, Egresada de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Huancavelica, Docente de pregrado en la Universidad Peruana los Andes.

1. DISCRIMINACIÓN

1.1. Noción de discriminación

Rodríguez (2023) ha considerado a la discriminación, como "desigualdad de trato, en las condiciones de la democracia y refuerza el abuso y la arbitrariedad que caracterizan las relaciones entre los grupos sociales"; partiendo de ello en la actualidad considero, que la discriminación viene a ser todo trato desfavorable e injusto hacia uno o un grupo de personas, al cual se le considera diferente ya sea por diversas características, raza, genero, orientación sexual u otros, considerándolo además de categoría inferior al que lo prescribe. La discriminación es manifestada con palabras, acciones u omisiones, injustas ya que estas están basadas en estereotipos o prejuicios.

Según el informe realizado por el INEI a fines del año del 2016, se tiene que las dos terceras partes de la sociedad peruana no es respetuosa de la orientación sexual, por lo que se podría entender que estamos en un país discriminatorio con respecto a las personas transgénero, razón por la cual se podría confundir si la Ley N°32331, es proteccionista o discriminatoria.

1.2. La no discriminación

Rodríguez, en su obra una teoría de la discriminación, citando los textos de Rawls (2001, Pag.163) sostiene respecto a la visión de la familia lo siguiente "plantea la vía para que la justicia como imparcialidad trate la cuestión de los derechos y deberes de gays y lesbianas y de cómo estos deberes y derechos afectan a la familia. Si estos son consistentes con la vida ordenada de la familia y la educación de los niños [...] entonces son perfectamente admisibles"

Partiendo de lo citado por Rawls, se entenderá que cualquier derecho reclamado que no afecte o ponga en peligro la salud física y emocional de los niños, como parte de la familia son totalmente válidos y admisibles, como la unión civil, a fin de que puedan reclamar derechos patrimoniales y beneficios sociales, o la unión de hecho de personas del mismo sexo, mortis causa en persecución de derechos sucesorios; sin embargo, si estos llamados derechos, ponen el peligro bajo alguna circunstancia al menor, tales como considerar derecho que adultos transgénero ingresen a servicios higiénicos donde habrá menores y teniendo en cuentas que estos servicios no cuentan con seguridad permanente, los actos que realice un estado no sería discriminatorio, toda vez que estaría superponiendo el interés superior del niño.

Por otro lado, el Artículo IX del código del niño y del adolescente prescribe: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".

Este artículo refuerza la posición de la no discriminación y que la norma estaría justificada con un rol proteccionista y no discriminatoria.

2. TRATO DIFERENCIADO Y SU ENFOQUE SOCIAL

Caballero (2006) en su artículo "La Teoría de la Justicia de John Rawls", distingue entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva, proponiendo entre las mismas la teoría de la diferencia, donde la desigualdad es aceptable, solo si benefician a los más desfavorecidos y estas no afectan al menor y a la familia.

Por tanto, se entiende que la existencia del trato diferenciado no es un trato discriminatorio y sin razón de ser, más aún si este trato diferenciado tiene un rol protector a un grupo vulnerable que son los menores de edad.

3. DIFERENCIA DE DISCRIMINACIÓN Y TRATO DIFERENCIADO

A fin de un mejor entendimiento se realiza un cuadro comparativo:

Discriminación	Trato diferenciado
Trato desigual e injusto, con intención de perjudicar e inferiorizar a una o un grupo de personas.	Trato desigual pero sustentado en la justicia, donde busca atender necesidades específicas con rol protector.
Vulnera el principio de la igualdad ante la Ley, por ende, es ilegal.	Atendiendo al criterio razonable y protección de derechos, es legal.
En la sociedad promueve y genera desigualdad social y exclusión estructural.	Promueve la igualdad sustantiva, el acceso verdadero y real a los derechos y una justa equidad social.

Cuadro 1: Elaboración propia

4. ENFOQUE DE LA LEY N°32331 Y LA LEY N° 27337

4.1 Ley 32331

La Ley N° 32331, publicada el 12 de mayo del 2025, en el numeral 5.1 indica lo siguiente "Se prohíben el ingreso y el uso de los servicios sanitarios de uso público a toda persona cuyo sexo biológico no coincida con el sexo para el cual se ha destinado el referido servicio, salvo en los siguientes casos excepcionales (...)" el citado texto normativo si bien ha recibido una ola de críticas, considero que la Ley se sustenta en la atribución que tiene el estado para regular los espacios públicos, como son los servicios higiénicos, a fin de que sea organizado y seguro para los usuarios, partiendo de la protección del niño y/o adolescente tanto en su estado físico, previniendo posibles daños a su integridad física, y el estado del Perú, priorizando el interés superior del menor. En este sentido, la Ley N° 32331 no debe interpretarse como una limitación arbitraria a los derechos de las personas transgénero, sino como una acción normativa que promueve una ciudadanía, respetuosa de los derechos humanos y coherente con los desafíos contemporáneos que enfrentan los menores en una sociedad donde la violencia se ha normalizado.

Psicológico, previniendo vulnerabilidad y confusiones en su personalidad; y no con un fin persecutor de personas transgéneros, los mismos que tienen criterios uniformes respecto al uso de espacios de uso común en establecimientos que no se cuenta seguridad.

4.2 Ley 27337

La Ley 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derecho, y beneficiarios pasivos de protección donde incluye la realidad en todos los ámbitos de la sociedad, buscando que las políticas y medidas siempre estén adaptadas a casos particulares como lo es la comunidad infantil, el mismo que esta contemplado en el Articulo X de su cuerpo normativo, intentado combatir las causas estructurales que puedan generar exclusión y vulnerabilidad de los infantes y adolescentes dentro de nuestro país, creando mecanismo para asegurar la protección de los mimos y su desarrollo integral.

5. CONCLUSIÓN

La Ley N° 32331, es una norma que lejos de ser discriminatoria, comprende un mecanismo de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En su aplicación, la norma establece restricciones razonables y proporcionales al acceso de los baños de uso público en base al sexo biológico, con el objetivo de resguardar su desarrollo físico, psicológico y moral, así como el bienestar general del menor.

Desde una perspectiva de investigación educativa, esta ley se alinea con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, A. (2017) primera encuesta virtual para las personas LGBTI, INEI, Jesús María, Lima, Perú.

Caballero, J. (2006) La Teoría de la Justicia de John Rawls, Voces y contextos, Otoño, Num II, año I, 2006

https://ibero.mx/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf

Dorival, R. (2018) Discriminación en el Perú,Universidad del pacifico-Fondoeditorial.

https://repositorio.up.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/22cf73c0-43b94dad-b934-3050e3d28060/content

Ley N° 27337, Código del niño y del adolescente, el peruano, Editora Perú.

Ley N° 32331, Ley que fortalece el derecho a la indemnidad sexual de los niños y los adolescentes, 12 de mayo del 2025.

Rodríguez, J. (2023) Una teoría de la discriminación, biblioteca de Signos, Universidad Autónoma Metropolitana, México.

https://divcsh.izt.uam.mx/cefilibe/wpcontent/uploads/2023/07/Una_teoria_disriminacion.pdf

JUECES Y JUEZAS

El debido procedimiento en los procesos administrativos disciplinarios del sector público: garantías y limitaciones



Ivan Villarreal Balbin[1]

RESUMEN

El presente análisis se circunscribe en lo relacionado con el debido procedimiento en el ámbito de los procedimientos administrativos disciplinarios aplicables a los empleados del sector público, sea por el régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N.°276, entre otras normativas especiales. Mediante un breve análisis de la normativa vigente, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República y la doctrina especializada, se examina la relación entre la imperiosa necesidad de preservar la disciplina en la administración pública y la ineludible observancia de los derechos fundamentales de los servidores estatales. La investigación pone de manifiesto que, si bien el entramado jurídico consagra relevantes garantías de índole procesal, en la praxis se constatan significativas restricciones que pueden menoscabar la efectividad de tales prerrogativas. Se colige la necesidad de robustecer los mecanismos de fiscalización y optimizar la capacitación de los funcionarios responsables de la conducción de estos procesos, a fin de asegurar un equilibrio idóneo entre la eficiencia administrativa y la tutela de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Debido proceso administrativo, procedimiento disciplinario, servidor público, potestad sancionadora, garantías constitucionales, derecho administrativo sancionador, función pública.

Abstract:

This analysis focuses on matters related to due process within the framework of disciplinaryadministrative proceedings applicable to public sector employees, whether under the public labor regime governedby Legislative Decree No. 276 or other special regulations. Through a brief examination of current legislation,case law issued by the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice of the Republic, and specialized legaldoctrine, the study explores the relationship between the pressing need to maintain discipline within publicadministration and the unavoidable obligation to uphold the fundamental rights of public servants. The researchhighlights that, although the legal framework provides for significant procedural safeguards, in practice there arenotable constraints that may undermine the effectiveness of such protections. The study concludes that there is aneed to strengthen oversight mechanisms and improve the training of officials in charge of conducting theseproceedings, in order to ensure an appropriate balance between administrative efficiency and the protection offundamental rights.

Keywords: Administrative due process, disciplinary procedure, public servant, sanction in authority, constitutional guarantees, punitive administrative law, public service.

INTRODUCCIÓN:

Cuando un servidor público incurre en una transgresión en el ejercicio de su atribución y potestad, la administración pública ostenta la facultad y el deber de indagar y, en su caso, imponer la sanción correspondiente. No obstante, esta prerrogativa no es irrestricta. Nuestra Carta Magna estatuye que toda persona goza del derecho a un debido proceso, lo que implica ser tratada con equidad y deferencia a lo largo de cualquier procedimiento susceptible de incidir en sus derechos. En el ámbito del sector público, este principio adquiere una trascendencia particular, dado que concilia dos intereses legítimos que, en ocasiones, colisionan: por un lado, la exigencia de

[1] Maestro en Gestión Pública y Control Gubernamental.
Doctor en Derecho.
Ex Juez Superior Provisional de la Primera Sala Laboral de Huancayo.
Juez del Primer Juzgado Laboral de Huancayo.
Juez Coordinador del Módulo PCALP.

preservar la disciplina y la eficacia en la gestión pública para optimizar la prestación de servicios a la ciudadanía; por otro, la salvaguarda de los derechos fundamentales de aquellos que prestan servicios al Estado. Esta antinomia se manifiesta con nitidez en los procedimientos administrativos disciplinarios, que constituyen los cauces formales a través de los cuales se investiga y sanciona a los servidores públicos que han incurrido en faltas. La Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.° 27444) y otras disposiciones normativas específicas delinean las pautas claras para el desarrollo de estos procesos; empero, la realidad evidencia la persistencia de desafíos significativos. El propósito de este análisis es dilucidar en qué medida se observan las garantías del debido proceso en estos procedimientos, identificar las principales limitaciones existentes y formular propuestas de mejora que coadyuven a un equilibrio más armónico entre la eficiencia administrativa y la protección de los derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Cabe señalar que el debido procedimiento (en sede administrativa) no se circunscribe a una mera conceptualización teórica; sino que se erige como un derecho fundamental reconocido en el artículo 139.°, inciso 3 de la Constitución Política del Estado. Esta prerrogativa asegura que todo individuo, incluidos los servidores públicos, acceda a un proceso equitativo cuando sus derechos o intereses legítimos se vean comprometidos. El Tribunal Constitucional, en su reiterada jurisprudencia, ha discernido que el debido proceso posee dos vertientes: una formal, que atañe al acatamiento de los procedimientos establecidos por la ley, y otra sustantiva, que exige que las decisiones sean razonables y proporcionadas.

En el ámbito administrativo, ello implica que no basta con seguir las etapas procedimentales; es imperativo que las resoluciones sean justas y se encuentren debidamente motivadas dando una explicación al administrado de lo que se resuelve. Aunque el debido proceso tuvo su génesis en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional ha precisado que su aplicación se extiende a los procedimientos administrativos (por ser un derecho continente), máxime cuando estos pueden derivar en sanciones que afecten de manera sustancial los derechos de las personas. No obstante, es crucial comprender que el debido proceso administrativo posee características propias y no es equiparable al proceso penal por proteger ambos bienes jurídicos diferentes. Complejidad Normativa de los Procedimientos Disciplinarios en el Perú.

En nuestra realidad, la gestión de la disciplina en el sector público se rige por un marco legal que, a veces, puede resultar intrincado. **La Ley N.°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General,** actúa como nuestro **mapa principal,** delineando los principios básicos para todas las actuaciones administrativas, incluidas, claro está, las disciplinarias. Principios como el debido procedimiento, la verdad material y la razonabilidad no son meros enunciados; son el cimiento indispensable para cualquier sanción legítima, dejando claro las demás disposiciones concordantes.

Sin embargo, el panorama se complejiza con la existencia de distintos regímenes laborales. Tenemos el **Decreto Legislativo N.° 276** para la carrera administrativa clásica, y la **Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil (Ley SERVIR), Ley N.° 30714 - Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú,** entre otros, que marca un nuevo camino. Esta coexistencia de normas, si bien busca atender realidades diversas, no está exenta de tensiones. Es común ver a servidores con funciones similares sujetos a reglas distintas, lo que plantea interrogantes sobre la igualdad y la predictibilidad.

Cada normativa establece sus propias faltas, sanciones y plazos, haciendo que la identificación precisa del régimen aplicable sea crucial para asegurar un procedimiento válido y, ante todo, justo.

EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COMPARADO

El debido proceso en nuestros procedimientos disciplinarios no es un concepto aislado; resuena con los estándares internacionales a los que el Perú, como parte de tratados y convenciones, está comprometido.

Integrar estas perspectivas globales no solo complementa nuestra legislación interna, sino que enriquece las garantías procesales de nuestros servidores, apuntando a una administración más equitativa.

LA INFLUENCIA DE LA OIT Y LA CIDH

La **Organización Internacional del Trabajo (OIT)** y la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** han sido pilares en la configuración de estos estándares. Su influencia es tangible en la protección de los derechos de los servidores.

La OIT, a través del Convenio N.° 158 (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982), enfatiza que nadie debe ser despedido por motivos disciplinarios sin una oportunidad genuina de defensa. Este principio refuerza el derecho a ser escuchado,

un elemento vital del debido proceso.

Además, el convenio subraya la necesidad de que el trabajador pueda impugnar decisiones ante un órgano imparcial, lo que se traduce en una exigencia de objetividad en nuestros procedimientos. El **Caso Rosadio Villavicencio VS. Perú,** donde la **CIDH**[1] determinó que Perú había violado las garantías judiciales de Rosadio Villavicencio, afectando su derecho a la defensa y a un juicio justo. La sentencia aborda aspectos como la indebida inclusión del Artículo 25 de la Convención Americana, la competencia de la Corte y la admisión de pruebas.

Asimismo, **CIDH,** con su interpretación del **Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,** ha dejado claro que un "proceso justo" abarca también los procedimientos administrativos que afectan derechos fundamentales.

El conocido caso **"Baena Ricardo y otros vs. Panamá" (2001)** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un precedente fundamental. La Corte sentenció que las sanciones administrativas que implican la pérdida del empleo deben respetar garantías como la notificación adecuada, el derecho de defensa, el acceso a pruebas y la revisión por una autoridad imparcial. Esto es directamente aplicable a nuestra realidad, recordando la obligación estatal de garantizar un proceso equitativo; en efecto, el **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000)** de la CIDH ya había insistido en la necesidad de robustecer estas garantías administrativas para evitar arbitrariedades.

En suma, los mandatos de la OIT y la CIDH no son accesorios; son un complemento vital a nuestras normas internas como la **Ley N.° 27444** y el **artículo 139, inciso 3 de la Constitución.** Su efectiva integración nos permite una interpretación más garantista. El reto, sin embargo, radica en que estos estándares deben ser aplicados de manera efectiva en la práctica administrativa, especialmente en la formación de instructores (funcionarios) y la uniformidad en la aplicación de sanciones.

FUNDAMENTOS DEL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

El debido procedimiento en el ámbito disciplinario se sustenta en cimientos inalterables, establecidos en nuestra Constitución y desarrollados por la Ley N.° 27444, siendo algunos de estos:

- **Derecho de Defensa:** Ser informado clara y detalladamente de los cargos, y disponer de tiempo y medios para presentar descargos y pruebas.
- **Presunción de Inocencia Administrativa:** El servidor es inocente hasta que se pruebe lo contrario. La administración debe demostrar la falta y la responsabilidad.
- **Derecho a Probar:** Poder presentar documentos, testigos, peritajes, y refutar las pruebas en contra.

  El instructor debe admitir y practicar diligentemente las pruebas pertinentes.
- **Imparcialidad:** Quienes investigan y deciden no deben tener intereses en el resultado, asegurando objetividad.
- **Motivación de la Decisión:** La resolución final debe explicar de forma clara y congruente las razones de hecho y derecho, las pruebas que la sustentan, la tipificación de la falta y la proporcionalidad de la sanción.
- **Derecho a Recurso:** El servidor sancionado tiene derecho a impugnar la decisión administrativamente (pluralidad de instancia) y, si es necesario, acudir a la vía judicial.

DESAFÍOS ACTUALES: GRIETAS EN EL SISTEMA

A pesar de estas garantías, la realidad muestra limitaciones significativas que pueden trastocar la efectividad del debido proceso:

- **Tipificación Ambigua:** Las faltas suelen describirse vagamente, generando incertidumbre y vulnerando el principio de legalidad.
- **Demoras Injustificadas:** Los procedimientos se alargan sin razón, afectando al servidor y, en ocasiones, llevando a la prescripción.
- **Falta de Especialización:** Muchos funcionarios carecen de la formación o experiencia necesaria para conducir estos procesos con la debida rigurosidad.
- **Problemas Probatorios:** La dificultad para obtener pruebas directas y la falta de criterios uniformes para su valoración generan inconsistencias.
- **Motivación Deficiente:** Las resoluciones a menudo carecen de la solidez argumentativa necesaria, dificultando la defensa y la revisión posterior.
- **Falta de imparcialidad:** Muchas veces la administración tiene ya sentada la responsabilidad del administrado, sin permitir que en el recurso de reconsideración reexamine su propia resolución, con el argumento de falta de nueva prueba, por exigirlo así el artículo 208.° de la Ley N.° 27444.

[1] Corte Internacional de Derechos Humanos.

REFLEXIONES FINALES: HACIA UN PROCESO MÁS EFICIENTE

Bajo lo expuesto, se aprecia que el nuestro sistema disciplinario, aunque bien intencionado en su diseño, enfrenta desafíos que exigen reflexión. Las deficiencias no solo comprometen los derechos de los servidores, sino que también merman la credibilidad y eficiencia de la administración pública.

Para fortalecer este sistema, propongo un camino claro:

- **Unificación y Claridad:** Se requiere un protocolo de unificación de criterios, con estándares claros, tipificaciones precisas y criterios homogéneos (predictibilidad y seguridad jurídica).
- **Capacitación Continua:** Invertir en la formación especializada de los funcionarios, incluyendo estándares internacionales.
- **Remuneración acorde al cargo desempeñado:** A fin de evitar fuga de talentos, con la finalidad de garantizar la retención de profesionales calificados en el sector público, es crucial que las remuneraciones sean competitivas y justas, ello no solo incentiva la permanencia de la experiencia y el conocimiento institucional, sino que también atrae a nuevos talentos, asegurando así una administración pública eficiente y de alto rendimiento al servicio de la ciudadanía.
- **Supervisión Efectiva:** Implementar mecanismos de control que aseguren el cumplimiento de las garantías.
- **Cultura de Legalidad:** Fomentar una cultura ética y de respeto a la normativa.

En suma, se colige que solo así, con estas mejoras estratégicas, podremos alcanzar un equilibrio genuino entre la disciplina necesaria en la administración pública y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de quienes le sirven.

CONCLUSIÓN:

Bajo lo expuesto, se tiene que el marco normativo antes indicado protege el debido procedimiento en los procedimientos disciplinarios, no obstante, nuestro análisis revela algunos aportes de mejora, habiéndose identificado deficiencias clave como la ambigüedad en la definición de faltas, los retrasos en los procesos, la falta de formación de los servidores público y los problemas en la evaluación de pruebas. Estas cuestiones no solo afectan los derechos de los servidores públicos, sino que también merman la credibilidad de la función disciplinaria estatal. Deviene en fundamental reforzar el derecho del administrado en estos procesos sancionadores. Esto implica garantizar su derecho a la defensa, a ser otificado adecuadamente, a presentar pruebas y a que estas sean valoradas objetivamente, así como a contar on un proceso ágil y transparente. Solo así se asegura que la imposición de sanciones sea justa y legítima, protegiendo al mismo tiempo la integridad de la unción pública y la confianza ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000). Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú.

https://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/introduccion.htm

Constitución Política del Perú, art. 139, inciso 3 (1993).

Congreso de la República del Perú. (2024, 15 de mayo). Ley N.° 32351, Ley que modifica la Ley N.° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Diario Oficial El Peruano.

https://www.gob.pe/32351

Congreso de la República del Perú. (2015, 23 de noviembre). Ley N.° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N.° 276, Reglamento D.S. 00590-PCM.

García , E. (2015). Curso de derecho administrativo. Civitas.

Huapaya, R. (2018). Tratado del proceso contencioso administrativo. Jurista.

Morón, J. C. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2015). Manual de derecho de los niños, niñas y adolescentes. Instituto Pacífico.

Plácido, A. (2018). Identidad filiatoria y responsabilidad parental. Instituto Pacífico.

Torres, M. (2016). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Gaceta Jurídica.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 15 de septiembre). Sentencia Tribunal

Constitucional, Expediente N.° 000902004-AA/TC, Caso Callegari HerazoTribunal Constitucional del Perú. (2011).

Sentencia Tribunal Constitucional, Expediente N.° 03891-2011-PA/TC, Caso Hinostroza Pariachi.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/03891-2011

JUECES Y JUEZAS

El juez como arquitecto de una justicia real e intercultural para evitar pedir perdón…



Ciro Alberto Martín Rodríguez Aliaga

RESUMEN

El presente artículo es con la finalidad de poder advertir que el ser humano a pesar de que ha evolucionado en todo aspecto, existe circunstancias como la violencia familiar, que, a pesar de ser racional y tener más conocimiento, en vez de evolucionar, involuciona.

Palabras clave: Violencia, humanos prehistóricos, conocimiento.

INTRODUCCIÓN:

La figura del juez trasciende el papel tradicional de intérprete y mero aplicador de la ley para convertirse en un verdadero arquitecto de soluciones que respeten y valoren la diversidad cultural de las personas involucradas. En nuestro entorno, donde coexisten múltiples cosmovisiones, país multilingüe y pluricultural, los magistrados debemos ser sensibles a las particularidades culturales y sociales de los casos que enfrentamos. El juez no solo debe aplicar la norma, sino también procurar un entendimiento profundo de las realidades individuales y colectivas, siendo un puente entre el derecho positivo y las necesidades culturales debiendo ser jueces activos para aplicar una justicia intercultural. Se propone que, debido a la gran diversidad de nuestro país, no se puede pretender encerrar conceptos abstractos como el desarrollo integral de los niños o estado de abandono sin tomar en cuenta la cosmovisión de sus integrantes. Veremos, sobre la base de un caso concreto sobre declaración de abandono de cuatro hermanos menores, la importancia de ser un juez activo y reflexionar al respecto sobre un contexto de derechos humanos, justicia intercultural y acceso a la justicia, entendiendo la trascendencia de nuestras decisiones en la vida y desarrollo de seres humanos y de aplicar las normas sin base en estos conceptos pudo generarse una injusticia.

JUSTICIA INTERCULTURAL EN EL PERÚ

Se busca crear un sistema judicial inclusivo y respetuoso de la diversidad cultural garantizando que todas las comunidades tengan acceso a una justicia que refleje y respete sus propias tradiciones y valores con decisiones judiciales culturalmente apropiadas respetando tradiciones y valores de las comunidades involucradas. Esto requiere que los jueces y otros operadores de justicia tengan profunda comprensión de las cosmovisiones de las partes involucradas promoviendo un diálogo intercultural para una mejor comprensión y resolución de los conflictos. El Perú es un país multicultural y multiétnico que aspira a tener un sistema de justicia intercultural, nuestra Constitución ha dejado en claro la importancia de la inclusión equitativa de los pueblos originarios y personas pertenecientes a grupos étnicos y/o culturales, debido a su condición de vulnerabilidad, ratificando el deber que tienen los operadores de justicia de garantizar una justicia adecuada y especializada para con ellos.

100 REGLAS DE BRASILIA

Conjunto de directrices adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008 con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad. Buscan asegurar que todas las

personas, independientemente de su situación, puedan ejercer sus derechos y acceder a la justicia de manera efectiva. Establece la recomendación de políticas públicas que garanticen acceso a la justicia sin discriminación mediante un trato adecuado a personas en situación de vulnerabilidad. También que, deben promoverse condiciones que posibiliten el ejercicio pleno de los derechos, siendo fundamentales para promover un sistema judicial inclusivo y equitativo, respetando y protegiendo los derechos de todas las personas, especialmente en situaciones de vulnerabilidad.

UN CASO REAL

Por aquellos caminos procesales largos de explicar pero fáciles de entender, llegó a Huancayo un caso iniciado en otra jurisdicción cinco años antes referente a la situación de cuatro hermanitos (2, 4, 8 y 10 años) en estado de abandono, sin cuidados parentales, con un padre ausente, una madre con retardo mental y agresiva, peligrando su integridad, situación que habría sido corroborada por las autoridades locales y representantes del Estado emitiendo sus sendos informes pidiendo y recomendando que los cuatro hermanos sean trasladados a Huancayo e internados en un albergue por su propio bien, pero transcurridos casi cinco años sin tomar decisión alguna, a más de cuatro horas de viaje en auto por caminos escarpados y una caminata cerro arriba de casi dos horas se tenía el expediente con sus actuados para ordenar el traslado al albergue, sin embargo, era una zona tan lejana y de difícil acceso, con población quechua hablante, declarada pobre y siendo que en el expediente no se tenía informes actualizados, se decidió acudir al mismo lugar con todo el equipo multidisciplinario y garantizando la actuación de un intérprete en el idioma quechua. A nuestra llegada nos encontramos con los padres que, preocupados, se habían enterado de los motivos de la visita, así, no pasó mucho tiempo para que nos diéramos cuenta de que eran quechua hablantes y la madre y el padre no entendían el castellano, el padre salía de madrugada a cuidar sus sembríos de papá y maíz y la madre se quedaba con los hijos para atenderlos y mandarlos a la escuela, era evidente la falta de orden en su hogar, en medio de un cerro a dos horas de caminata del pueblo más cercano, algún descuido en limpieza propio de la zona y condiciones de vida, pero rebozaban de amor entre ellos, los niños jugaban alrededor de su madre, felices, con sus animalitos y si bien existían carencias económicas y de crianza, no ameritaban en absoluto desarraigar a los niños y llevarlos a un albergue separándolos de sus padres.

La supuesta situación de locura de la madre no era más que un confusión ya que todas las autoridades que querían evaluarla siempre le hablaban en castellano, ella no entendía nada y ante la incomprensión y la perturbación de su tranquilidad en su hogar con un idioma que no entendía se ofuscaba y no podía comunicar nada, la tildaban de que padecía de retraso mental y era agresiva y por ello sus hijos estaban en peligro, pero confirmado que era exclusivamente quechua hablante y cuando se le explicó en su propio idioma la razón de nuestra visita, colaboró con la diligencia, sin agresiones y abriéndonos las puertas de su hogar, se comprometió a mejorar en cuanto al orden y limpieza y que debía recibir apoyo de las autoridades municipales de su jurisdicción, igualmente el padre, quechua hablante, explicó que salía temprano siempre para atender su sembrío y animales, trabajaba duro para que no les falte comida a sus hijos y su esposa, pero siempre llegaba en horas de la noche y por eso nunca lo encontraron, se trataba de un hogar conformado por un padre que se levantaba temprano para ir a trabajar su chacra, una madre (que desconocía el español) que se encargaba de alistar a sus hijos para que fueran a la escuela, y unos hijos que se sentían amados y seguros en su hogar. Así, tomando en consideración la justicia intercultural, se decidió resolver en ese mismo momento llevando la audiencia en el mismo domicilio y creo que todos sospechan como se resolvió, hacer lo contrario, resolver desde nuestro cómodo escritorio ante un caso como este sólo analizando informes fríos y enfatizando un mínimo esfuerzo, pero con sustento documentario, hubiera sido cometer una gran injusticia, separando seres humanos de su hogar y su familia, desarraigándolos de su entorno para internalos en un albergue tal vez

hasta que cumplan 18 años, injusticia para los padres que nunca hubieran entendido que por conjeturas y por ser quechua hablantes se les quitaba la patria potestad de sus hijos.

CONCLUSIONES

- La justicia debe ser inclusiva y respetuosa de la diversidad cultural.
- Los jueces desempeñan un papel crucial como puentes entre el derecho positivo y las realidades socioculturales, debiendo garantizar un enfoque intercultural que proteja los derechos humanos y evite injusticias.
- El caso presentado demuestra la importancia de acercarse al contexto de las partes involucradas, garantizando comprensión cultural y lingüística para tomar decisiones justas y adecuadas.
- El enfoque intercultural en la administración de justicia es esencial para evitar decisiones basadas en prejuicios o malentendidos, como se evidenció en la falsa percepción de las capacidades de la madre quechua hablante.
- Aplicar las "100 Reglas de Brasilia" en el acceso a la justicia asegura un sistema judicial equitativo, especialmente para personas en situación de vulnerabilidad, promoviendo un trato digno y adecuado.
- La verdadera justicia requiere ir más allá de los procedimientos formales, implicando esfuerzos adicionales para entender y respetar las circunstancias específicas de cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

Peña, A, (2014). "Justicia Intercultural en el Perú". Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. **https://n9.cl/pbins7**

Torres. J (2019). "El ejercicio de la magistratura con enfoque intercultural y la pertinencia cultural". Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura. Volumen N° 1. Lima, Perú. **https://n9.cl/nmvw0**

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, (2008). "100 Reglas de Brasilia".

Primera edición - Brasilia, Brasil. Editorial del Poder Judicial Palacio Nacional de Justicia. **https://n9.cl/h9wr6r**

JUECES Y JUEZAS

LA VIOLENCIA…FAMILIAR



*Walter Gerardo Llacza Asencios**

"El zorro sabe muchas cosas, el erizo sabe una cosa, pero grande, el valor"
Ronald Dworkin.

RESUMEN

El presente artículo es con la finalidad de poder advertir que el ser humano a pesar de que ha evolucionado en todo aspecto, existe circunstancias como la violencia familiar, que, a pesar de ser racional, tener más conocimiento, en vez de evolucionar, involuciona.

Palabras clave: Violencia, humanos prehistóricos, conocimiento.

INTRODUCCIÓN:

Según estudio de Álvarez, J., & Hartog, G. (2016), como se cita en Saldaña, H. & Gorjón G. (2021), "La violencia familiar se origina y se pierde en la noche de los tiempos, se genera en el momento en que se pasa del estado nómada al sedentario. En el patriarcado en donde el clan es nómada, el hombre es cazador y en consecuencia dirige las acciones y el reparto. Al ser la madre la que tiene a los hijos es la dueña de la fuerza de trabajo hasta que un individuo se plantea que por el hecho de haber tenido relaciones con una mujer y como consecuencia hay un hijo, entonces tuvo que ver en la generación de ese hijo, y por tanto puede tener participación y acceso a las ganancias de esa fuerza de trabajo". Así se plantea la hipótesis del nacimiento de la violencia familiar, para crecer y desarrollarse en el paso del tiempo.

DESARROLLO DEL TEMA

Estamos en el año 2025, donde el Perú y se podría decir el mundo viven actos de violencia contra el humano, es necesario preguntarnos; ¿Por qué existe la violencia?

Según estudios realizados por la UNESCO, los han llevado a concluir que: "Hoy en día la imagen de los humanos prehistóricos salvajes y guerreros parece ser tan solo un mito forjado en la segunda mitad del siglo XIX. Las investigaciones arqueológicas nos muestran que la violencia colectiva surge en realidad con la sedentarización de las comunidades humanas y la transición de una economía predatoria de la naturaleza a una economía de producción." De ello se entiende que la violencia, se ha acrecentado debido a la evolución del ser humano, ya que su crecimiento económico va vinculado a su crecimiento intelectual, es decir a más conocimiento, más violencia.

Dicho ello, es claro que, así como el ser humano evoluciona en conocimiento, también el Estado procura regular las conductas humanas, de forma que estas, se ubiquen dentro de un ordenamiento jurídico y así mantener el control, es por ello que en la realidad peruana, estando a que el núcleo de la sociedad es la familia y por ello em Estado la protege, se origina la Ley Nro. 30364 y su reglamento, la que sirve para para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la que se considera en su artículo octavo, cuatro tipos de violencia, uno la física, dos la psicológica, tres la sexual y cuatro la económica o patrimonial, la que se desarrolla en diversas modalidades, las cuales como vemos en su reglamento y jurisprudencia tienen mayor especificidad y especialidad (contextos), por lo mismo que para su concurrencia requiere del

* Abogado por la Universidad Alas Peruanas. Juez Penal Especializado del Primer Juzgado Penal Colegiado Transitorio con subespecialidad en delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar de la Corte Superior de Justicia de Junín. Con estudios de Doctorado por Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestro en Gestión Ambiental y Desarrollo Sostenible por la Universidad Nacional del Centro del Perú. Contacto: wllacza@pj.gob.pe

cumplimiento de mayores requisitos, ya no solo de manera genérica; es decir, "que haya violencia", por lo mismo que ha sido necesario que mediante la jurisprudencia se tenga desarrollar o analizar qué es lo que se requiere para que una conducta violenta tenga relevancia jurídica y no solo quede como un acto de violencia simple o doméstica, lo cual desde esta tribuna no indicamos que este errado, por el contrario era necesario, ya que el objetivo de este artículo no es cuestionar ello, sino corroborar la conclusión a la que llegó la UNESCO, y como vemos dicha conclusión hasta este punto es cierta, porque a mayor conocimiento del ser humano, hace que exteriorice diferentes conductas, con diferentes contenidos, las que ya no solo se congrega en conceptos genéricos, sino que exigen al Estado, otro tipo de regulación y mayor análisis. Así las cosas, la fecha, la Ley y su reglamento antes referida ha merecido diversas modificaciones, al punto que dentro de los tipos de violencia también ahora se consideran nuevas modalidades de violencia, entre las que encontramos novedosamente a las realizadas a través de las tecnologías de la información y comunicación (v.g. Amenaza de publicar imágenes o videos íntimos para exigir dinero, favores sexuales u otros beneficios) y el acoso a través del proceso judicial (v.g. demandada usa el sistema judicial de manera abusiva para hostigar y desgastar emocional y económicamente a la víctima), como podemos ver, desde la promulgación de la Ley Nro. 30364 y su reglamento en el 2015 y 2016 respectivamente, que a mayor conocimiento del ser humano, la violencia familiar también se desarrolla más, al extremo que se utiliza incluso la tecnología y al propio órgano jurisdiccional para generar más violencia, entonces tenemos que preguntarnos, ¿la transición de economía predatoria a una economía de producción del ser humano, ha sido evolutiva o involutiva? La respuesta clara y patente es que respecto a la violencia es **INVOLUTOVA,** situación que debe traer reflexión no solamente al ser humano, sino a las instituciones el Estado y a los padres de familia, ya que la educación es un derecho fundamental y no solo se educa en los colegios sino desde casa, por lo mismo que es necesario entender que debemos reflexionar racionalmente y desde esta tribuna a manera de conclusión, señalar que como política pública el Estado, debe implementar educación pero de calidad, óptima e integral, de forma que no solo se tenga un ser humano con conocimiento, sino que se tenga un ser humano formado en valores y con conocimientos, de forma que desarrolle su racionalidad para evitar la violencia, lo cual trascenderá en su vida futura, siendo necesaria establecer planes de desarrollo a corto y largo plazo en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Superior de Justicia de Lambayeque. (2022). Caso: [Conflictos conyugales» pueden configurar el delito de violencia familiar] [Expediente N° 1764-2022]. Poder Judicial del Perú.

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2016). *Acuerdo Plenario N° 1-2016/CJ116 que precisa el alcance de la figura de la insolencia punible y otros aspectos vinculados a los tipos penales de feminicidio y violencia contra la mujer*

Perú. (2015). Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. El Peruano.UNESCO. (2023, noviembre 21). Los orígenes de la violencia. UNESCO Courier.https://courier.unesco.org/es/articles/losorigenes-de-la-violencia

JUECES Y JUEZAS

LIMITES DE LA PREVALENCIA DE LA ORALIDAD SOBRE LA ESCRITURALIDAD EN EL NUEVO PROCESO LABORAL



Esaú Chanco Castillón[1]

Palabras clave: Oralidad, escrituralidad, principios procesales, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso.

INTRODUCCIÓN:

Han transcurrido más de 15 años de la promulgación de la Ley Nº 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), cuyo balance es positivo, por cuanto la duración de los procesos laborales ha disminuido ostensiblemente en nuestra jurisdicción de 04 o 06 años a 02 años, resultados que se diferenciarán conforme al tamaño de cada Corte.

Uno de los factores importantes ha sido el desempeño del juez laboral que ha sabido internalizar las prerrogativas como director del proceso, así como la aplicación de principios procesales (inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad) previsto en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT y los fundamentos del proceso laboral (igualdad real de las partes, privilegio del fondo sobre la forma, interpretación de los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso "favor proceso o pro actione", el debido proceso, la tutela jurisdiccional, el principio de razonabilidad, principio de no discriminación, rol protagónico del juez en la dirección del proceso, entre otros) previstos en el artículo III del citado Título Preliminar de la NLPT.

Es sabido que en el nuevo proceso laboral existen actuaciones que necesariamente son escriturales, por ejemplo, en la etapa postulatoria por cuanto la demanda se presenta por escrito al igual que la contestación de la demanda, mientras que en las etapas probatoria y decisoria prima la oralidad, tal como lo prevé la NLPT en su artículo 12º.- Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias y el artículo 24º.- Forma de los interrogatorios; empero, no se debe de perder de vista el principio de congruencia procesal recogido en el Artículo VII del Título Preliminar y el artículo 50º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral, ello concordante con la construcción de la teoría del caso; en ese sentido, el cambio de orientación en el pronunciamiento judicial no puede fundarse en los alegatos planteados a nivel de segunda instancia por las partes, tal como lo señala la Casación Nº00007-2012 LA LIBERTAD, lo que implica que el juez en la dirección del proceso ha de tener presente.

En el Libro Homenaje a Mario Pascos Cosmópolis, el docente universitario Michael Vidal Salazar[1] aborda este tema, señalando que el juez al advertir una contradicción entre la exposición escrita y la exposición oral, sea como exposición de posiciones o declaración de parte o cuando esta contradicción opera como un indicio de falta de solidez de la posición de la parte involucrada, entiende que debe primar la exposición oral, pero esta oralidad tiene que ser sustentada con pruebas. Asimismo, la preferencia de lo oral sobre lo escrito permite en muchos casos flexibilizar reglas procesales que en otras circunstancias

[1] Juez (T) del Segundo Juzgado Especializado de Trabajo del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín

[1] VIDAL SALAZAR MICHAEL. LIBRO HOMENAJE A MARIO PASCO COSMÓPOLIS "LA ORALIDAD Y EL NUEVO PORCESO LABORAL PERUANO", pp. 889-890.

podrían suponer plazos perentorio o dilaciones procesales, por ejemplo la actualización de la demanda sin perjuicio de la garantía del derecho de defensa, lo que permite al juez indagar, percibir, concluir, al margen de lo expuesto por las partes por escrito; resaltando que este regla de oralidad le otorga a la audiencia un papel clave en el proceso para definir el resultado del proceso, reivindicando el principio de inmediación y el nivel de preparación de las partes, sus abogados y el mismo juez; sin embargo, enfatiza que las exposiciones de los abogados y las declaraciones de las partes deben ser claras y coherentes el mismo que guarda concordancia con la citada Casación Nº 00007-2012/LA LIBERTAD.

IDEA CENTRAL

Bajo el contexto mencionado cabe realizar una pregunta legítima ¿Acaso la oralidad no se extendería a la etapa postulatoria? En este propósito, a fin de dar respuesta, los jueces laborales reunidos en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral llevado a cabo en la ciudad de Lima los días 13 y 14 de setiembre de 2013 en el Tema 3 han abordado la **"Reformulación de la pretensión en la Audiencia de Juzgamiento"** adoptaron por mayoría el siguiente acuerdo: ***"Si es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento, porque en el proceso laboral, las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no afectándose el derecho a la defensa (contradicción) de las partes porque en la misma audiencia el juez como director del proceso puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia o suspender la audiencia para tal finalidad y volver a citar a las partes para la continuación correspondiente."***

Esta posición ganadora asumida por el Pleno encuentra serias observaciones por el Dr. Christian Jesús Mamani Caira[2], por ejemplo primero que se reabriría etapas ya precluidas del proceso, por ejemplo, la etapa de calificación de la demanda y su contestación que corresponde a la etapa postulatoria y en la fijación de los puntos controvertidos que se da en la audiencia de juzgamiento, además que esta modificación vulneraría el derecho al debido proceso en su vertiente del derecho de defensa y contradicción, así como la tutela jurisdiccional efectiva de la parte demandada e igualdad de armas procesales, sustentando jurídicamente en el artículo 8.2.c de la Convención Americana, donde se establece "el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa", igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, la sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú en el mismo sentido, es decir, se vulneraría el derecho de defensa y contradicción del emplazado, a pesar de primar las actuaciones orales sobre las escritas en el proceso laboral, sosteniendo que el llamado principio de oralidad no es de aplicación irrestricta, sino de observar las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, lo que quiere decir que tiene que tiene límites. Finalmente, concluye que "una interpretación coherente del principio de oralidad, nos conduciría a permitir la modificación de la demanda, con plena observación del derecho de defensa del demandado, disponer la actualización de los actos de su defensa, suspendiendo la tramitación de la causa hasta su renovación, citando a una nueva audiencia única o una nueva audiencia de juzgamiento. Con dicho proceder se salvaguardan los principios de celeridad y economía procesal, contenidos en el principio de favor proceso, respaldando la oralidad desde un sentido fuerte". De lo expuesto, como juzgadores al aplicar a cada caso concreto rescatamos el respaldo de la oralidad desde un sentido fuerte.

Sobre el mismo tema, posteriormente los jueces laborales reunidos en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, realizado en la ciudad de Trujillo los días 11 y 12 de agosto de 2017, a la pregunta: **"¿Se puede modificar la demanda en audiencia de juzgamiento?** Los asistentes acordaron por mayoría: ***"No se puede modificar***

[2] MAMANI CAIRA CHRISTIAN JESUS. ARTÍCULO: "LÍMITES DE LA ORALIDAD EN EL NUEVO PROCESO LABORAL", REVISTA IURIS OMNES, VOLUMEN XX, nº 2, 2018, pp. 105-114 ISSN 1994-702X.

la demanda en la audiencia de juzgamiento de conformidad con el Art. 428 del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, pero excepcionalmente se pueden efectuar precisiones o aclaraciones respecto de una pretensión en tanto no se altere sustancialmente".

Sobre este Pleno el Dr. Mamani, entiende que *"(...) la oralidad no puede ser utilizada de manera irrestricta y sin ningún control, pues puede llegar a afectar el derecho al debido proceso, aunque esta forma de proceder tenga un propósito loable (carácter tuitivo del Derecho del Trabajo), lo cierto es que ese fin no puede prevalecer sobre la garantía constitucional referida al derecho de contradicción, contenido en el derecho de defensa del demandado ni sobre las reglas procesales, afirmar lo contrario resultaría atentatorio contra la seguridad jurídica".*

A consideración de buena parte de los jueces, este Pleno justamente fija mucho mejor los límites de la prevalencia de la oralidad sobre la escrituralidad y corresponderá al juez laboral a aplicar a cada caso concreto, obviamente sin afectar el derecho al debido proceso en sentido amplio.

CONCLUSIÓN

Bajo la premisa de que la demanda y contestación de demanda son escriturales porque así lo fija la ley versus lo que se señala oralmente en audiencia, conforme a lo previsto por el artículo 12º de la NLPT prevalecería lo oral sobre lo escrito; siendo así, la oralidad se extendería a la etapa postulatoria y en consonancia con los principios favor proceso, del fondo sobre la forma, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva hace que las reglas procesales se flexibilicen pero que es de suma utilidad para el proceso, ya que se puede dar la actualización de una demanda sin perjuicio de la garantía del derecho de defensa; independientemente que la regla de oralidad en las audiencias permite al juez en su condición de director del proceso, rescatando las conclusiones de ambos Plenos, en armonía con la aplicación de los principios de inmediación, contradicción, verdad material, celeridad y economía procesal para resolver el conflicto de intereses en materia laboral.

SUGERENCIAS

Se debe procurar que en los alegatos de apertura de la parte demandante y parte demandada guarden una coherencia (congruencia procesal) con los escritos postulatorios de demanda y contestación de demanda, así como también a nivel de segunda instancia conforme a su naturaleza; de tal forma que la prevalencia de la oralidad sobre la escrituralidad en la etapa postulatoria sea residual, en tanto que la regla de oralidad se fije dentro de los límites permisibles y utilizado con responsabilidad en las audiencias pueda conllevar a la convicción del juez acerca de la veracidad ó no de los hechos expuestos como defensa y al momento de resolver el caso concreto; siendo así, resulta relevante que los actores procesales posean destrezas y/o habilidades en técnicas de litigación oral.

BIBLIOGRAFÍA

Ley N.° 29497, Código Procesal Civil y Plenos Jurisdiccionales Nacionales Laborales (2013, 2017). Perú.

Mamani Caira, C. J. (2018). Límites de la oralidad en el nuevo proceso laboral. Revista Iuris Omnes, 20(2), 105–114. Poder Judicial del Perú - Corte Superior de Justicia de Arequipa. ISSN 1994-702X.

Vidal Salazar, M. (2015). La oralidad y el nuevo proceso laboral peruano. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.), Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis (pp. 875893). Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

JUECES Y JUEZAS

La tutela jurisdiccional efectiva y la etapa de ejecución



Leticia Quinteros Carlos[1]

1. INTRODUCCIÓN:

El presente artículo nace por la preocupación en el Módulo Corporativo Laboral de Huancayo, de tener en todas las etapas del proceso eficacia en el cumplimiento de la tutela jurisdiccional; en atención a que siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho fundamental, contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución; se logra la efectividad con el cumplimiento del derecho amparado en la realidad.

Conforme a la estructura del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo, con la finalidad del logro de la celeridad y satisfacción de la tutela jurisdiccional efectiva, el mismo se encuentra estructurado en áreas, de calificación, trámite y ejecución en las que se desarrollan diversas fases del proceso; y, desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional efectiva la misma si bien se viene cumpliendo con eficacia en las dos primeras; lo que no ocurre en la etapa de ejecución; en la que dada la creciente carga procesal, se vienen llevando a cabo el mayor número de actos procesales; advirtiéndose la necesidad de darle mayor impulso; por lo que si bien acertadamente se designó un Juzgado Transitorio de Ejecución en el año 2023 para coadyuvar a la descarga procesal, a la fecha ha dejado de tener competencia en la materia; persistiendo la necesidad de su funcionamiento, a fin de cumplir con el servicio a la población laboral de nuestra jurisdicción; y, llevar a la realidad el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La tutela jurisdiccional efectiva, es un principio contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, deviniendo en un derecho fundamental que garantiza el acceso a

la justicia y la posibilidad de obtener una resolución judicial justa y eficaz en defensa de los derechos e intereses de las personas; que establece:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

Derecho que en su configuración legal ha sido desarrollada en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil de aplicación supletoria a la Nueva Ley Procesal de Trabajo Ley 29497, que establece:

> Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso.

Así tenemos, que la jurisprudencia reiterante del Tribunal Constitucional como la desarrollada en la STC N° 210442-2002AA/TC ha establecido que "(...) el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales".

En el desarrollo doctrinario encontramos que Martín Hurtado Reyes [1] citando al profesor Sumaria indica que "(...) en la proyección de este derecho sobre la actividad jurisdiccional se ha sostenido que el derecho a la Tutela Jurisdiccional tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a

[1] Juez de 3er Juzgado Especializado de Trabajo

los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de estos y "a que el fallo se cumpla". Pudiendo establecerse de esta forma cierta dualidad en cuanto a la eficacia de este derecho, con relación al conjunto de garantías que se van desarrollando en el proceso, las cuales puede ser: i) tutela jurisdiccional de primer grado o garantía de acceso a la jurisdicción; ii) tutela jurisdiccional de segundo grado o garantía de un proceso justo; iii) tutela jurisdiccional de tercer grado o garantía de una respuesta cualitativa; y, iv) tutela jurisdiccional de cuarto grado o susceptible de eficacia".

Así mismo Giovanni F. Priori Posada[2] sostiene que "(...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante. Por ello, Francisco Chamorro sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad: a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional. b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico, c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico; y, d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. La efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclama que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto sino, además reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales".

De lo que es de colegir que si bien es cierto que nuestra Constitución Política lo menciona de manera general al igual que nuestro Código Procesal Civil, lo es que el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva ha sido desarrollada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia reiterante, coincidiendo que tiene cuatro niveles de eficacia, que se reflejan en las cuatro niveles en los que se manifiesta el derecho, en: a) acceso a la justicia, b) garantías mínimas, c) resolución fundada en derecho; y, d) posibilidad de ejecución; siendo que en el último nivel que se logra finalmente la tutelar jurisdiccional efectiva.

Constituyendo motivación del presente artículo el análisis del último nivel de eficacia; esto es la posibilidad de la ejecución; pues de los datos estadísticos de carga procesal y de producción en el Módulo Corporativo Laboral de Huancayo que tramita procesos bajo la Nueva Ley Procesal de Trabajo Ley 29497, se advierte un incremento de carga procesal en esta etapa, que requiere de especial atención, para el logro de la tutela jurisdiccional efectiva con eficacia; pues en los niveles de acceso a la justicia, de la garantía mínima y de las resoluciones fundadas en derecho, mantenemos el estándar; que se refleja en el cumplimiento de los plazos y la inexistencia de quejas o reclamos ante el Órgano de Control; sin embargo en el nivel de ejecución de las sentencias y autos finales emitidos; que conforme a la estructura del Módulo Laboral se encuentra a cargo del área de Ejecución; conforme a las estadísticas proporcionadas por la Administración Modular y el área de Estadística de la Corte, se presenta un incremento sostenido de la carga procesal; y con ésta del ingreso de escritos que atender y diligencias y demás actos procesales que llevar a cabo; advirtiéndose que no se tiene la eficacia advertida en las demás áreas de trabajo que son de Calificación y Trámite.

3. EL DERECHO A LA EFECTIVIDAD

Siendo que los procesos se inician con la

[1] HURTADO REYES Martín "Estudios de Derecho Procesal Civil" Tomo I, Idemsa, Lima Perú, 115 -116.

2 Giovanni F. Priori Posada "La Efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En ius et veritas N°26, pág. 281 a 282.

finalidad que se resuelva un conflicto o se dilucide una incertidumbre jurídica, a fin de proteger un derecho; y que con la emisión de la sentencia o auto final se logran la finalidad antes indicada, sin embargo si ésta sentencia o auto final no tuvieran una incidencia directa en el derecho material por cuya protección fue iniciado el proceso, esto es que se cumpla con lo amparado en la sentencia en respuesta a lo pretendido, lo que se logra en la etapa de ejecución; por ejemplo que si se ordena el pago, se cancele; que si se declara la nulidad, la fraudulencia o incausalidad de un despido, se reponga al trabajador a su puesto de trabajo; que si se ordena el cese de los actos de hostilidad, se pague las remuneraciones en la oportunidad que corresponda, se retorne a la categoría o al lugar habitual de la prestación de servicios, etc.; esto es que la decisión jurisdiccional dictada tenga efectividad en el ámbito de la realidad, lográndose la concreción de la tutela jurisdiccional efectiva; por lo que de no ocurrir ésta; las sentencias o autos finales constituirán pronunciamientos meramente enunciativos, y no se cumpliría la tutela jurisdiccional efectiva y por ende la satisfacción plena del usuario juridicial.

Separadas las etapas del proceso en trámite y ejecución, la primera culmina con la emisión de la sentencia o el auto final que concluye el proceso; siendo en la etapa de ejecución que se advierte un incremento de la carga procesal, no solo en los juzgados que integran el Módulo Corporativo Laboral de Huancayo, sino a nivel nacional como se desprende de la data estadística proporcionada por el Equipo Técnico Institucional de la Nueva Ley Procesal de Trabajo; siendo que la efectividad de lo resuelto en la sentencia, no se realiza pacíficamente, esto es que en forma voluntaria el obligado cumpla con lo dispuesto; por lo que se ingresa a un procedimiento complejo y tedioso que, no va en concordancia en los tiempos de las etapa que la anteceden. Etapa en la que, si bien se cuenta con reglas para actuar lo resuelto, y que en aplicación a la primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal de Trabajo nos remite a los procedimientos establecidos en el Código Procesal Civil; constituye una necesidad el establecimiento de medidas administrativas que permitan superar la sobrecarga procesal y dar una atención con efectividad en plazos razonables y procedimientos menos gravosos; deviniendo la ejecución en fundamental para la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva.

Carga Procesal en la etapa de ejecución a nivel nacional, según el ETI [3]:

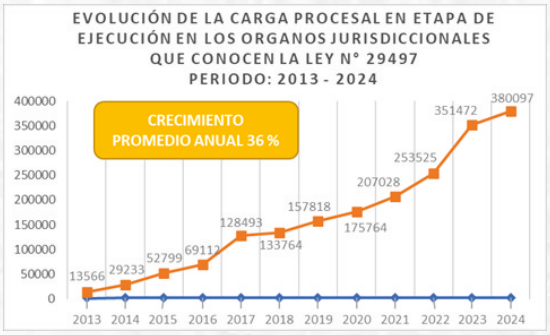


GRÁFICO N° 01: CARGA PROCESAL DE LA LEY N° 29497 EN ETAPA DE EJECUCIÓN

4.- LOS TIPOS DE SENTENCIAS Y SU EJECUCIÓN

Así, atendiendo a la clasificación de las sentencias según el contenido de la pretensión propuesta, que son: (i) la sentencia declarativa, que tiene por objeto declarar la existencia o no de un derecho o una relación jurídica; así, su simple expedición otorga tutela y satisface el interés del justiciable; (ii) la sentencia constitutiva, cuando la decisión judicial, por sí misma, crea, modifica o extingue un estado jurídico, por ejemplo, haciendo cesar el que existe, modificándolo o sustituyéndolo, igual que la anterior su expedición satisface al demandante; y (iii) la sentencia de condena considera a la decisión final que impone al demandado el cumplimiento de una prestación, sea desde un punto de vista positivo (dar o hacer) o negativo (no hacer), e implica una orden judicial de condena: que entregue "algo", que haga "algo", que deshaga "algo", o que se abstenga de hacer "algo".

En los juzgados laborales por la materia y pretensiones incoadas, si bien se emiten sentencias declarativas y constitutivas puras, que por sí solas resultan ser suficientes para otorgar tutela efectiva y satisfacción procesal a la parte vencedora en el proceso, éstas son mínimas; constituyendo en un porcentaje mayor las sentencias de condena, que ordenan un dar, hacer o no hacer, que requieren de actos de ejecución posteriores a la emisión de la sentencia para la concreción de la tutela jurisdiccional efectiva; constituyendo un

[3] Informe N° 000002-2025-GA-ETIINLPT-CE-PJ (14/03/2025).

porcentaje mayor las sentencias mixtas, dada la acumulación de pretensiones planteadas, que por un lado declaran o constituyen derechos y a la vez ordenan el cumplimiento de obligaciones diversas; siendo un ejemplo recurrente, que una demanda tenga una acumulación de pretensiones sobre desnaturalización de contratos (civiles y/o modales) y con ésta la declaración de una relación laboral; que se ordene la reposición por haber sufrido un despido incausado, fraudulento, vulneratorio de derechos fundamentales o nulo; y, que se le paguen los beneficios sociales; por lo que de ampararse la demanda respecto a la primera pretensión ameritará la emisión de una sentencia declarativa, en la segunda y tercera pretensión una de condena, conteniendo obligaciones de hacer, reponer al trabajador; y de dar, ordenan-do el pago de un monto liquidado.

Si bien la declaración de la desnaturalización del contrato civil y la existencia de una relación laboral, no requiere de actos posteriores de ejecución, bastando con la declaración efectuada por el Juez, lo es que sí importa para la remisión al Archivo Definitivo, que ésta quede consentida o ejecutoriada, lo que a su vez importa actos procesales posteriores, de parte de los operadores de justicia, pues como se ha indicado precedentemente el cumplimiento de lo dispuesto no es pacífico ni siquiera de las sentencias declarativas o constitutivas; ocurriendo en muchos casos que los demandados (empleadores) se dan por no enterados y renuentes mantienen a los trabajadores bajo los regímenes contractuales desnaturalizados, con las consecuencias de incumplimientos de derechos laborales.

En el caso de las sentencias de condena, que disponen el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer; la eficacia de la sentencia importa actos posteriores para su ejecución; constituyendo conforme a los literales a) y b) del artículo 57 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Ley 29497 título ejecutivo las resoluciones judiciales firmes y las actas de conciliación judicial (sentencias o autos finales y actas de conciliación); siendo competentes para su ejecución en forma exclusiva el Juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente; y, si la demanda inició en una Sala Laboral es competente el Juez Especializado de Trabajo de Turno; precisándose en el artículo 61 que si la contradicción no se sustenta en alguna de las causales señaladas en la norma procesal civil, se impondrá una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal; y en artículo 62 que tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, si habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, normativa que contenida en la norma especial se proyectó impulsaría el proceso en la etapa de ejecución, sin embargo dada la renuencia al cumplimiento de las sentencias no ha tenido los resultados proyectados.

Coligiéndose que los demás actos de ejecución para llegar al logro de la tutela jurisdiccional efectiva, en forma supletoria siguen los plazos y procedimientos establecidos en el Código Procesal Civil y en el caso de obligaciones a cargo del Estado por la normativa contenida en el TUO de la Ley 27584 aprobada por el Decreto Supremo N° 011-2019-JUS; dándose inicio a una actividad procesal intensa reflejada en las estadísticas, pues conforme a la data proporcionada por el Equipo Técnico Institucional de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, se tienen el incremento de los escritos ingresados en esta etapa en forma creciente y sostenida, conforme al cuadro siguiente:

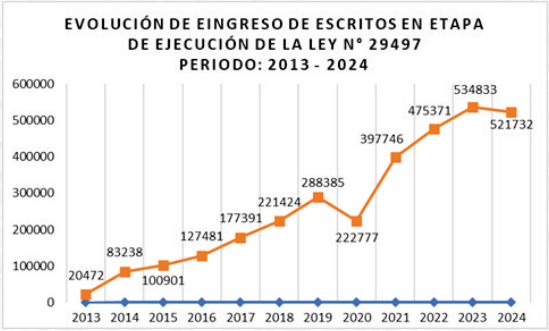


GRÁFICO N° 02: INGRESOS DE ESCRITOS EN ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA LEY N° 29497

Lo que nos permite advertir que en el caso de las sentencias declarativas y constitutivas, se realizan actos posteriores a la emisión de la sentencia, como por ejemplo en el caso de la declaración de desnaturalizaciones de contratos, en las que se efectúa el requerimiento a fin que comuniquen al Juzgado el cumplimiento de la sentencia; actividad que si bien no es en estricto una

"ejecución"; por cuanto estos hechos no agregaran ningún efecto a la decisión judicial; lo es que importan actos procesales que necesariamente se llevan a cabo para emitir la resolución de archivo definitivo y su remisión al archivo central y con ésta se efectúa la descarga procesal en efectividad.

Y que en las sentencias condenatorias (cuyo contenido importan obligaciones de dar, hacer o no hacer); se da en estricto la figura de la ejecución, pues la actividad posterior a la sentencia importará un cambio en el mundo real, esto es que la tutela solicitada no se logrará con la simple declaración del derecho, sino que deberán realizarse actos materiales posteriores a la sentencia, que sin ellos no se logrará la finalidad de la obtención del derecho perseguido; por ejemplo si se ordena el pago de los beneficios sociales, si no se efectúa el pago no se habrá logrado la tutelar jurisdiccional efectiva, pese a contarse con una sentencia en calidad de cosa juzgada; y, para esto deberá iniciarse la ejecución forzada, trabándose embargos en sus diversas modalidades, para lo cual deberá llevarse a cabo las diligencias pertinentes; si no hubieran bienes pasibles de embargo; desarrollar actividad tendientes a los efectos persecutorios; afectados los bienes, proceder a las tasaciones y luego al remate. En el caso del amparo de los despidos arbitrario en sus diversas modalidades si no se repone al trabajador a su centro de trabajo, quedará como una mera declaración sin que el trabajador haya retornado a su centro de trabajo, esto es no se habrá restituido el derecho al trabajo que en puridad es lo que se persigue con la reposición.

Si bien el Código Procesal Civil de aplicación supletoria al proceso laboral conforme a la primera Disposición Complementaria de la NLPT ha previsto que la ejecución se puede realizar entro del mismo proceso, y que dependerá del interés de la parte acreedora, pues el procedimiento o el proceso de ejecución se rige por el principio dispositivo, por el que solo se inicia, se continúa y se concluye a pedido del acreedor; correspondiendo al interesado solicitar al juzgado inicie el procedimiento de ejecución forzada de la sentencia como la última etapa del proceso cognoscitivo, en aplicación de lo previsto en los artículos 715° y siguientes del Código acotado; lo es que conforme al segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar de la NLPT, los jueces laborales tienen el rol protagónico en el desarrollo y el impulso del proceso; coligiéndose que ésta no se circunscribe solo a la etapa de trámite, sino también a la de ejecución, constituyendo por tanto fundamento contenido en la ley procesal de trabajo, la facultad del juez llevar a cabo el impulso del proceso; con el objetivo del logro de la tutela jurisdiccional efectiva en conformidad a lo previsto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.- LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS O AUTOS FINALES EN EL MÓDULO CORPORATIVO LABORAL DE HUANCAYO

En el Módulo Corporativo Laboral de Huancayo conforme a la información proporcionada por la Administración se tiene al 30 de junio del 2025 una carga procesal en el área de Ejecución de 8,121 expedientes[4], advirtiéndose que desde el inicio de labores 19 de Julio del 2012 a la fecha, se ha venido cumpliendo los estándares de producción en el área de trámite medidos con la emisión de las sentencia o autos finales; sin embargo ingresados a la etapa de ejecución la efectividad no es la misma, dado el incremento de la carga procesal año tras año; advirtiéndose el cumplimiento tardío o en otros el incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia en efectividad, que no permite declarar la conclusión del proceso y el envío al archivo definitivo; y con ésta la efectividad de la tutela jurisdiccional; con la satisfacción de los usuarios del sistema de justicia y la remisión al archivo general con la consiguiente descarga procesal.

Ante el panorama de carga procesal en etapa de ejecución en los Juzgados integrantes del Módulo Corporativo Laboral de Huancayo, monitoreado por el Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, con el objetivo de beneficiar directamente a los usuarios finales, promoviendo un acceso más rápido y eficaz de los servicios de justicia, al reducir los tiempos de respuesta entre actos procesales en la etapa de ejecución de sentencias y reforzando el compromiso del sistema de justicia con la transparencia y la protección de los derecho fundamentales de los ciudadano, el ETI gestionó la creación de un Juzgado de Trabajo de Ejecución, el cual fue aprobado con la Resolución Administrativa N° 350-2023-CE-PJ del 21 de agosto del 2023, en el que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso entre otras

[4] Información estadística proporcionada por la Administración del Módulo NLPT Huancayo (30/6/2025)

medidas administrativas, reubicar a partir del 1 de octubre del 2023 hasta el 29 de febrero del 2024, el Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, hacia la Corte Superior de Justicia de Junín, como 2° Juzgado de Trabajo Transitorio de Ejecución del Distrito de El Tambo, Provincia de Huancayo, el cual ha venido funcionando con turno cerrado, con la misma competencia funcional y territorial que el 2° y 3° Juzgados de Trabajo Permanentes del Distrito de El Tambo, Provincia de Huancayo, siendo monitoreado por el Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, constituyendo una experiencia piloto, a replicarse en las demás Cortes Superiores a nivel nacional, como se desprende de las conclusiones emitidas por el Gestor Administrativo del ETIINLPT de la Presidencia del Consejo Ejecutivo en el Informe N° 000002-2025-GA-ETIINLPT-CE-PJ de fecha 14 de marzo del 2025, que ha servido de referencia para la solicitud de evaluación y aprobación del proyecto de crédito suplementario para la creación de 123 órganos jurisdiccionales laborales de ejecución de sentencias en el marco de la Ley Procesal de Trabajo – Ley 29497 emitida por el secretario técnico de ETIINLP de la Presidencia del Consejo Ejecutivo al Gerente General del Poder Judicial, dado los resultados favorables obtenidos.

6.- LA EXPERIENCIA PILOTO DEL 2° JUZGADO DE TRABAJO TRANSITORIO DE EJECUCIÓN DEL DISTRITO DE EL TAMBO - PROVINCIA DE HUANCAYO

Conforme informa el Equipo Técnico Institucional de la Implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo desde el inicio de su funcionamiento este juzgado ha cumplido con los estándares de producción fijados, superando en más de del 100% la meta establecida en cuanto a actos procesales, habiendo logrado el archivo definitivo de 233 expedientes judiciales[5], además como parte de sus buenas prácticas, implementó un "Sistema de Seguimiento y Supervisión de Sentencias Judiciales" a través del cual se han impulsado requerimientos de oficio, pedidos de información, audiencias en etapa de ejecución de sentencia y visitas de supervisión, fortaleciendo la celeridad y eficacia en la ejecución judicial, como se desprende del Informe N° 001-2025-2JTTE-CSJJU-PJ elevado por el Juez a cargo; constituyéndose en un Juzgado piloto, que incluso dada su efectividad ha servido de sustento para la petición de la creación de 123 juzgados de ejecución, conforme se ha precisado en el párrafo que antecede; midiéndose su productividad por actos procesales conforme al cuadro siguiente:

Avance de Meta de Productividad - % alcanzado mensualmente 2° Juzgado de Trabajo Transitorio de Ejecución [6]

Año	Mes de funcionamiento	Días laborables por mes	Cantidad secretarios judiciales	AVANCE DE META DE PRODUCTIVIDAD			
				Meta Mínima	Meta Máxima	Actos procesales	% avance alcanzado mensualmente
2023	Octubre	15	2	390	450	276	61%
	Noviembre	21	2	546	630	480	76%
	Diciembre	17	2	442	510	569	112%
2024	Enero	20	2	520	600	889	148%
	Febrero	21	2	546	630	611	97%
	Marzo	19	2	494	570	587	103%
	Abril	22	2	572	660	723	110%
	Mayo	22	2	572	660	675	102%
	Junio	19	2	494	570	588	103%
	Julio	20	2	520	600	610	102%
	Agosto	20	2	520	600	684	114%
	Setiembre	21	2	546	630	639	101%
	Octubre	21	2	546	630	678	108%
	Noviembre	20	2	520	600	640	107%
	Diciembre	15	2	390	450	461	102%
2025	Enero	22	2	572	660	726	110%
	Febrero	0	2	0	0	45	-
	Marzo	21	2	546	630	662	105%

FUENTE: OBES/CSJJU

Pues dada la naturaleza de la carga en ejecución de sentencia, no es razonable la evaluación de la productividad del juzgado transitorio de ejecución bajo los parámetros aplicables a los juzgados permanentes, en los que además de la ejecución de las sentencias se ve procesos en trámite, suyos parámetros de medición de productividad se efectúan en atención a sentencias y autos finales emitidos.

Debiendo tenerse presente que en esta etapa se genera una actividad procesal mayor que en las otras etapas y la medición desde un parámetro cuantitativo de expedientes remitidos al archivo definitivo deviene en inidóneo.

En este contexto habiéndose emitido la Resolución Administrativa N° 113-2025-CE-PJ de fecha 28 de marzo del 2025 que en su artículo sexto dispuso renombrar a partir del 1 de abril del 2025 al Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de Ejecución de Huancayo como Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Huancayo, ampliando su competencia para atender en turno cerrado, expedientes en etapa de trámite de la subespecialidad contencioso administrativo

[5] Informe N° 000039-2025-OE-UPD-GAD-CSJJU-PJ

[6] Informe N° 000039-2025-OE-UPD-GAD-CSJJU-PJ (24/04/2025).

laboral y previsional (PCALP), en adición a sus funciones originales; bajo el sustento que el Juzgado solo había resuelto 221 expedientes (esto se había remitido al archivo definitivo); y, luego la Resolución Administrativa N° 000070-2025-P-CE-PJ de fecha 20 de mayo del 2025 que en su resolutivo sétimo dispuso que el Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Huancayo distribuyera a los Juzgados de trabajo permanentes de origen esto es el 2° y 3° Juzgados de Trabajo de Huancayo, toda la carga pendiente en etapa de ejecución que tuviera al 1 de junio del 2025; por lo que a la fecha el 2° Juzgado Transitorio de Ejecución que había tenido su origen en la necesidad de impulsar la descarga procesal en la etapa de ejecución, constituyéndose en un "Juzgado Piloto"; habiendo distribuido la carga en ejecución a su cargo a los juzgados de origen; ha dejado inconcluso el objetivo por el cual fue creado; cortándose la valiosa experiencia que venía desarrollando, en el que como se ha indicado precedentemente se venía desarrollando impulso de oficio bajo los principios de celeridad y economía procesal y la concreción del "Rol protagónico del Juez", coadyuvando con su servicio a la concreción de la tutela jurisdiccional efectiva, dada su especialidad.

Siendo necesario que a través de nuestros órganos de gobierno se gestione que el Consejo Ejecutivo de Poder Judicial devuelva la competencia al ahora Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Huancayo, para el conocimiento de la materia laboral en etapa de ejecución, que permita coadyuvar a la prestación de servicios en esta etapa a los Juzgados Permanentes; debiendo ampliarse no solo al área de ejecución de los procesos seguidos con la Nueva Ley Procesal de Trabajo, sino también a los procesos seguidos con la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en atención a que somos conocedores que en el área de ejecución de los Juzgados Contenciosos también se tiene una sobrecarga laboral, que atiende a una importante población en estado de vulnerabilidad; siendo que conforme a la información obtenida del ETI Laboral la tendencia de la carga procesal y sobrecarga en etapa de ejecución por año, ha experimentado un crecimiento sostenido desde 2013, con un promedio anual del 36%, aumento que refleja la expansión progresiva en la demanda del servicio ofrecido por el Poder Judicial, pasando de 1,566 casos en el 2013 a 380,097 casos al 2024; hasta la concreción de la creación de los Juzgados Laborales de Ejecución conforme a la propuesta del ETI Laboral, a fin que se cumpla la tutela jurisdiccional efectiva y se logre la legitimidad frente a la población que independientemente que sea del régimen laboral público o privado, constituyen la población usuaria laboral de nuestra jurisdicción.

CONCLUSIONES

La tutela jurisdiccional es un derecho fundamental, que será efectivo solo si se da cumplimiento del derecho amparado en la sentencia, en el plano de la realidad.

El crecimiento en la carga procesal en la etapa de ejecución de sentencias y autos finales, se muestra sostenido en el Módulo Corporativo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Junín desde la implementación de la Ley N° 29497 a la fecha; que ha generado intensa actividad procesal y retrasos significativos, afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos.

La sobrecarga en la etapa de ejecución tiene su origen en el incumplimiento sistemático de lo dispuesto en la sentencia o los autos finales; ingresándose a una actividad procesal intensan y engorrosa; que requiere la implementación de un órgano jurisdiccional adicional, que cuente con recursos logísticos y personal especializado.

El Juzgado piloto de ejecución, dada su especialidad ha mostrado eficiencia y logrado consolidarse como juzgado modelo, por lo que se hace necesaria la gestión de los órganos de gobierno ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en coordinación con el ETI Laboral, para que se restituya la competencia del ahora

Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Huancayo, a las materias laborales en etapa de ejecución, hasta la concreción de la creación del Juzgado Laboral especializado en ejecución.

EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"



Organizado por la Corte de Junín y respaldado por diversas entidades públicas y privadas, el congreso se desarrolló del 5 al 16 de agosto y contó con la participación de renombrados expertos de Italia, Argentina, Colombia, España, Chile, Uruguay, México y Ecuador.

El objetivo central fue promover el intercambio de experiencias y fomentar una reflexión interdisciplinaria que contribuya al fortalecimiento del sistema de justicia y al desarrollo de la comunidad jurídica nacional. Durante las dos semanas, los asistentes pudieron profundizar en temas de actualidad y relevancia a través de ponencias magistrales y mesas de debate.





El éxito de convocatoria y el nivel de los expositores sientan un precedente y prometen hacer de este congreso un evento de cita obligatoria en el calendario jurídico internacional.



"Este congreso representa nuestro firme compromiso con la excelencia y la innovación en la justicia. Abrimos las puertas al mundo para enriquecer nuestro conocimiento y prácticas", *destacó el presidente Dr. Ricardo Corrales Melgarejo durante la ceremonia de apertura, que congregó a magistrados, académicos y estudiantes.*



Con una nutrida participación presencial en el auditorio Nuestra Señora del Valle de Huancayo y virtual a través de Google Meet, se dio inicio al I Congreso Internacional "Derecho, Proceso y Justicia". Inaugurado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín, el evento marcó un hito académico en la región, consolidándose como la cita jurídica más importante del año.

PONENTES DE




CORTE SUPER
DE JUSTICIA DE


CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUN


CORTE SUPE
DE JUSTICIA D


CORTE SU
DE JUSTICI


CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN


CORTE SUP
DE JUSTICIA


CORTE SUPERIO
DE JUSTICIA DE JU


RCELES
CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN


PRIMER
CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN




CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN


CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN




IMER CONGRESO
ERNACIONAL
PROCESO Y JUSTICIA"


RUDENCIA PERUANA SOBRE
ULTRACTIVIDAD

E ALTO NIVEL


CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN














INTANGIBILIDAD


CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN








CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUNÍN


INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
ETAPA DE JUZGAMIENTO




CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE JUN

JÓVENES TALENTOS Y COMPROMISO FUTURO MARCARON EL HITO ACADÉMICO



El éxito en la organización del Primer Congreso Internacional “Derecho, Proceso y Justicia” fue posible gracias a la estrecha coordinación con las entidades cooperantes. Este trabajo conjunto, en beneficio de los abogados y abogadas de la región Junín y de todo el país, refleja cómo la colaboración entre instituciones públicas y privadas es clave para fortalecer el intercambio académico, promover la actualización jurídica con una visión global y reafirmar el compromiso con la excelencia profesional y la formación continua.



• CONCURSO DE PONENCIAS

Más allá de las conferencias magistrales, el congreso dedicó un espacio fundamental al talento emergente. El domingo 10 de agosto se vivió una jornada de intensa reflexión y propuestas innovadoras durante el Concurso de Ponencias de Universitarios y Trabajadores de la Corte.

CONTENIDO DISPONIBLE VÍA QR: ARTÍCULOS GANADORES DEL CONCURSO DE PONENCIAS.

¿Te lo perdiste?
¡Revive cada momento! Escanee este código QR para acceder a la lista completa de videos.

LA CLAUSURA "CERRÓ CON BROCHE DE ORO" CON EL COMPROMISO INSTITUCIONAL FORMAL DE REPETIR LA EXPERIENCIA EL PRÓXIMO AÑO, ANUNCIANDO QUE ESTE CONGRESO INTERNACIONAL SE CONVERTIRÁ EN UNA CITA ANUAL INELUDIBLE EN EL CALENDARIO JURÍDICO.

















El miércoles 16 de agosto cerró oficialmente este hito académico con una ceremonia que fue, en sí misma, un mensaje de futuro.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

INTERSECCIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO LABORAL EN EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS



Ricardo Corrales Melgarejo[1]

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los Derechos Laborales inespecíficos. 3. Derechos civiles en el trabajo impactados por las nuevas tecnologías. 3.1. Derecho a la vida e integridad física y psicosocial. 3.2. Derecho a la intimidad. 3.2.1. Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas. 3.2.2. Derecho a la protección de los datos personales y las cámaras de video vigilancia laboral. 4. Conclusiones y recomendaciones. 5. Bibliografía.

RESUMEN:

El impacto de la revolución digital, en las relaciones laborales subordinadas está reconfigurando ciertas instituciones en la intersección normativa entre el Derecho Civil y el Laboral, planteando retos en la regulación y tutela de los derechos laborales inespecíficos. Es propósito de esta ponencia, previo marco teórico, describir este fenómeno, su tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinario, para finalmente presentar nuestras recomendaciones.

Palabras clave: revolución digital, derechos laborales inespecíficos, derecho a la vida, integridad e intimidad.

ABSTRACT:

The impact of the digital revolution on subordinate labor relations is recofiguring certain institutions at the normative intersection between Civil Law and Labor Law, posing challenges in the regulation and protection of non specific labor rights. The purpose of this presentation, following a theoritical framework, is to describe this phenomenon, its legislative, jurispudential, an doctrinal treatment, and finally to presen tour recommendations.

Key Words: digital revolution, non-specific labor rights, right to life, integrity, and privacy.

1. INTRODUCCIÓN:

La emergencia sanitaria mundial (2020 – 2023) impactó significativamente en las relaciones laborales, acelerando el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) en el mundo del trabajo. En ese entonces, para preservar la salud del personal en las empresas e instituciones, se hizo necesario el distanciamiento social y equipos de protección de la salud, entre otras medidas. Ante ello, los empleadores recurrieron cuando fue posible al teletrabajo y trabajo remoto transitorio, como el medio idóneo para la prestación laboral, y con ello evitar el riesgo de contagio viral del Sars-CoV-2.

Tal acelerada disrupción tecnológica, tanto en el sector público como privado, además, implicó la adopción inmediata de estrategias de transformación digital, conllevando su urgente regulación normativa, y que el Congreso peruano cumplió con emitir la Ley N°31572, Ley del Teletrabajo (11.09.2022), reglamentado mediante el Decreto Supremo N°002-2023-TR (26.02.2023).

[1] Abogado por la UNFV, Máster en Magistratura Contemporánea: La Justicia en el Siglo XXI por la U. de Jaén España, Juez de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, Docente de Post Grado en la USS y UPLA.

Sin embargo, la deslocalización de los puestos laborales a los domicilios del personal en trabajo remoto, el tratamiento telemático de datos, el uso de la telefonía celular, los correos electrónicos, las redes sociales en internet, la utilización de la geolocalización y cámaras de videovigilancia en la supervisión laboral, la automatización de los procesos, la robótica, los programas expertos y la Inteligencia Artificial (IA) en los sistemas industriales de las empresas y en la gobernanza de las instituciones públicas, entre otras tecnologías de vanguardia, ha traído como consecuencia ciertas reconfiguraciones de las instituciones jurídicas en la intersección normativa del Derecho Civil y el Derecho Laboral, que debemos dilucidar.

En particular, los derechos a la vida, integridad, libertad, igualdad, intimidad, honor, identidad, a la imagen, a la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, comprendidos en el título II Derecho de las Personas, de la Sección Primera: Personas naturales del Libro I del Código Civil peruano; y en el mundo del trabajo, se les denomina derechos laborales inespecíficos, que también han sido impactados por la NTIC, de los cuales, se derivan entre varios, el derecho a la protección de datos personales, domicilio digital, notificaciones electrónicas, la firma digital, el pago remunerativo en criptomonedas, los contratos y convenios en soporte electrónico, con la participación de robots en su negociación y solución alternativa de resolución de conflictos, en la época de las empresas virtuales y gobiernos digitales.

La revolución digital 5.0[2] y las NTIC, sin embargo, no deben hacernos perder o precarizar los derechos de las personas que trabajan, menos causar discriminación y abusos, por el contrario, corresponde que el sistema jurídico asuma el reto y desafío de una debida regulación normativa, que garantice el trabajo decente[3] y la progresión de los derechos laborales, prevea la interdicción de la arbitrariedad y el exceso de poder del empleador, en la utilización de las NTIC e IA, cuando amenacen o violenten la vida, salud, integridad, dignidad, igualdad, libertad, intimidad, propiedad, entre otros derechos de la clase trabajadora.

Es propósito de esta ponencia, analizar tal incidencia tecnológica sobre los derechos civiles en la vida, integridad e intimidad del trabajador, en especial el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho a la protección de los datos personales, en las relaciones laborales.

---

[2] Steve Ballmer (presidente de Microsoft) anunció para los próximos años revolucionarios cambios en el uso de las computadoras. La "quinta revolución digital" se caracterizará, según Ballmer, por enormes capacidades de cálculo y volúmenes de almacenaje prácticamente ilimitados. "Las conexiones de banda ancha muy veloces serán pronto algo común y corriente y los sistemas podrán ser operados con el lenguaje y gestos", profetizó Ballmer. "En mis 28 años en Microsoft he vivido cuatro revoluciones digitales", resaltó el presidente de Microsoft. Con la primera revolución, la computadora personal pasó a ser de uso masivo. La segunda fue el desarrollo de la superficie gráfica de uso. La tercera, el irresistible ascenso de Internet y la cuarta, el desarrollo de la red interactiva, la "web 2.0", explicó Ballmer. Si se cumple el ciclo de siete años, actualmente nos hallamos efectivamente al final de la cuarta y el comienzo de la quinta revolución. Descargado de **<La 5.ª revolución digital | Ciencia y Ecología | DW | 04.03.2008>**

[3] Ghai, (2003) Trabajo decente. Concepto e indicadores. Revista Internacional del Trabajo, vol. 122, núm. 2, pp. 125-126, señala que: "La noción de «trabajo decente», dada a conocer por vez primera con estas palabras en la Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999, expresa los vastos y variados asuntos relacionados hoy día con el trabajo y los resume en palabras que todo el mundo puede reconocer. Pues bien, ¿qué abarca realmente la idea de trabajo decente? En la citada memoria del Director General se estudian a fondo cuatro elementos de este concepto: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el diálogo social. El empleo abarca todas las clases de trabajo y tiene facetas cuantitativas y cualitativas. Así pues, la idea de «trabajo decente» es válida tanto para los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores autónomos (independientes) y los que trabajan a domicilio. La idea incluye la existencia de empleos suficientes (posibilidades de trabajar), la remuneración (en metálico y en especie), la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres. La seguridad social y la seguridad de ingresos también son elementos esenciales, aun cuando dependan de la capacidad y del nivel de desarrollo de cada sociedad. Los otros dos componentes tienen por objeto reforzar las relaciones sociales de los trabajadores: los derechos fundamentales del trabajo (libertad de sindicación y erradicación de la discriminación laboral, del trabajo forzoso y del trabajo infantil) y el diálogo social, en el que los trabajadores ejercen el derecho a exponer sus opiniones, defender sus intereses y entablar negociaciones con los empleadores y con las autoridades sobre los asuntos relacionados con la actividad laboral". **Ghai.fm (ilo.org)**

Finalmente, presentamos nuestras propuestas en la mejora regulativa y tratamiento jurisprudencial, a fin de que el avance tecnológico compatibilice la libertad, productividad y competitividad de la empresa con la optimización de los derechos laborales inespecíficos, de las personas que trabajan en relación de subordinación.

2. LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

Como se sabe, la división tradicional del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, en cuanto al primer campo de la especialidad, es el Derecho Individual y Colectivo del Trabajo, sin embargo, con el fenómeno de la constitucionalización y transversalidad de los Derechos Humanos en todas las ramas jurídicas, advino la nueva categoría de los derechos laborales inespecíficos, de "titularidad general" o "ciudadanía en la empresa", de este modo el Derecho del Trabajo, comprende una división previa, esto son, los Derechos Laborales Específicos y los Inespecíficos, los primeros serán los establecidos taxativamente en las diversas fuentes normativas. Los mismos que, no pueden ejercerse fuera del ámbito laboral, en cambio, los segundos por ser universales, inalienables e inherentes a la condición humana, se ejercen dentro o fuera de la relación de trabajo subordinado. Palomeque (2001)[4] al utilizar por primera vez esta denominación, aludió que:

> Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. (p. 148)

También, Ermida (2006) contribuye en su definición, con la reflexión siguiente:

> Estos derechos inespecíficos -denominados a veces "derechos de la persona del trabajador" y otras veces presentados en el concepto de "ciudadanía en la empresa"- tienen diversas significaciones. En primer lugar -y a ello alude la primera de las denominaciones citadas-, amplía la esfera personal de autonomía del trabajador. En segundo término -y a ello alude la segunda de las denominaciones-, recuerda que el trabajador es también un ciudadano y apunta a democratizar ese espacio de poder y dominación que es la empresa, y a cuya extensión y profundización había contribuido tanto el contrato de trabajo, atribuyéndose efectos que excedían en mucho la esfera de lo jurídicamente disponible. Y en tercer lugar, es del caso señalar cómo han dado fundamento al surgimiento de nuevos derechos, a la extensión y reelaboración de otros de no poca importancia o a la imposición de nuevos límites a las facultades patronales, tales como, por ejemplo, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, la proscripción de los acosos sexual y moral, la limitación de medidas de revisión física del trabajador y de otras medidas de control, como las audiovisuales, la afirmación y extensión de la intimidad y de la libertad en la vestimenta y en la apariencia física, etc. (p. 15)

Recordemos que, la primera generación de los Derechos Humanos fue la conquista de los derechos civiles, las libertades ciudadanas y políticas, luego en una segunda ola se reconocieron los derechos económicos, sociales y culturales, en las que se consagraron los derechos laborales y de la seguridad social. Sucedió, entonces, que los primeros concernían a la persona humana en el ejercicio de su ciudadanía, en su relación individuo – Estado, y que al momento de ingresar al centro de trabajo, debían despojarse de tal prerrogativa, para arroparse con el overol de los derechos laborales, ya que ingresaban a un ámbito privado en la que reinaba la libertad de empresa, los principios de ajenidad y pacta sunt servanda, según la autonomía de la voluntad de las partes de la relación laboral, y que en mérito a las facultades de dirección y control patronal, el trabajador se limitaba a prestar su servicio personal bajo sus órdenes.

[4] Pasco (2012), indica que, "Se reconoce pacíficamente a Manuel Carlos Palomeque como el estudioso que así los denominó. No es que él los creara o los descubriera, sino que fue el primero en catalogarlos como derechos laborales inespecíficos [...]" (p. 14).

Tal separación irrazonable de los derechos, según la esfera privada o pública en la que subsisten, ha sido causa de injusticias en las relaciones empleador - trabajador, sin embargo, asistimos a la superación de tal arbitraria división, por una eficacia horizontal, unitaria y articulada de los derechos fundamentales sean constitucionales o convencionales (teoría monista). Pasco (2012), ayuda a comprender tal transición, veamos:

> El criterio empleado para tan radical distinción obedecía a dos factores. Por un lado, a la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, es decir, oponibles únicamente frente al Estado y no ante particulares; por otro, el carácter privado de la relación laboral, en cuyo seno no cabe, por consiguiente, que las partes invoquen sus derechos fundamentales para influir sobre la conformación de dicha relación, la cual debe regirse exclusivamente por la autonomía privada, con las ya indicadas limitaciones provenientes de las normas laborales heterónomas, constitucionales y legales. Esta dicotomía comenzó a ser superada por la doctrina alemana del *Drittwirkung:* la vigencia horizontal de los derechos constitucionales. (p. 16)

En efecto, a partir de la constitucionalización de los derechos laborales, y la comprensión que la *Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante* (STC 0168-2005-PC) en toda sociedad, además, que expresamente el artículo 55 constitucional, establece que: *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. entonces, no existe en ella zona exenta del control de constitucionalidad* y convencionalidad, según fundamenta esta evolución doctrinaria y jurisprudencial, que se gesta con la célebre sentencia Marbury vs. Madison[5] (1803). Sobre la supremacía de la Carta Magna en la STC 5854-2005-PA, el guardián del constitucionalismo peruano, nos dice:

> §2. La Constitución como norma jurídica
>
> 3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Así pues, la expansión normativa constitucional in toto, garantiza la eficacia vertical (entre el ciudadano y Estado) y horizontal (entre particulares) de los derechos fundamentales de la persona humana (STC 976-2001-AA, Fj. 5); y, cuando esta trabaja en relación de subordinación, será obligación del empleador respetar y cumplir sus derechos laborales no solo específicos, sino, también, los inespecíficos, en observancia del artículo 38° de la Constitución nacional[6] ; por ende, el trabajador tiene el derecho al goce y ejercicio sin más límite que la naturaleza de la prestación del servicio, o en preservación de la salud y la seguridad en el trabajo, puesto que

---

[5] "¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...). Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes" (Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Marbury Vs. Madison, 1803, texto tomado de: Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio. Las Sentencia Básicas del Tribunal Supremos de los Estados Unidos de América. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 111 -112. Citado en la STC 5854-2005-PA, fundamento 4)

[6] Artículo 38°. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, según prevé el tercer párrafo del constitucional artículo 23°.

En consecuencia, los poderes de dirección y control del empleador, las libertades de empresa y contratación se ejercen en concordancia práctica, con la vigencia óptima de los derechos laborales específicos e inespecíficos en lo individual y colectivo del personal que contrate, sin que la estructura jerárquica en el centro laboral de propiedad privada o la subordinación del trabajador y la ajenidad de lo que produce, implique alguna restricción subjetiva, irrazonable, abusiva o arbitraria.

Subsecuentemente, las directivas patronales, cláusulas contractuales o reglamento interno de trabajo, convenios colectivos o laudos arbitrales, no pueden desconocer, recortar o mellar los derechos individuales, civiles y políticos que como ciudadano trabajador ejerce en los ámbitos público y privado, en particular en el centro de trabajo. Así, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia N.°1124-2001-AA, fundamento jurídico 6, a saber:

> La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general [...] se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos [...] resulta inexorablemente inconstitucional.

Al respecto, es ilustrativo citar a Ermida (2006), quien señala:

> Está claro que la titularidad y goce de tales derechos (universales, irrenunciables e indisponibles), mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva jerarquizada, como la empresa. Como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al fin de la jornada. Por el· contrario, él sigue siendo titular de los derechos esenciales a todas las personas, como el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a las libertades de pensamiento y de cultos, a la libre expresión del pensamiento, etc.), los que vienen, por tanto, a engrosar significativamente el número de derechos humanos de que es titular el trabajador. Esta ampliación de los derechos humanos laborales no respondió a una reforma constitucional ni a la adopción de nuevas normas internacionales. Respondió, simplemente, a una nueva lectura de las mismas normas ya existentes. Fue una creación doctrinal y jurisprudencia, originada en Europa y luego extendida en América latina y en Uruguay". (p. 14)

No obstante, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales laborales inespecíficos, no son absolutos, también, están sujeto a restricciones, límites, adecuaciones y condicionamientos, cuando las circunstancias, situaciones y modalidad de la prestación laboral, justifican la decisión del empleador, siempre que apruebe el test de razonabilidad y proporcionalidad. Por ende, cabe ponderar y adecuar tales derechos con las necesidades del servicio subordinado, la seguridad y salud en el trabajo, los intereses, libertades y derechos del empleador y trabajador, la producción y productividad, la continuidad de la empresa en el mercado y del empleo, hasta el interés nacional, entre otros principios, derechos y prerrogativas que pudieran entrar en conflicto, siempre que no sea posible la concordancia práctica entre

ellos, vale decir, que en lugar de adoptar medidas que los enfrenten, más bien elegir las que concilien, optimicen y los refuercen mutuamente mediante modulaciones mínimas. Al respecto, cabe citar la jurisprudencia española que Rodríguez (2018) informa:

> El Tribunal Constitucional ha sentado las bases para determinar cuándo el ejercicio de las facultades organizativas y de dirección del empresario prevalece sobre el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador en el marco de la relación laboral que les une:
>
> 1. Cuando la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho. (SSTC 99/1994, de 11 de abril y 106/1996, de 12 de junio)
>
> 2. Cuando exista una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador. (SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero y 136/1996, de 23 de julio)". (p. 182)

En efecto, es necesario que en una "república de razones" todo aquel que detenta el poder, y en particular el empleador, motive su decisión de limitar determinado derecho fundamental a la o al trabajador, pues, no basta el escueto memorando *"por necesidad de servicio"* que a este le curse. Esto sucede cuando, por ejemplo, la Superioridad dispone que un policía PNP sea trasladado a otra ciudad, afectando su derecho a la unidad familiar, que se desprende del derecho tuitivo fundamental consagrado en el artículo 4° de la Constitución: *"La comunidad y el Estado protegen...a la familia"*, toda vez que *"La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, (...)"*, según prevé el artículo 233 del Código Civil.

Es por ello, a fin de evitar tal arbitrariedad, el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral, Procesal Laboral y Contencioso Administrativo de Junín, del 16 de noviembre de 2018, en el Subtema 1 acordó por unanimidad que: *"es procedente el desplazamiento de los Suboficiales de la Policía Nacional del Perú; sin embargo, no procede sobre la base de una justificación genérica y sin analizar las circunstancias particulares que motivan la reasignación, la cual constituye un acto de arbitrariedad y cuando de por medio se está poniendo en peligro sus derechos fundamentales"*. Parecido acuerdo se adoptó, en el caso de los trabajadores del Instituto Nacional Penitenciario, cuando son rotados a otra lejana ciudad[7]. Sobre el particular, Arévalo (2023) nos recuerda que:

> [E]n la celebración de un contrato de trabajo de cualquier tipo o modalidad, nunca se aceptará como válida alguna manifestación de voluntad que implique renuncia a derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por contravenir el inciso 2 del artículo 26. ° de la Constitución Política del Perú". (p. 165)

Es más, en cuanto a este principio, debemos traer a colación que, cuando las partes de la relación laboral en conflicto someten sus diferencias a la conciliación y transacción extrajudicial o judicial, para que el acuerdo sea válido debe superar el test de disponibilidad de derechos (Art. 30, Ley 29497). Al respecto, Boza (2022) destaca que, sí, es posible superar dicho filtro si se tratan de derechos dudosos, inciertos y no acreditados, y realiza una diferenciación entre el ámbito civil y el laboral, que es menester citar:

> [S]e debería descartar la posibilidad de que puedan versar sobre asuntos litigiosos, a pesar, por ejemplo, de que en el caso de la transacción del artículo 1302 del Código Civil señale que comprende tanto asuntos dudosos como litigiosos.
>
> En ese sentido, compartimos con Magarelli la idea de que en el derecho del trabajo "existe un concepto particular de transacción", diferente al del derecho civil (2004, p. 506), que

[7] Sub Tema 1.2: El Pleno acordó por UNANIMIDAD que "Es procedente la rotación del personal del Instituto NacionalPenitenciario, sin embargo, no procede cuando de por medio se afecte gravemente sus derechos fundamentales. Excepcionalmente es admisible, cuando el traslado se produce a un lugar geográficamente cercano".

> viene marcado no solo por la presencia del principio de irrenunciabilidad de derechos, sino también por la posibilidad (o más bien imposibilidad) de que la transacción verse sobre una cuestión litigiosa, porque es en este terreno donde podrían presentarse fácilmente casos de renuncia de derechos. (p. 144)

No obstante lo anterior, debemos advertir que, cierto hecho, acto o regla, suponga una sobreestimación u otorgamiento arbitrario de cierta facultad o prerrogativa al patrono, asignándole mayor peso en detrimento de algún derecho laboral, aquellos serán calificados jurídicamente como ilegales, inconstitucionales e inconvencionales; e, igualmente, en sentido contrario, cuando favorezca irracional y arbitrariamente al trabajador, a partir de un abuso de la excesiva protección del derecho inespecífico o específico, causando indisciplina y debilitando el principio de dirección gerencial, entre otros, en el centro de trabajo, también, será de reproche por el orden jurídico.

Naturalmente, los derechos laborales inespecíficos tienen límites y modulaciones, ya que la invocación de estas atribuciones, prerrogativas o libertades, *"no puede ser utilizada para imponer modificaciones de la relación laboral que estime oportunas, ni tampoco pueden admitirse que constituyan por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifique el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales"* (Rodríguez, 2018, p. 181)

En efecto, la ley ni la Constitución amparan el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (Art. 103°, Pf. in fine, Const., art. II del CC). Sobre este particular, Goñi (2014) recomienda:

> [E]s evidente que el realce otorgado a los derechos fundamentales -de expresión, intimidad, etc.- no otorga prioridad absoluta sobre otros valores en presencia como la libertad de empresa (art. 38)[8], porque ambos derechos y valores están llamados a coexistir y no a ser excluidos por principio, debiendo decidirse en cada caso la prevalencia en función del interés más digno de protección. El rango no debe ser tomado, pues, en consideración cuando haya una colisión entre derechos fundamentales y valores o bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional, porque no hay jerarquías entre ellos, sino la ponderación de intereses en el concreto conflicto, que es lo que justifica que, una vez acreditada la necesidad o interés empresarial, sea legítimo el sacrificio de un derecho fundamental. (p. 14)

Por lo demás, la jurisprudencia comparada, ya venía protegiendo esta nueva categoría de los derechos fundamentales laborales inespecíficos, es el caso del TC Español, que en su sentencia 88/1985 del 19 de julio de 1985, advirtió que en el caso de las y los trabajadores por su condición de subordinación al empleador, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional, tales afectaciones deben estar debidamente justificadas, ya que "la celebración de un contrato de trabajo no implica [...] la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...] y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral.

Ciertamente, sin ánimo de exhaustividad, enriqueciendo los derechos inespecíficos que presentan Blancas (2007), Pasco (2012) y Toledo (2017), no solo los que aparecen en nuestro texto constitucional y en las sentencias de las altas cortes y tribunal constitucional[9] peruanos, sino,

---

[8] Constitución Española. Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

[9] Toledo (2017), cumple con reseñar parte de la basta jurisprudencia constitucional, sobre el particular.

también, en los tratados y convenciones ratificadas por el Perú, en especial los Convenios de la OIT y la ONU[10], asimismo, la doctrina jurisprudencial desarrollada por la CIDH[11] y el derecho comparado, que han aportado en el reconocimiento de los derechos fundamentales implícitos (art. 3 de la Const.[12]), asumimos la labor taxonómica complicada por el déficit de regulación de los derechos inespecíficos en el ámbito laboral, con tal advertencia listamos lo siguiente:

- Derecho a la vida;
- Derecho a la integridad física, moral y psíquica de la persona, libre de violencia, tratos inhumanos y degradantes.
- Derecho a la salud;
- Derecho a la dignidad[14];
- Derecho a la igualdad y no discriminación;
- Derecho a la libertad, de conciencia, ideológica y religiosa o de credo[15];
- Derecho a la objeción de conciencia;
- Derecho al honor;
- Derecho a la intimidad personal;
- Derecho a la identidad, a la imagen y a la voz;
- Derecho a la protección de datos personales;
- Derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso[16];
- Derecho a la unidad, consolidación y protección de la familia nuclear;
- Derecho a la libre residencia, circulación, entrada y salida de trabajadores/as del territorio nacional.
- Derecho fundamental a compatibilizar y conciliar las responsabilidades familiares y laborales;

---

[10] Ver en internet los informes anuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y las presidencias de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.

[11] Corte Constitucional Colombiana (2022) cumple con informar sobre el avance del constitucionalismo latinoamericano, enparticular sobre los DESC.

[12] Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

[13] Goñi (2014), establece que: "La traslación al ordenamiento jurídico laboral de los derechos fundamentales inespecíficos resulta, hasta la fecha, una operación inconclusa, en nuestro país. El reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral no ha tenido aún la plasmación positiva, ni el desarrollo normativo requerido por la eficacia del sistema de garantía de los derechos. La regulación legal permanece estática, en la medida en que el principal texto –el Estatuto de los Trabajadores- se ha mantenido invariado prácticamente en la defensa de los mismos valores de la personalidad del trabajador desde su primera configuración en la democracia, ajeno a la evolución muy dinámica de los derechos fundamentales, tanto en lo que se refiere a su relevancia creciente, como a las nuevas dimensiones que han ido adquiriendo en los últimos tiempos." (p. 18). Esta crítica dicho autor es al ordenamiento jurídico español, sin embargo, también resulta válido para el Perú, que padece del mismo mal desregulatorio.

[14] STC N.° 02129-2006-PA/TC LIMA (02.05.2006), caso Leonidas Chávez, referida al derecho a la dignidad (Artículo 1° de la Constitución), afectado por el emplazado al haber dado por concluida la relación laboral sin tener en cuenta que por motivos de su estado de salud se encontraba suspendido el vínculo contractual. STC N.° 2192-2004-AA/TC TUMBES (11.10.2004), caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, la cual establece que el trabajador no debe ser sometido a tratos indignos por disposiciones irrazonables o desproporcionadas del empleador.

[15] STC N° 0895-2001- AA/TC (10.08.2001), caso Lucio Valentín Rosado Adanaque con Essalud, en la que se ha tutelado la libertad de conciencia y religión en la relación laboral.

[16] Según el artículo 2.22 de la Const., toda persona tiene derecho "al disfrute del tiempo libre y al descanso"; por ejemplo, enel teletrabajo se expresa en el derecho a la desconexión digital.

- Derechos sexuales y reproductivos;
- Libertad de expresión[17], de pensamiento, ideas y opiniones;
- Libertad de información;
- Derecho de reunión y asociación;
- Derecho a la tutela judicial efectiva;
- Derecho al debido proceso[18];
- Derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción laboral o administrativa;
- Derecho a la presunción de inocencia[19];
- Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas[20];
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad y bienestar[21];
- Derecho de acceso al Internet [22];
- Derechos a la protección de las y los trabajadores pertenecientes a sectores sociales o poblaciones vulnerables;
- Derechos de las personas discapacitadas o con habilidades diferentes que trabajan;
- Derecho a la solidaridad[23];
- Derecho a la educación y capacitación;
- Derecho a la propiedad[24];

---

[17] STC N° 0866- 2000-AA/TC (10.07.2002), caso Mario Hernán Machaca Mestas con Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros. STC N° 2465- 2004-AA/TC, LIMA (11.10.2004), ambas referidas a la libertad de expresión e información. Sentencia de la Corte IDH en el Caso Lagos del Campo Vs. Perú (31.08.2017), quien fue despedido por denunciar y llamar la atención sobre la injerencia patronal en la elección de representantes de los trabajadores.

[18] STC N.° 10097-2006-PA/TC PUNO (09.01.2007), caso Juan Adolfo Mamani Ccama, sobre el derecho a la defensa y al principio ne bis in idem, esto es, al derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho. STC N° 08716-2006-A/TC, LIMA (18.04.2007), caso Cesar Federico Valdivia Maldonado, respecto al derecho a la cosa juzgada.

[19] STC N. º 3765-2004-AA/TC, PIURA (25.01.2005), caso Luís Enríque Suárez Cardoza, STC N° 470-2002- AA/TC, LIMA (26.04.2003), caso Alejandro Félix Cáceres Aparicio, sobre el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el Artículo 2.24.e) de la Constitución.

[20] STC N° 1058-2004- AA/TC (18.98.2004), caso Rafael Francisco García Mendoza con Serpost, que tutela el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

[21] STC N.º 2868-2004-AA/TC ÁNCASH (24.11.2004), caso José Antonio Álvarez Rojas, que protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contenido en el artículo 2.1 de la Constitución. STC N.º 2868-2004-AA/TC LIMA (23.02.2006), caso Juan Fernando Guillén Salas, sobre el derecho al libre desarrollo y bienestar.

[22] El Consejo de Derechos Humanos de ONU por Resolución A/HRC/RES/20/8 de fecha 16 de julio de 2012 reconoció el derecho humano al internet, asimismo, en su 32 periodo de sesiones de 27 de junio de 2016, acordó: "5. Afirma también la importancia de que se aplique un enfoque basado en los derechos humanos para facilitar y ampliar el acceso a Internet y solicita a todos los Estados que hagan posible por cerrar las múltiples formas de la brecha digital", asimismo, en su acuerdo 12: "Exhorta a todos los Estados a que consideren la posibilidad de formular, mediante procesos transparentes e inclusivos con la participación de todos los interesados, y adoptar políticas públicas nacionales relativas a Internet que tengan como objetivo básico el acceso y disfrute universal de los derechos humanos"

En: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf

[23] Corrales (2020), señala que, "[...] *la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por* ***los derechos de solidaridad.*** [...] en el marco del Estado social se reconfigura el principio de igualdad formal del Estado liberal, emergiendo deberes de solidaridad en los ámbitos público y privado, en relación con las poblaciones y minorías vulnerables, como Juan Ruiz explica: [...] *desde que fuera acuñada la noción de los denominados "derechos de la solidaridad"*

En todo caso, el nacimiento del Estado social dentro del constitucionalismo contemporáneo se explica esencialmente por la necesidad de proporcionar a los grupos sociales más necesitados y en peores condiciones socioeconómicas las prestaciones imprescindibles para asegurar unas condiciones de vida dignas, sin las que no sería posible el ejercicio de los derechos civiles y políticos, superando así una desigualdad socioeconómica netamente discriminatoria para aquéllos. (pp. 14 – 15)

[24] "b.2 Derecho a la propiedad privada

- Derecho a la protección social en situaciones de pobreza o de necesidad;
- Derecho de participación de los individuos en la elección de los actos médicos y a consentir el acto con conocimiento de causa;
- Derecho al cuidado y a cuidar;

  Derecho a un medio ambiente libre de contaminación; y
- Derecho a la restitutio in integrum.[25]

Probablemente, un observador perspicaz podrá observar que, varios de ellos ya están regulados por el derecho positivo, sin embargo, existen una multiplicidad de vacíos normativos, posibles de actualización y optimización, según la naturaleza dinámica del derecho laboral, en cuyo desarrollo es crucial el rol del servicio de justicia en materia de trabajo y la seguridad social, en un sistema jurídico donde *la ley reina y la jurisprudencia gobierna.*

El reconocimiento de estos derechos en el ámbito empresarial laboral privado y en las instituciones públicas, tienen como base y fuente el principio – derecho dignidad, e implica obligaciones para ambas partes: para el empleador, en la medida en que debe permitir y garantizar su efectividad en el ámbito de la empresa, de manera que aquellas estipulaciones contractuales, reglamento interno de trabajo, directivas, órdenes o costumbre, que sean incompatibles con el respeto a los mismos, deben entenderse nulas y sin eficacia, por contravención al orden público (Art. 2.13 Const.), cuya corrección sea por autocomposición mediante la conciliación o por convenio colectivo; o, hetero compositivo en sede administrativa, judicial o arbitral.

Máxime, como se ha dicho, no cabe la renuncia de derechos labores específicos o inespecíficos. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 0008-2005PI/TC, desarrolló lo siguiente:

c.3.4.) **La irrenunciabilidad de derechos**

> 24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].
>
> En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, **la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.**
>
> [...]

---

112. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona.134. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 de la Convención los derechos adquiridos, entendidos como derechos que sean incorporado al patrimonio de las personas.135. Resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones. 136, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada. 137 y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21[138] ." Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú, Sentencia de la Corte IDH (01.02.2022) En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_448_esp.pdf

[25] Sentencia del 31.01.2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso magistrados defenestrados del Tribunal Constitucional contra el Estado Peruano: 119. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (restitutio in integrum), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

> Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, (el principio de) la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.
>
> [...], la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.
>
> [...]
>
> La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. (Destacado nuestro)

Según Neves (2003), el principio de irrenunciabilidad de derechos limita los actos de disposición del trabajador, en su condición de titular de un derecho previsto taxativamente en una norma jurídica imperativa de orden laboral, pues, si aquel rebasa dicha prohibición al consentir la renuncia de algún derecho en materia de trabajo, causa la invalidez del negocio jurídico celebrado con el que se beneficie de tal indebida disposición (p. 103). Tal definición, es conforme con lo previsto en el artículo 26.2 de la Carta Magna, que consagra el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, asimismo, dicha prohibición alcanza también a los derechos laborales inespecíficos.

Tal principio laboral, se refuerza con lo dispuesto por el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

En suma, libertad de empresa, iniciativa privada y el capital en todo emprendimiento en el mercado, no tiene que estar reñido con la eficacia de los derechos fundamentales del personal que el empresario contrate, por el contrario, es un objetivo de desarrollo sostenible de los países y una obligación del Estado social, que su economía esté al servicio de la promoción progresiva de la dignidad de la persona que trabaja, y de la solidaridad de la población económicamente activa con la que no lo está. Esto es, que el torrente económico discurra en cauces éticos objetivos.

Ahora bien, entrando en materia, el impacto de las NTIC y la IA en la intersección de los derechos e instituciones jurídicas contemplados en el título II Derecho de las Personas, de la Sección Primera:

Personas naturales del Libro I del Código Civil, y su debido tratamiento en las relaciones laborales subordinadas, son:

- Derecho a la vida y a la integridad;
- Derecho a la libertad;
- Igualdad de género;
- Derecho a la intimidad;
- Derecho al honor;
- Derecho a la identidad, a la imagen y a la voz;
- Derecho al secreto y reserva de las comunicaciones;
- Derecho a la protección de datos personales;
- Domicilio digital;
- Notificaciones electrónicas;

- Firma digital;
- Contratos en soporte electrónico; y
- Pago en activos digitales [26].

De todos estos, reducimos nuestro campo de estudio a los d**erechos a la vida, integridad e intimidad,** en el análisis del impacto de las nuevas tecnologías disruptivas, la globalización, la quinta generacióndigital 5.0 y cuarta revolución industrial[27], en tales instituciones jurídicas civiles y, también, catalogadascomo derechos fundamentales en el artículo 2° Constitucional, atendiendo además al fenómeno actual de la precarización, flexibilización y descentralización laboral, que según Goñi (2014) presenta las características siguientes:

> El mercado de trabajo, animado por una desregulación constante y extrema, conoce variadas formas de expresión del trabajo dependiente, con características subjetivas y niveles de tutela muy desiguales. Múltiples formas atípicas de regulación han emergido hoy en el mercado de trabajo y el proceso no parece ni muchos menos acabado. Junto a un sector emblemático, establemente ocupado y protegido, se extiende cada vez más una zona gris integrada por los trabajadores ocupados en relaciones atípicas y flexibles, bien involuntariamente encajados en las más débiles estructuras normativas de trabajo, o bien sencillamente expulsados del ordenamiento laboral, pero sujetos al poder de organización del dador de trabajo, asumiendo en plenitud la noción de riesgo empresarial. (p. 5)

También, son de impacto los modelos empresariales descentralizados, desconcentrados y horizontales, que organizan el trabajo según una matriz en redes de centros productivos, comerciales y de inversiones, que utilizan intensivamente entornos virtuales y medios digitales de relación. Además, la reestructuración empresarial, mediante la escisión en bloques, la maquila, los contratos de franquicia, el *outsourcing e insourcing,* tercerización, intermediación y subcontratación, entre otros contratos modernos, causan en algunos casos la "fuga" del derecho laboral, también, los fenómenos de externalización propenden la "deslaboralización", más aún, en países con economías sumergidas y desestructuradas en la " informalidad", como el nuestro, que bien avizoraba Murgas (2009), a saber: Podemos resumir de la siguiente manera las principales y actuales patologías en el Derecho del trabajo, anto las provocadas por ciertas prácticas empresariales como las derivadas de reformas de la legislación laboral.

- Extensión del trabajo clandestino, que hace ineficaces el principio protector y los demás principios del Derecho del trabajo.
- La desregulación salvaje, que reduce la eficacia del principio protector.

---

26 Puntriano (2022) resalta que, "[...] el jugador de la NFL10 Russel Okung viene percibiendo parte de su remuneración en Bitcoins, mientras que en noviembre de 2021 ocurrió lo propio con Aaron Rodgers. Recientemente, los jugadores del equipo Golden State Warriors de la NBA 11 Klay Thompson and Andre Iguodala anunciaron que recibirían parte de su remuneración en Bitcoins" (pp. 22-23)

27 "La primera revolución industrial comenzó en Inglaterra en el siglo XVIII y duró de 1750 a 1850. La segunda revolución industrial se inició en la segunda mitad del siglo XIX y se prolongó desde 1850 hasta 1950. Este período se caracterizó por la consolidación del progreso científico y tecnológico. Transcurrieron aproximadamente 200 años entre la primera y la segunda revolución industrial. La tercera revolución industrial se inició a mediados del siglo XX. Fue entonces cuando ocurrió un gran avance en la ciencia, la tecnología, la llegada de las computadoras, la creación de Internet, el software y los dispositivos móviles, la robótica y la electrónica. Estamos ahora viviendo el final de la tercera o el comienzo de la cuarta revolución industrial (4RI, también conocida como Industria 4.0),..., y estamos en la antesala de la quinta revolución industrial. No hace falta ser muy erudito para ver los cambios disruptivos que trae la 4RI, con la fusión de tecnologías que desdibujan las líneas entre lo físico, lo digital y lo biológico. Todo y todos en este planeta se está conectando y esparciendo flujos masivos de información digital en una escala inimaginable hasta hace muy poco tiempo. Facebook, actualmente, tiene más población que China o India. Los avances en inteligencia artificial (IA) y robótica están rompiendo las barreras hombre-máquina y aumentando el potencial humano. Al mismo tiempo, esta democratización de la tecnología y aplanamiento de nuestro mundo no garantiza una sociedad global más abierta, diversa e inclusiva. Los avances en IA y robótica están rápidamente consumiendo empleos y ampliando, aún más, la brecha de desigualdad económica. Mientras muchos trabajos serán eliminados o transformados, aparecerán nuevos tipos de empleos que requerirán otro conjunto de habilidades" Ver
<https://otech.uaeh.edu.mx/noti/index.php/industria-4-0/quinta-revolucion-industrial-5ri/>

- Extensión de hecho y de Derecho de la contratación temporal, que incluye la omisión de la exigencia de la llamada causa objetiva para la validez de la cláusula de duración temporal. Con esto se mediatiza la eficacia del principio de primacía de la realidad y la del principio de continuidad.
- Extensión abusiva de las formas patológicas de subcontratación, intermediación y externalización, mediante actos simulados, con el olvido del principio de primacía de la realidad.
- Utilización de cooperativas para eludir la condición de empleador y la responsabilidad por las obligaciones laborales, con lo cual se afecta la eficacia de los principios protectores y de primacía de la realidad.
- Extensión de hecho y de Derecho del suministro de manos de obra, sacrificando en gran medida la vigencia del principio protector.
- Explotación de la mano de obra infantil.
- Adopción de sistemas normativos con intencionalidad de afectación o restricción del ejercicio de los derechos colectivos.
- Extensión de las prácticas antisindicales y en contra del ejercicio de los derechos colectivos (pp. 169 – 170)

Por último, es el caso de los colaboradores vinculados a plataformas digitales, teletrabajadores y empresas virtuales, la síntesis más lograda de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, que supone desafíos en la regulación entre el derecho civil y laboral, que en lo relativo a los derechos a la vida, integridad e intimidad personales, estudiamos a continuación.

3. DERECHOS CIVILES EN EL TRABAJO IMPACTADOS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

3.1 Derecho a la vida e integridad física y psicosocial

El Artículo 5° del Código Civil de 1984, alude a la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, mencionando en *numerus apertus* los derechos a la vida, integridad física, libertad y al honor, posibilitando la inclusión de los *"demás inherentes a la persona humana"*. Además, que aquellos *"no pueden ser objeto de cesión"*, vale decir, son derechos indisponibles, irrenunciables y *"su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6"* (Actos de disposición del propio cuerpo)

> Este derecho, además, está consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución de 1993, a saber: *"Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"*

También, la Carta de la OEA prevé que el trabajo es un derecho y deber, siempre que el Estado y los empleadores aseguren y garanticen la vida y la salud de las partes de la relación laboral, a saber:

> Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:
>
> [...]
>
> b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, **aseguren la vida, la**

> **salud** y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;" [28] (Destacado nuestro) (Organización de los Estados Americanos - OEA, 1967)

Pues, bien, el derecho a la vida, a la existencia del ser humano y su proyecto de vida es básico, esencial, ínsito, elemental, primario y de tal naturaleza que goza de protección por el solo hecho de serlo, incluso connatural desde su concepción; pues, todos los demás derechos que lo escoltan tienen como eje central el de la dignidad en libertad. En suma, los derechos fundamentales son un homenaje y pleitesía a la vida de su titular, velan su continuidad, desarrollo, seguridad y pretenden afirmar la vida buena, garantizando su proyecto existencial como ente bio-psico-social-moral-espiritual, y que se sostiene gracias al trabajo digno, tanto así que nuestra Constitución Política en su artículo 22° alude que el trabajo, es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Motivo por el cual, las constituciones y códigos no los crean, sino que se limitan a reconocer, tutelar y promover tal derecho civil y constitucional, anterior y superior al Estado, ahora catalogado como derecho fundamental. En cuanto, a la protección vital en nuestro ordenamiento jurídico del ser biológico sujeto de derechos, que como se sabe empieza desde el vientre materno:

> 1. Concebido. - El Código Civil peruano tutela al aún no nacido. [...]
> 2. Al ser ya nacido. - El Código Civil protege a los sujetos de derecho con acciones efectivas para prevenir o suspender los daños que cometan contra éstos, así como las indemnizaciones que le han de corresponder por el perjuicio sufrido. (Espinoza, 2004, p. 179)

Sobre las nociones de sujeto de derecho, ser humano y persona natural, cabe traer a colación el aporte de Fernández (2009), estimemos:

> No está demás precisar que el concepto "sujeto de derecho", en cuanto género, y el de "persona", en tanto especie, tiene como correlato en la realidad siempre y únicamente, a un solo ente como es el "ser humano" en diversos momentos de su despliegue existencial. "Sujeto de derecho" viene a ser, de este modo, la designación por el Derecho, del ser humano desde su concepción (o, si se prefiere, desde su fecundación como ser humano) hasta su muerte, es decir, durante todo el curso de su tránsito existencial, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo o social. Detrás del concepto "sujeto de derecho" o, mejor, como contenido del mismo, encontramos siempre y exclusivamente al ser humano. Un ser humano que es "persona", concepto con el cual lo diferenciamos de los otros seres del mundo, desde que la "persona" (natural) es el único ser que, sin dejar de ser naturaleza, de estar enraizado en el mundo, es un ser espiritual, cuyo núcleo existencial es la libertad. (p. 217)

Empero, al derecho a la integridad física, debemos agregarle la de integridad psíquica de la persona humana, que comprende también su dimensión moral y espiritual concebida siempre en relación social, por ello, que también se prefiere componer el término integridad psicosocial. El primero, nos remite a su completitud corporal u orgánica, y en su conjunto a la sanidad física, empero, la integridad psicosocial denota su sanidad mental, libre de psicopatías y sociopatías, que menoscaben su proyecto de vida en relación saludable con el prójimo y su entorno, al ser-libertad y fundamentalmente de serdignidad.

De ahí, la moralidad y espiritualidad del ser–humanidad, como deber ser supone una vida sana, buena, constructiva, progresiva y con trabajo decente, en el entendido que su desvalor es la destrucción existencial, la vida mala que retrograda a lo indecente, en la entropía de la indignidad, que individual y socialmente debemos evitar.

[28] En <https://www.oas.org/XXXIVGA/spanish/basic_docs/carta_oea.pdf>

Sin embargo, estos derechos se encuentran en constante delimitación, más aún, a consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías en el centro laboral, que plantean desafíos y retos en el cuidado de la vida e integridad del personal, en la promoción del trabajo decente. Si bien, la auroral revolución industrial trajo inéditas fuentes de energía, la maquinaria, el motor a combustión e instrumentos de producción, que en no pocos casos convirtieron a la fábrica en un lugar riesgoso, insalubre, inseguro y tóxico, causando enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, que prestaban mayor atención a la integridad física del operario; también lo es, que la revolución digital 5.0 y las NTIC, traen inéditos peligros en la integridad y salud psicosocial del trabajador, que constituyen serios atentados al derecho a la vida, cuando el deber de precaución del empleador se incumple o no se regula los necesarios deberes de prevención.

Así pues, la Ergonomía[29] advierte que se han exacerbado determinadas enfermedades ante la irrupción de las tecnologías digitales, que afectaban ya la integridad física del trabajador, en cuanto a su salud corporal, como son: los trastornos relacionados con el sueño, la pérdida auditiva por el uso de los audífonos, la lumbalgia cervical y el síndrome de "ojo seco", ante el mayor tiempo de postura fija y exposición visual frente a las pantallas del ordenador y Smartphone. En cuanto a la integridad psicosocial, atentan contra ella las nuevas psicopatías de la era digital, como son: el tecnoestrés[30], síndrome FOMO nomofobia[31], síndrome del "celular fantasma"[32] y la tecnofobia (aversión a la tecnología).

A tal punto que, se ha denominado al "pantallismo" el mal del siglo, dado que estamos expuestos durante muchas horas al día a las pantallas de la computadora, Tablet, Laptop, celular y pantallas del televisor.

Esta tendencia en la vida del trabajador/a, afecta su salud mental y las relaciones interpersonales, siendo una causa de insomnio.[33]

---

[29] "2.3 Ergonomía: Llamada también ingeniería humana. Es la ciencia que busca optimizar la interacción entre el trabajador, máquina y ambiente de trabajo con el fin de adecuar los puestos, ambientes y la organización del trabajo a las capacidades y características de los trabajadores a fin de minimizar efectos negativos y mejorar el rendimiento y la seguridad del trabajador" Según definición en el Glosario del Anexo 4 del Reglamento de la Ley de Teletrabajo aprobado por DS N° 002-2023-TR.

[30] "Las nuevas tecnologías nos facilitan nuevos cauces de relación y comunicación y nos facilitan el acceso a la información en tiempo récord, además de proporcionarnos nuevas oportunidades de ocio. Pero no todo es tan bonito: los expertos llevan décadas avisándonos sobre los riesgos del mal uso de la tecnología. Desde hace dos décadas, los psicólogos han puesto nombre a nuevos trastornos que han surgido en la "era de la información" (también llamada era digital o era informática), como el Síndrome FOMO, la Nomofobia y el Tecnoestrés [...] El concepto de tecnoestrés está directamente relacionado con los efectos negativos del uso de la tecnología. Fue bautizado por el psiquiatra norteamericano Craig Brod en 1984 en su libro Technostress: The Human Cost of the Computer Revolution, quien primeramente definió este fenómeno como "una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable" En

<https://psicologiaymente.com/clinica/tecnoestres>

[31] "Los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística revelan que el 96% de las familias cuentan con al menos un teléfono móvil y que el 77% de las personas que acceden a internet lo hacen a través de este dispositivo electrónico que para muchos se ha convertido más que en algo indispensable en un foco adictivo que está generando un nuevo elenco de trastornos ligados a su uso. El más importante de todos ellos es la nomofobia, que no es más que el miedo irracional que sienten muchos usuarios a no disponer del teléfono móvil, bien porque se lo han dejado en casa, se les ha gastado la batería, están fuera de cobertura, han agotado el saldo, se lo han robado o simplemente se les ha estropeado. Este término fue acuñado a raíz de un estudio realizado por la Oficina de Correos de España para evaluar el grado de ansiedad que llegan a padecer los usuarios de los [...] smartphones" En <https://www.sanitas.es/sanitas/seguros/es/particulares/biblioteca-de-salud/psicologiapsiquiatria/miedos-yfobias/nomofobia.html>

[32] "Revisar constantemente las notificaciones, mensajes o correos en una tablet o smartphone representa un problema de concentración en el funcionamiento del cerebro. Una notificación representa una distracción para el cerebro a partir de que las redes sociales pasaron a formar parte de la vida cotidiana. Las distracciones ocasionadas por este tipo de casos, representan un componente social que nos hace dar respuesta casi inmediata. Según el psicólogo cognitivo de la Universidad de Kansas, paul Atchely, la información de los mensajes activa parte del sistema de recompensa del cerebro. Esto se explica porque el sonido de las notificaciones representan la recompensa de recibir nueva información social por lo que el estímulo es difícil de ignorar y desvía la atención de la tarea que se esté desempeñando en el momento" En <https://www.am.com.mx/news/2015/5/19/conoces-el-sindrome-del-celular-fantasma-154967.html>

[33] En <https://www.abc.com.py/estilo-de-vida/2024/11/28/pantallismo-que-es-y-como-afecta-a-la-salud-y-las-interaccionessociales/>

Por ende, si queremos una vida sana en el trabajo dependiente, en donde el trabajador y empresario hagan uso responsable de las tecnologías de vanguardia, entonces, corresponde su debida regulación a fin de armonizarlas con el ejercicio de los derechos civiles en cuestión, empezando por el primero de ellos: el derecho a la vida e integridad personal del homo faber.

Para ello, la legislación ha dado los primeros pasos, por ejemplo, la Ley 31572, nueva Ley que regula el teletrabajo (11.09.2022), ha previsto en sus artículos 6.3 y 6.5 como derechos de la y el teletrabajador a la *"desconexión digital"* y a *"ser informado sobre las medidas, condiciones y recomendaciones de protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo que debe observar"*.

En consecuencia, es obligación del empleador *"respetar la desconexión digital del teletrabajador"*, con un mínimo de tiempo de medio día según el artículo 12.d), a saber: *"La forma como se distribuye la jornada laboral de teletrabajo. En los casos de no ser continua la jornada laboral diaria o de establecerse jornadas menores de 8 horas, solo se puede distribuir las jornadas hasta un máximo de 6 días a la semana y debe establecerse el horario de desconexión digital diaria, considerando como mínimo 12 horas continuas en un período de 24 horas"*

También, el patrono debe *"Notificar al teletrabajador sobre los mecanismos de comunicación laboral y las medidas, condiciones y recomendaciones de* ***seguridad y salud en el teletrabajo*** *que deben observarse durante su jornada laboral"*, además de *"Capacitar al teletrabajador en el uso de aplicativos informáticos, en seguridad de la información y en* ***seguridad y salud en el teletrabajo"***, según sus numerales del 8.5 al 8.7 (destacado nuestro).

Por lo demás, tales derechos y obligaciones se imponen como contenido mínimo del contrato de teletrabajo o para el cambio de modalidad de prestación de labores de la modalidad presencial al teletrabajo.

Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 31572, Ley del Teletrabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2023-TR (26.02.2023), regula lo siguiente:

> Artículo 24.- **Desconexión digital**
>
> 24.1. Los/las teletrabajadores/as tienen derecho a la desconexión digital, que consiste en **apagar o desconectar los equipos o medios digitales, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios,** fuera de su jornada de trabajo, durante los periodos de descanso, licencias, vacaciones y períodos de suspensión de la relación laboral. En estos casos no se puede exigir atender asuntos de trabajo, tareas, coordinaciones u otros relacionados con la prestación del servicio. [...]
>
> 24.3. El/la empleador/a público y/o privado respeta **el derecho a la desconexión digital** garantizando que en ese periodo no estén obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que requieran la conexión del teletrabajador fuera del horario laboral.
>
> Artículo 27.- **Evaluación de riesgos al espacio habilitado para el teletrabajo**
>
> 27.1 El/la empleador/a público y/o privado y el teletrabajador, de común acuerdo, deben realizar la **prevención y evaluación de riesgos al espacio habilitado para el teletrabajo,** no extendiéndose a todo el domicilio u otro lugar habitual previamente informado al/a la empleador/a público y/o privado.
>
> 27.2 Para dicha evaluación se debe tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad especial de prestación de labores, poniendo mayor atención a los **riesgos físicos, locativos, eléctricos, factores de riesgos ergonómicos y factores de riesgos psicosociales,** información que se encuentra detallada en el Anexo 4, denominado lineamientos generales de seguridad y salud que deben considerar los/las empleadores/as público y/o privado y los/as teletrabajadores/as, el mismo que forma parte integrante del presente reglamento.

En dicho Anexo 4, se publican definiciones y orientaciones loables, que sistematiza la experiencia ganada en el trabajo remoto y por su importancia, a continuación, en extenso citamos:

Anexo 4

Lineamientos generales de seguridad y salud en el teletrabajo

[...]

1.3 Los principales riesgos asociados al teletrabajo son originados por la exposición del teletrabajador a los agentes físicos, los agentes químicos, los agentes biológicos, los peligros locativos, los peligros eléctricos, los factores de riesgo ergonómicos y los factores de riesgo psicosociales.

1.4 El empleador garantiza el cumplimiento de los lineamientos de seguridad y salud en el trabajo, y en la medida de lo razonablemente posible, el lugar donde se desarrolla el teletrabajo sea cómodo, exclusivo, tranquilo y seguro.

1.5 Las herramientas de trabajo y software de Tecnologías de la Información y Comunicación que utilice el teletrabajador deben ser adecuada para no afectar la salud del teletrabajador.
[...]

[...]

8. **Control de riesgos por exposición a factores de riesgo ergonómicos** Se deben considerar los siguientes aspectos:

a. **Silla Ergonómica:** Debe contar con las siguientes características; ser regulable en altura y ángulo de inclinación, soporte lumbar, reposabrazos ajustables, que, el asiento sea de material respirable y tenga un ancho y largo adecuado. Mientras el teletrabajador permanezca sentado la altura del asiento de la silla debe coincidir justo debajo de la rodilla al estar de pie, de modo que al sentarse los pies estén apoyados en el suelo y las piernas formen un ángulo de 90° entre el muslo y la pierna y los pies queden apoyados sobre el piso o reposapiés.

b. **Pantalla o monitor:** La parte superior de la pantalla debe estar a la altura de los ojos. Asimismo, colocar los monitores o pantallas de forma que elimine el deslumbramiento, a una distancia no superior del alcance del brazo, antebrazo y mano extendida, tomada cuando la espalda está apoyada en el respaldo de la silla. Entre 45 y 55 cm es la distancia visual óptima. Si utiliza tabletas o teléfono deben elevarse a la altura de los ojos.

c. **Teclado:** En caso que el teletrabajador utilice laptops debe tener teclado extraíble. Apoye sus antebrazos sobre el escritorio y/o o utilice una silla con reposabrazos. No utilice su teclado con una pendiente demasiado inclinada. Mantenga sus muñecas alineadas con respecto a sus antebrazos.

d. **Mouse:** El teletrabajador debe mantener las muñecas en una posición recta mientas escribe o usa el mouse, se puede considerar el uso de reposamanos que brinda apoyo durante las pausas. Colocar el teclado y ratón frente a su cuerpo. Situar el teclado y el ratón a una distancia de al menos 10 cm del borde de la mesa para poder apoyar los antebrazos y las muñecas.

e. **Atril o porta documentos:** Se utiliza convenientemente para evitar la inclinación del cuello, este debe ser estable, permitiendo que los documentos estén a la misma altura y plano de la pantalla. Su ubicación debe permitir que el teletrabajo no realice o reduzca giros de cabeza y tronco. Además, debe contar con una base para que las hojas no se resbalen. El material del atril debe ser opaco y de preferencia que no genere reflectancia.

f. **Mesa o superficie de trabajo:** La mesa o superficie debe tener las dimensiones adecuadas para ubicar la pantalla o monitor, teclado, mouse, atril etc. No colocar objetos ni mobiliario

que incomoden o impidan los movimientos de las extremidades inferiores. Su altura, no debe ser ni demasiado alta ni demasiado baja, preferible menor a 75 cm. La altura de la mesa debe estar aproximadamente a la altura de los codos cuando se está sentado, es decir debe permitir que la persona pueda apoyar cómodamente y sin esfuerzo sus codos y antebrazos sobre la superficie de trabajo. La mesa de trabajo no debe tener bordes pronunciados o filosos que puedan generar lesiones. La superficie de la mesa no debe ser brillante, de ser así utiliza un mantel o tela para cubrirla.

g. Los teletrabajadores deben realizar movimientos o cambios de posturas tanto sentados como de pie, adicionalmente realizar las pausas activas, ejercicios de relajación, estiramiento durante la jornada laboral.

i. Mantener una buena postura cuando trabajamos es primordial, evitando sobrecarga postural que genere malestares y cansancio bastante perjudicial para nuestro cuerpo.

j. La postura de trabajo frente a la pantalla de visualización de datos es esencialmente estática, y puede dar lugar a la aparición de problemas musculoesqueléticos, los cuales se manifiestan en forma de dolores en el cuello, hombro, región lumbar, muñecas y manos. La aparición de este tipo de problemas es tanto más probable cuanto menos ergonómica sea la postura de trabajo, por ello una de las primeras cosas que debemos hacer es tratar de mantener una buena postura (postura neutra) cuando trabajamos con una pantalla, siendo primordial para ello que los elementos de trabajo (pantalla, teclado y ratón) deban estar ubicados adecuadamente, y es muy importante tener una buena silla de trabajo.

k. Recordemos que trabajar frente a una pantalla implica largos periodos de tiempo, por ello es fundamental adoptar una buena postura de trabajo

9. Control de riesgos psicosociales

- Considerar el ritmo de trabajo en cuanto a los horarios, el equilibrio entre el trabajo y la vida personal, aislamiento y desapego; por lo que, el empleador debe establecer límites y mantener un horario de trabajo sin exceder las horas de la jornada laboral, asimismo, se debe evitar contactar a los trabajadores fuera de las horas del trabajo.
- El empleador, establece políticas de la empresa o instituciones que garantice la sensibilización a los teletrabajadores sobre los riesgos de violencia, acoso y ciberacoso laboral y sexual.
- El empleador, establece los canales de comunicación para designar las tareas y se mantenga el intercambio de información entre los miembros conformantes del equipo de trabajo.
- El empleador debe considerar la identificación, monitoreo e identificación de los factores de riesgos psicosociales (por ejemplo, síntomas depresivos, aislamiento, agotamiento y ansiedad) a través de aplicaciones móviles y encuestas.
- En suma, se debe actuar de manera preventiva considerando las siguientes recomendaciones para el teletrabajador:
  - Asumir una actitud positiva y dinámica respecto a la vida.
  - Determinar y analizar las causas que generan factores de riesgos psicosociales en la vida.
  - Organizar y distribuir adecuadamente el tiempo en las actividades personales, sociales y de trabajo.
  - Evitar las respuestas impulsivas.

En cuanto, a las ventajas en la eficacia del derecho a la vida e integridad bio-psico-social en el teletrabajo subordinado, de acuerdo con Aguinaga (2020), son las siguientes:

1. Al ser el propio trabajador el administrador de su tiempo de trabajo, estas medidas promueven la adecuada gestión del tiempo, lo que a su vez contribuye con la productividad del trabajador (eficiencia y eficacia).
2. Permite la conciliación de la vida personal y familiar.
3. Reduce el absentismo y mejoran el rendimiento, responsabilidad y compromiso de los trabajadores.
4. Mejora y propicia la buena salud mental de los trabajadores, ya que reduce el desplazamiento que se realiza entre el domicilio y el centro de trabajo [54].
5. Aporta un mejor ambiente de trabajo, donde el trabajador se encuentra relajado sin interrupciones constantes de factores externos, lo cual contribuye a mejorar su rendimiento. Asimismo, tomando como referencia a Ballón 55, permiten reducir los conflictos deconvivencia entre compañeros de trabajo, que pueden suscitarse con ocasión de diversas causas.
6. Ahorro en vestimenta, alimentación, transporte público y salud.
7. Mejora los lazos familiares y vecinales.
8. Beneficia a los trabajadores con responsabilidades familiares, pues, tienen la oportunidad de organizar mejor su tiempo, de acuerdo, a sus necesidades.
9. Beneficia a los trabajadores con discapacidad, quienes, al no tener que trasladarse al centro de labores, pueden desempeñarse desde la seguridad de donde se encuentren, y facilita la flexibilidad horaria para tareas de rehabilitación personal.
10. Facilita el pluriempleo.
11. Contribuye con la reducción de riesgos laborales. Actualmente, gracias al trabajo remoto y al teletrabajo, muchas personas que se encuentran dentro del grupo vulnerable, y fuera de él, evitan exponerse al contagio mediante el uso de transporte público y el contacto con diversas personas.
12. Permite que el teletrabajador participe en procesos productivos internacionales[56], lo que contribuye con su experiencia profesional y personal.
13. Reduce la posibilidad de que agentes externos obstaculicen la prestación de servicios, tales como una huelga de transportes o fenómenos naturales[57]; o, actualmente, la llegada de una pandemia.
14. Prolonga la vida activa del trabajador por el menor desgaste en la vida laboral. (pp. 64 – 66)

Sin embargo, dicho autor también lista las desventajas para el personal que teletrabaja, veamos:

1. Jornadas de trabajo que sobrepasen los límites establecidos en la Constitución Política del Perú. La distancia del trabajador con la empresa hace posible que el empleador le imponga jornadas más extensas, apoyándose en la poca seguridad del cumplimiento de sus funciones.
2. Posibilidad de la remuneración a destajo [...]
3. Se hace posible un control de las labores que invada la esfera privada del teletrabajador o del trabajador remoto.
4. Trabajar desde el domicilio podría agravar ciertas conductas poco beneficiosas, como el exceso de trabajo o la procrastinación. Ello en tanto que no se tiene una vigilancia personal, ni el límite de los horarios de funcionamiento que existen en la empresa.

5. Aislamiento o la incomunicación y falta de interacción social. Ambos aspectos, a su vez, propician el individualismo, la depresión y otros trastornos.
6. La posibilidad de contraer enfermedades oculares en caso exista una exposición excesiva al ordenador. Por ello, resulta muy importante el establecimiento de medidas para controlar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo de la empresa.
7. Riesgo de pérdida de identidad con la empresa.

Para mitigar estas posibles desventajas, el artículo 3. 2.a. de la Ley del teletrabajo, ha previsto que esta modalidad de trabajo a distancia, se caracteriza por "Flexibilizar la distribución del tiempo de la jornada laboral", vale decir, que se supera la rígida jornada laboral del trabajo presencial, por una que compatibilice con las tareas propias del hogar, como la de brindar por cierto tiempo los apoyos necesarios a los integrantes de la familia, que comparten la casa habitación del teletrabajador.

Permitiendo, que éste pueda ejercer su derecho a cuidar[34] a personas vulnerables y en estado de necesidad de apoyos, que comparten el hogar, por breves intervalos razonables y proporcionales, sin desmejorar el cumplimiento de las obligaciones y la meta diaria de productividad esperada por el empleador.

También, resultará de mucha utilidad practicar las necesarias pausas activas que permiten distender y relajar el estrés laboral y la rigidez física que causa la contracción en el trabajo, siempre de consuno con el empleador respecto a los horarios y tiempos de reposo o ejercicios físicos dentro del servicio.

Para ello, es gravitante el disfrute del derecho a la desconexión digital que establece el artículo 6.3 de la Ley en comento, que concilia el teletrabajo con el derecho al descanso[35], a la vida privada y familiar, empero, para incluir también al trabajador de labor presencial, sería mejor denominarlo inhibición digital, como sugiere Aparcana (2022), quién, sobre su alcance y ámbito de aplicación, citando la legislación española, nos dice:

> [C]onsideramos que el descanso interjornada es lo que realmente debe proteger la desconexión digital, lo cual no tiene regulación expresa en nuestra legislación, pero sí en la legislación comparada como la española, en el artículo 34 numeral 3 del Estatuto de Trabajadores, que precisa lo siguiente: "(...) 3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas. (...)"; en consecuencia, la razón de ser de dicho derecho se materializa entre la culminación de la jornada de trabajo de un día y el reinicio del otro en el día siguiente, buscando reprimir el derecho de la libertad de empresa por parte del empleador en la dación de órdenes fuera de la jornada de trabajo, la cual tiene sustento en el respeto de la dignidad en la relación laboral. (p. 23)

Además, es menester ampliar la Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en cuanto a la especial regulación en la prevención y atención de los riesgos de adquirir las psicopatías antes mencionadas en el teletrabajo, y que también advierte Todolí (2021), veamos:

---

[34] **"Un nuevo derecho fundamental el derecho al cuidado y a cuidar.**

[...] un nuevo "DESCA" que es el derecho al cuidado, un derecho que la pandemia puso sobre la mesa de manera rotunda porque responde a la necesidad que tenemos todas las personas a lo largo de nuestras vidas de ser cuidadas o de cuidar (sobre todo las mujeres). Así como los estados tienen que fortalecer sus sistemas de salud, tienen que fortalecer también los sistemas de cuidado, y aún más con poblaciones que están envejeciendo o que necesitan cuidado por ser niños o niñas cuyos padres laboran." (García, 2022, p. 98)

[35] 22.1 El teletrabajador tiene derecho a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo. Dicho derecho garantiza gozar de tiempo libre con motivo de un descanso, incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo, el descanso semanal obligatorio, el período vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, así como los permisos y licencias por accidentes o enfermedad, y otros. **La desconexión digital garantiza el disfrute del tiempo libre, el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar**. (Destacado nuestro)

> [L]a cuestión de la necesidad de una regulación específica en materia de salud y seguridad en el trabajo, a pesar de que parece bastante bien asumida por todas las posiciones ideológicas, tiene menor alcance del que debería. Me estoy refiriendo a las enfermedades psicológicas provocadas por el trabajo. Así, mientras existe un sistema de prevención de riesgos laborales y un sistema de responsabilidades y controles más o menos exitoso en materia de riesgos físicos, cada vez existe más enfermedades psicológicas derivadas del trabajo que pasan desapercibidas –ansiedad, depresión, burnout–[54]. Por lo que algo está fallando en la regulación actual. (p.90)

En lo concerniente, a la configuración del accidente de trabajo en la casa habitación del teletrabajador, como da cuenta una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid[36], que estima el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, por lo que la revoca y declara que el periodo de incapacidad temporal deriva de la contingencia del accidente sucedido en horario de trabajo en la cocina del domicilio del teletrabajador, al caérsele una botella de agua, pues, la actividad que dio lugar al accidente no es ajena a la normal en la vida laboral; por tanto, resulta irrazonable considerar exclusivamente como lugar de trabajo el constituido, básicamente, por una mesa, silla y ordenador en su domicilio particular, el cual no es un compartimento estanco y aislado de todo lo que le rodea al teletrabajador.

Por último, si bien es verdad que las y los teletrabajadores gozan de los mismos derechos que el personal de labor presencial (art. 6.1), también lo es que urge su adecuación a esta particular modalidad laboral de trabajo a domicilio, como por ejemplo, el goce de las horas extras, en cuanto al marcado digital por internet del sobretiempo, y que constituya la prueba de su realización, pues, no basta que el último párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aluda que *"Corresponde al empleador instrumentar la autorización y control del trabajo efectivo en sobretiempo"*, ya que la casuística nos previene que es posible de elusión. Como también la obligación del empleador, de respetar la desconexión digital de doce horas entre el término de una jornada y el inicio de otra, salvo las excepciones de peligro inminente, hecho fortuito o fuerza mayor en la continuidad de la actividad productiva de la empresa, que prevé el segundo párrafo de dicho artículo.

3.2 DERECHO A LA INTIMIDAD

La Constitución de 1993, lo contempla en su artículo 2°, numerales 6 y 7 [37], también, nuestro Código Civil lo consagra en su artículo 14° [38], cuyos fundamentos debemos esclarecer para luego apreciar el impacto en el derecho a la intimidad de las NTIC, en el ámbito laboral subordinado. Antes bien, siguiendo a Fernández (2015) debemos diferenciar entre "vida privada", "intimidad", "secreto" y "reserva", el primero de ellos, alude a nuestro ámbito personal y familiar, siempre que nuestra actividad no traspase sus fronteras, pues, fuera de ellas será nuestra vida pública, posible de someterse al escrutinio de los demás, con ciertos límites.

En efecto, cuando gozamos de nuestra vida privada, lo hacemos en ejercicio de nuestra autonomía al libre desarrollo de nuestra personalidad, afirmando nuestra identidad de género,

---

[36] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 980/2022 de 11 Nov. 2022, Rec. 526/2022 "La prevención de riesgos laborales en el domicilio no puede considerar solo como puesto de trabajo la mesa, la silla y el ordenador" En <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/12/sentencia-Tribunal-Superior-de-Justicia-deMadrid-980.2022..pdf>

[37] **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho: 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[38] 14º.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

costumbres, cultura, idiosincrasia y, de acuerdo, a las peculiaridades individuales según nuestro proyecto de vida, que se expresa incluso en la piel, cuando nos hacemos un tatuaje. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), ha discernido en sus pronunciamientos lo siguiente:

> [C]uando la Corte comienza a enfrentar casos en los que esa era la discusión, a partir del año 2012, comenzando con Natalia Rifo un caso de discriminación por orientación sexual, luego Natalia Murillo un caso sobre prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica, y, a posteriori, otros casos de discriminación por orientación sexual, hasta llegar a la Opinión Consultiva 24 en el 2017. En los casos antedichos, la Corte siempre tuvo el problema sobre dónde anclar ese derecho de libertad personal que permita esos casos de ejercicio de autonomía en la CADH. De ahí que, la Corte, en un ejercicio de intentar vincularlo en diferentes preceptos de la convención, como el artículo 7 o el artículo 11, ha explorado distintas vías. Sin embargo, si se observa la jurisprudencia de la Corte, lo que ha determinado esta última es hacer referencia a insumos de una construcción típica del Derecho Constitucional que es el libre desarrollo de la personalidad. Se hace acotación a que **la vida privada abarca la capacidad para desarrollar la propia personalidad, da un alcance al derecho de la vida privada para dar lugar a esa posibilidad de tomar ciertas decisiones.** Por último, se hace referencia al **libre desarrollo de la personalidad** con énfasis en un caso en el que someten a una mujer a esterilización forzada. Al respecto, la Corte dice claramente que **la vida privada abarca el libre desarrollo de la personalidad,** específicamente, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Finalmente, la Opinión Consultiva 24 de 2017, que ha tenido diferentes interpretaciones, enuncia un principio del libre desarrollo de la personalidad, incluso habla de un **derecho a la identidad sexual y género;** derecho que, como sabemos, la Corte Constitucional colombiana, viene recogiendo en su jurisprudencia desde del 2013–2014. (Veloza, 2022, p. 88)

Este derecho, además, implica que la sociedad debe respetar nuestra vida privada, pues, emerge una obligación negativa *erga homnes* de no hacer, de no entrometerse o informarse u obtener datos en y de nuestro hogar, de lo que hacemos en él, siempre que no suponga comportamientos ilícitos. En este caso, hasta se cuida que tal conocimiento se obtenga lícitamente, pues, de lo contrario, estaríamos ante la *prueba prohibida*, y que también es posible de relativizarse según ponderación con la magnitud e intensidad del bien público dañado.

Tal privacidad, también, se extiende cuando nos reunimos con otra persona en un lugar público, cuya conversación -en el entendido que ambos interlocutores lo hacen cuidando la discreción del encuentro-es escuchada, filmada o grabada por un tercero para luego difundirlo ilegalmente, que logra subrepticiamente penetrar a tal ámbito privado pese a que se llevó a cabo en uno público.

Así, la vida privada es el género y las especies en graduación de intensidad son: la reserva, intimidad y el secreto personal. Cuando decimos que tal documento tiene el carácter de reservado, delimitamos el ámbito de su conocimiento a las personas autorizadas, esto es, que el conocimiento de la información se reduce a ellas, si trasciende al público se violenta el derecho a guardar reserva de ciertos datos sensibles para el sujeto que los produjo. Tanto así que, por ejemplo, en los centros de trabajo, se suele clasificar ciertos documentos como “reservado”, vale decir, que a los empleados que tienen acceso al mismo, les alcanza la obligación de cuidado y prohibición de su difusión.

En cambio, la intimidad es el núcleo de la vida privada de la persona, es una esfera vital que contiene información exclusiva y excluyente, absolutamente, restringida para ella, pues, nadie tiene el derecho de averiguar o fisgonear lo que decimos y hacemos en nuestra intimidad. Y, claro, el secreto es la calificación en máximo grado que le damos a los datos que contiene dicha esfera personalísima. Así como, las empresas guardan bajo siete llaves sus secretos industriales, de igual modo, la persona natural tiene derecho a guardar secreto de cierta información, y que solo puede ser revelada por su titular o herederos.

Tanto así, que nuestro texto constitucional en su artículo 2.10 ha consagrado el derecho "Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados" y, su afectación es de tal gravedad, que el artículo 154 del Código Penal criminaliza toda conducta que tenga por objeto violar la intimidad personal y familiar de las personas "observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años"

A continuación, presentamos definiciones del Derecho a la Intimidad en la doctrina y la jurisprudencia, a saber:

> El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo, en 1890, cuando dos jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Louis Brandeis, escribieron el ensayo *"The right to privacy"*, en el que fundamentan la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada, y por ello la necesidad de su protección legal. Surge, en buena cuenta, como consecuencia del conflicto con la libertad de expresión, de la que hacen uso los medios de comunicación masiva. (Morales, 2003, p. 158)

Fernández (2015) define el derecho a la intimidad del siguiente modo:

> El derecho a la intimidad, es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje. (Fernández, 2015, p. 154)

Desde la jurisprudencia del TC, es ilustrativo citar los fundamentos siguientes:

> [Respecto a la intimidad personal], la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social[39].
>
> [D]ebe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto estas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido 'no esencial')[40].
>
> [E]l derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (v.gr. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dicha base de datos, constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución[41].

En España, una reciente sentencia STC 66/2022, de 2 de junio, Fj. 4.A.c), del Tribunal Constitucional define tal derecho en el sentido siguiente:

> "[E]l derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

[39] Exp. N° 6712-2005-HC, 17/10/05, FJ. 39.

[40] Exp. N° 0004-2004-AI, 21/09/04, P, FJ. 34.

[41] Exp. N° 0004-2004-AI, 21/09/04, P, FJ. 34.

> Además, el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar al ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas) (STC 17/2913, de 31 de enero, FJ 14, en el mismo sentido STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ2)[42]

Finalmente, debemos anotar que el Derecho a la Intimidad personal y familiar, no es uno absoluto, como así lo ha discernido la doctrina mayoritaria, y que nos lo recuerda Fernández (2015), a saber:

> [E]l derecho a informar y a ser informado prevalece sobre el derecho a la intimidad cuando está en juego el interés social. La mayoría de los autores se declaran en favor de esta posición en base a que el bien común es superior al interés puramente individual. (p. 161)

Así también, desde la jurisprudencia cabe citar la STC N°01839-2012-PHD/TC, en que la ponderación entre el derecho a la intimidad versus el derecho a la información pública prima este último, ya que resulta de utilidad para el escrutinio público. Por lo que, el TC falló a favor de la divulgación, al considerar que los videos contenían información sobre la situación política del país y, por lo tanto, eran de interés público, sin que la intimidad de los involucrados fuera la razón principal para su reserva. Por último, la Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria, en su Resolución N.°3301-2004, del 28 de abril de 2005, cumplió con ofrecernos criterios a fin de realizar el juicio de ponderación entre el derecho a la intimidad y el derecho de expresión e información pública, apreciemos:

> **Séptimo.- Los criterios de ponderación.** Es reiterada jurisprudencia de los Tribunales constitucionales internacionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afrontar las colisiones entre derechos fundamentales tratando de salvaguardarlos en sus colisiones, para buscar que ambos se puedan desarrollar sin que uno de ellos desaparezca. Por ello los operadores del derecho ponderarán (de pondus, peso), pesarán o sopesarán, los derechos en cuestión para que prevalezcan uno y otro al máximo, dentro de lo posible, valiéndose en lo posible del criterio de proporcionalidad; por consiguiente, a la hora de ponderar el derecho a la información periodística frente al de intimidad -como en el caso de autos-, se ha de considerar tres criterios convergentes: el tipo de libertad ejercitada, el interés público existente, y la condición de personaje público o privado del ofendido: añadiéndose además, el especial "peso específico de los principios ideológicos de una verdadera sociedad democrática".
>
> **Octavo.-** Si la información no es de interés público -no estamos pues ante un hecho noticiable, se invierte lógicamente la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, con independencia de que la persona afectada sea pública o privada. Se protegen, pues, las relaciones privadas cuyo interés para la formación de la opinión pública de una sociedad democrática, es nulo. El criterio de prevalencia de la formación de la opinión pública actúa cuando se ejerce por cauces normales, caso contrario, declina el valor preferente del derecho a la información. Desaparece por tanto el fundamento de la prevalencia y, por ende, la prevalencia misma. [43]

Ahora bien, pasamos a analizar este atributo de la intimidad personal y familiar como derecho laboral inespecífico, en cuanto a su protección y eficacia por parte de la legislación y

[42] En <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29082>

[43] En <https://lpderecho.pe/libertad-informacion-vs-derecho-intimidad-r-n-3301-2004-lima/>

jurisprudencia ante el impacto de las nuevas tecnologías en la relación de trabajo subordinado.

Pues, recordemos que el empleador en el ámbito laboral ejerce sus facultades de dirección y control sobre sus trabajadores, siempre que sus decisiones aprueben el test de razonabilidad y proporcionalidad (lo más cercano a la justicia y lo más alejado de la arbitrariedad), y que se extrae del artículo 9, párrafo final[44], del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Las NTIC que actualmente se están empleando para materializar los poderes del empleador, son: el ordenador o computadora en su componente telemático o *software*, programas espías o malware, programas en línea de control remoto y supervisión instantánea, cámaras de videovigilancia fijo o móvil (incluye drones), micrófonos de escucha, geolocalización, aplicativos informáticos de creación propia de la empresa o de tercero de mensajería instantánea, reporte y grabación de llamadas telefónicas o de los mensajes, uso del internet y redes sociales, programas de recuperación de datos e información alojada en el disco duro, memoria externa o en la "nube", revisión de las páginas en internet visitadas o información publicada o compartida en las redes sociales del trabajador, aun así se haya borrado, control informático biométrico, banco de datos digitales y el uso de la Inteligencia Artificial (IA) y big data en la operatividad de las NTIC. Todos los cuales, podrían poner en riesgo, limitar o hasta violentar el derecho a la intimidad del trabajador, cuando realiza labor presencial o teletrabajo. Sobre este particular, Goñi (2014) anota que, según el Tribunal Constitucional español, el personal bajo control del empleador, en preservación de su intimidad y privacidad en el ámbito laboral de empresa, tiene:

> [E]l derecho a impedir la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones mediante una vigilancia microfónica (STC 98/2000), el derecho a la captación de las imágenes mediante cámaras de vídeo, exclusivamente en función de la idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad de la medida a los objetivos legítimos de la empresa (STC 186/2000); el derecho a una expectativa de confidencialidad y de privacidad de la información en el control empresarial de los medios informáticos de propiedad de la empresa, según las condiciones de puesta a disposición, especialmente en el caso de la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores o a las entidades sindicales (SSTC 241/2012 y 281/2005), aunque en este punto la jurisprudencia constitucional registra alguna oscilación o incertidumbre, ya que la STC 170/2013, de 7 de octubre -que impide albergar una expectativa razonable de privacidad cuando se está ante el simple hecho del establecimiento en el convenio colectivo de prohibición de la utilización de los medios informáticos para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral- presenta alguna vertiente polémica. (pp. 38 - 39)

3.2.1. Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas

En efecto, en el Perú, en lo concerniente al uso del correo electrónico corporativo o institucional y su vigilancia en cuanto al contenido de los mensajes por los empleadores, también existe jurisprudencia contradictoria, por ejemplo, el TC empezó prohibiendo al patrono dicho control del contenido comunicativo, salvo investigación judicial, Así se estableció en la STC N.º 1058-2004-AA/TC, de fecha 18 de agosto de 2004, veamos:

> 21. [...], es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido

[44] "El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo."

sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

Igual criterio, el TC aplicó en la sentencia recaída en el Expediente N.° 04224-2009-PA/TC, de fecha 19 de julio de 2011, a saber:

> 16. [...] si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. En tal sentido, si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse (STC 1058-2004-PA/TC). En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso.

En cambio, en el Voto del Magistrado Mesía Ramírez STC N.° 3599-2010-PA-TC (10.01.2012), este tribuno morigeró la postura anterior del TC, al permitir que el empleador controle el adecuado uso del servicio de mensajería instantánea, con la advertencia previa al trabajador:

> 6. [...] el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones [...] resulta imperioso que el empleador explicite, por escrito y a través de los medios de información más idóneos, su política respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar los controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso de dichos medios informáticos.

Sin embargo, según los fundamentos 15 y 17 del voto del Magistrado Eto Cruz, STC N.° 0114-2011PA/TC (10.01.2012), este continuaba con la defensa cerrada de total prohibición del empleador de interferir el secreto de las comunicaciones de su trabajador:

> Las comunicaciones efectuadas a través de un correo electrónico personal o de un chat o mensajero externo, aun cuando se hayan realizado desde la computadora del centro laboral, síse encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones, [...] dada su titularidad en la persona del trabajador, la clave personal que se maneja para acceder y su utilización para fines estrictamente personales. Sobre dichas comunicaciones no cabe pues, salvo con las previsiones establecidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, ninguna clase de interferencia o intervención por parte de terceros o del Estado.

Así también, en la Casación Laboral Nº 14614-2016 Lima, sobre Impugnación de Reglamento Interno de Trabajo, Proceso Ordinario, seguido por el Sindicato Único Nacional de Trabajadores Nestlé Perú S.A. contra dicha empresa, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 10 de marzo de 2017, estableció un criterio diferenciado al facultar al empleador cierto control sobre el correo electrónico asignado al

trabajador, con límites, veamos:

Décimo Tercero: La causal declarada procedente guarda relación con los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de Trabajo, los mismos que señalan lo siguiente:

> "Artículo 44°.- Son herramientas de trabajo de propiedad de Nestlé, entre otros, las computadoras – incluidas las cuentas de correo electrónico (emails)- la página web, los programas e información que haya en las mismas. El personal de la empresa no debe mantener almacenado en los servidores de Nestlé archivos que no tienen relación con las necesidades del negocio, esto es: almacenamiento de música, videos, cadenas, juegos y diversos archivos ajenos a las actividades propias de la compañía.
>
> (...)
>
> Artículo 45°.- En el caso que el colaborador tenga un correo electrónico asignado por la empresa, este es el responsable de su uso, estando reservado exclusivamente para actividades propias de su labor en Nestlé, por tanto, la empresa está facultada para revisar el contenido de los mismos. Los mensajes deberán ser redactados como si fuera un documento que pudiera llegar a ser parte de los archivos de la Compañía y que podría ser utilizado como evidencia por las autoridades judiciales. (...)"

Décimo Quinto: Sin duda, el uso por parte de los trabajadores de los elementos proporcionados por la empresa para fines personales constituye un incumplimiento contractual susceptible de ser sancionado por el empleador; y naturalmente la aparición de nuevas tecnologías ha mostrado que los empleadores hacen uso de nuevos sistemas de control de la actividad laboral de los trabajadores. Sin embargo, está facultad de control reconocida a nivel doctrinario como en la legislación interna[1] como lógica consecuencia al poder de dirección no es irrestricta.

Dicho control empresarial encuentra sus límites en que su ejercicio sea funcional y racional. Es funcional porque debe estar relacionado al contexto empresarial y el empleador no puede controlar la esfera privada del dependiente; por otro lado, cuando se dice que el control debe ser racional se parte de la idea de que el control debe ser el resultado de un proceso intelectual que lo justifique y que dé razón al proceso de toma de decisión[2].

Décimo Sexto: Una de esas herramientas de la nueva tecnología es el correo electrónico, que es toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite entre computadoras. No existe una regulación única ni una metodología universalizada en torno a las cuentas de correo electrónico por parte de los trabajadores a través de los terminales de la empresa, la jurisprudencia comparada así lo ratifica, y es que a nivel doctrinario algunos reconocen al correo electrónico o al e-mail como "el equivalente electrónico del correo convencional de papel"[3], el cual "es una forma de comunicación interpersonal"[4], entonces, no cabe duda que bajo ese contexto una intromisión a tales correos electrónicos supone la violación de derechos fundamentales tales como el secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y privacidad del trabajador.

Décimo Octavo: Pronunciamiento en el caso concreto

En el caso concreto la demandada ha regulado en los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de Trabajo el uso de las nuevas tecnologías puestas a disposición de los trabajadores; sin embargo, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes expuesta, constituye un exceso que Nestlé Perú S.A. - empleador - señale que es propietaria de las cuentas de correo electrónico (e-mails) y su contenido, así como de los programas, página web e información, además que se encuentra facultada a revisar su contenido. Admitir como válida la posibilidad de que el empleador ingrese a las cuentas email de sus trabajadores, contenidas en los artículos 44° y 45° del Reglamento Interno de

[45] Ver <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Cas.14614-2016-Lima-LP.pdf>

> Trabajo de la demandada significa colisionar con las normas constitucionales denunciadas, como lo han determinado adecuadamente las instancias de mérito"[45]

Sin embargo, posteriormente, el TC en la Sentencia plenaria del 14.07.2020 recaída en el Expediente N.° 00943-2016-PA/TC, Huaura, cambia de criterio, y que resulta clave para estimar el parámetro jurisprudencial, respecto a la vigilancia del contenido de una conversación entre trabajadores en el servicio de mensajería de una red social o mediante correo electrónico corporativo, efectuada desde unacomputadora de propiedad de la empresa y asignada para fines laborales al trabajador. Para ello, el TC se basa en las nuevas corrientes jurisprudenciales que da cuenta, como son:

> la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), asunto Barbulescu vs Rumania (Exp. 61496/08), de fecha 5 de septiembre de 2017, se estableció que constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones el vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si es que el trabajador no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales[46]

En dicha Sentencia, además, *"la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios para determinar si es que el empleador puede o no monitorear las comunicaciones de sus trabajadores"* a saber:

- El trabajador debe haber sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse, y del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia.
- El empleador debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva.
- El empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida.
- La medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente determinar los hechos que lo puedan justificar.[47]

Igualmente, el supremo intérprete de la constitución peruana se apoya en la sentencia de su homólogo español, en la STC N.° 241/2012, al precisar que:

> EI empresario ha de establecer unas pautas sobre el uso de los medios informáticos y advertir de la existencia de controles, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones [48].

Antes bien, sobre esta última sentencia del TC Español, merece citar la opinión de Chaves (2013), siguiente:

> 2. Llama la atención que el Tribunal Constitucional parece preferir enredarse en argumentos y circunloquios en vez de llamar a las cosas por su nombre jurídico («al pan pan, y al vino, vino»).
>
> A mi juicio, el fondo decisivo de la Sentencia se apoya en tres principios generales del derecho, aunque por alguna razón que se me escapa, no los utiliza nominalmente:

---

[46] F.j. 24, STC N.° 00943-2016-AA. En: < https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00943-2016-AA.pdf>

[47] F.j. 25, Ibíd.

[48] Chaves J. (2013) "STC 241/2012: retroceso razonado en la protección de la intimidad informática

> En primer lugar, la Buena Fe, ya que aprecia mala fe en las empleadas que desobedecen las órdenes en contraste con la buena fe de la empresa que de forma casual encuentra tales conversaciones.
>
> En segundo lugar, la doctrina de los Actos Propios, ya que si las propias usuarias incumplen la prohibición de tales usos no pueden ahora en un ataque de dignidad implorar protección.
>
> Y, en tercer lugar, el principio de protección de confianza legítima. En efecto, el Tribunal Constitucional protege la confidencialidad si aprecia lo que literalmente denomina una "expectativa razonable" en las usuarias de que nadie podía sacar a la luz sus conversaciones (considerándose que si no la protegieron con claves, allá ellas), expresión que nos remite al principio de origen comunitario, de protección de confianza legítima por expectativas razonables. (párrafos 6 al 8)

Sin embargo, tales principios se volverían en contra del empleador, en dicho caso, porque debió este también cumplirlos, como bien defienden su voto en minoría los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Adela Asua Batarrita, argumentando lo siguiente:

> Del mismo modo que el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega mediante un sistema de casilleros abiertos —tan usual en ciertos ámbitos— no autoriza a nadie a abrir y leer las cartas que reparte o que encuentra depositadas en el casillero de otra persona, aunque sea perfectamente factible, nadie está tampoco autorizado a abrir los archivos de correo electrónico o de mensajería de otro, siempre que puedan ser identificados como tales, como era el caso, por más que el acceso sea posible al encontrarse los archivos desprotegidos y en un ordenador de uso común. Más allá de las precauciones que cada usuario pueda adoptar, debe afirmarse que quien abre un enlace o un archivo informático teniendo constancia de que contiene datos de las comunicaciones ajenas no hace nada diferente de quien abre una carta dirigida a otra persona[49]

Pues bien, sobre dicha jurisprudencia comparada, estudiemos el caso en cuestión, apreciemos:

> **ANTECEDENTES**
>
> Con fecha 28 de octubre de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra Emapa Huaral S.A. Solicita que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que, en consecuencia, se la reponga en el cargo de técnico en catastro comercial que venía desempeñando. [...] Expresa que el incumplimiento que se le imputa consiste en: i) haber manipulado sin autorización información de carácter reservado de la empresa; [...] Respecto a la primera falta, el actor refiere que dicha acusación se basa en un informe del Jefe de Logística, en el cual dicho funcionario señalaba que accedió a una conversación en la red social Facebook entre su asistente y el recurrente, percatándose que este último le solicitaba la clave de seguridad de un sistema de información reservada de la empresa. El demandante señala que se trata de una imputación falsa, pues no se ha acreditado que haya ingresado efectivamente al sistema de la empresa, y que la acusación se basa en conclusiones obtenidas de la intervención de una conversación de carácter privado.
>
> [...]

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2012 retrocede en la tutela de la protección de la intimidad informática de un trabajador al declarar que no es reprochable el acceso del empresario a su ordenador cuando le prohibió expresamente instalar programas y cuando tampoco la trabajadora protegió sus archivos con contraseñas. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2012 de 17 de diciembre, irrumpe en un espacio de hielo quebradizo como es la protección de la intimidad del trabajador respecto del empresario, cuando aquél introduce datos o información personal en el ordenador del centro de trabajo. En el caso zanjado, dos empleadas instalan en el ordenador de la empresa un programa estilo chat en el que vierten comentarios críticos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. Dichas conversaciones fueron descubiertas por casualidad por un tercer empleado que dio cuenta a la empresa" (párr. 1)

[49] En <https://delajusticia.com/2013/01/28/stc-2412012-retroceso-razonado-en-la-proteccion-de-la-intimidad-informatica/>

17. Como puede apreciarse, la conversación obtenida solo se limita a demostrar que el actor solicitó las claves a la asistente del Jefe de Logística. Sin embargo, no demuestra que el recurrente haya ingresado efectivamente al sistema de información reservado de la empresa demandada. Ahora bien, al encontramos en el presente caso frente a una conversación obtenida de una cuenta de Facebook y computadora de propiedad de la empresa demandada asignada a una trabajadora, surge la necesidad que este Tribunal se pronuncie sobre la intervención del empleador en las conversaciones privadas de sus trabajadores desde los medios informáticos brindados por éste, específicamente cuando estas se ubican dentro de una red social.

20. Sin embargo, la evolución de las tecnologías de la información y comunicación ha generado un gran impacto en las relaciones laborales, lo cual exige que este Tribunal deba realizar un análisis en tomo a dos cuestiones a la luz de estos importantes cambios: i) los límites al uso extralaboral de los medios informáticos de propiedad de la empresa por parte de los trabajadores; y, ii) la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso frente a los nuevos avances tecnológicos[1].

21. Una de las manifestaciones de dicha evolución tecnológica se encuentra en la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo. Ello conlleva que un uso abusivo del correo electrónico institucional pueda generar diversos perjuicios al empleador, los cuales van desde el tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva de trabajo o la distracción que genera en sus compañeros mediante el envío de mensajes de contenido extralaboral, hasta situaciones más graves, como la transmisión de informaciones confidenciales relativas a empleados, clientes o proveedores a terceros ajenos a la empresa, entre otras[2].

22. [...] una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional. Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de poder monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa.

Entonces, el dilema que propone el TC es, por un lado, la libertad de empresa en su manifestación de su ejercicio del poder de control, y del otro, el derecho a la intimidad y el de propiedad, en su expresión del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de sus trabajadores, en el ámbito informático laboral, inclinándose por preferir el primero de modo atenuado, a saber:

29. Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.

30. Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Por ende, el TC establece como pauta jurisprudencial, que el patrono estaría autorizado a revisar el contenido de los correos electrónicos institucionales o corporativos del personal,

siempre y cuando cumpla con estas dos reglas:

- Previamente, comunicar a los trabajadores de la posibilidad de revisar sus correos electrónicos emitidos o recibidos desde la cuenta corporativa del empleador; y
- Comunicar sobre las condiciones de uso permitido por la empresa.

Asimismo, prevé para el empleador la obligación negativa siguiente:

- Prohibición absoluta de revisar los mensajes del trabajador cursados en su página personal de una red social *(Messenger en Facebook, X,* etc.*),* aun cuando se efectúen desde un ordenador de propiedad empresarial.[50]

De acuerdo, en parte, con los nuevos parámetros establecidos por el TC, en el uso del servicio de mensajería digital empresarial, ya que también sería admisible autorizar al personal poder clasificar de privado solo los mensajes personales y clausurarlos a la vigilancia empresarial, mediante una clave de acceso, pese a que se aloja en una cuenta y servidor de propiedad del empleador; subsecuentemente, el deber del empleador de no violar esta prerrogativa del trabajador y menos de abrir sus archivos digitales personales.

Por último, cabe agregar que, la Ley del Teletrabajo, en su artículo 6.4 ha previsto que la y el teletrabajador tienen derecho: *"A la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo".* Sin embargo, en su reglamentación mediante el Decreto Supremo 002-2023-TR, no ha previsto las aludidas pautas jurisprudenciales del TC, pues, solo se propone regular lo siguiente:

> **Artículo 9.- Derecho a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones**
>
> **9.1** De conformidad con el artículo 5 y el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley, los medios y herramientas que establece el/la empleador/a público y/o privado para las disposiciones, coordinaciones, control y supervisión del teletrabajo, deben respetar la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del/de la teletrabajador/a.
>
> **9.2** De acuerdo con el párrafo precedente, el/la empleador/a público y/o privado está impedido de:
>
> a) Acceder, por medios digitales, a los documentos y comunicaciones originados con motivo del trabajo o de otra índole, sin previa autorización del/de la teletrabajador/a.
>
> b) Realizar captaciones y/o grabaciones de la imagen o la voz del/de la teletrabajador/a, sin consentimiento previo y expreso de este/a último/a, y/o solicitar se realicen estas. No es exigible el consentimiento del/de la teletrabajador/a cuando la captación o grabación de la imagen o la voz es requerida por la naturaleza de sus funciones.

50 STC N.° 00943-2016-PA/TC: "33. En ese sentido, no es posible sostener que el hecho que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook, permita considerar que una red social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación extremo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones." Esto aplica siempre que no se trate de la página corporativa del empleador en una red social, como bien explica el magistrado Ramos en su fundamento de voto: "Es en este punto en el que deseo manifestar mi discrepancia. La ponencia indica en ese mismo fundamento que Facebook es un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, y esto no necesariamente es así. Pueden existir trabajos como los de administradores de redes sociales (community manager) en los que la principal herramienta de trabajo es, precisamente, el empleo del Facebook, Twitter, u otra clase de plataformas. Es natural que, en esta clase de trabajos, el empleador se encuentre interesado respecto de la forma en que la página de su empresa o institución es administrada, por lo que bien podría fiscalizar los contenidos y las conversaciones que, en el uso de esa cuenta, realice el trabajador. Por ejemplo, es relevante, para la imagen de la empresa, examinar el trato que se tiene con los clientes en las conversaciones o los contenidos que se colocan en la página."

c) Ingresar al lugar donde se realiza el teletrabajo, sin previa autorización del/de la teletrabajador/a. Ello no restringe la facultad del/la empleador/a público y/o privado de verificar, bajo cualquier medio presencial y/o digital, el cumplimiento de los acuerdos para realizar el teletrabajo.

d) Implementar cualquier otro mecanismo de coordinación, control y/o supervisión que afecte la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del/de la teletrabajador/a.

9.3 El/la teletrabajador/a tiene derecho a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados que se utilicen durante el teletrabajo.

De este modo, se positiviza la regla jurisprudencial del TC, esto es, la obligación del empleador de avisar al trabajador que va a realizar una fiscalización del contenido de los correos electrónicos emitidos, recibidos, guardados o también podrá recuperar los eliminados por este, en la cuenta corporativa asignada para sus labores. Empero, al no estar los mensajes clasificados, entonces, el empleador abrirá los que tienen valor empresarial, como los que tienen contenido íntimo del personal, tomando conocimiento de lo que le está prohibido, porque no habría manera de diferenciarlos. Por ello, es mejor darle el derecho al trabajador de realizar tal clasificación e incluso cerrar el acceso de los correos privados mediante una clave.

3.2.2 El derecho a la protección de los datos personales

Del derecho a la intimidad, también, se desprende el derecho a la confidencialidad y protección de datos personales, que ahora goza de autonomía, empero, las nuevas tecnologías del big data e IA la impactan en cuanto a su almacenamiento y traslado electrónico, atendiendo a la interconexión por internet e interoperabilidad empresarial e institucional en el sector privado como con el público, y entre estos. Así también, en cuanto a los datos que captan las cámaras de videovigilancia y el debido uso de estas, en el trabajo. Motivo por el cual, en la intersección del mundo del trabajo con el derecho civil a la intimidad y propiedad de los datos personales, aparecen nuevos derechos y obligaciones para ambas partes de la relación laboral, y que Goñi (2014) sistematiza desde la jurisprudencia española, veamos:

2.- En la jurisprudencia constitucional, ha ido consolidándose asimismo un derecho fundamental al control sobre los propios datos al amparo del artículo 18.4 CE, que se sustancia en una facultad de oposición, que puede actuarse frente al empresario en el ámbito laboral. De la defensa del núcleo básico de la intimidad entendida como pretensión de no injerencia de terceros, se ha evolucionado hacia una nueva dimensión existencial de la persona, que supone reconocer un derecho de autodeterminación informativa, que faculta a la persona a mantener el poder de disposición sobre el patrimonio informativo. Esta línea evolutiva ha ido forjándose a través de las SSTC 254/93, 143/94, 11/98, 94/98, 202/99, y muy en particular, las sentencias SSTC 290/2000 y 292/2000. [...] La protección de datos de carácter personal se configura, de este modo, como la vertiente activa del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, de manera que, mientras el "derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, [...] el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos" [...] Ese poder se concreta en el derecho de la persona "a que se requiera con carácter general, el propio consentimiento para la recogida y uso de los datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de los mismos; y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos" (STC 254/1993); o como se ha precisado en la STC 292/2000, en la facultad "para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, permitiendo también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso".

[...] El recurso a las potestades del derecho a la protección de datos ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional para deslegitimar ciertas prácticas empresariales de tratamiento de

> datos personales del trabajador sin consentimiento del trabajador. En la sentencia TC 94/1998 se excluyó que el dato personal de la afiliación sindical pudiera ser utilizado para detraer haberes a los trabajadores que habían participado en una huelga promovida por su sindicato. Asimismo, en la Sentencia TC 202/1999, se consideró ilegítimo, también por desproporcionado, que una entidad colaboradora de la Seguridad Social hiciera acopio en soporte informático de diagnósticos médicos del trabajador sin mediar consentimiento de éste. (pp. 40 – 41)

En España, la protección de datos se fundamenta en el artículo 18.4 de su Constitución, que reconoce el derecho a la intimidad y la protección de datos personales. La primera ley en este ámbito fue la Ley Orgánica 5/1992, que fue reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999. Esta última se adaptó a la Directiva 95/46/CE de la Unión Europea (UE), pero fue la Ley Orgánica 3/2018 la que actualizó y alineó la legislación española con el Reglamento General de Protección de Datos en la UE (RGPD), que entró en vigor el 25 de mayo de 2018. Ciertamente, que la jurisprudencia del TC español antes citada sirvió de base para la actualización de su legislación en materia de protección de datos personales, y que establece los derechos siguientes:

- Derecho de acceso: Conocer qué datos personales se están tratando y con qué finalidad.
- Derecho de rectificación: Solicitar la corrección de datos inexactos o incompletos.
- Derecho de supresión (derecho al olvido): Pedir la eliminación de datos cuando ya no sean necesarios o se haya retirado el consentimiento.
- Derecho de oposición: Negarse al tratamiento de sus datos en determinadas circunstancias.
- Derecho a la portabilidad: Recibir sus datos en un formato estructurado y transferirlos a otro responsable.

Por último, la Ley 3/2018 también impone obligaciones a las entidades que manejan datos personales, incluyendo la necesidad de obtener el consentimiento informado de los usuarios y garantizar la transparencia en el uso de los datos. Además, se requiere la designación de un delegado de Protección de Datos en ciertos casos, como cuando se realizan tratamientos a gran escala.

En sede nacional, mucho tiempo después de producido este fenómeno en la era digital, se emitió la Ley N.° 29733 (03.07.2011) de protección de datos personales (LPDP), y su Reglamento aprobado por DS N.° 003-2013-JUS, y que también implica analizar tal intersección civil y laboral, en cuanto a los datos sensibles, que según el artículo 2.5 de la Ley, son los:

> Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

Dicha LPDP y su Reglamento, cumplen con regular las obligaciones, derechos y excepciones en cuanto a su tratamiento, autorizaciones, sanciones y prevenciones, que en resumen implica que el empleador debe proteger dichos datos sensibles que guarda en la carpeta personal digital o en físico del trabajador, empero, autorizado de compartirlos cuando por ley se le permite, por ejemplo, con la SUNAT respecto a las planillas electrónicas, o el Ministerio de Trabajo sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tales excepciones podrán apreciarse en su artículo 14, motivo por el cual, no será necesario obtener el consentimiento del personal, para tal tratamiento de los datos.

Ahora bien, en lo relativo a la vigilancia de los trabajadores mediante cámaras de audio y video, el Tribunal Constitucional peruano, emitió la emblemática sentencia (25.09.2020) en el Exp. N.° 022082017-PA, Lima, en el caso Sindicato de Obreros PyA D'onofrio, cuyo antecedente mencionamos:

> Con fecha 27 de enero de 2014, don Vicente Javier Huaranda Guzmán, en representación del Sindicato de Obreros P y A D'Onofrio SA, interpone demanda de amparo contra Nestlé Perú SA, mediante la cual solicita que se deje sin efecto la pretendida instalación de tuberías para redes de cámaras de video en las áreas de producción, almacenes y cámaras de la fábrica, en las cuales laboran sus afiliados, por parte de la empresa contratada Clave 3, en perjuicio de los trabajadores y, específicamente, de sus agremiados, pues se persigue un control total y permanente durante la jornada de trabajo, lo que resulta violatorio de sus derechos a la dignidad y a la intimidad personal, además de perturbar psicológicamente a los trabajadores, lo cual afectaría su salud.

Sobre el particular, el TC estableció el criterio jurisprudencial siguiente:

> 11. El uso adecuado de la tecnología coadyuva al cumplimiento de esas facultades, como lo es, por ejemplo, la implementación de sistemas de control o vigilancia en el área de caja o tesorería de entidades bancarias, supermercados y otros en donde el empleador pueda supervisar y sancionar conductas que atenten contra la normativa jurídica vigente y las directrices empresariales.
>
> [...]
>
> 15. Asimismo, se puede distinguir que la instalación de cámaras tiene como objetivo el monitorear los procesos de producción y, de ser el caso, poder analizar cualquier incidente de producción o de seguridad; por ejemplo, verificar que las rutas de evacuación se encuentran despejadas, mantener las zonas seguras libres de camiones, asegurar un buen estado y evitar sabotajes en la fuente de energía alterna de la fábrica, poder visualizar el video ante potenciales reclamos vinculados con la presentación de cuerpos extraños en los productos, etc. También se puede advertir que las videocámaras no están instaladas en un ambiente que pudiera ser calificado como "privado", pues son áreas en las que el personal autorizado transita libremente.
>
> 16. Por otro lado, este Tribunal Constitucional considera que la parte accionante no ha señalado con claridad de qué forma las videocámaras que cuestiona lesionan los derechos a la dignidad, intimidad o salud de sus afiliados, limitándose a afirmar que las cámaras tienen como objetivo el control total, riguroso y permanente durante toda la jornada laboral de sus afiliados, impidiendo que trabajen con tranquilidad y sin margen a que se puedan distraer de su labor. En este sentido, se debe tomar en consideración que el empleador, como parte de su poder de dirección, reconocido en el artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR, puede optar por los mecanismos que estime necesarios para la supervisión de la prestación laboral (poder fiscalizador), siempre que ello no vulnere los derechos de los trabajadores, lo que en el presente caso no se ha acreditado.

Las cámaras de videovigilancia laboral

Como podrá apreciarse, sin mencionarlo el TC justifica su decisión sobre la base del test de proporcionalidad, esto es, que la videovigilancia es idónea para cumplir con los fines de control laboral, supervisión de la seguridad en el trabajo y monitorear el proceso productivo, esto es, que la medida adoptada posibilite alcanzar el objetivo propuesto, siempre que no haya otra más moderada para su logro con similar eficacia; por lo que, la medida resulta necesaria y adecuada en relación de medio a fin; y, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, al no invadir los espacios privados de las y los trabajadores que se les asigna en el centro de trabajo (cambiadores, baños, lactario, zona de refrigerio, etc.), entonces, no afecta su derecho a la intimidad.

Sin embargo, el TC no profundizó el análisis en cuanto al tratamiento de los datos a la imagen y voz que las videocámaras graben del personal filmado, y el derecho de estos de estar informados sobre su existencia y resguardo de la captación de dichos datos. En razón a que, toda persona es propietaria de sus datos, aún sean estos contenidos en soporte electrónico. Motivo por el cual, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP) emitió la Resolución Directoral Nro. 02-2020-JUSDGTAIPD(10.01.2020) que aprueba la Directiva Nro. 01-2020-JUS/DGTAIP-1, sobre el tratamiento de datos personales por medio de sistemas de videovigilancia, en cuyos numerales del 7.9 a 7.25, regula sobre el particular, a saber:

Videovigilancia para el control laboral

Excepción al consentimiento en torno de la finalidad

7.9 En virtud del poder de dirección del empleador, este se encuentra facultado para realizar controles o tomar medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores, entre las que se encuentra la captación y/o tratamiento de datos a través de sistemas de videovigilancia.

Deber de Informar

7.10 El empleador se encuentra obligado a informar a sus trabajadores de los controles videovigilados, a través de carteles (o en su defecto de los avisos informativos mencionados en la presente directiva); ello, sin perjuicio de informar de manera individualizada a cada trabajador, si se considera pertinente. [...]

Finalidad de los sistemas de videovigilancia

7.11 El tratamiento de los datos de los trabajadores se limita a las finalidades propias del control y supervisión de la prestación laboral, de tal forma que no pueden utilizarse los medios o el sistema de videovigilancia para fines distintos, salvo que se cuente con el consentimiento del trabajador o se trate de alguna de las excepciones señaladas en el artículo 14 de LPDP.

7.12 Son fines legítimos para el control y la supervisión de la prestación laboral, la protección de bienes y recursos del empleador; la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo; y, aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.

Principio de proporcionalidad

7.13 El control laboral a través de sistemas de videovigilancia sólo se realiza cuando sea pertinente, adecuado y no excesivo para el cumplimiento de tal fin.

7.14 Asimismo, la instalación de las cámaras o, en todo caso, su ámbito de captación debe restringirse a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral.

7.15 En ningún caso se admite la instalación de sistemas de grabación o captación de sonido ni de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuarios, servicios higiénicos, comedores o análogos.

7.16 La grabación videovigilada con sonido en el lugar de trabajo sólo se admitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad y finalidad. Prohibición de uso de las imágenes para fines comerciales o publicitarios.

7.17 Las imágenes captadas a través de los sistemas de videovigilancia laboral no pueden ser utilizadas con fines comerciales o publicitarios, salvo que se cuente con el consentimiento de los trabajadores.

Cancelación de imágenes y/o voces

> 7.18 Las imágenes y/o voces grabadas se almacenan por un plazo de treinta (30) días y hasta un plazo máximo de sesenta (60) días, salvo disposición distinta en las normas laborales. Durante ese plazo, el titular del banco de datos o encargado del tratamiento debe cuidar que la información sea accesible sólo ante las personas que tengan legítimo derecho a su conocimiento y manteniendo así la reserva necesaria respecto a las imágenes y/o voces. [...]
>
> 7.21 Las imágenes y/o voces sin editar que den cuenta de la comisión de presuntas infracciones laborales y/o accidentes de trabajo deben ser conservadas por el plazo de ciento veinte (120) días, contados a partir de su conocimiento, salvo la existencia de alguna finalidad que justifique su conservación o de interés legítimo, tiempo dentro del cual el empleador podrá iniciar las acciones legales pertinentes.
>
> 7.22 El trabajador podrá solicitar el acceso a las grabaciones o a una copia digital de las mismas que contengan información sobre una inconducta o incumplimiento laboral que se le haya imputado, pudiendo utilizar esta grabación como medio de prueba. [...]
>
> 7.24 Los trabajadores deben estar informados por los medios establecidos en la directiva sobre el procedimiento implementado por el empleador para ejercer sus derechos de acceso, cancelación y oposición.

Transferencia de datos personales

> 7.25 Si el empleador debe transferir los datos personales de sus trabajadores captados mediante videovigilancia a un tercero por motivos no laborales, debe informar de ello a los trabajadores, conforme la LPDP y su reglamento. De igual modo, cuando corresponda, debe solicitar su consentimiento.

En cuanto, al Teletrabajo en respeto a la intimidad del trabajador cuando teletrabaja desde su hogar, no cabe la videovigilancia, ni siquiera exigirle que prenda su cámara, cuando es innecesario, salvo que se justifique por la función que realiza en medios virtuales, y la medida adoptada supere el test de proporcionalidad y razonabilidad. Por lo demás, el control del trabajo que el servidor realice mediante equipos informáticos, bien pueden ser supervisados por el empleador, sin invadir la privacidad de sus quehaceres en la intimidad de su hogar.

En cuanto a la jurisprudencia comparada, sobre la materia, citamos la Sentencia 29/2013 del Tribunal Constitucional Español, en la que rechazó la prueba de videovigilancia aportada por el empleador, por ilícita, al no haber cumplido previamente con informar al personal comprendido en su investigación, por ende, nula la sanción impuesta.

De modo, pues, que las cámaras ocultas, los micrófonos y malware espías, están proscritos de la fiscalización laboral. Sin embargo, esta regla tiene su excepción, y la encontramos en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala de 17 de octubre de 2019. Caso López Ribalda y otras vs. España, validó un caso de videovigilancia temporal y específico, sin aviso a los empleados para descubrir un robo sistemático de mercancía que estaba sucediendo en la empresa.[51]

[51] «El TEDH entiende que se cumplió con el test de proporcionalidad por los siguientes motivos:

1. Existían fundadas sospechas de que se han cometido irregularidades graves de alcance relevante, pues durante cinco meses se identificaron pérdidas de hasta 25.000 euros.

2. La videovigilancia no abarcó toda la tienda, sino que se centró en las zonas aledañas a las cajas, en las que probablemente se habían cometido robos.

3. Por lo que se refiere al alcance de la medida a lo largo del tiempo, la duración de la vigilancia por videocámara, en realidad duró diez días y cesó tan pronto como se identificó a los empleados responsables. Por lo que la duración del seguimiento no fue excesiva en sí misma».

En <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/sentencia-tedh-caso-lopez-ribalda.html>

Razón por la cual, en la Sentencia 119/2022, de 29 de septiembre, el Pleno del Tribunal Constitucional, estableció la regla jurisprudencial siguiente:

> [E]n el marco general de control del cumplimiento de un contrato de trabajo, y a estos solos fines, el empresario podrá instalar un sistema de videovigilancia. La instalación y uso del sistema no requerirá el consentimiento de los trabajadores, pero sí exige un deber de informar a estos con carácter previo y de forma expresa sobre su existencia y finalidad. La ubicación de las cámaras habrá de respetar la intimidad propia de los lugares destinados al descanso o esparcimiento, o que tengan un carácter reservado. No obstante, la utilización de las imágenes captadas para verificar o acreditar la comisión flagrante de un acto ilícito no exigirá el previo deber de información, que podrá entenderse cumplido cuando se haya colocado en lugar visible un distintivo informativo de la existencia del sistema, de su responsable y de su finalidad. (FJ 5.b)

Según el derecho comparado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español resulta relevante, ya que ha sentado las bases para determinar cuándo el ejercicio de las facultades organizativas y de dirección del empresario prevalece sobre el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador, en el marco de la relación laboral que les une, según los criterios siguientes:

1. Cuando la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril y 106/1996, de 12 de junio).
2. Cuando exista una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero y 136/1996, de 23 de julio). Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que, si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad (STC 98/2000, de 10 de abril).
3. La tutela jurisdiccional debe preservar "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito, modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente, de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero), pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, esa modulación solo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994, de 11 de abril). Esto entraña, la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras).

Por último, este derecho a la protección de datos también alcanza a la fase pre contractual laboral, y que obliga a las agencias de colocación o empleo tratar dicha información que el postulante les proporciona según las recomendaciones sobre "Protección de datos personales de los trabajadores", aprobado por la Organización Internacional de Trabajo (1996)[52], pues *"los datos deben ser procesados únicamente para cumplir la finalidad por la cual se establece la*

[52] Adoptado en la Reunión de expertos sobre la protección de la vida privada de los trabajadores de la OIT. La reunión se efectuó en Ginebra, del 1.0 al 7 de octubre de 1996, en cumplimiento de una decisión tomada por el Consejo de Administración de la OIT en su 264.a reunión (noviembre de 1995)

En <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf>

vigilancia", en consecuencia, *"no deben servir para controlar o vigilar el comportamiento"* del personal, si esta no es la finalidad declarada.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En primer lugar, no existe un tratamiento legislativo global y articulado de los derechos inespecíficos del trabajador en la empresa, en concordancia con los principios laborales y preceptos convencionales, sino una regulación fragmentada, dispersa entre normas jurídicas internacionales y nacionales.

En segundo lugar, ante tal vacío normativo, una vez más a la Justicia ordinaria, constitucional y convencional llenará tal ausencia reguladora, a partir de la casuística de la jurisprudencia, con las dificultades de decisiones contradictorias que ello conlleva en la práctica. Por lo demás, resulta de utilidad la legislación y jurisprudencia comparada, en especial del país de España.

En tercer lugar, estos derechos se articulan a través de acciones positivas de ejercicio de derechos fundamentales que deben ser garantizados por la empresa. En este aspecto, la doctrina se encuentra dividida entre los que abogan por resolver en esos casos, el conflicto de intereses que se genera entre la aplicación del derecho fundamental del trabajador y el ejercicio de la libertad de empresa aplicando el test de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de establecer los límites concretos o condicionantes, y excepciones en el desarrollo de la actividad empresarial.

Admitiéndose, que los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador, constituyen un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, debe tenerse presente que pueden ser objeto de limitaciones o modulación en su ejercicio. La existencia de una relación contractual entre el trabajador y el empresario genera un conjunto complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también, el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, de modo que las manifestaciones de estos que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación o viceversa. Sin embargo, es función de la jurisprudencia buscar la concordancia práctica de los derechos y libertades de ambas partes de la relación laboral, ante el uso de las NTIC, salvo que el sacrificio de la libertad de empresa sea necesaria en salvaguarda del derecho a la salud, integridad, intimidad y protección de datos del trabajador, esto es, que la medida empleada por el patrono no supera el test de proporcionalidad y razonabilidad.

En cuarto lugar, el uso de las cámaras de videovigilancia laboral es de gran utilidad para el empleador con la finalidad de fiscalizar que sus colaboradores cumplan con sus trabajos, controlar los procesos productivos, supervisar la observancia del reglamento interno y del de seguridad y salud en el trabajo, así como cautelar su patrimonio. Por ello, su aplicación en el ejercicio del poder de fiscalización del empleador aprueba el test de proporcionalidad y razonabilidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siempre que haya cumplido con informar de su uso en el centro de labores a sus trabajadores, y la ubicación de las cámaras de videovigilancia, según la citada directiva de la ANPDP, caso contrario las grabaciones que exhiba no tendrán valor probatorio.

Además, tal obligación legal de advertencia debe incluirse en el Anteproyecto del Código del Trabajo, ya que su artículo 54° no lo prevé, y el 55° solo incluye el deber de reserva de los datos privados del trabajador.

Así, pues, el derecho a la protección de datos del trabajador se desprende de su derecho a la intimidad, ya que el empleador al grabar y guardar su imagen y voz, asume responsabilidad de tal patrimonio cuyo único titular es el ciudadano trabajador. Por tanto, aquel tiene el derecho a la debida información del uso y el destino que le daría el empleador, ya que su entrega a personas no autorizadas, o la fuga de dicha información, causaría una violación al derecho a la

intimidad del trabajador, también a su derecho a la propiedad de tales datos en soporte electrónico, cuya difusión indebida le podría ocasionar perjuicios, toda vez que el solo hecho de saber que su imagen y su voz estarían circulando por el ciberespacio, le irrogaría un daño moral.

No obstante, pueden existir posibles casos de excepción, como lo discernido por el TEDH, sobre el que dimos cuenta. Corresponde a la magistratura, en sede judicial, realizar el juicio de ponderación de los principios y los derechos concernidos, caso por caso, pues las reglas al confrontarse con la realidad, no pocas veces, muestran insuficiencia normativa.

Por ende, tales nuevas prerrogativas y obligaciones deben incluirse en las cláusulas contractuales y los convenios, el reglamento interno de trabajo, en el de seguridad y salud en el trabajo, o en las directivas empresariales específicas, y que la autoridad inspectiva de trabajo deberá fiscalizar.

Asimismo, le corresponde al legislador en el futuro Código del Trabajo, unificar la normatividad dispersa y completar la regulación pendiente de los derechos laborales inespecíficos, para su correcto goce, ejercicio y protección.

Finalmente, la revolución digital 5.0 y las NTIC no deben hacer perder o precarizar los derechos de las personas que trabajan, menos causar discriminación y abusos sea del trabajador o el empleador. Por el contrario, corresponde que el sistema jurídico asuma el reto y el desafío de una debida regulación normativa que garantice el trabajo decente, facilite la progresividad y no regresividad de los derechos, prevea la interdicción de la arbitrariedad en el abuso de la utilización de las NTIC y la IA, cuando amenacen o violenten la vida, la salud, la integridad, la dignidad, la igualdad, la libertad, la intimidad, la propiedad y la protección de datos personales, entre otros derechos de los colaboradores, pero también validar medidas excepcionales y temporales del empleador en el uso de la videovigilancia en salvaguarda de su patrimonio y la disciplina en el trabajo, por el bien de la justicia social y la paz laboral en el Perú.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arévalo, J. (2023). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Juristas Editores.

Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Chaves, J. (2013). *STC 241/2012:* Retroceso razonado en la protección de la intimidad informática. *El rincón jurídico de José Ramón Chaves (blog).*

https://delajusticia.com/2013/01/28/stc2412012-retroceso-razonado-en-la-proteccion-de-la-intimidad-informatica/

Corrales, E. (2020).

Corte Constitucional Colombiana (2022) XVII Encuentro: Todos somos jurisdicción Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?La-Corte-realizara-el-XVII-Encuentro%22Todos-somos-jurisdiccion-Constitucional%22-en-Villa-de-Leyva-9338

Ermida, O. (2006). Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo. En H. Barretto (Dir.). *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay* (pp. 11-20). Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Espinoza, J. (2004). *Derecho de las Personas.* Lima: Gaceta Jurídica.

Fernández, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuestas de Enmiendas.* Lima: Motivensa.

Fernández, C. (2016). El Derecho y la Libertad como proyecto. *Revista IUS ET VERITAS, 24(52), 114-133.* https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375

Ghai, D. (2003). Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista Internacional del Trabajo, 122(2),* 125-126. Ghai.fm (ilo.org)

Goñi. J. (2014). Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación? *Primera Ponencia del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en colaboración con el área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPNA.*, (pp. 1-98). Pamplona. *https://academicae.unavarra.es/handle/2454/10903*

Landa, C. (2018). Los Derechos Fundamentales. (Año de publicación del libro original 2017). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2018. Disponible

https://bit.ly/3bnIO11

Livellara, C. (2015). Derechos fundamentales inespecíficos del trabajador: Su problemática y aplicación en Argentina. *Gaceta Laboral,* 21(1), 9–39. Universidad del Zulia.

López, S. (2008). *El Estado en el Perú de hoy.* En: *El Zorro de Abajo* (Blog), final del numeral 6. *¿Es posible construir un Estado para todos?*

http://blog.pucp.edu.pe/blog/sinesio/2008/04/04/el-estado-en-el-peru-de-hoy/

Luhmann, N. (2002). *Introducción a la Teoría de Sistemas.* Universidad Iberoamericana, México. (Año de publicación del libro original 1996)

Morales, J. (2003) *Comentario del artículo 14. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas.* Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima.

Murgas, R. (2009). Mitologías y patologías en el Derecho del Trabajo: de los principios a la realidad. *En: Actualidad del Derecho del Trabajo,* Coord. Pasco, M. Lima: Grupo Editorial Arteidea.

Muro, M. (Dir.). (2006). *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución.* Dialogo con la Jurisprudencia, Perú.

Neves, J. (2003). *Introducción al derecho laboral.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

Palomeque, M. y Álvarez, M. (2001). *Derecho del Trabajo.* Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Aceres, 9ª. Edición.

Pasco, M. (2012). Los Derechos Laborales Inespecíficos. *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social,* Vol. 3, N° 5, 13-26.

https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42978/44918

Rodríguez, M. (2018). La necesaria observancia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límite inexcusable del poder de dirección empresarial. *IUSLabor,* N° 2, 173185.doi:10.31009/IUSLabor.2018.i02.04.

Todolí, A. (2021). *Regulación del Trabajo y Política Económica. De cómo los Derechos Laborales mejoran la Economía.* España: Thomson Reuters.

Toledo, O. (2017). Introducción. Los derechos de titularidad general o inespecífica en el seno de la relación laboral. *Revista Soluciones Laborales,* Año 10, N° 116, Agosto 2017, 13-16.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"Derecho, Proceso y Justicia"

Del inadecuado eficientismo legislativo que hace nugatorio el reconocimiento de derechos mininos e irrenunciables en materia laboral y que dificultan la administración de justicia



José Mauricio Arredondo Del Rio[53]

ABSTRACT

It is possible, both humanly and professionally, to understand that difficulties may always arise in the implementation of legal provisions seeking to materialize minimum and inalienable rights for our workers and in the obligations and duties of employers, whether they are individuals or legal entities under public or private law. The above is due to the fact that the field of labor relations offers an unlimited series of variables. Even if serious, organized, and systematic work is carried out, there will be some topics that cannot be overcome and represented in the law itself.

Similarly, the events that reality may present can easily exceed the scope or purposes for which the law was conceived in terms of a solution or legal response. What is being questioned today is the inadequate and highly efficient legislative system that prevents or does not allow the recognition of minimum and inalienable rights in labor matters, as a result of the approval of regulations that were already contained in other provisions or by trying to give them a new interpretation based on precepts that are presented as novel or contemporary and in which their authors pretend to affirm something when in reality their reading does not deduce the expected scope.

PALABRAS CLAVES

Derechos mínimos, irrenunciables, eficientísimo legislativo, normatividad, territorialidad, informalidad, subordinación, desuetud, populismo legislativo, derecho sustantivo, procesal, mediático.

Es importante señalar y con la finalidad de lograr una estructura coherente a nuestro tema objeto de análisis, de las complejas relaciones de carácter laboral en Latinoamérica, frente a este incierto panorama, valoramos aquellas relaciones de trabajadores subordinados que responden a la categoría de dependientes y que han logrado como población económicamente activa acceder al mercado laboral real, esto es mediante una contratación con el lleno de los requisitos formales y en atención a las disposiciones particulares de carácter laboral y de la seguridad, vigentes para cada Estado.

[53] **José Mauricio Arredondo Del Rio,** Abogado, Magister y Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó. Excoordinador del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana, Exabogado externo del Instituto de los Seguros Sociales, Docente de las Universidades de Medellín, San Buenaventura Medellín Sede Bello, Cooperativa, Salazar y Herrera, Exdirector del Consultorio Jurídico de la Universidad Católica Luis Amigo. Docente de Planta en carrera administrativa del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria. Ponente nacional e internacional, Abogado litigante, E mail: jmarredondo@tdea.edu.co arredondodelriojosemauricio@gmail.com, Dirección calle 7 número 81 B 13 Edificio Catalejo Beta Medellín – Antioquia – Colombia. Teléfono celular 311 372 21 08.

Lo anterior como fundamento y en desarrollo del principio de territorialidad que estable su jerarquía normativa, en relación con las temáticas propias de la materia, a través de normas de carácter constitucional y legal que instituyen los fundamentos del derecho del trabajo para los diferentes Estados, entre los postulados que han sido plasmados en normas positivas en los últimos años en la región y algunos de ellos hoy considerados como fundamentales podríamos destacar en las disímiles codificaciones de Latinoamérica los siguientes: la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima vital y móvil, esta proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos que se otorguen y reciban directamente entre empleadores y trabajadores, no de aquellos que su pago o cotización deba realizarse en favor del trabajador en una entidad o fondo administrador por decreto de la ley; condición más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social integral, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado y en la orilla más próxima, advertimos de la informalidad que se apellida laboral, la cual y entre una de sus características más generales, está el no contar con una remuneración básica, bien sea, de orden semanal, quincenal o mensual y esto ocurre para millones de personas, que realizan actividades sustentadas en la *"escasez y no reconocimiento de derechos"* y que responden a condiciones de mercado *(oferta – demanda),* que precarizan un condición social, hoy sin presente y mucho menos con futuro, llegando hasta la vulneración individual y de su dignidad humana.

En América Latina en el último quinquenio la informalidad ha llegado a cifras por decirlo en buen sentido retadoras (por todo lo que se debe hacer por un Estado, mediante la implementación de políticas, estrategias, exploración de nuevas dinámicas económicas, sociales y jurídicas, etc.), como por ejemplo de un 84,9% en Bolivia, de 79% en Guatemala, de 69,1% en el Salvador, de 68,9% en Paraguay, de 68,4% en Perú, de 63,5% en el Ecuador, de 62,1% en Colombia, de 54,3% en República Dominicana, de 52,8% en Panamá, de 49,4% en Argentina, de 47,1% en Brasil, de 36,6% en Costa Rica, de 25,3% en Chile y del 23,9% en Uruguay. Esto sin desconocer que la pandemia del Coronavirus – Covid 19, dejó 158 millones de personas en el no deseable registro de la informalidad laboral para América Latina, según la fuente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

De allí que como medio para resolver problemas, olvidando principios como el de sostenibilidad financiera, número de beneficiarios o interesados directos, se acude por propios y extraños con iniciativa legislativa a tratar de buscar en una norma jurídica la solución de una problemática social y tal vez falta de definición/acción por parte del Estado en atender, priorizar y reestablecer derechos mínimos e irrenunciables de sus ciudadanos.

Pareciera que no ocurriera en el presente siglo de avances tecnológicos inesperados y con el apoyo de inteligencias artificiales que resuelven complejos fenómenos de manera ágil y eficiente, que proyectos de ley que se presentan en los diferentes países de la región no se compadecen de atacar de fondo el fenómeno complejo y problemático, más bien, se convierten en medidas *"tibias"* para el privilegio de unos pocos y en la carga de unos cuantos.

Es poco lógico que después de existir debates para una iniciativa, con la participación y la rendición de conceptos, ponencias y presentación de disertaciones en pro y en contra, se aprueben, sancionen, promulguen, publiquen y entren en vigencia normas que no consultan el rigor jurídico de las materias del derecho del trabajo: normas tanto sustantivas o materiales y procesales o adjetivas que antes de allanar el camino para avanzar en la materialización del Estado social de derecho, entorpecen la función del administrador de justicia, en su labor legal y constitucional de tomar las mejores decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico tanto

nacional como internacional, de las causas que sobre la materia del trabajo llegan a su consideración para ser definidas en una sentencia.

Reconocemos que es importante una de nuestras teorías de Estado como es la separación de poderes (pesos y contra pesos), que robustece una verdadera democracia con la posibilidad de soñar en unas auténticas realidades humanas; lo que sí es impensado es que nuestros legisladores, no proyecten reformas estructurales en el tiempo que impacten verdaderas transformaciones sociales, donde la generalidad sea la regla y las excepciones, además de transición, tiendan a desaparecer.

En materia laboral y de la seguridad social ha faltado un Estado que se apropie y establezca anticipadamente las necesidades jurídicas más relevantes de acuerdo a los cambios sociales mundiales; la iniciativa legislativa, la han tenido a lo largo de la historia en nuestra región, personas que desatienden o desconocen las condiciones mínimas de los derechos irrenunciables y que a través de su inadecuado eficientísimo legislativo, antes de avanzar a definiciones más seguras, se han encargado de ir involucionado muchas de las figuras de trascendencia jurídica hoy para el derecho laboral y de la seguridad social y lo que es peor que de antaño habían logrado un reconocimiento pacifico ante nuestros jueces de instancia. Lo que se representa en diferentes situaciones problemáticas para Latinoamérica, así:

1. Compendios normativos recientes que han caído en lo que generalmente conocemos como la desuetud de la norma jurídica, vigente pero que no se aplica, por la falta de entidad para dar respuesta a las problemáticas sociales.
2. La promulgación de leyes ordinarias que desconocen la técnica jurídica de conceptos de lo sustancial y de sistemática procesal en particular, para su aplicación en el medio.
3. Imposibilidad de llenar vacíos jurídicos que, aunque inesperados, se han convertido históricamente en un punto sin referencia.
4. La falta de conocimiento del tema para la ponencia de reformas legislativas en la materia, lo que advierte de la limitación en el manejo de conceptos y la dificultad de recrear ambientes y escenarios cotidianos lo que ha dado al traste con la justicia.
5. La copia de legislaciones entre países por toda la región, que no se corresponde con la diversidad cultura y la concepción epistemológica que debe guiar la implementación de figuras jurídicas en un Estado en particular
6. Los intereses en pro y contra de quienes formulan disposiciones normativas en materia laboral, que se han convertido en ideologías de temor ante las expectativas de rechazo y negación por parte de los sectores productivos para su reconocimiento.
7. Las presiones mediáticas de soluciones prontas, sin proceso ni apertura a condiciones superiores de vigencia en el tiempo y en contextos laborales de normas especiales.
8. El populismo legislativo que vende soluciones pasajeras que no responden a cambios que edifiquen mejores opciones para los trabajadores en favor de su calidad de vida y la de toda su familia.
9. Las especulaciones de reformas que desorientan en relación con las conceptualizaciones básicas o propias del derecho laboral y de los derechos adquiridos.
10. La desatención y el desconocimiento del ordenamiento jurídico en materia laboral y de la seguridad social, de normativas ya consagradas, pero no estudiadas que hacen que en proyectos nuevos se trabajen los mismos temas con diferentes interpretaciones y de conclusiones diversas.
11. El eficientísimo de propuestas de reformas y la aprobación de leyes para la adjudicación de resultados de una gestión personal positiva.

12. La esperanza de reformas más que jurídicas para la solución de controversias con características económicas, así atenten contra figuras de especial protección como la estabilidad en el empleo.
13. La adopción de beneficios inconsultos y de poca rigurosidad en su base técnica, que desestimulan la creación de empleo y la posibilidad de generación de emprendimientos.
14. La desatención de la clase trabajadora y el utilitarismo de algunos con fines de poder y grandeza publica en campañas de elección popular, para luego desatender una vez electos sus promesas y la destinación de recursos a sus banalidades.
15. El bajo nivel educativo de millones de trabajadores que instrumentalizados por unos cuantos agitan reformas y cambios legislativos sin conocer de sus derechos mínimos e irrenunciables de conformidad con las normas vigentes que regulan la materia.
16. De la inadecuada búsqueda del asistencialismo, a través de normas laborales que guardan hoy la teoría anacrónica de la desigualdad y la explotación. Cuando a la fecha no podemos desconocer que el binomio perfecto para el desarrollo de una empresa y si se quiere de un país es la unión de trabajadores y empleadores, con finalidades claras, como para uno lo será la obtención mayores márgenes de utilidad y el otro para mejorar sus condiciones de vida personales y de sus seres más próximos.
17. Del miedo y el temor de trabajadores a represalias fundadas o infundadas para terminar con el yugo u oprobio de conductas como el acoso laboral y sexual en el ámbito laboral, bajo normas que dicen mucho, pero sus sanciones son ineficientes.
18. Las aspiraciones inconsistentes de sectores sociales que consideran que son merecedores de todo cuando sea beneficioso, pero sin adelantar una gestión productiva bajo la figura de una contratación laboral de carácter subordinado y que tallan por reformas legislativas que afectan la productividad y desarrollo del país.
19. Las tasas de desempleo que para países como Colombia es del 10,0, Chile 8,1, Uruguay 8,0, Brasil 7,2, Perú 6,5, Argentina 6,3, Paraguay 5,7, Bolivia 5,1 por mencionar algunos, como aspecto importante en la mediatización de normas con la finalidad de atacar el fenómeno, pero que no guardan una mirada integral de cara al futuro.
20. La irracionalidad de sectores que supuestamente defiende los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores dependientes que olvidan sus facultades y funciones como la de contribuir a la unidad entre trabajadores y empleadores, consolidando su relación bajo parámetros de justicia, respeto mutuo y subordinación a la ley, desconociendo de las garantías laborales, el trato digno y la consideración como individuo social que después de estar con sus compañeros en un ambiente laboral, debe asumir las calidades de hijo, padre, hermano, tío, ciudadano con amplias expectativas y necesidades, y los cuales al parecer no las ven en los empleadores la oportunidad de crecimiento personal, sino más bien de adversarios y contradictores. Fenómeno antes anunciado que transciende a una legislación que no responde a criterios de igual entre desiguales y que atenta contra los derechos mínimos fundamentales de nuestros trabajadores.
21. Para evitar el fenómeno del eficientísimo legislativo que nos hace tanto daño en la región y como un aspecto negativo para su materialización, sumamos la falta de compromiso de académicos, doctrinantes y jueces que así reconozcan las limitaciones de quienes proponen los cambios y de si impertinencia, durante décadas hemos realizado proposición normativa, es decir, referencia a este inadecuado eficientísimo que produce normas de contenidos cuestionables y de compleja interpretación, para dejar nuestra critica relegada al escenario académico cuando más o excepcionalmente iniciar el trámite para la declaratoria de inexequible de un apartado de la norma o de su totalidad.

Un caso típico sobre este punto de reflexión lo advertiremos en la siguiente norma de uno de nuestros ordenamientos jurídicos en Latinoamérica:

> *"Pensión sanción. El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*
>
> *Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.",* para el caso concreto por tiempo laborado que objeto tiene la calificación de la terminación del contrato individual de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, la propia norma por eficiente que parezca esta desconociendo y vulnerando un derecho como lo es la posibilidad de acceder a una pensión por la evaluación sin justa causa del despido o terminación, lo cual como decía el maestro Michele Taruffo en palabras de la doctora Ramírez Carvajal: *"deje la normita por allá y aplique el derecho."*

De allí que no es extraño advertir como en los diferentes ordenamientos de jurídicos Latinoamericanos, gracias al eficientísimo inadecuado en la promulgación de normas en materia laboral y de la seguridad social, se advierta serias incongruencias.

En similar contexto existen leyes nacionales en los ordenamientos jurídicos latino-americanos que complejizan la labor de la justicia administrativa y judicial en materia laboral, *(Juez laboral, Juez Social, Tribunales del Trabajo, Tribunales Superiores del Trabajo, Jueces de Primera Instancia, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial - Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, etc.),* no por su rigor, más bien por su desatención frente a situaciones ya legisladas o consolidadas en el tiempo y con el agravante que pueden ser contrarias, no siendo una tarea de resolver una antinomia jurídica, para el caso que queremos advertir, más bien, por un desconocimiento de una facultad normativa así:

El artículo de una ley nacional consagra la figura jurídica de la suspensión del contrato individual de trabajo, la cual data del año de 1950 y en la cual se consagra en uno de sus numerales: que *"Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por treinta (30) días después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.",* posteriormente una Ley del año 2017 para el mismo ordenamiento jurídico al parecer desorienta en la consolidada de dicha situación veamos:

> *"ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN MILITAR PARA EL TRABAJO. La situación militar se deberá acreditar para ejercer cargos públicos, trabajar en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con cualquier entidad de derecho público.*
>
> *Sin perjuicio de la obligación anterior, las entidades públicas o privadas no podrán exigir al ciudadano la presentación de la tarjeta militar para ingresar a un empleo. Las personas declaradas no aptas,* exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas podrán acceder a un *empleo sin haber definido su situación militar. Sin embargo, a partir de la fecha de su vinculación laboral estas personas tendrán un lapso de dieciocho (18) meses para definir su situación militar. En todo caso, no se podrán contabilizar dentro de los dieciocho (18) meses, las demoras que no le sean imputables al trabajador."*

Otro ejemplo, en este caso para la sistemática procesal laboral y de la seguridad social en Colombia, se presenta con su hoy vigente articulo 151 que consagra la figura de la ***prescripción,*** cuya consagración legal de forma errónea anuncia que *"las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.",* advirtiendo como el legislador no probo, desatento y no muy mal asesorado, debido a que pueda ser que no sea su tema de estudio, indica que la acción prescribe cuando esto no es acertado, ya que a los que se le puede alegar en juicio el fenómeno anunciado, son a los derechos pasado el tiempo de tres años como regla general de su exigibilidad. Continuando con el yerro del inadecuado eficientísimo de nuestro legislador tomemos atenta nota de otra consagración que no se corresponde con la figura jurídica.

El articulo 118-A. PRESCRIPCIÓN. Del hoy vigente Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, consagra: *"Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso. Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo. Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término, de dos (2) meses."* Contrario a lo definido por el legislador para el evento en especifico no corresponde la figura procesal propuesta para el concepto de prescripción, cuando el tema abordado se corresponde con el fenómeno jurídico de la caducidad.

Es posible humana y profesionalmente, el comprender que siempre se pueden presentar dificultades en la concreción de disposiciones jurídicas en busca de la materialización de derechos mínimos e irrenunciables en favor de nuestros trabajadores y en las obligaciones y deberes en favor de los empleadores, bien se trate de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. Lo anterior por ofrecer el campo de las relaciones laborales, una serie ilimitada de variables, que así se realice un trabajo serio, organizado y sistemático existirán uno tópicos que no logren superarse a representarse en la propia norma.

En igual sentido, los eventos que puede plantear la realidad con facilidad pueden desbordar los alcances o las finalidades con que se pensó la norma de cara a una solución o respuesta de atención jurídica. Lo que hoy se cuestiona es del inadecuado eficientísimo legislativo que impide o no permite el reconocimiento de derechos mininos e irrenunciables en materia laboral, a consecuencia de la aprobación de normas que ya estaban contenidas en otras disposiciones o por tratar de darle a la misma una nueva interpretación a partir de preceptos que se exponen como novedosos o contemporáneos y en los cuales sus autores pretenden afirma algo cuando en realidad de su lectura no se deduce el esperado alcance.

En Colombia país suramericano que hoy, si una disciplina jurídica esta de *"moda"* es el derecho laboral y de la seguridad social, con nuevas leyes en materia de naturaleza sustantiva y procesal para el área, se presenta la dificultad en cuanto a la creación de una expectativa no legitima y que el día de mañana será un reclamo tanto en vía administrativa, como judicial y en la cual nuestro jueces destinarán parte de su tiempo dar unas explicaciones a una situación jurídica, ya consolidada, pero que una mala interpretación revive, veamos:

*"**CONTRATOS DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO:** Podrán celebrarse contratos de trabajo a término fijo **por un término no mayor a cuatro (4) años.** El contrato de trabajo a término fijo deberá celebrarse por escrito. Cuando el contrato de trabajo a término fijo no cumpla las condiciones y requisitos previamente mencionados, se entenderá celebrado a término indefinido desde el inicio de la relación laboral.*

El contrato a término fijo ***no podrá renovarse*** *indefinidamente, sin embargo, podrán considerarse los siguientes tipos de prórrogas:* **Prórroga pactada.** *Cuando el contrato de trabajo se celebre por un término inferior a un (1) año, las partes, mediante acuerdo escrito, podrán prorrogar el número de veces que estimen conveniente; sin embargo, después de la cuarta prórroga, el contrato no podrá renovarse por un período inferior a un (1) año. En ningún caso podrá superarse el término máximo de cuatro (4) años previsto en este artículo, para los casos de contratos vigentes este límite máximo se contabilizará a partir de la entrada en vigencia de esta ley.* ***Prórroga automática.*** *Si con treinta (30) días de antelación al vencimiento del plazo pactado o su prórroga, ninguna de las partes manifestare su intención de terminar el contrato, este se entenderá renovado por un término igual al inicialmente pactado o al de su prórroga, según sea el caso, sin que pueda superarse el límite máximo de cuatro (4) años previsto en este artículo. Esta misma regla aplicará a los contratos celebrados por un término inferior a un (1) año, pero en este caso la cuarta prórroga automática será por un período de un (1)año." Subraya y negrilla fuera del texto.*

Tristemente la historia se repite por una errada interpretación quien puede afirmar de la transcripción del texto de la ley que acá se presenta que la conclusión después de cuatro (4) años de vigencia del contrato, mute su naturaleza de fijo a indefinido. Respuesta nadie pero así se vendió por el legislador esta errada interpretación.

El legislador no es sabio, ni conoce todas las materias de las cuales legisla a detalle, pero debería asesorarse de quienes tantos conocimientos tienen en lo especifico que se legisla para realizar un buen trabajo y evitar un desgaste de nuestros jueces al momento de pronunciar sus decisiones de fondo sentencias.

BIBLIOGRAFIA

ABERASTURI, Marcelo, et al.: La organización Internacional del Trabajo en la política mundial. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1969.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AGUDELO, Abel de S. Jurisprudencia Laboral. Corte Suprema de Justicia. Tomo I. Letras A a la L, número 1 a 137. Contraloría General de Boyacá. Fondo Rotatorio de Publicaciones.

APARICIO TOVAR, Joaquín. Los derechos sociales ante la internacionalización económica". En. J.L. MONEREO (Dir.), La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos. Granada: Editorial Comares, 1999.

ARCILA URREA, Jaime. Lecciones de derecho procesal del trabajo. 2ª ed. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1992.

BARROSO FIGUEROA, José. Derecho Internacional del Trabajo. México: Editorial Porrúa S.A., 1987.

BAYLOS GRAU, Antonio. Derecho del trabajo: modelo para armar. Madrid: Ed. Trotta S.A., 1991.

BENAVIDES PATRÓN, Juan. Conferencias sobre Derecho Procesal del Trabajo.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. Introducción al derecho del trabajo. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1989.

CABANELLAS, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Omega, 1968.

CANABELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, actualizado por José N. Gómez Escalante, Tomo I, 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.

DE BUEN L., Néstor. Derecho Procesal del Trabajo. México: Editorial Porrúa S.A. 1988.

DE ZUBIRIA, Roberto. El Derecho del Trabajo ante la Jurisprudencia y la Medicina del trabajo. Bogotá. Empresa Nacional de Publicaciones, 1956.

DÍAZ DAZA, Víctor Julio. Derecho procesal laboral. Bogotá: Ediciones Uninorte, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

ESCUDERO CASTRO, Silvio. Curso de derecho colectivo del trabajo. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1988.

ESCUELA DE ACTUALIZACIÓN JURÍDICA - ESAJU -. Lecciones de Derecho Procesal. Tomo 1. Teoría del Proceso. 4ª ed.

GARCÍA, Alonso. Curso de Derecho del Trabajo. 7ª ed Actualizada. Barcelona: Editorial Ariel. GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado del Trabajo. Libro Décimo. Tratado de Derecho del Trabajo. Segunda Edición actualizada y ampliada, dirigida por Mario L. Deveali. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley S.A.. 1972.

HERRERA VERGARA, Hernando; ARENAS MONSALVE, Gerardo; AFANADOR NÚÑEZ, Fernando. Código Sustantivo de Trabajo, Análisis histórico-crítico. 1ª ed. Bogotá: Legis Editores SA. 2000

ISAZA CADAVID, Germán. Derecho Laboral Aplicado. 18ª ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2014.

KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948.

LEGIS. Cartilla Laboral 2024

LÓPEZ RAMÍREZ, Pablo A. Prestaciones Sociales. Como se liquidan hágalo usted mismo. 15ª ed. Medellín: Señal Editora, 2006.

OBANDO GARRIDO, José María. Derecho Procesal Laboral. 4ª ed., Bogotá-Colombia: Editorial ABC, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo. 8ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2002.

RAMÍREZ G., José Fernando. Función Judicial, Principios y Defensas Constitucionales. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1994.

RODRÍGUEZ GARRETA, Jaime. Guía relaciones laborales y prestacionales. Bogotá-Colombia: Talleres Gráficos de Stilo Impresores Ltda, 2012.

SENTIS MELENDO, Santiago. Estudio de Derecho Procesal. Tomo I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1967.

VALLEJO CABRERA, Fabián. La Oralidad Laboral. Teoría – práctica y jurisprudencia. 7ª edición. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2011. 485 p.

VALTICOS, Nicolás. Derecho Internacional del trabajo. Madrid: Ed. Tecnos, 1977.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Derecho Individual del Trabajo. Bogotá-Colombia: Ediciones del Profesional Ltda. Editorial ABC. 2011.

VANEGAS MENDOZA, Manuel Antonio. Derecho Procesal Laboral. 1ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1969.

VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. La Organización Internacional del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"Derecho, Proceso y Justicia"

Daños punitivos en México. Su trasplante por vía jurisprudencial y evolución reciente



Raúl Alfaro Telpalo[54]

SUMARIO

I. Introducción. II. Tipos de indemnizaciones en el common law. III. El trasplante de los daños punitivos. IV. Desarrollo jurisprudencial. A. Exclusión en algunas materias. B. Limitación de procedencia y semejanza con los daños agravados. C. Procedencia excepcional por incumplimiento contractual. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia del análisis jurídico comparado es innegable en la actualidad. Así lo ha destacado la doctrina al señalar que los estudios jurídicos comparados son imprescindibles para entender cualquier Derecho *"por muy nacional que sea"*[55]. Pero aun sin esa necesidad cognoscitiva profunda inherente al ámbito académico, en los órdenes jurisdiccionales de diversos países se produjo la paulatina incorporación de la comparación jurídica como método hermenéutico sumado a los cuatro métodos clásicos de interpretación[56]. La tendencia de globalización judicial a que ello dio lugar consiste en que los jueces nacionales, principalmente las cortes supremas, acuden a la jurisprudencia de otras cortes supremas o de las cortes internacionales para justificar sus propias decisiones citando los argumentos usados por esas cortes de otros ordenamientos[57]. Los tribunales mexicanos, sobre todo los terminales o de cierre, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los Plenos Regionales de Circuito (PRC) y los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC), se han insertado, en mayor o menor medida, en esa tendencia. Muestra de ello es la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil, que ha tenido una evolución influenciada especialmente por la doctrina y la jurisprudencia comparadas modernas, sobre todo a partir de 2005, según revelan múltiples sentencias que han fijado criterios novedosos y relevantes, dando lugar a la emisión y publicación de tesis jurisprudenciales y tesis aisladas[58]. A guisa de ejemplo de dicha tendencia evolutiva, la jurisprudencia mexicana ha incorporado figuras utilizadas en otros sistemas jurídicos, no reguladas en la legislación mexicana, como la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí

---

[54] Máster en Derecho de Daños con Premio Extraordinario por la Universidad de Girona, donde actualmente cursa el Doctorado en Derecho, Economía y Empresa. Abogado litigante y consultor. Autor de los libros Responsabilidad Civil. Tendencias jurisprudenciales en perspectiva comparada y Daños punitivos en el sistema jurídico mexicano. Análisis desde el derechocomparado, publicados por Tirant lo Blanch.

[55] Martín Casals, Miquel, Adios al hobby: The Journal of Comparative Law, Indret Revista para el Análisis del Derecho 2, 2006.

[56] Häberle, Peter, La jurisdicción constitucional en la fase actual del desarrollo del Estado constitu-cional, trad. de Joaquín Brage C., en K. Hesse y P. Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitu-cional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán), Porrúa, México, 2005, p. 143.

[57] Taruffo, Michele, Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales, en M. Taruffo et al. (coords.), La misión de los tribunales supremos, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 245.

[58] Raúl Alfaro Telpalo, Responsabilidad Civil. Tendencias jurisprudenciales en perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, México, 2022, p. 23. Cada tesis hace referencia a un criterio jurídico de la SCJN, los PRC y de los TCC al resolver un caso concreto, y puede ser obligatoria (tesis jurisprudencial) o sólo orientativa (tesis aislada) para los tribunales inferiores, según la normativa aplicable (Constitución mexicana, Ley de Amparo y Acuerdos Generales de la SCJN).

misma)[59] y el principio de facilidad probatoria[60], en materia de responsabilidad civil.

Sin embargo, mientras la adopción de figuras como las anteriores ha sido pacífica en el foro y en la academia, no ha ocurrido lo mismo con el trasplante[61] de los daños punitivos también efectuado por vía jurisprudencial, sin regulación ni antecedentes en el ordenamiento jurídico mexicano. De la polémica surgida desde un inicio y de la dificultad posterior de su aplicación en la práctica forense, que ha llevado a emitir criterios judiciales tratando de matizar y acotar los supuestos en que procede la condena al pago de daños punitivos pretende dar cuenta este trabajo.

Antes, resulta pertinente referirse a los distintos tipos de indemnizaciones existentes en el *common law,* a fin de lograr una mejor aproximación al tema.

II. TIPOS DE INDEMNIZACIONES EN EL COMMON LAW

En el common law, algunos ilícitos civiles (torts) se actualizan sin daño, como la intromisión ilegítima (trespass) y la difamación (libel), pero pueden dar lugar por sí mismos al ejercicio de una acción sin que la ausencia de daño sea relevante para la responsabilidad, porque en ellos la función primordial del Derecho de la responsabilidad civil (tort law) es reconocer derechos de los particulares, y no necesariamente compensar a la víctima, aunque, desde luego, si sufrió un daño efectivo podrá otorgarse una indemnización[62].

De suerte que, el sistema del *common law* no se concentra en el daño, sino en la lesión, y el hecho de que no se haya sufrido un daño no afectará a la responsabilidad, sino al *quantum* de la indemnización, lo cual permite distinguir dos conceptos: *damage,* que es la interferencia a un interés jurídicamente protegido, y *damages,* que son los importes concedidos por la violación de ese interés[63], o sea, las indemnizaciones.

Por lo mismo, hay diferentes tipos de indemnizaciones, verbigracia, nominal *damages,* cuya finalidad es reconocer derechos que han sido vulnerados; substancial *damages (o real damages),* referentes al daño efectivamente causado que constituye la medida de esas indemnizaciones; y *aggravated damages*, que tienen en cuenta la conducta del demandante, sus intenciones y motivos, su arbitrariedad y su malicia para valorar la agravación de la lesión a los sentimientos de dignidad y amor propio del demandante, pero son compensatorias, y añaden sumas adicionales, usualmente bastante moderadas, a la indemnización, sobre todo en casos de privación ilegal de la libertad, amenazas y agresión física, conducta dolosa o fraudulenta, discriminación, mal uso de información, etc.[64].

---

[59] Sentencia de 11 de febrero de 2011. Cuarto TC en Materia Civil del Primer Circuito. Registro digital: 160353. Tesis: I.4o.C.330 C (9a.); y, sentencia de 17 de junio de 2021. Cuarto TC en Materia Civil del Primer Circuito. Registro digital: 2024894. Tesis: I.4o.C.3 C (11a.).

[60] Sentencia de 15 de marzo de 2012. Séptimo TC en Materia Civil del Primer Circuito. Registro digital: 2000890. Tesis: I.7o.C.6 C (10a.); y, sentencia de 15 de mayo de 2015. Primera Sala de la SCJN. Registro digital: 2010344. Tesis: 1a. CCCXXXI/2015 (10a.).

[61] Un trasplante jurídico se refiere al desplazamiento de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro. Alan Watson, Legal Transplants: an appoach to comparative law, 2ª. ed., Athens (Georgia): University of Georgia Press, 1993, p. 21.

62 Simon Deakin, Zoe Adams, Basil Markesinis y Angus Johnston, Markesinis and Deakins's Tort Law, 8ª. edición, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 788-789.

[63] Ibid, pp. 788-789.

[64] Ibid, pp. 790-793. V. gr., Armitage v. Johnson (1997), Appleton v. Garret (1996), GLB v. TH (2012).

Entre esa diversidad de indemnizaciones destacan las *punitive damages o exemplary damages,* expresiones sinónimas que se refieren a las indemnizaciones otorgadas por encima de lo necesario para compensar al demandante[65], y, por lo tanto, representan una indemnización aparte de las *compensatory damages* (indemnizaciones o *"daños compensatorios"*)[66].

Las *punitive damages* son los mal llamados *"daños punitivos",* cuando en realidad se trata de *"indemnizaciones punitivas"*[67], y, debido a que se decretan en adición a los *compensatory damages* indemnizaciones o daños compensatorios, efectivos o directos-, los límites a su cuantía han sido determinados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (EUA), entre otros factores, por la proporción que guardan entre sí los daños punitivos y los compensatorios[68].

A su vez, en Inglaterra, la expresión *exemplary damages* es usada comúnmente desde que en *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, la *House of Lords* se refirió a las indemnizaciones destinadas a castigar, disuadir y transmitir desaprobación como *"exemplary"* [69].

En su opinión, expresada al resolverse ese caso, Lord Devlin, además de subrayar la diferencia entre los daños ejemplares y los daños ordinarios, que tienen el propósito de compensar, estimó que, por el objeto de los primeros (sancionar y disuadir), podían confundirse las funciones civil y penal del derecho, lo cual resultaba una anomalía que había oportunidad de remover del Derecho inglés, y propuso limitar a tres clases de supuestos la procedencia de los daños ejemplares. No sólo eso, sino que aludió a la existencia de casos de indemnizaciones elevadas donde se tenían en cuenta los motivos y la conducta del demandado cuando agravaban la lesión sufrida por el demandante, en específico en sus sentimientos de dignidad y amor propio, pero, al examinar esos casos, no era fácil saber si prevalecía la idea de compensación o de castigo. Aún más, después de analizar algunos precedentes, Lord Devlin concluyó que podían ser explicados, en principio, como casos de daños agravados *(aggravated damages),* que son compensatorios, por lo que esperaba fuera eliminada la confusión entre daños ejemplares y daños agravados, sin que con ello se privara al derecho de la fuerza que debe tener, ya que los daños agravados en ese tipo de casos podían cumplir la mayor parte, o toda, la función asignada a los daños ejemplares.

Los daños agravados, ciertamente, incrementan el *quantum* de la indemnización compensatoria para dar cuenta de cualquier humillación, pérdida de dignidad u otras afectaciones a los sentimientos causados por la conducta del demandado, y sólo pueden ser concedidos con base en cierta clase de conducta (arbitraria, escandalosa, maliciosa), lo que ha llevado a calificarlos como una especie inusual de daños compensatorios[70].

La figura de los daños agravados, entonces, pone de manifiesto que se puede valorar la conducta del responsable sin que la indemnización deje de ser compensatoria. Así es, ya que tener en cuenta la conducta del agente para determinar lo que es simplemente *"satisfacción"* por medio de la indemnización del daño moral, comporta una cierta *"deriva"* hacia la sanción, por lo que la manera de tener en cuenta la conducta y, al mismo tiempo, permanecer fieles al principio de la compensación es establecer que la conducta del causante del daño sólo se tendrá en cuenta cuando contribuya al daño de la víctima [71].

[65] Vanessa Wilcox, "Punitive Damages in England", en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (editores), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Verlag, Wien, 2009, p. 7.

[66] Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden y Ellen M. Bublick, Hornbook on Torts, 2ª. ed., St. Paul (Minnesota): West Academic Publishing, 2016, p. 861.

67 Miquel Martín Casals, "Presentación", en Raúl Alfaro Telpalo, Daños punitivos en el sistema jurídico mexicano. Análisis desde el derecho comparado, Tirant lo Blanch, México, 2022, p. 22.

[68] Raúl Alfaro Telpalo, Daños punitivos..., cit., pp. 33-37.

[69] Alastair Mullis y Ken Oliphant, Torts, 4ª. ed., Palgrave Macmillan, UK, 2011, p. 344.

[70] Donna Lea Hawley, "Punitive and aggravated damages in Canada", Alberta Law Review, vol. XVIII, no. 3, 1980, p. 487.

[71] W.V. Horton Rogers, "Comentario al artículo 10:301", en European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y comentario, traducción a cargo de la "Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado" (REDPEC) Coordinada por Miquel MARTÍN-CASALS, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 231.

Esa distinción entre daños punitivos y agravados, como se verá más adelante, cobra importancia por la forma en que fueron introducidos los daños punitivos y la evolución que han tenido en la jurisprudencia mexicana.

III. EL TRASPLANTE DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La Primera Sala de la SCJN realizó el trasplante de los daños punitivos al ordenamiento jurídico mexicano en las sentencias de 26 de febrero de 2014 (amparos directos 30/2013 y 31/2013), dictadas en el caso conocido como Mayan Palace Acapulco, por derivar de un hecho acaecido en el hotel con ese nombre.

Se trató del fallecimiento por electrocución de un joven tras volcarse el kayak que tripulaba en el lago artificial del hotel, y caer en el agua electrificada. El personal del hotel dilató alrededor de 20 o 25 minutos para desconectar la energía eléctrica del lago, a fin de sacar a la víctima y darle atención médica. En primera instancia, se decretó una indemnización de $8 millones de pesos, por concepto de daño moral a favor de los padres de la víctima (sentencia de 9 de agosto de 2012); en apelación, se redujo a $1 millón de pesos (sentencia de 28 de noviembre de 2012); y, en amparo directo, la SCJN ordenó al tribunal de apelación que incrementara la condena a $30'259,200.00 de pesos[72].

Aunque los demandantes sólo reclamaron el pago de daño moral, sin hacer mención alguna a los daños punitivos, la SCJN, con cita de doctrina norteamericana, española y argentina, principalmente, se ocupó de esa figura. Para justificar su aplicación al caso, señaló que la compensación por daño moral tenía un efecto disuasivo de futuras conductas dañosas; que los daños punitivos era parte del derecho a una justa indemnización; que si se limitara el pago de los daños a la mera reparación se enriquecería al responsable, a costa de su víctima, en casos donde pretendió evitar los costos de cumplir con sus deberes legales y generales de conducta; que una indemnización insuficiente provoca que las víctimas sientan ignorados sus anhelos de justicia; y, que el carácter punitivo de la reparación del daño moral derivaba de la interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), ahora Ciudad de México.

La sentencia donde se fijó el importe de la indemnización (amparo directo 30/2013) fue aprobada por unanimidad de los cincos ministros -jueces- de la Primera Sala de la SCJN. No obstante, dos de ellos[73] formularon votos concurrentes por estar en desacuerdo con las consideraciones relativas a los daños punitivos.

Entre sus razones, los ministros de la minoría destacaron que si se pretendía importar los daños punitivos debían de haberse desarrollado, determinado sus parámetros de aplicación y distinguido de la justa indemnización; que su introducción requería un análisis más detallado, dado su enorme potencial y posibles consecuencias; que al no establecer cuáles serían los elementos específicos a tomar en cuenta y cuál tendría que ser su proporción en relación con la faceta resarcitoria del daño moral, se abría un espacio enorme para la discrecionalidad judicial; que era necesario transparentar la mecánica para obtener el monto de la indemnización por daño moral, fijar parámetros objetivos para su cuantificación, definir la proporción que debe existir entre los daños punitivos y los daños resarcitorios, a fin de racionalizar su determinación, como sucede en EUA donde la Corte Suprema -o Tribunal Supremo-determinó que en pocos casos la proporción de 9 a 1 entre uno y otro tipo de daños satisface el debido proceso; y, que debía enfatizarse el carácter extraordinario de los daños punitivos para que la condena a su pago pudiera hacerse solo en casos de negligencia grave y malicia.

---

[72] Las sumas fijadas equivalían a US$610,221.20 dólares americanos, a US$76,745.97 dólares americanos y a US$2,276,839.73 dólares americanos, respectivamente, según el tipo de cambio vigente en la fecha de cada sentencia, publicado por el Banco de México, consultable en:

https://www.banxico.org.mx/SieInternet/consultarDirectorioInternetAction.do?sector=6&accion=consultarCuadro&idCuadro=CF373&locale=es.

[73] Ministros José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Si desde la adopción misma de los daños punitivos hubo opiniones discrepantes entre los ministros de la SCJN, el debate en torno al tema hizo eco igualmente en la doctrina que se ocupó de analizar el trasplante jurídico.

Por una parte, hubo posturas a favor.

En tal sentido, se afirmó que la incorporación de los daños punitivos dotó a la reparación del daño de una función social, que por el carácter disuasivo buscaba prevenir la comisión de daños en el futuro[74]; que si bien fue un error dogmático considerar a los daños punitivos como parte del daño moral, cuya naturaleza es compensatoria, las funciones que pretendían cumplir eran similares a las que tienen los punitive damages en los EUA, si bien el trasplante debía apoyarse por las legislaturas federal y estatales como facultadas de manera exclusiva para crear derecho, y promoverse su apropiado desarrollo y aplicación por el foro[75]; que fue un acierto el trasplante, aun cuando, por ser problemático el enriquecimiento de la víctima, la indemnización podría canalizarse para evitar, prevenir o mitigar otros daños, o beneficiar a la sociedad con el monto pagado[76].

A esas posturas se contrapusieron otras de rechazo al trasplante.

De esa manera, se advirtió que incorporar los daños punitivos sin parámetros de valoración podía llevar a un enriquecimiento sin causa, aunado a la inexistencia de legislación o artículo que reconociera la existencia de normativa vigente sobre el carácter preventivo y punitivo de las leyes civiles, así como a la falta de previsión jurídica previa de los daños punitivos[77]. Igual se observó que los daños punitivos son ajenos a la tradición del sistema mexicano de responsabilidad civil, donde rige el principio de la reparación integral de los daños, sin proponerse enriquecer al afectado por el daño, ni castigar al causante del daño[78].

También se apuntó que, en el caso Mayan Palace Acapulco, era innecesario acudir a los daños punitivos para justificar el aumento en el monto de la condena por daño moral, ya que era suficiente con atender a las circunstancias del caso y al grado de responsabilidad, o sea, a la gravedad de la conducta del responsable que contribuyó al daño de la víctima, por ser parámetros ya previstos en el artículo 1916 del CCDF, aunado a que ni siquiera formó parte de la litis algún planteamiento acerca de la aplicación de los daños punitivos[79].

Se agregó que la interpretación del artículo 1916 del CCDF no revelaba alguna intención de castigar por parte del legislador; que los daños punitivos son incompatibles con el sistema mexicano de responsabilidad civil, dada su inserción en la tradición jurídica continental europea y la función solamente resarcitoria de la indemnización; y, que se carecía de parámetros objetivos de cuantificación, como los marcados por el Tribunal Supremo de EUA para respetar el debido proceso, lo cual propiciaba indemnizaciones exorbitantes y desproporcionadas[80].

---

[74] Carlos De la Rosa Xochitiotzi y Velia Fernanda Márquez Rojas, Derecho de Daños. Responsabilidad extracontractual, México: Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, 2020, p. 206.

[75] Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez-abello, "New Punitive Damages in Mexican Law- Or the Chronicle of a Failed Legal Transplant Foretold?", 42 Hastings International and Comparative Law Review 203, 2019, pp. 235-237.

[76] Juan Pablo Pampillo Baliño, "El nuevo Derecho mexicano de daños y su jurisprudencia en materia de indemnización punitiva y reparación integral", Revista Lex Mercatoria, Vol. 15, 2020, p. 47.

[77] Gisela María Pérez Fuentes, "Los daños punitivos: Análisis crítico desde el Derecho Comparado", Boletín Mexicanode Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, p. 248.

[78] OCDE, Aplicación privada individual y colectiva del Derecho de competencia: Reflexiones para México, México: OCDE, 2018, p. 227.

[79] Raúl Alfaro Telpalo, Daños punitivos..., cit., pp. 110-111.

[80] Ibid, pp. 111-112.

En sentido similar, se expresó que la inclusión de los daños punitivos, de la forma en que lo hizo la SCJN, trastocó principios fundamentales de la responsabilidad civil, como el de la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño, al no tener la parte sancionatoria relación de causa efecto con el hecho generador, ni ser parte del daño causado, además de que se hizo una interpretación forzada de las normas de la responsabilidad civil, no se indicaron pautas para valorar la conducta del responsable, ni para cuantificar el monto de tales daños [81].

IV. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

La incorporación de los daños punitivos por vía jurisprudencial no se tradujo en alguna regulación legislativa, pero la figura ha seguido desarrollándose en la jurisprudencia de manera más restrictiva que expansiva, lo cual ha ido delineando sus rasgos de por sí peculiares desde un inicio.

A. Exclusión en algunas materias.

Un primer límite a los daños punitivos ha sido el relativo a su improcedencia en ciertas materias determinado por la misma SCJN.

De esta manera, es improcedente pagar daños punitivos dentro de la compensación subsidiaria propia de la materia penal. Ello, por no preverse el pago de daños punitivos como parte de la reparación que el responsable del delito debe asumir, sin que pueda condenarse al Estado a pagar subsidiariamente ese concepto que el responsable del delito no tendría obligación de cubrir (tesis 2a. LVII/2018 (10a.)[82], sentencia de 7 de marzo de 2018, Segunda Sala de la SCJN).

También es improcedente el pago de daños punitivos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Lo anterior, ya que se obligaría a este último a pagar indemnizaciones mayores a la correspondiente por la adecuada reparación de las lesiones materiales e inmateriales sufridas por la víctima, y el carácter sancionatorio, no reparatorio, de los daños punitivos requiere elementos legislativos para su aplicabilidad, a fin de determinar en qué casos es admisible imponerlos (tesis 2a. LVI/2018 (10a.)[83], sentencia de 21 de febrero de 2018, Segunda Sala de la SCJN).

No son aplicables los daños punitivos en casos donde el Estado es la parte demandada. Las razones expresadas se basaron en el derecho comparado. En primer lugar, el de EUA que normativamente excluye al Gobierno federal de la posibilidad de que le sean reclamados daños punitivos, y la Corte Suprema ha reiterado esa prohibición. En segundo lugar, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que excluye la procedencia de los daños punitivos. En tercer lugar, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que no busca disuadir, sino cambiar el estado de cosas que permitieron la violación de esos derechos, a través de las garantías de no repetición (tesis 1a. CXCI/2018 (10a.)[84], sentencia de 3 de mayo de 2017, Primera Sala de la SCJN).

Tampoco procede imponer daños punitivos como parte complementaria de la reparación integral por violaciones a derechos humanos a cubrir por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (organismo gubernamental). La exclusión se basó en considerar que los daños punitivos son de carácter civil y buscan condenar a un particular, a diferencia de la reparación integral del daño estimada como una figura de derecho público. Además, los primeros persiguen castigar y prevenir conductas reprochables, al ser una medida ejemplar para evitar conductas similares, y la segunda tiene el propósito de evitar el enriquecimiento de las víctimas, sin ser ejemplarizante o disuasiva (tesis 1a. XXXI/2020 (10a.)[85], sentencia de 1 de julio de 2020, Primera Sala de la SCJN).

---

[81] Jorge Eduardo Medina Villanueva, Los daños punitivos, Tirant lo Blanch, México, 2024, pp. 248-249.

[82] Registro digital: 2017116.

[83] Registro digital: 2017134.

[84] Registro digital: 2018607.

[85] Registro digital: 2022189.

B. Limitación de procedencia y semejanza con los daños agravados

En cuatro sentencias dictadas por la Primera Sala de la SCJN en 2022, se observa, con algunos matices, una línea jurisprudencial que parece delinear un perfil más propio de los daños agravados que de los daños punitivos[86].

Conviene recordar que su incorporación al sistema jurídico mexicano como parte del daño moral ya había sido cuestionada, entre otras razones, porque el daño moral es compensatorio, y en el *common law* los daños punitivos se otorgan en adición a los daños compensatorios (patrimoniales o extrapatrimoniales), que sirven como referente para apreciar la proporcionalidad de las indemnizaciones punitivas. Debe haber una ratio, de la que se ha ocupado el Tribunal Supremo de EUA, entre las cantidades otorgadas por daños compensatorios y por daños punitivos.

Incluso, en la doctrina se observó, con agudeza, que no era lo mismo considerar la conducta del demandado como un aspecto para cuantificar el daño moral que los *punitive damages* del derecho anglosajón, con los cuales no coincidían los daños punitivos introducidos por las sentencias del caso Mayan Palace Acapulco[87].

De modo que, a esa adopción sui géneris de los daños punitivos por la jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN se añadieron por ella misma limitaciones de procedencia que, siendo necesarias por la falta de fijación de supuestos de procedencia y de parámetros de cuantificación que tuvo ab initio, siguen perfilando una caracterización distinta a la que en el *common law* tienen las indemnizaciones punitivas.

Así lo muestra, inicialmente, la sentencia de 19 de enero de 2022 (amparo directo en revisión ADR-2558/2021), derivada de un caso de responsabilidad civil objetiva por el fallecimiento del hijo del demandante, quien sufrió una descarga eléctrica al tocar unas líneas de conducción de energía eléctrica. En esa sentencia se aludió a varias sentencias, entre otras las del caso Mayan Palace Acapulco, se precisó que el daño causado es el que determina la indemnización y se hizo referencia a los factores previstos en el párrafo cuarto del artículo 1916 del Código Civil Federal (CCF), entre ellos, el grado de responsabilidad. Se puntualizó que este último no tiene las mismas implicaciones en supuestos de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva, ya que, en la primera, es determinante para la cuantificación de la indemnización; y, en la segunda, el monto indemnizatorio no tiene que verse afectado necesariamente por el grado de responsabilidad del causante del daño, aunque puede incidir en ese monto en casos de valoración de causas de exoneración parcial o conductas concurrentes del causante y de la víctima, así como de determinación o no de efectos disuasivos adicionales. Además, se recordó que el modelo de responsabilidad civil nacional no es meramente compensatorio, sino disuasivo, al haberse resuelto así en el amparo directo 30/2013, donde se aludió a cierto *"carácter punitivo"*, y aunque la compensación busca satisfacer el daño sufrido, también busca *"en algunas ocasiones, disuadir la futura conducta de los agentes a partir de una visión "punitiva" (que más que, estrictamente punitiva, puede catalogarse como "disuasoria") del derecho de daños"*. Se concluyó que, sin la distinción efectuada entre los regímenes de responsabilidad civil, en cualquier escenario de responsabilidad objetiva se aumentaría el monto indemnizatorio al identificar algún grado de responsabilidad (leve, medio y alto), lo que *"podría llevar a una sobre indemnización de la víctima"*, y de ahí el efecto limitado que en esa clase de responsabilidad debe tener la valoración del grado de responsabilidad.

---

[86] El análisis de las cuatro sentencias de 2022 se apoya, mayormente, en el ya efectuado en Raúl Alfaro Telpalo, "¿Daños punitivos o daños agravados? El grado de responsabilidad en la cuantificación del daño moral", La Barra Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, núm. 117, agosto 2022-febrero 2023, pp. 12-16.

[87] Jorge Eduardo Medina Villanueva, "Los daños punitivos en el Derecho mexicano. Algunas ideas para su interpretación", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 1570, enero-abril de 2020, pp. 237-238.

Ese criterio fue seguido igualmente en la sentencia de 16 de marzo de 2022 (ADR 3208/2021), que tuvo como antecedente la muerte del esposo de la demandante causada por un vehículo automotor.

En esa sentencia se analizó la inconstitucionalidad del artículo 2055 del Código Civil para el Estado de Tabasco, y se invocó la sentencia del ADR 2558/2021 en apoyo de sus consideraciones, entre las que destacaron aquellas relativas al grado de responsabilidad sobre el cual hizo, *mutatis mutandis,* los mismos razonamientos, pero agregó la calificación de *"culpa adicional"* para referirse al grado de responsabilidad.

Las consideraciones de las sentencias dictadas en el ADR 2558/2021 y el ADR 3208/2021 fueron retomadas en la sentencia de 29 de junio de 2022 (ADR 1386/2020), surgida de un juicio iniciado por el esposo y las hijas de una pasajera de un autobús que falleció tras la volcadura de ese vehículo. Al pronunciarse sobre el grado de responsabilidad, la Primera Sala de la SCJN consideró que el artículo 1916 del Código Civil aplicable en la Ciudad de México resultaba constitucional, si se interpretaba en el sentido de que, tratándose de responsabilidad objetiva, el grado de responsabilidad no debe ser utilizado en cualquier tipo de caso, sino limitarse a aquellos en que se pretenda imponer un efecto disuasorio al agente causante, así como aquellos en que la valoración de esa *"culpa adicional"* sea relevante para verificar si aplica algún criterio de exoneración parcial o cabe disminuir o no la indemnización por la culpa concurrente de la víctima, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

Por su parte, la sentencia de 22 de junio de 2022 (ADR 358/2022), tuvo como antecedente la reclamación por el daño moral sufrido por un extrabajador de una notaría, a quien el notario calificó negativamente en un comunicado al Colegio de Notarios. En esa sentencia fue citada, entre varias sentencias referentes a los daños punitivos, la dictada en el amparo en revisión 1133/2019, donde se estimó que esos daños persiguen la punición de conductas caracterizadas por un elemento axiológico *"agravado"* y buscan, respecto de la víctima, el sentimiento de que los anhelos de justicia no son ignorados, logrando que el daño no aumente ni la revictimice, de modo que permiten valorar el grado de responsabilidad *"en un esfuerzo de garantizar la observancia de la dignidad humana"*. Se puntualizó que la Primera Sala de la SCJN no ha sostenido la aplicabilidad irrestricta de los daños punitivos a la reparación en cualquier caso, sino que se trata de un elemento de ponderación que debe considerarse cuando existan *"agravantes"* que ameriten afectar el monto de la compensación en un caso concreto; que la necesidad de adicionar una valoración de daños punitivos se asocia al factor *"relativo al grado de responsabilidad del causante del daño, es decir, a la gravedad de su conducta"*, por lo que no tiene cabida en todos los casos, sino únicamente en aquellos donde, ante la elevada gravedad de la responsabilidad, se justifique plenamente *"agravar la condena"*; y, que la aplicación de los daños punitivos es excepcional para sancionar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reproche social, o sea, para casos graves de violaciones de derechos humanos. Por ende, se concluyó, es exigible una ponderación casuística de los daños punitivos, porque su finalidad sancionadora y disuasoria entre una gravedad de la conducta y del grado de responsabilidad del agente, y no operan, indefectiblemente, en cualquier caso, ya que se ha postulado su función *"a modo de una agravación en la cuantía de la indemnización cuando ello se estime justificado"*.

El grupo de sentencias analizado permite advertir que la aplicación del factor de cuantificación del daño moral consistente en el grado de responsabilidad del causante del daño, al cual se asocian los daños punitivos, es excepcional. Ocurre así tanto en responsabilidad objetiva, donde es calificado como culpa adicional, como en responsabilidad subjetiva, donde es valorado para garantizar la observancia de la dignidad de la víctima, está acotado a la existencia de agravantes, equivale a la gravedad de la conducta del causante del daño y funciona como una agravación en la cuantía indemnizatoria.

Conforme a tal caracterización jurisprudencial, puede estimarse que si sólo se tendrá en cuenta la conducta del agente cuando contribuya al daño de la víctima, ya sea por ser adicional o agravada, lo cual, a su vez, repercutirá en una adición o agravación del monto indemnizatorio -aunque la culpa concurrente de la víctima podría llevar a disminuir el quantum-, esa forma de proceder pareciera ajustarse al principio compensatorio. Si se atiende, además, a que se valora el grado de responsabilidad en aras de la dignidad de la víctima, la semejanza con los daños agravados es notable.

No obstante, en las sentencias permaneció la insistencia en la visión punitiva -aunque matizada al afirmar que es más bien disuasoria-, en atribuir una doble función compensatoria y punitiva a la indemnización del daño moral y en incluir los daños punitivos como parte de la justa indemnización.

Ello, también a pesar de que el sistema de Derecho civil mexicano pertenece, por razones históricas, a la tradición de Derecho continental europeo, donde la función de la responsabilidad extracontractual es compensatoria, o como mucho, también preventiva, pero en ningún caso punitiva [88].

Con esa función compensatoria están en consonancia los daños agravados, según se ha precisado antes. Por ende, si se tiene en cuenta que los daños punitivos fueron incluidos en las sentencias primigenias como parte del daño moral, lo cual no sucede en el common law, así como el perfil delineado en las cuatro sentencias aquí mencionadas, y se prescinde del empecinamiento en una función punitiva ajena a la tradición jurídica civil mexicana, nada impediría armonizar la función compensatoria y los daños punitivos considerándolos mejor como daños agravados.

C. Procedencia excepcional por incumplimiento contractual

Poco después de las cuatro sentencias antes referidas, la Primera Sala de la SCJN emitió otra que siguió una línea parecida a la anterior, ya que se apoyó en las consideraciones relativas a los daños punitivos sostenidas en la sentencia de 22 de junio de 2022, dictada en el ADR 358/2022, anteriormente indicada. Sin embargo, hizo algunas puntualizaciones respecto de la procedencia excepcional de los daños punitivos por incumplimiento de un contrato de seguro, e hizo una separación en la condena de daño moral y daños punitivos.

En esa nueva sentencia de 25 de enero de 2023, de la cual surgió la tesis de jurisprudencia 1a./J.123/2025 (11a.)[89], la SCJN sostuvo que pueden proceder los daños punitivos por el incumplimiento injustificado de un contrato de seguro relacionado con la protección del derecho a la vida, a la integridadpersonal o a la salud, en función de la intensidad de la gravedad de la conducta y el grado de reprochabilidad de la empresa aseguradora, si el incumplimiento es reiterado y de mala fe.

Asimismo, definió a los daños punitivos como una sanción ejemplar inscrita en el derecho a la justa indemnización que puede decretarse cuando un hecho ilícito genere daño moral, y la conducta del causante del daño tenga un grado muy alto de reprochabilidad social.

De igual manera, dio algunos lineamientos para determinar si procede o no la condena por daños punitivos con base en lo anterior:

a) No todo incumplimiento a un contrato de seguro generará la condena, sino que dependerá de la intensidad de la gravedad y del grado de reprochabilidad.
b) Deberán considerarse el bien o derecho puestos en riesgo y el número de personas que podrían haber sido afectadas por los actos negligentes.

[88] Martín, "Presentación", cit., p. 22.

[89] Registro digital: 2030683, publicación de 4 de julio de 2025.

c) Se calificará el grado de negligencia mediante la valoración de sus agravantes, a saber, *"malicidad"*, mala fe, intencionalidad o actitud groseramente negligente, antes, durante y después del reclamo de la víctima, siendo relevante el tipo de atención que haya recibido una vez ocurrido el hecho dañoso.

d) Habrá de observarse la relevancia social del hecho, entendida como la importancia de generar una cultura de responsabilidad en el sector de actividades realizadas por la responsable, evaluando la necesidad de colocar incentivos de disuasión.

e) Tendrá que analizarse lo anterior a la luz de los deberes legales incumplidos, los deberes genéricos de responsabilidad en el desarrollo de la actividad generadoras del daño y el material probatorio.

f) El grado de responsabilidad no se presume, sino que debe probarse.

g) Deberá de atenderse al marco obligacional que rige la actuación de las aseguradoras, según la legislación; verificar si incumplió con esa normativa y si lo hizo de forma reiterada; y, verificar si adoptó medidas para no impactar negativamente derechos humanos, o si subsanó las violaciones cuando ocurrieron, o si implementó prácticas enfocadas a respetar derechos humanos; y,

h) La mala fe y negligencia en el actuar de la aseguradora quedarán acreditadas si no actuó conforme a lo señalado en el inciso g) anterior, dando pauta a la posibilidad de condenar por daños punitivos.

El caso derivó del rechazo de una solicitud de pago de la póliza de seguro de vida efectuada por una mujer enferma de un tipo de cáncer exclusivo de mujeres, supuesto para el cual existía un beneficio adicional en el contrato de seguro. El rechazo se produjo, después de la práctica de exámenes médicos y de la revisión por la aseguradora y un despacho de abogados, por considerar que la enfermedad estaba excluida de las condiciones generales del seguro. La asegurada promovió juicio en el que reclamó el cumplimiento contractual y el pago de daño moral y daños punitivos. En primera instancia, se condenó al cumplimiento y se absolvió a la aseguradora de las demás prestaciones. En amparo directo, el TCC estimó que no procedían los daños punitivos al no haberse acreditado el daño moral.

En el recurso de revisión interpuesto por la asegurada, la SCJN consideró, a partir de los lineamientos apuntados, que la aseguradora: cometió una falta grave al omitir entregar las condiciones generales del seguro y registrar el contrato de adhesión de seguro; se negó a cumplir con sus obligaciones e hizo valer exclusiones que no fueron notificadas ni registradas; abusó de la relación asimétrica con la asegurada al ofrecerse un beneficio atractivo, sin comunicarle las condiciones de exigibilidad; transgredió los derechos de certeza jurídica, tutela judicial efectiva, a la salud y a la integridad personal de la asegurada, por esa falta de información; no brindó a la asegurada un trato digno ante su reclamo, ya que solicitó la práctica de estudios médicos a sabiendas de que no habría un resultado favorable; generó preocupaciones a la asegurada por no poder sufragar los gastos del tratamiento de su enfermedad y tener que contratar los servicios de un abogado para tramitar el juicio; y, existió una alta probabilidad de que hubiera replicado el mismo esquema en muchos casos, por usar los mismos contratos de adhesión para múltiples personas, lo cual llevó a presumir que a muchas mujeres con igual tipo de cáncer les negó la cobertura o podría habérselas negado, e inclusive, algunas pudieron haber desistido de su reclamó a partir de esa negativa.

Con base en lo anterior, la SCJN revocó la sentencia recurrida y ordenó al TCC considerar que la aseguradora incurrió en responsabilidad civil extracontractual; que debía presumirse el daño moral derivado de la afectación al derecho a la intimidad de la asegurada, por ser una vulneración a la integridad psíquica; que cuantificara el pago de daño moral; y que determinara la procedencia de los daños punitivos y fijara la cantidad por ese concepto.

Estos dos últimos puntos son de llamar la atención, porque pareciera que, al dividir la condena por daño moral y por daños punitivos, como dos conceptos distintos, la SCJN estuviera acusando recibo de la crítica generada desde un inicio por haber adoptado los daños punitivos como parte del daño moral, sin distinguirlos de esa clase de daño compensatorio, y sin dar lineamientos para que los tribunales inferiores pudieran determinar su procedencia y su cuantificación.

Aun cuando, ante tal división conceptual, pudiera pensarse en un intento de asemejar los daños punitivos mexicanos a los *punitive damages* del *common law,* lo cierto es que la SCJN siguió vinculándolos al grado de responsabilidad -que llamó también grado de negligencia, indistintamente-, como factor de cuantificación del daño moral. Incluso, enunció algunas agravantes de dicho grado de responsabilidad o negligencia que debían valorarse, y las tuvo en cuenta en el caso específico para la procedencia de la condena debido a la conducta atribuida a la aseguradora que consideró contraria a la dignidad y a la integridad personal de la asegurada.

Por esa razón, me parece que la SCJN realmente no varió la configuración de los daños punitivos como equivalentes a los daños agravados.

Tampoco ha dejado de mantener la tendencia restrictiva de la procedencia de los daños punitivos, porque si bien añadió el incumplimiento contractual a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, al mismo tiempo sujetó a más requisitos específicos ese supuesto de procedencia, y quedó acotado al sector asegurador. No es descartable, desde luego, que los operadores jurídicos busquen la aplicación analógica del criterio sustentado en la sentencia examinada a otros casos de incumplimiento contractual, sobre todo en aquellos donde estén involucradas empresas y consumidores de ciertos bienes y servicios. De suceder así, habría una extensión de supuestos, pero que implicaría analizar, primero, si hay identidad de razón tomando en consideración el sector al cual pertenezca la empresa, la clase de bienes jurídicos o derechos vulnerados y los hechos del caso; y, segundo, la valoración rigurosa de cada uno de los lineamientos dados en la sentencia mencionada.

Sin embargo, al haber cierto margen para el arbitrio jurisdiccional en los casos específicos, hay el riesgo de excesos, por un lado, en la ampliación de los supuestos en que proceda la condena al pago de daños punitivos cuando exista un incumplimiento contractual; y, por otro, en la cuantía de las indemnizaciones.

IV. CONCLUSIONES

Los daños punitivos son ajenos a la tradición jurídica continental europea, a la cual pertenecen los códigos civiles, federal y locales, mexicanos, por lo que no están regulados legislativamente. Su trasplante es obra única y exclusivamente de la jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, aunque haya querido apoyarse, en parte, en una interpretación forzada de la legislación civil.

La SCJN incorporó al ordenamiento jurídico mexicano una figura sui géneris, que llamó daños punitivos, pero que no tiene realmente las mismas características que las indemnizaciones punitivas -*exemplary o punitive damages*- del *common law*, aun cuando comparte el propósito disuasorio y sancionador.

En la jurisprudencia que ha desarrollado esos daños punitivos a la mexicana, la SCJN pasó de un criterio inicial expansivo, dada la falta de enunciación de supuestos de procedencia y de factores de cuantificación, a criterios restrictivos de procedencia y a dar lineamientos que, aun estando destinados a determinar esa procedencia excepcional, pueden ser útiles para la cuantificación, en su caso.

No obstante, la posibilidad de aplicación analógica de la procedencia en materia de incumplimiento contractual está latente, y conlleva riesgos, ya que puede generar excesos, tanto en ampliar indebidamente los supuestos en que proceden los daños punitivos como en fijar cuantías elevadas.

Los criterios más recientes de esa evolución jurisprudencial permiten apreciar la semejanza de los daños punitivos mexicanos con los daños agravados del *common law,* más que con los *punitive damages.* Lo anterior, porque giran, de una u otra manera, en torno al grado de responsabilidad, a los agravantes de la conducta, a la agravación de la cuantía indemnizatoria y a la afectación a la dignidad de la víctima.

La insistencia en la función punitiva, el propósito disuasivo y el carácter de sanción ejemplar en la jurisprudencia reciente, así como la separación de los conceptos de daño moral y daños punitivos en una sentencia, parecen argumentos encaminados a sostener a toda costa un trasplante sin asidero real en la legislación civil mexicana, ni parecido efectivo con la forma en que operan los *punitive damages* en el *common law.* Tal vez sea para evitar reconocer que no debió incorporarse la figura, y menos de la manera en que se hizo.

Un ejercicio de humildad intelectual, como el mostrado por la SCJN en otros temas donde, aun sin reconocer expresamente alguna equivocación, ha efectuado nuevas reflexiones que le han llevado a variar o a abandonar, inclusive, criterios previos, se echa de menos en el caso de los daños punitivos.

Si se hubiera dado esa reflexión, y estudiado, al menos, los tipos de indemnizaciones existentes en el *common law,* podría haberse precisado que la figura adoptada sólo busca agravar o aumentar el monto de la condena en casos excepcionales, donde concurran circunstancias agravantes de la conducta del responsable, y atender a la dignidad de la víctima, a semejanza de los daños agravados. Con base en ello, habría sido posible mutar el nombre de daños punitivos por el más coherente de daños agravados, que son compensatorios, pero pueden cumplir la mayor parte, o toda, la función de las indemnizaciones punitivas (Lord Devlin *dixit*).

De esa manera, la figura tendría mejor encaje en el ordenamiento jurídico mexicano, por armonizarse con el principio compensatorio que rige en materia de responsabilidad civil. Además, el nombre importa. Dar el que se ajusta más a la naturaleza de la agravación de la cuantía indemnizatoria que atiende medularmente al grado de responsabilidad, o a ciertos aspectos que gravitan alrededor de la conducta del responsable en la generación del daño y a la afectación de la dignidad de la víctima, permitiría una mejor delimitación de sus alcances para efectos de su correcta aplicación en los supuestos excepcionales donde procediera.

En fin, la oportunidad de haberlo hecho así ya pasó.

De momento, sólo queda observar que en México existe una figura de creación y desarrollo jurisprudencial, producto de un trasplante poco meditado que no fijó criterios de procedencia ni parámetros de cuantificación, y, por lo mismo, ha debido ser moldeada posteriormente hasta parecerse en demasía a los daños agravados, pero que se ha dado en llamar daños punitivos. Se trata, eso sí, de una versión vernácula de los daños punitivos, pero distinta a las *punitive damages* del *common law,* aunque con ellas tenga un parecido.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

EL DERECHO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL



Johan Sandro Otoya Calle [90]

I. INTRODUCCIÓN.

La investigación denominada **"El Derecho y la Responsabilidad Social Empresarial"** que se presenta ante el **I Congreso Internacional "Derecho, Proceso y Justicia",** organizado por la **Corte Superior de Justicia de Junín,** está basado en la tesis para obtener el título de abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú del autor, y se enmarca en el desarrollo del sistema de **Responsabilidad Social Empresarial** (en adelante: **RSE**) y el mejoramiento de los estándares sociales, laborales, ambientales y de salud y seguridad, impulsado por las Empresas Transnacionales.

Empezaremos diciendo que a partir de los años de 1970, las Empresas Transnacionales junto con organismos internacionales, y actores políticos y económicos como la Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, el Fondo Monetario Internacional y la Unión Europea, promovieron un modelo de gestión empresarial basado en compromisos voluntarios, formalizados a través de Códigos de Conducta, Acuerdos Marco Internacionales y Balances Sociales con el objetivo de respetar y ampliar los estándares sociales en las cadenas productivas. Si bien este sistema se desarrolló en Estados Unidos de Norteamérica y Europa, fue insertado en países de América Latina a inicios de los años 1990, siendo adoptados en sectores económicos con el de la agro exportación, el minero y las telecomunicaciones, principalmente.

En el trabajo que presentamos ante el **I Congreso Internacional "Derecho, Proceso y Justicia",** organizado por la Corte Superior de Justicia de Junín, buscamos lograr 3 objetivos:

1. Sistematizar los conceptos del sistema de **RSE** (empresa transnacional, estándares sociales, códigos de conducta, auditoría social, certificación, entre otros).
2. Analizar cómo estas herramientas contribuyen a implementar derechos humanos, en particular los laborales, bajo un enfoque de desarrollo económico sostenible.
3. Demostrar que la **RSE** configura un sistema normativo privado complementario al derecho público, y no su sustituto.

En suma, buscamos establecer las bases teórico-conceptuales, analizar las herramientas de posicionamiento e inserción de este Sistema de Gestión para demostrar su carácter complementario.

Nuestra hipótesis es que la **RSE** reduce ciertas funciones estatales en la garantía de derechos fundamentales, al trasladarlas parcialmente a un sistema privado de autorregulación, que no siempre asegura el cumplimiento efectivo de dichos derechos. En tal sentido consideramos que el sistema de **RSE** puede actuar como un instrumento coadyuvante en la defensa de los derechos laborales y sociales.

[90] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Experto Universitario en Responsabilidad Social Corporativa por la UNED

Para lograr ello, basados en un enfoque deductivo, analítico y sintético, recurriremos a los métodos histórico y dogmático para elaborar propuestas conceptuales y (i) definir al sujeto económico (Empresa Transnacional) que impulsa el sistema, (ii) entender su normativa de orden privado en contraste con el marco jurídico de orden público; (iii) analizar su aplicación en materias laborales, ambientales y comerciales y el rol de los grupos de interés (stakeholders); y, (iv) finalmente, analizar la forma de medición del cumplimiento a través de las auditorías sociales, certificaciones y mecanismos de solución de conflictos.

II. LA EMPRESA TRANSNACIONAL.

Las empresas transnacionales forman parte activa de nuestra vida cotidiana, tanto en contextos urbanos como rurales, a través de sus productos y, servicios. Emergen como consecuencia de la concentración del capital, pues según datos de la OIT[91] y CIOSL[92], desde inicios del milenio, controlan dos tercios del comercio internacional, y emplean directamente a más de 90 millones de personas, cerca al 5% de la masa laboral mundial, generando entre el 25% y 30% del producto bruto mundial; por lo que debido a su creciente incidencia en la economía y la sociedad civil, resulta imprescindible establecer mecanismos eficaces de regulación.

Los términos empresa transnacional y empresa multinacional suelen usarse como sinónimos, pero existen diferencias relevantes según la tradición académica. En el enfoque anglosajón, el término multinacional fue difundido por IBM[93] y se refiere a empresas con presencia en varios países. Sin embargo, en América Latina, y según Naciones Unidas, se diferencia: una multinacional es una empresa con copropiedad estatal entre varios países, es decir, con capitales públicos de distintas naciones; y una empresa transnacional es aquella que opera en más de un Estado, sin importar el origen de su capital.

Según Rialp i Criado la evolución de estas empresas es en cuatro etapas[94]: (i) **Internacional:** centrada en su país de origen, con actividades limitadas a exportaciones; (ii) **Multinacional:** se expande a otros países, adapta sus operaciones a cada mercado local y descentraliza su gestión; (iii) **Global:** concentra funciones clave como compras y producción, manteniendo el control desde la sede; y (iv) **Transnacional:** logra eficiencia operativa y, a la vez, una gran capacidad de adaptación local, promoviendo el intercambio de conocimientos e innovaciones entre todas sus filiales. Desde nuestra propuesta metodológica, se propone diferenciar la empresa transnacional y empresa multinacional a partir de dos criterios: (i) **Composición del capital,** así, si el capital proviene de diferentes países, es una multinacional; (ii) **Ámbito geográfico de operaciones,** así, si desarrolla actividades en varios Estados, es una transnacional.

Entenderemos por Empresa Transnacional aquél **agente económico privado que opera bajo diversas formas societarias organizadas, de manera individual o conjunta (grupo de empresas) en la producción de bienes y/o servicios, con participación de un amplio número de trabajadores, e ingresos que le otorgan un inmenso poder económico, y hasta político, cuyas actividades las ejecutan en distintos Estados a través de un conjunto de establecimientos secundarios interconectados que puedan revestir diversas formas jurídicas (subsidiarias, sucursales, filiales), siempre supeditados a un centro de poder de decisión político, económico y social denominado matriz y, uno físico denominado sede.**

---

[91] **INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION.** La promoción de empresas sostenibles. Ginebra: 2007, p. 19 y ss.

[92] **TAPIA RUBIO, Juan Manuel.** Contribución a la reflexión sobre la Responsabilidad Social de la Empresa. En: La Responsabilidad Social Corporativa y los códigos de conducta: Beneficios para todo el Mundo? Barcelona: Fundació Pau i Solidaritat Catalunya. Julio 2002, p. 45.

[93] **CLAUDE, Henri.** Grande firme et analyse marxiste, En: Centre National de la Recherche Scientifique. 1973, p. 569.

[94] **RIALP I CRIADO, Alex y Josep RIALP I CRIADO.** Estrategia internacional de la empresa. Barcelona: Editorial UOC.2006, p. 15.

III. EL GRUPO DE EMPRESAS.

El grupo de empresas es una forma de organización empresarial caracterizada por la coexistencia de múltiples personas jurídicas formalmente independientes, pero que actúan de forma coordinada bajo una única dirección económica. Esta figura implica una diversidad jurídica —cada empresa conserva su propia personalidad jurídica— y, al mismo tiempo, una unidad económica, en tanto todas operan como parte de una estrategia común orientada a la rentabilidad.

El reconocimiento de un grupo de empresas no se basa únicamente en definiciones legales o doctrinarias, sino también en criterios establecidos por la jurisprudencia, como ocurre en España[95]. Esta ha identificado varios elementos que permiten acreditar la existencia de un grupo empresarial con fines de imputación de responsabilidad. Entre ellos destaca, en primer lugar, la **confusión de trabajadores,** cuando el personal presta servicios indistintamente para varias empresas del grupo, lo que denota una estructura organizativa común. Esta situación se manifiesta en plantillas únicas, movilidad laboral entre empresas y contratos diversos como los de plazo fijo, temporales o locación de servicios. En segundo lugar, la **confusión patrimonial,** que se da cuando hay una intensa interrelación financiera entre las empresas del grupo, como el pago de deudas ajenas o la cesión de activos. Tercero, la **dirección unitaria,** donde las decisiones estratégicas, laborales o económicas provienen de un mismo centro de mando, ya sea un órgano rector o una figura con control efectivo. Cuarto, la **apariencia externa de unidad,** cuando el grupo se presenta ante el mercado como una sola entidad económica.

Estos criterios también han sido reconocidos por la jurisprudencia uruguaya[96], que añade otros indicios relevantes: **coincidencia de domicilios y directores,** trabajadores que rotan entre empresas, identidad patrimonial o accionaria, **vínculos familiares entre los administradores,** administración común, similitud o complementariedad en las actividades empresariales, **uso compartido de bienes** e, incluso, la **existencia de una misma defensa legal en litigios.** Todos estos elementos, en conjunto, permiten identificar cuándo se está ante una estructura empresarial que, aunque formalmente fragmentada, opera como una unidad funcional.

En nuestro concepto, el Grupo de Empresas, **es una composición de personas jurídicas y capital, sujetas a una unidad de control ejercida desde su Matriz, por motivos de propiedad, participación financiera, o porque así lo establecen sus estatutos sociales o convenios, ya sea por la posesión de la mayoría del capital suscrito, o por la posesión de la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas, y/o por la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa; que carece de responsabilidad solidaria ante los posibles efectos tributarios y/o laborales, pues mantiene la carencia de personalidad jurídica, aun cuando frente a la aparente autonomía de sus componentes, éstos actúan con criterios de subordinación generadas por la unidad de dirección.**

IV. CADENA PRODUCTIVA.

La cadena productiva constituye un sistema articulado de actores económicos que interactúan estratégicamente para la producción de bienes y/o servicios, integrando recursos físicos, tecnológicos, humanos y financieros. Esta interacción genera un proceso continuo de interdependencia funcional y de agregación de valor a lo largo de las distintas fases que la componen, desde la provisión inicial de insumos hasta el consumo final, ya sea en mercados internos o internacionales. Dichas fases incluyen, de manera secuencial, la producción, conservación, transformación, distribución y comercialización del producto o servicio, funcionando bajo una lógica de flujo integrado y planificación estratégica.

---

[95] **AYLWIN CHIORRINI, Andrés e Irene ROJAS MIÑO.** Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico-laborales en el Derecho Comparado. En: Revista Ius et Praxis 11. 2005, p. 198.

[96] **AYLWIN CHIORRINI, Andrés e Irene ROJAS MIÑO.** Op. cit., p. 200.

Según Reineck (1997)[97], estas cadenas pueden configurarse a escala nacional o internacional, estructurándose a través de relaciones contractuales entre empresas, sin que necesariamente exista una unidad de dirección común. En este esquema, las actividades de mayor valor agregado (core) tienden a concentrarse en empresas dominantes dentro de la cadena, mientras que aquellas de menor valor estratégico (periphery) suelen ser delegadas a empresas subcontratistas, las cuales operan frecuentemente en condiciones jurídicas y económicas menos favorables.

Una distinción fundamental dentro de este modelo es la existente entre la subcontratación de servicios o productos y la subcontratación de trabajo. En la primera modalidad, la empresa contratista conserva autonomía técnica, organizativa y económica en la ejecución del encargo; en cambio, en la subcontratación de trabajo, el contratista se limita a proporcionar fuerza laboral, sin autonomía sustantiva. Esta diferenciación tiene implicancias directas en la distribución de responsabilidades jurídicas dentro de la cadena: en muchos casos, las empresas principales o matrices, aun conservando el control económico y la toma de decisiones sobre procesos clave, trasladan obligaciones legales a sus contratistas, reduciendo su exposición a eventuales sanciones administrativas, civiles o laborales.

Este modelo de organización productiva, ampliamente difundido en sectores como la agroindustria, la minería o las telecomunicaciones, plantea importantes desafíos regulatorios. Permite, en la práctica, que las empresas líderes eludan responsabilidades jurídicas directas, especialmente en contextos donde el marco normativo resulta insuficiente para garantizar condiciones laborales dignas y equitativas a lo largo de toda la cadena productiva. La existencia de un desequilibrio legal estructural entre las partes contratantes agrava esta situación, dificultando el acceso efectivo a mecanismos de protección de derechos para los trabajadores ubicados en los eslabones periféricos del sistema.

A manera de conclusión de esta primera parte, podemos decir que, la tradicional competencia entre empresas fue desplazada por la consolidación de estructuras monopólicas, cuya expresión más relevante se manifiesta en la hegemonía de los Grupos Económicos. Estos pueden adoptar una configuración individual (Empresas Transnacionales) o colectiva (Grupos de Empresas), estableciendo su dominio no solo en los mercados nacionales de los países centrales, sino también expandiéndose hacia las economías periféricas, donde logran imponer sus intereses mediante la captura de mercados, la absorción de empresas locales o su incorporación a cadenas productivas globales.

En este proceso de expansión y reorganización de la economía mundial, las grandes corporaciones han logrado centralizar la acumulación de capital en torno a polos de poder económico altamente concentrado. Esta centralización ha dado lugar a un modelo en el cual las actividades de producción, comercialización y distribución se articulan en cadenas productivas transnacionales. A través de este esquema, los grupos económicos logran deslindarse formalmente de responsabilidades jurídicas en los ámbitos mercantil, tributario y laboral, trasladando dichas obligaciones a cada empresa operativa que, en su calidad de sujeto jurídicamente autónomo, asume la condición de centro de imputación normativa.

No obstante, si bien los Estados nacionales -especialmente en los países centrales- mantienen su estructura institucional y capacidad reguladora, es el grupo económico hegemónico el que ejerce, en los hechos, la función de organización sistémica a escala global. Son estos conglomerados los que fijan las reglas estructurales del sistema económico internacional, determinando precios, orientando flujos de inversión, controlando los mercados financieros y definiendo la arquitectura de las cadenas productivas.

[97] **REINECK, Gerhard.** Flexibilidad, Innovaciones y Cadenas Productivas: La Industria Textil y del Vestuario en Chile. Documento de Trabajo 55. Santiago de Chile: OIT. Equipo Técnico Multidisciplinario. 1997, p. 47.

En tal sentido, las formas privadas de regulación generadas por estas entidades no se presentan como meros complementos del derecho público, sino como mecanismos que reconfiguran la función estatal, subordinando sus fines a la lógica del capital concentrado.

Y es así como emerge la Responsabilidad Social Empresarial, como una estrategia de autorregulación empresarial que busca mitigar los impactos sociales, laborales y ambientales derivados de la actividad corporativa global, a través de herramientas como los códigos de conducta, los acuerdos marco internacionales y los balances sociales, en donde las empresas transnacionales imponen estándares y exigencias a sus proveedores y empresas subcontratistas, condicionando la permanencia en la cadena productiva al cumplimiento de ciertos compromisos ético-normativos. Este mecanismo representa una forma de limitación autoimpuesta del poder empresarial, que si bien introduce nuevas dinámicas de control, no sustituye al Estado, sino que redefine su rol dentro del entramado económico contemporáneo.

V. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL: EVOLUCIÓN, CONCEPTO, ESTÁNDARES E INSTRUMENTOS

La Responsabilidad Social Empresarial constituye una respuesta frente a los nuevos desafíos éticos, sociales y ambientales derivados del accionar de los grandes grupos económicos. Si bien su desarrollo se ha intensificado en las últimas décadas en el sur global, sus raíces conceptuales y normativas se encuentran en las matrices económicas y jurídicas de Estados Unidos y Europa, desde donde fue importada en forma de políticas corporativas y estándares internacionales.

El surgimiento de la **RSE** se vincula estrechamente con una creciente presión social y política frente a prácticas empresariales abusivas, tales como la explotación infantil, la vulneración de derechos laborales, la degradación ambiental y el deterioro de las condiciones de vida en las zonas de influencia directa de las empresas. Estas situaciones motivaron una reacción normativa que ha logrado, con el tiempo, incorporar la **RSE** en las agendas públicas, académicas y corporativas, generando un campo de análisis multidisciplinario.

En el actual contexto de globalización y liberalización de los mercados, la capacidad de los Estados para regular eficazmente la actividad económica transnacional se ha visto sustancialmente reducida.

Ante ello, la **RSE** surge como una forma de autorregulación empresarial, mediante la cual las empresas asumen voluntariamente la aplicación directa de principios ya consagrados en el derecho nacional e internacional. Esta práctica transforma a la **RSE** en un sistema normativo privado que, en muchos casos, demuestra una capacidad de implementación más efectiva que el propio aparato estatal.

Como señala Luis González Gómez de Aranda[98], la **RSE** no constituye una tendencia pasajera, sino una respuesta estructural a las exigencias de la economía global contemporánea, integrando de manera transversal dimensiones medioambientales, sociales y laborales. No obstante, no se trata de un nuevo ordenamiento jurídico formal ni de una fórmula única de regulación empresarial, sino de una herramienta complementaria cuya eficacia depende del cumplimiento de estándares mínimos legales y del compromiso voluntario de las empresas frente a sus *stakeholders* o grupos de interés.

1. Evolución.

Los orígenes de la RSE se remontan a la noción de acción social empresarial, entendida como una modalidad de intervención unilateral y asistencialista, mediante la cual las empresas desarrollaban actividades filantrópicas o comunitarias con el objetivo de

[98] **GONZÁLEZ GÓMEZ DE ARANDA, Luis.** La Responsabilidad Social de la Empresa: La posición empresarial en el debate sobre el futuro. En: La Responsabilidad Social de las Empresas y los Nuevos Desafíos de la Gestión Empresarial. Universidad de Valencia. 2005, p. 74.

mejorar su reputación y relaciones con la sociedad. En esta etapa inicial, marcada por un enfoque paternalista, las empresas transnacionales comenzaban a traspasar los límites de la simple donación, abriendo canales incipientes de diálogo con sus trabajadores y consumidores.

Desde la década de 1950, la **RSE** ha transitado por un proceso evolutivo significativo. En 1953, en Nueva York, aparece la frase "responsabilidad social" cuando Howard Rothmann Bowen escribe en su texto ***"Responsibilities of the Businessman":*** qué tan responsable con la sociedad son los ejecutivos y hombres de negocios en sus decisiones y en las expectativas que generan, siendo uno de los pioneros en el campo pues propuso que los negocios debían alinearse con los valores sociales predominantes. A inicios de los años sesenta se amplía la definición incorporándose las obligaciones legales y responsabilidades a las que contraen con la sociedad las compañías. Milton Friedman, publica en el *New York Times Magazine* (13 de setiembre de 1970), su artículo *"The Social Responsibility of Business is to increase its profits"* (en español: "La Responsabilidad Social de la empresa es aumentar sus beneficios"), generando una controversia dada la definición del concepto dominado por las ganancias, y se explora cada vez más las interrelaciones de los valores sociales emergentes y la interacción que tenían las empresas con el entorno manteniéndose aún la percepción sobre las decisiones de los directivos[100]. En esta misma década de los años sesenta, el tratamiento de la Responsabilidad Social Empresarial se plantea ya en clave corporativa; es decir que **si hablamos de Responsabilidad Social Empresarial tenemos que hablar también del poder de las empresas porque es a partir de aquí de donde nace su responsabilidad.** Hacia finales de los setenta, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico **(OCDE)** y el Centro de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas empiezan a desarrollar Códigos de Conducta en un intento por controlar los diferentes aspectos de la globalización; y en 1976, la **OCDE** emite las **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales** como un conjunto de líneas directrices de aplicación en las inversiones extranjeras directas para crear una atmósfera de transparencia, confianza y predictibilidad en el manejo empresarial, cubriendo áreas como transparencia, pago de impuestos y que las operaciones o actividades de las empresas se realicen conforme a los derechos nacionales. Todo ello dio lugar a un intenso debate académico y empresarial sobre los límites del accionar corporativo y durante los años 80, autores como Peter Drucker propusieron incorporar los problemas sociales dentro de la estrategia empresarial. En esta etapa, se comenzó a consolidar la práctica de publicar balances sociales, como lo hicieron empresas pioneras como Shell o Ben & Jerry's.

La **RSE** se fue alejando de un enfoque meramente teórico, para asumir prácticas concretas que integraban aspectos éticos, sociales y ambientales. En la década de 1990, se produjo una crítica más profunda al divorcio entre rentabilidad empresarial y condiciones laborales. La discusión se amplió hacia la sostenibilidad y la equidad, promoviendo una

---

[99] **ANDERSON, Jerry W.** Corporate Social Responsibility: Guidelines for top management. Connecticut: ABC - CLIO. 1989, p. 6. Según Jerry Anderson:

> *"The concept of social responsibility has been with us since the beginning of mankind and 100 has slowly evolved to its present state. The first comprehensive approach to modern era social responsibility was ushered in 1953 with the publication of Howard R. Bowen's book "Social Responsibilities of the Businessman". Bowen felt that public responsibility, social obligations, and business morality were synonyms for social responsibility and described of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of objectives and values of our society".*

[100] **FRIEDMAN, Milton.** *The Social Responsibility of Business is to increase its profits. En: The New York Times Magazine.* 13 de setiembre de 1970.

> *"Sólo existe una única responsabilidad social para las empresas: usar sus recursos y participar en actividades diseñadas para aumentar sus ganancias, hasta donde esto se haga respetando las reglas del juego, esto es, participando en actividades de una competencia abierta y libre sin engaño o fraude".*

[101] **ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. I**nterés social, buen gobierno y Responsabilidad Social Corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria). En: Responsabilidad Social Corporativa. Aspectos JurídicoEconómicos. Universitat Jaumel. 2005, p. 16.

visión de empresa que articule competitividad económica con responsabilidad social [101]; y, a partir del año 2000, la **RSE** se fortaleció institucionalmente mediante instrumentos internacionales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la actualización de las Directrices de la OCDE, las declaraciones de la OIT y normas privadas de gestión como la AA1000, SA8000 y los lineamientos del Global Reporting Initiative (GRI).[102]

2. Concepto y Denominaciones.

Autores como Carlos Vallejo proponen una clasificación de enfoques de **RSE:** filantrópico (basado en donaciones y asistencia), estratégico (integrado a la lógica del negocio) y estructural (como parte del modelo de gestión corporativa)[103]; mientras que, Marta de la Cuesta González identifica una evolución en cuatro etapas: filosófica, práctica, estratégica y sectorial, evidenciando el tránsito de una ética empresarial voluntarista hacia una política de gestión integral vinculante[104]. Desde nuestra perspectiva compartimos la propuesta de la profesora de la Cuesta que se resumen en el siguiente cuadro:

EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA RSE

DÉCADA	DESARROLLO	DESTACABLE
1953	Primera definición formal de Responsabilidad Social Empresarial	Publicación de la obra de *Bowen Social Responsabilities of the businessmen*. Inicio formal de la Responsabilidad Social Empresarial.
	ETAPA FILOSÓFICA	
1960	Definición de Responsabilidad Social Empresarial. Debate sobre los fines de la empresa.	Proyecto de Responsabilidad de la Empresa, liderado por Ralph Nader. Presionó durante los años 70 a GENERAL MOTORS para que tomara determinadas decisiones, a través de sus juntas de accionistas. Aunque los inversores responsables representan solo un 3% del total, consiguieron que GENERAL MOTORS publicara un informe social cada año, que estableciera un Comité de Política Social, que se incrementará el número de minorías en los puestos directivos, así como que se comprara a proveedores que pertenecían a grupos desfavorecidos (población negra). (Cavanagh, 1990: 238; Freeman y Gilbert, 1988).

[102] A partir del año 2000 es el de mayor producción de instrumentos para este sistema y es cuando empieza a darse a conocer e insertar el sistema en Perú:

1. Se emite desde Naciones Unidas el **Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social.**
2. Se rediseñan y relanzan las **Directrices de la OCDE para empresas multinacionales (2000).**
3. Se emite la **Declaración Tripartita de la OIT sobre empresas internacionales y política social (1977-2000).**
4. Se publica el **Libro Verde y el Blanco de la UE sobre responsabilidad social y medioambiental.**
5. Se emite la **Norma AA-1000** realizada en noviembre de 1999 por el *Institute of Social Ethical Accountability.*
6. Se emite la **SA8000** promovida por la agencia acreditadora del *Council on Economic Priorities.*
7. Aparecen las propuestas de la ***Global Reporting Initiative*** **(GRI)** dirigidas a proporcionar pautas de aplicación voluntaria por parte de las corporaciones que deseen informar sobre aspectos socio ambientales.

[103] **VALLEJO, Carlos.** A modo de conclusiones: Un nuevo enfoque de la Responsabilidad Social de la Empresa. En: La Responsabilidad Social Corporativa y los códigos de conducta: Beneficios para todo el Mundo? Barcelona: Fundació Pau Solidaritat Catalunya. Julio 2002, p. 63.

[104] **DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta.** La Responsabilidad Social Corporativa o Responsabilidad Social de la Empresa. Madrid: UNED. 2003, p. 5. erso

	ETAPA PRÁCTICA	
1970	▪ Definición de las responsabilidades de la empresa. ▪ Se continúa con lo iniciado en la década anterior.	▪ Propuesta del CSP (*Corporate Social Performance*) como forma de medición de la Responsabilidad Social Empresarial. ▪ Estudios empíricos sobre la Responsabilidad Social Empresarial: percepción de ejecutivos sobre Responsabilidad Social Empresarial; medición de la Responsabilidad Social Empresarial en Estados Unidos de Norteamérica.
	ETAPA ESTRATÉGICA	
1980	▪ Definición del modelo *stakeholders*. ▪ Definición y desarrollo de códigos éticos. ▪ Balance social como medio de interiorizar y comunicar la Responsabilidad Social Empresarial.	▪ Estudios empíricos sobre filantropía, relación entre responsabilidad social y estados financieros.
	DESARROLLO SECTORIAL Y EMPRESA CIUDADANA	
1990 – hoy	▪ Empresa ciudadana: enfatiza la responsabilidad social hacia el medioambiente y colaboración con la comunidad. ▪ Desarrollo sectorial de la disciplina: se parcela y se analizan separadamente y en profundidad distintos aspectos (códigos éticos, inversiones responsables, toma de decisiones, colaboración con la comunidad, estándares).	▪ Prolifera la investigación empírica y las publicaciones sobre la Responsabilidad Social Empresarial y la Ética en los Negocios. Se crean cátedras sobre BE en casi todas las Escuelas de Negocios. Se abren líneas de investigación en muchas universidades europeas y estadounidenses. ▪ Se crean instituciones en casi todos los países occidentales para promover la Responsabilidad Social Empresarial, la EN o algún aspecto concreto de éstas. ▪ Los gobiernos empiezan a tomar parte en la promoción de la Responsabilidad Social Empresarial: creación de una Secretaría de Estado en Reino Unido (1996), leyes sobre Balance Social en Francia y Portugal; publicación del Libro Verde para Promover un marco europeo para la Responsabilidad Social Empresarial, por la Comisión Europea.

Ahora bien, la literatura académica y la praxis corporativa, permite encontrar distintas denominaciones para referirse a la responsabilidad empresarial. Como precisa Esteban Velasco[105], estas diferencias responden a enfoques de alcance y actores involucrados:

- **Responsabilidad Social (RS):** Compromiso general asumido por individuos, instituciones públicas y privadas para promover el bienestar social en ámbitos locales y globales.
- **Responsabilidad Social Empresarial (RSE):** Actitud voluntaria de la empresa para incorporar en su gestión las expectativas de sus stakeholders, articulando la rentabilidad con el bienestar social y la sostenibilidad ambiental.
- **Responsabilidad Social Corporativa (RSC):** Enfoque más amplio que involucra no solo a empresas privadas, sino también a agencias gubernamentales y organizaciones que deben rendir cuentas de su impacto social.

Desde nuestra perspectiva, **la Responsabilidad Social Empresarial es un sistema de gestión que procura construir, a través de la emisión de un conjunto de reglas y normas privadas, ya sean unilaterales o consensuadas con sus principales grupos de interés o agentes afectados y beneficiarios de su aplicación tales como trabajadores, proveedores, clientes, Estado y comunidades, relaciones de armonía que procuran consolidar el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales impuestos por la normativa pública internacional y nacional en materia de derechos laborales, ambientales, de seguridad laboral, salud, compromisos de acciones sociales, es decir, el cumplimiento de aquellos estándares sociales internacionales y nacionales[106], desarrollando para ello mecanismos de solución de conflictos, y sistemas de control y verificación sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos a través de los Código de Conducta adoptados, Acuerdos Marcos Internacionales negociados o Balances Sociales publicados Finalmente, cabe destacar que la emergencia de un consumo ético y responsable refuerza esta lógica: los consumidores premian a las empresas socialmente responsables, incrementando su valor reputacional y sostenibilidad a largo plazo. Sin embargo, la RSE no constituye una solución definitiva ni exime al Estado de su rol regulador. En un escenario global marcado por la automatización productiva, la concentración del capital y las desigualdades estructurales, la RSE adquiere una función relevante como mecanismo de contención y redistribución de riesgos, derechos y oportunidades.**

3. Estándares Sociales e Instrumentos.

La **RSE** se basa en estándares sociales que derivan de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional y Nacional, que los Estados están obligados a respetar, proteger y garantizar. Según Michael Windfuhr, esta obligación incluye no solo acciones estatales, sino también la regulación del comportamiento empresarial[107]. Los estándares sociales, aunque nacen de tratados y normas internacionales (como los convenios de la OIT), son herramientas aplicadas para mejorar el ejercicio real de derechos. No son simples recomendaciones: tienen un grado de vinculación mayor que los códigos voluntarios, aunque estos últimos también forman parte del sistema **RSE**.

---

[105] **ESTEBAN VELASCO, Gaudencio.** Op. Cit., p. 19.

[106] Por ejemplo: es un **estándar internacional** el límite de las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales conforme al Convenio 1 de la OIT (1919), mientras que es otro estándar nacional el salario mínimo.

[107] **WINDFUHR, Michael.** Los estándares sociales en la Cooperación Técnica. Bonn: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Oficina del Programa Estándares Sociales y Ecológicos. 2004, p. 2.

Los estándares sociales cumplen tres funciones clave: (i) **armonización del derecho,** pues evitan contradicciones entre normativa estatal y privada; (ii) **nivelación,** pues impiden que los estándares empresariales estén por debajo de lo legalmente exigido; y, (iii) **programática,** pues promueven mejoras constantes en condiciones laborales, sociales y de salud.

Desde nuestro punto de vista, los **estándares sociales** se definen como **las normas aplicadas cuyo objetivo es servir de punto de partida para lograr mejorar la situación de goce o ejercicio de los derechos fundamentales. Si bien los estándares sociales se basan en la normativa pública, internacional primero y luego nacional, son puestos en práctica a través de la garantía y desarrollo del Estado, cuando éste asume su obligación de cumplimiento.**

Los principales instrumentos utilizados por la **RSE** son:

3.1. Códigos de conducta:

Definen principios y compromisos mínimos sobre derechos laborales, ambientales y sociales. Son instrumentos mediante los cuales se declaran de manera formal, voluntaria y unilateral el conjunto de principios, compromisos de actuación y valores éticos por parte de las Empresas Transnacionales respecto de sus prácticas productivas y comerciales, y algunas veces de sus proveedores con el objetivo de garantizar el respeto de los estándares sociales. El Código de Conducta enuncia un catálogo de normas mínimas aplicadas en todas las operaciones de una Empresa Transnacional, exigiendo el cumplimiento de aquellas a lo largo de la cadena productiva desde la extracción de una materia prima hasta la salida del producto, bien o servicio final.

Cabe mencionar que en la reunión del Foro Económico Mundial de 1999, en Davos, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, propuso el Pacto Mundial o Pacto Global, que se le conoce también por su término anglosajón como ***Global Compact*** como una iniciativa voluntaria de Empresas Transnacionales, Organizaciones Internacionales de Representantes de Trabajadores y Organizaciones No Gubernamentales, junto con Organismos de las Naciones Unidas, en el que se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción[108]. Aun cuando el Pacto Mundial, es una iniciativa voluntaria, que reúne a una amplia red de

[108] Los Diez Principios del Pacto Mundial están basados en Declaraciones y Convenciones Universales y son los siguientes:

Derechos Humanos:

Principio 1: Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia.

Principio 2: Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos Estándares Laborales:

Principio 3: Las empresas deben apoyar la libertad de Asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Principio 4: Las Empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción

Principio 5: Las Empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.

Principio 6: Las Empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación.

Medio Ambiente:

Principio 7: Las Empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.

Principio 8: Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9: Las Empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente

Anticorrupción:

Principio 10: Las Empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

FUENTE: http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html

empresas y *stakeholders,* no es jurídicamente vinculante, y declara no ser un mecanismo de monitoreo del comportamiento de Empresas, ni un estándar o un Código de Conducta. Sin embargo, por sus características, nosotros consideramos que a partir del momento de la adhesión al sistema regulatorio de establecimiento de principios y valores sí puede ser considerada como un Código de Conducta "Global", o por el contrario, como un resumen o consolidación de los principales temas que debe abordar el Sistema. Aquellas empresas que se adhieren al Pacto Mundial comparten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomentan sociedades más prósperas. Tanto por la universalidad de los principios que promueve como por la globalidad de su ámbito espacial de aplicación, se trata de un Pacto, como su nombre indica, verdaderamente mundial[109]. Para el año 2008, este Código había sido suscrito por unas 800 compañías entre las que figuran BP, CISCO SYSTEMS, DAIMLERCHRYSLER, DELOITTE & TOUCHE, DUPONT, HEWLETT-PACKARD, NOVARTIES, SHELL, UNILEVER y VOLVO, entre otras.

3.2. Acuerdos marco internacional:

Son instrumentos suscritos entre una Organización de Representantes de Trabajadores de nivel Internacional y una Empresa Transnacional para incorporar mecanismos de cumplimiento de los estándares laborales en todas las operaciones que dicha empresa tenga en el mundo, y muchas veces también en las empresas subcontratistas y tercerizadas, o a lo largo de la cadena productiva. Para algunos autores, se trata de una expresión inicial de una negociación colectiva supranacional. Entre los principales Acuerdos Marcos Internacionales suscritos por las Federaciones Sindicales Internacionales encontramos:

- UNI[110] con TELEFÓNICA y CARREFOUR.

- UITA[111] con ACCOR y DANONE.

- ICM[112] con IKEA, FABER-CASTELL y SKANSKA.

---

[109] **HURTADO RODERO, Rafael.** La Sostenibilidad: Un nuevo paradigma económico, social y empresarial. En: Curso de Experto Universitario en Responsabilidad Social Corporativa. Madrid: UNED. 2003, p. 18.

[110] **UNI GLOBAL UNION,** fue creada el 1 de enero de 200 por los miembros de la Internacional de Comunicaciones, la FIET (Sindicato Global de Empleados y Servicios), la Federación Gráfica Internacional y la Internacional de los Medios de Comunicación y del Espectáculo. Entre los Acuerdos Marco que actualmente están en vigor, figuran aquellos firmados con ADECCO, BARCLAYS ÁFRICA, CARREFOUR, DANSKE BANK, ELANDERS, EURADIUS, G4S, FALCK, FRANCE TELECOM, H&M, ICOMON, ISS, KELLY SERVICES, METRO, NAG, OLIMPIA FLEXGROUP, OTE, PORTUGAL TELECOM, QUEBECOR, RANDSTAD, SECURITAS, TAKASHIMAYA, UPU; entre otros.

http://www.uniglobalunion.org/Apps/iportal.nsf/pages/20090206_zksaEs

[111] **UNIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES DE LA ALIMENTACIÓN, AGRÍCOLAS, HOTELES, RESTAURANTES, TABACO Y AFINES, (UITA)** es una Federación Internacional de Organizaciones Sindicales de los sectores de procesamiento de alimentos, manufactura de bebidas, procesamiento de tabaco, sectores agrícola y de plantaciones y en las industrias hoteleras, de restaurantes y proveedores, comercios y servicios. Cuenta con 2,6 millones de miembros repartidos en 374 organizaciones afiliadas en 119 países. Entre los Acuerdos Marco que actualmente están en vigor, figuran aquellos firmados con ACCOR, DANONE, CHIQUITA, FONTERRA; y, CLUB MEDITERRANEE, entre otros.

[112] **LA INTERNACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN Y LA MADERA (ICM),** es una Federación Sindical Internacional que agrupa a sindicatos libres y democráticos con miembros en los sectores de la construcción, de los materiales de construcción de la madera, de la silvicultura y sectores afines. Cuenta con 328 sindicatos que representan a alrededor de 12 millones de miembros en 130 países. Entre los Acuerdos Marco que actualmente están en vigor, figuran aquellos firmados con IKEA (muebles, Suecia), FABER-CASTELL (lápices, Alemania), HOCHTIEF (construcción, Alemania), SKANSKA (construcción, Suecia), BALLAST NEDAM (construcción, Holanda), STABILO (instrumentos para escritura y cosméticos, Alemania), IMPREGILO (construcción, Italia), VEIDEKKE (construcción, Normandia), LAFARGE (materiales de construcción, Francia), ROYAL BAM GROEP (construcción, Países Bajos), STAEDTLER (escritura, Alemania), VOLKERWESSELS (construcción, Países Bajos), WILKHAHN (muebles de oficina, Alemania), ITALCEMENTI (Construcción, Italia), GDF SUEZ (Francia), y, PFLEIDERER (Alemania)

- FITIM[113] con VOLKSWAGEN, BOSCH y RENAULT.

- ICEM[114] con ENDESA.

3.3. Balance social:

El Balance Social es un instrumento estratégico de gestión que permite a las Empresas Transnacionales planificar, organizar, dirigir, registrar, controlar y evaluar, en términos cuantitativos y cualitativos, su gestión social en un período determinado, desarrollando una política informativa de total transparencia y cooperación que permite comunicar sus aportes sobre el accionar social, económico y medioambiental de la empresa de forma interna (empleados y proveedores) y externa (la sociedad, los inversores y accionistas). El Balance Social permite informar, medir y comparar los distintos aspectos de la empresa y su relación con la sociedad.

La información que se publica debe ser: (i) relevante, (ii) veraz en cuanto a la descripción de acciones, contexto, neutralidad en la selección y presentación de datos, tanto de los positivos como negativos; (iii) suficientemente clara y debe utilizar gráficos y prescindir de términos técnicos y científicos; (iv) comparable y permitir a los grupos de interés la comparación de tendencias sociales, económicas y ambientales; (v) verificable mediante Auditorias.

A partir de ello podemos concluir que la relación normativa entre la normativa privada y la pública es de **suplementariedad**[115], y que existe un desplazamiento del Estado en su rol regulado pues según la Escuela de Frankfurt con Habermas a la cabeza, la legitimación de un Estado depende de su producción normativa. No obstante, los Códigos de Conducta que las Empresas Transnacionales introducen, demuestran un desarrollo histórico acaecido entre el poder de las Empresas Transnacionales para ordenar la realidad social y los límites que han ido surgiendo desde los Estados para traducirse en un sistema de normas privadas que actúen como autolimitación de ese dominio expresando la nueva configuración del orden económico mundial.

La **RSE** representa una respuesta ambigua pero significativa frente a las transformaciones estructurales generadas por la globalización económica y el avance hegemónico de las Empresas Transnacionales. Estas han reconfigurado los marcos productivos, laborales y

---

[113] **LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS INDUSTRIAS METALÚRGICAS(FITIM)** es una de las mayores y más antiguas Federaciones Sindicales Internacionales, creada en agosto de 1893. Entre los Acuerdos Marco que actualmente están en vigor, figuran aquellos firmados con BOSCH, DAIMLERCHRYSLER, GEA, LEONI, MERLONI ELETTRODOMESTICI, PRYM, RENAULT, RHEINMETALL, SKF, VOLKSWAGEN

[114] **INTERNATIONAL FEDERATION OF CHEMICAL, ENERGY, MINE AND GENERAL WORKERS' UNIONS (ICEM).** En 1999, esta Federación Sindical Mundial estableció como prioridad el lograr, por medio de la negociación, Acuerdos Marcos con Empresas Transnacionales. La ICEM cuenta actualmente con varios Acuerdos Marco en los sectores del petróleo, electricidad, caucho y papel. Entre los Acuerdos que actualmente están en vigor, que son revisados periódicamente por funcionarios de las empresas y por los sindicatos a nivel mundial, figuran aquellos firmados con RHODIA, EDF, LUKOIL, SVENSKA CELLULOSA AKTIEBOLAGET, ENI, ANGLOGOLD, UMICORE, RAG, NORSKE SKOG, ENDESA, FREUDENBERG, STATOIL y LAFARGE, entre otros.

[115] En materia laboral las normas estatales son comúnmente de derecho necesario relativo, por tanto, establecen beneficios con carácter mínimo, que pueden mejorarse por las normas profesionales o la autonomía privada individual (esta última, a su vez, puede elevar los pisos fijados por las normas profesionales).

Pues bien, toda vez que una norma se configura como mínima y otra la mejora, tenemos entre ellas una relación de suplementariedad. Esto ocurre usualmente entre la ley y el convenio colectivo; o entre un convenio colectivo de rama de actividad y uno de empresa; pero no cabe entre la ley y su reglamento. Aunque aquélla se haya constituido como norma mínima, éste no puede aumentar el beneficio, porque ese carácter de la ley se dirige a las normas profesionales y no al reglamento. De hacerlo, éste será ilegal y deberá eliminarse del ordenamiento.

La diferencia entre la suplementariedad y el conflicto normativo es que en el conflicto se aplica el principio de la norma más favorable en donde es indispensable seleccionar una de las normas y desplazar la otra, mientras que en la suplementariedad, en cambio, aunque las normas son autónomas, la mayor absorbe a la menor, aplicándose ambas a la vez.

ambientales de los países en desarrollo, generando profundas desigualdades que exceden la capacidad regulatoria de los Estados. En este contexto, el derecho público ha ensayado una estrategia indirecta de contención: la incorporación de sus principios en instrumentos de regulación privada, entre los cuales los códigos de conducta ocupan un lugar central. Los códigos de conducta no son simples declaraciones simbólicas; por el contrario, constituyen instrumentos que materializan compromisos concretos asumidos por las empresas, y que, aunque nacen de manera voluntaria, se insertan en redes normativas más amplias que involucran principios internacionales, exigencias sociales y expectativas institucionales. Expresan, además, una tensión estructural entre la lógica del capital globalizado y la necesidad de preservar ciertos umbrales mínimos de justicia social y sostenibilidad ambiental. Dicha tensión evidencia que la **RSE,** no sustituye la regulación estatal, pero la desplaza estratégicamente hacia el terreno privado, convirtiendo a las grandes corporaciones en actores normativos de facto. Así, los estándares sociales y los códigos de conducta deben ser entendidos como parte de una arquitectura regulatoria híbrida, donde confluyen intereses públicos y privados, derechos fundamentales y estrategias empresariales, presiones sociales y compromisos autoimpuestos.

4. Temáticas que abordan los instrumentos de la rse.

Los instrumentos de la **RSE** utilizados por las Empresas Transnacionales (Códigos de Conducta, Acuerdos Marco Internacionales y Balances Sociales) abordan principalmente temas laborales, derechos humanos, medio ambiente, ética empresarial, inversión social y transparencia.

Uno de los aspectos más regulados son las **condiciones laborales** y los derechos humanos. Entre los principales temas se consideran:

a) **La libertad de asociación y la libertad sindical,** reconociendo y respetando los derechos de los trabajadores a constituir organizaciones de representantes, a la libre asociación para afiliarse, desafiliarse o no afiliarse a aquellas.

b) **El derecho de negociación colectiva,** reconociendo y respetando los derechos de los trabajadores al pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar a través de convenios colectivos sus condiciones de empleo.

c) **La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio,** evitando el trabajo involuntario, obligándose a suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio, tomando todas las medidas eficaces para su abolición inmediata y completa.

d) **La abolición del trabajo infantil,** a efectos de no emplear a ningún trabajador menor de 14 años de edad, o que se encuentre en edad en que se interfiera con la escolaridad obligatoria, o en la edad mínima establecida por la normativa nacional.

e) **La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación,** a efectos de emplear y promover relaciones laborales sobre la base de las capacidades de los trabajadores que prestan sus servicios y no de sus características o creencias personales. En ese sentido, se proscribe cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, incluyendo tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo, como en las diversas ocupaciones y condiciones de trabajo.

f) **Los niveles salariales, pagando por lo menos la remuneración mínima establecida por la normativa nacional,** incluyendo todos los salarios asignados por mandato, permisos y ventajas y, especialmente, la igualdad salarial entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor.

g) **Las horas de trabajo y compensaciones debidas por sobretiempos,** para lo cual deberán respetar las horas de trabajo establecidas por día y semana (8 horas diarias o 48 horas semanales, como límite legal establecido en cada país).

h) **El acoso sexual o el abuso sexual contra trabajadores** entendiendo aquella como la conducta o comportamiento de carácter sexual no deseado y que la víctima percibe como algo que se ha convertido en una de las condiciones de trabajo o ha creado un entorno de trabajo hostil, intimidatorio y humillante[116].

i) **La seguridad y salud laborales,** proporcionando un ambiente seguro y sano en el centro de trabajo[117].

La temática **ambiental,** es otro tema regulado a través de los instrumentos de la **RSE.** El concepto de desarrollo sostenible, impulsado desde la Cumbre de Río, promueve el equilibrio entre crecimiento económico, equidad social y protección ambiental. Aunque persisten tensiones entre sostenibilidad y libre comercio. Se destaca la necesidad de un Estado regulador y de que las empresas adopten prácticas ambientalmente responsables: eficiencia energética, uso de materiales reciclables, manejo de residuos y desarrollo de tecnologías limpias. Esto no solo reduce costos e impactos negativos, sino que también genera ventajas competitivas.

La **inversión social comunitaria** es otra temática que se aborda desde los instrumentos de la RSE, y no se entiende la inversión social como caridad, sino como una estrategia para generar valor compartido. Las empresas se involucran activamente en las comunidades donde operan, mejorando su imagen y fortaleciendo la relación con trabajadores, consumidores e inversores. Estas acciones incluyen programas sociales, apoyo a emprendedores y criterios éticos en decisiones de inversión, como evitar industrias perjudiciales o apoyar a empresas responsables.

Finalmente, la **ética corporativa** y la **gestión transparente,** son temas abordados y entendidos desde los principios como justicia, honestidad y transparencia de las decisiones y objetivos de la empresa. Cada vez más compañías formalizan estos valores en códigos de ética, promoviendo prácticas responsables dentro y fuera de la organización. Esta ética basada en valores mejora la reputación y es preferida por los consumidores, como evidencian encuestas en grandes empresas globales. La transparencia es clave para la reputación corporativa y la confianza pública. No se limita a auditorías, sino que debe reflejarse en la práctica diaria y en la forma en que se comunica. Una gestión basada en **RSE** implica comunicación estratégica y coherente con los valores de la empresa, lo que favorece el diálogo con la ciudadanía y fortalece su credibilidad.

5. LOS GRUPOS DE INTERÉS O STAKEHOLDERS.

Los **grupos de interés,** conocidos como ***stakeholders,*** son aquellos actores que afectan o se ven afectados por las decisiones y actividades de una empresa, especialmente en el contexto de las Empresas Transnacionales. Surgido en 1963 en el *Stanford Research Institute,* este concepto abarca tanto a actores internos (accionistas, trabajadores, sindicatos) como externos (clientes, proveedores, comunidades locales, gobiernos, ONGs y competidores), ampliando la visión tradicional centrada exclusivamente en los *shareholders* o accionistas.

---

[116] Cfr. **OTOYA CALLE, Johan Sandro.** Hacia una sistematización teórica de tutela y las relaciones normativas para su aplicación concreta en casos de acoso sexual. En: ANUARIO 2002-2003-2004 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Zaragoza, p. 475. Cfr. **AEBERHARD - HODGES, Jane.** Desagradable, no deseado y cada vez más ilegal: El acoso sexual en el lugar de trabajo. En: Revista Internacional del Trabajo. Nº 19, marzo 1997. Cfr. **AEBERHARD - HODGES, Jane.** Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo. En: Revista Internacional del Trabajo. Nº 5. Volumen 115, 1996.

[117] Cfr. **OTOYA CALLE, Johan y Eduardo MENDÍVIL RIVAS.** Informe anual sobre responsabilidad social empresarial en el Perú. Lima: Programa Laboral de Desarrollo - PLADES. 2003, p. 11. o

El enfoque *stakeholder* se origina como una respuesta a la creciente necesidad de considerar la pluralidad de intereses que conviven dentro y fuera de las organizaciones, reconociendo el reparto de poder y la influencia mutua entre la empresa y su entorno. Autores como José María Lozano[118], Jordi Morrós Ribera e Isabel Vidal Martínez[119], Rafael Araque Padilla y María José Montero Simó[120] destacan que estos grupos no son meramente receptores pasivos de las decisiones empresariales, sino que también poseen capacidad de incidir activamente en la conducta corporativa, ya sea a través de mecanismos de presión, cooperación o diálogo.

Esta visión propicia un modelo de gestión integral en el que se reconoce la legitimidad y relevancia de múltiples partes interesadas, fomentando relaciones estratégicas basadas en el respeto, la transparencia y la corresponsabilidad. No obstante, es importante discernir entre intereses legítimos y aquellos que no lo son; por ejemplo, un competidor no puede invocar transparencia para exigir acceso a información confidencial. En suma, la incorporación del enfoque *stakeholder* en la Responsabilidad Social Empresarial permite a las empresas transnacionales tomar decisiones más equilibradas, sostenibles y éticamente fundamentadas, al integrar en su gobernanza las demandas y expectativas de los diversos actores sociales con los que interactúan.

VI. EL SISTEMA DE CONTROL, FISCALIZACIÓN Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO.

Establecidos los sujetos, los instrumentos y las temáticas que conforman el sistema de Responsabilidad Social Empresarial, nos queda por definir los sistemas de verificación y monitoreo de validación. El sistema utiliza mecanismos que permiten la comprobación y uso correcto de las obligaciones que asume. Uno de estos mecanismos es la auditoria social y otro, los sistemas de certificación.

La **auditoría social** es un mecanismo esencial del sistema de **RSE** para verificar el cumplimiento real de los compromisos asumidos por las Empresas Transnacionales, a través de instrumentos como los Códigos de Conducta, Acuerdos Marco Internacionales y el Balance Social. A diferencia de los informes empresariales que brindan respuestas limitadas, la auditoría social ofrece una evaluación más profunda, elaborada por un tercero independiente. Se trata de un proceso metódico e independiente que mide el impacto social de una empresa en un entorno específico. Analiza sus efectos sobre los derechos fundamentales, el ambiente y las condiciones laborales, y permite formular recomendaciones para mejorar la acción empresarial. La auditoría social promueve la transparencia, el control social y la participación de los grupos de interés, exigiendo canales de comunicación abiertos y acceso a información veraz. Existen dos tipos: la auditoría interna, desarrollada desde dentro de la empresa para verificar la aplicación de sus propios estándares; y la auditoría externa, que es independiente y genera mayor confianza al evaluar objetivamente el cumplimiento de los compromisos asumidos.

De otro lado, están los **sistemas de certificación,** que van más allá de la auditoría social, ya que no solo verifica, sino que da constancia externa del cumplimiento de estándares. Este proceso tiene dos fases:

(i) **normalización,** que implica crear y aplicar normas privadas, generales o sectoriales; (ii) **certificación,** mediante la cual una entidad independiente verifica si una empresa o cadena productiva cumple con esos estándares, también conocido como social screening o social rating.

---

[118] **LOZANO, José María.** ¿Hacia la empresa ciudadana? En: La Responsabilidad Social Corporativa y los códigos de conducta: Beneficios para todo el Mundo? Barcelona: Fundació Pau i Solidaritat Catalunya. Julio 2002, p. 14.

[119] **MORRÓS RIBERA, Jordy e Isabel VIDAL MARTÍNEZ.** Responsabilidad Social Corporativa. Madrid: Fundación Confemetal Editorial. 2005, p. 94.

[120] **ARAQUE PADILLA, Rafael y María José MONTERO SIMÓ.** La responsabilidad social de la empresa a debate. Barcelona: Icaria Editorial. 2006, p. 102. erso

Existen diversas agencias de certificación; y dentro de las más conocidas encontramos (i) **la NORMA SA 8000** de Estados Unidos de Norteamérica cuyos fundamentos y directrices son las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; y sus temáticas se centran en lo laboral y ambiental; (ii) **ACCOUNTABILITY 1000 - AA 1000** del Reino Unido, que son un conjunto de pautas sobre principios y procesos para la rendición de cuentas transparente; (iii) **FAIR LABOR ASSOCIATION - FLA** de Estados Unidos de Norteamérica es la asociación de la industria del vestido *(Apparel Industry Partnership - AIP)* y ha sido la más antigua y controvertida de las iniciativas en materia de seguimiento y certificación, teniendo entre sus principales miembros "NIKE, REEBOK, LIZ CLAIBORNE, PATAGONIA, LEVI'S, ADIDAS, EDDIE BAUER, POLO RALPH LAUREN, L.L. BEAN, NICOLE MILLER, PHILLIPS VAN-HEUSEN", entre otras; (iv) **WORLDWIDE RESPONSIBLE APPAREL PRODUCTION (WRAP)** de Estados Unidos de Norteamérica es un proceso de certificación, que surge ante la presión de los gobiernos, consumidores y accionistas que buscan que la producción de textiles, ropa y calzado que producen más el de 85% de productos textiles que se venden al por mayor en los Estados Unidos de Norteamérica y es la asociación comercial más grande y representativa del sector en Estados Unidos de Norteamérica con más de 700 compañías entre las que se encuentran, SARA LEE CORPORATION, JOCKEY INTERNATIONAL, KELLWOOD, VANITY FAIR CORPORATION, RUSSELL CORPORATION, OSHKOSH B'GOSH, entre otros.

WRAP certifica fábricas, es decir, sus instalaciones y no a las marcas o signos distintivos, en un enfoque similar al de la Norma SA8000. La certificación de las instalaciones tiene una validez de 1 año y las fábricas están obligadas a someterse a la autoevaluación y supervisión externa. En la certificación, las instalaciones pueden o no pueden estar sujetas a inspecciones sin previo aviso; y, entre otras, (v) **GUÍA ISO 26000** publicada el 1 de noviembre de 2010, luego de un proceso de seis años de trabajo proporciona recomendaciones en materia de Responsabilidad Social para organizaciones del sector público y privado de todo tipo. Es una norma voluntaria que ofrece orientaciones sobre definiciones, principios y materias fundamentales en este ámbito. Esta norma de Responsabilidad Social no es certificable ni establece requisitos para desarrollar un sistema de gestión.

VII. CONCLUSIONES GENERALES

En primer lugar, las Empresas Transnacionales surgen como resultado de una concentración de capital tan significativa que hoy dominan el comercio internacional. Estas empresas actúan en diversos países mediante filiales, sucursales o subsidiarias, pero siempre subordinadas a una matriz que centraliza las decisiones económicas, políticas y sociales. Su tamaño, número de trabajadores y capacidad de generar ingresos les otorgan un poder económico y político considerable. Por su parte, los grupos de empresas, están compuestos por varias personas jurídicas bajo una única dirección y aunque actúan con autonomía, ejercen subordinación, sin asumir responsabilidad solidaria, por ejemplo, frente a temas tributarios o laborales. Dentro de este modelo, la cadena productiva conecta distintas empresas en todas las etapas de producción, desde la extracción hasta el consumo final. Aunque no siempre hay una unidad de dirección formal, se mantiene una relación de dominación a través de contratos.

La temática que abarca la Responsabilidad Social Empresarial, nace de la normativa pública, y encuentra en los instrumentos del sistema un reflejo, es decir, que se inspira en la normativa pública y busca reglamentar las relaciones sociales y económicas de las Empresas Transnacionales con sus grupos de interés, imponiendo (basada en su poder económico e influencia política), sus condiciones en la cadena productiva y los grupos de interés, es decir, en el propio mercado, sancionando con la desarticulación del sistema económico, a los agentes que incumplan la normativa privada emitidas, ejecutando la subordinación o dominación de una empresa a otra, por medio del cumplimiento de estándares, de ahí que resulta prioritario el

reconocimiento como parte del grupo de interés, pues este es el medio para intervenir en el mecanismo de solución de conflictos, generando la modificación de la normativa privada.

En segundo lugar, frente al debilitamiento del control estatal en un contexto de mercados globalizados y desregulados, surge la Responsabilidad Social Empresarial como un nuevo tipo de regulación de carácter privado, un fenómeno regulador innovador, en un contexto de liberalización de mercados donde los Estados reducen su capacidad de control. La RSE no representa un sistema cerrado ni uniforme, pero sus principales instrumentos y estándares giran alrededor de tres pilares esenciales: los derechos humanos, principalmente los laborales; la protección del medio ambiente; y las prácticas comerciales éticas. Este entramado toma como base el derecho público y lo transforma en mecanismos voluntarios pero exigibles en la práctica a través de códigos de conducta, balances sociales y acuerdos marco internacionales. Estas exigencias se extienden en sus propias operaciones, y la de sus proveedores, imponiendo normas cuyo incumplimiento puede acarrear la exclusión del mercado global, convirtiéndose en mecanismos disciplinarios con efectos jurídicos y económicos.

Las Empresas Transnacionales configuran la realidad social a partir de la tensión entre producción y distribución de la riqueza nacional y la apropiación del excedente económico, administrando gran parte de las relaciones mercantiles en cada mercado y, a escala mundial, a través de un intervencionismo de la administración centralizada de ingresos, transformando la esfera pública en privada. La tensión entre la subordinación de las naciones a las reglas de funcionamiento del mercado mundial unificado por las Empresas Transnacionales según la división técnica del trabajo que imponen y los límites formales que el sistema regulatorio de la Responsabilidad Social Empresarial establece a una expansión global de esta naturaleza que borra las fronteras nacionales y configura el orden unificado de la actual etapa histórica del capitalismo: la globalización, donde las Empresas Transnacionales se expanden sobre las economías periféricas, hasta estructurar una sola economía mundial donde administrar el flujo de capitales, tecnología, recursos financieros y laborales, de modo tal que integran sus capitales mediante el apoderamiento de los mercados internos, la apropiación de los ingresos, la expropiación de los capitales y la determinación de las políticas salariales.

En tercer lugar, los instrumentos de la RSE (Códigos de Conducta, Acuerdos Marco Internacionales y el Balance Social) tienen como base la normativa pública. Por ejemplo, en materia laboral se inspiran en la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo, incorporando también mecanismos de prevención de conflictos laborales Lo que hacen estos instrumentos es tomar esa normativa pública y traducirla en mecanismos privados de regulación. Así, las Empresas Transnacionales no solo actúan en el mercado, sino que también establecen reglas en sus cadenas de suministro y relaciones comerciales. Quienes no cumplen estos estándares pueden quedar excluidos del sistema económico global, lo cual refuerza el poder disciplinario de estos mecanismos.

La eficacia de este sistema depende del reconocimiento de los actores sociales como *stakeholders* legítimos. Solo quienes logran esta legitimidad pueden incidir en el perfeccionamiento de los instrumentos de la RSE, participar en espacios de diálogo o activar mecanismos de solución de controversias. Por ello, la inclusión como *stakeholder* se convierte en una condición previa indispensable para democratizar los procesos empresariales y garantizar que la autorregulación no reproduzca asimetrías de poder, sino que contribuya a una gobernanza más justa en el contexto transnacional.

Finalmente, hay una reconfiguración de la realidad social a partir de la tensión entre producción y distribución de la riqueza nacional y la apropiación del excedente económico, administrando gran parte de las relaciones mercantiles en cada mercado y, a escala mundial, a través de un intervencionismo de la administración centralizada de ingresos, transformando la esfera pública en privada. La tensión entre la subordinación de las naciones a las reglas de funcionamiento del mercado mundial unificado por las Empresas Transnacionales según la división técnica del trabajo que imponen y los límites formales que el sistema regulatorio de la Responsabilidad Social Empresarial establece a una expansión global de esta naturaleza que borra las fronteras nacionales y configura el orden unificado de la actual etapa histórica del capitalismo: la globalización, donde las Empresas Transnacionales se expanden sobre las economías periféricas, hasta estructurar una sola economía mundial donde administrar el flujo de capitales, tecnología, recursos financieros y laborales, de modo tal que integran sus capitales mediante el apoderamiento de los mercados internos, la apropiación de los ingresos, la expropiación de los capitales y la determinación de las políticas salariales.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"Derecho, Proceso y Justicia"

Buena salud y mala fama: los límites del poder de sustitución del juez contencioso-administrativo en el Perú

Good health and bad reputation»: the limits of the power of substitution of the contentiousadministrative judge in Peru



Alberto Huamán Ordóñez[121]

RESUMEN

El autor del presente ensayo procede a analizar el poder de sustitución del juez contencioso-administrativo cuando, en ejercicio de sus competencias de control jurídico de la administración pública, advierte aspectos no considerados por el ciudadano que emplaza, ante los Tribunales, a los poderes públicos motivando su intervención, de manera integradora, para dotar de tutela subjetiva a quien emplaza a la administración sin que esto pase a ser visto en términos contrarios a los principios constitucionales de división funcional de poderes, democrático y de cooperación institucional llegando a precisar que esto no tiene por qué verse como una injerencia indebida en la actividad del Ejecutivo como se pensaba en la Francia revolucionaria, sino que se basa en una tarea de pesos y contrapesos orientada a dotar de fuerza normativa a la Constitución; en tal orden de ideas, a efectos de demostrar que la labor sustitutiva de dicho juez no resulta contraria a los cimientos del Estado moderno en general y del Estado constitucional de Derecho en específico, desarrolla argumentos orientados a entender que dicha habilitación tiene entera base constitucional y legal a través del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado lo que le lleva a perfilar datos básicos en la construcción de sus límites orientados a cimentar el papel de esta potestad en un escenario de alta conflictividad como es del proceso contencioso-administrativo donde la administración, en su calidad de poder público, pretende reiterar su posición jurídica de persona poderosa por sobre la ubicación del particular en las relaciones jurídico-administrativas.

Palabras clave: poder de sustitución; pesos y contrapesos; contencioso-administrativo; fuerza normativa de la Constitución; división de poderes.

ABSTRACT

The author of this essay proceeds to analyze the power of substitution of the contentiousadministrative judge when, in the exercise of his powers of legal control of the public administration, he notices aspects not considered by the citizen who summons the public powers before the Courts. motivating its intervention, in an integrative manner, to provide subjective protection to whoever summons the administration without this becoming seen in terms contrary to the constitutional principles of functional, democratic division of powers and institutional cooperation, going so far as to specify that this does not It has to be seen as undue interference in the activity of the Executive as was thought in revolutionary France, but is based

[121] Abogado graduado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG). Árbitro en materia de negociaciones colectivas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD). Exdocente universitario de Derecho administrativo, Derecho procesal administrativo y Derecho laboral. Especialista en Derecho administrativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Especialista en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico (UP). Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica (UNH). Registro de investigador Scopus Autor ID: 58097033900 y Web of Science: ADH-6769-2022.

on a task of checks and balances aimed at providing normative force to the Constitution; In this order of ideas, in order to demonstrate that the substitute work of said judge is not contrary to the foundations of the modern State in general and the constitutional Rule of Law in specific, it develops arguments aimed at understanding that said authorization has an entire constitutional basis and legal through the power to judge and have what is judged executed, which leads it to outline basic data in the construction of its limits aimed at cementing the role of this power in a scenario of high conflict such as the contentious-administrative process where the administration , in its capacity as public power, seeks to reiterate its legal position as a powerful person over the location of the individual in legal-administrative relations.

Keywords: substitution power; checks and balances; contentious-administrative; normative force of the Constitution; division of powers.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de los notables avances en el control jurídico de la administración pública, orientados a brindar una adecuada tutela al administrado más allá del espacio de las relaciones jurídicoadministrativas, la labor sustitutiva del juez contencioso-administrativo tiene «mala fama» a nivel jurídico-político.

Esto, pese a que «los órganos jurisdiccionales competentes a posteriori pueden examinar el problema de fondo» (López Ramón, 1988, p. 60).

Aún cuando dicha tarea le es propia, puesto que debe ejercerse sobre la base de la plena jurisdicción, resulta siendo percibida por parte del Ejecutivo en general y de la administración en específico con un fuerte recelo en el Estado constitucional. Ello, al entenderse que resulta contraria a los principios constitucionales de división funcional de poderes, democrático y de cooperación. Dicha apreciación —equívoca, por cierto— alcanza inclusive al máximo custodio de la Constitución (STC n.° 0005-2016-PCC/TC, 2019; STC n.° 00002-2018-PCC/TC, 2020); esto, a razón de temas controversiales en relación a los ámbitos administrativo-policial y administrativo-pesquero a nivel de la jurisdicción constitucional. Cerrando filas frente a un escenario de subjetividad que se basa en temores infundados que se derivan de una interpretación históricamente cerrada de la división de poderes, procede indicar que debe ser disipada toda incertidumbre en torno a la atribución judicial a través de la cual el juez de la materia, quien realiza el control jurídico de la administración, puede sustituir al poder público cuando este opera al margen del Derecho objetivo. En este aspecto, el director de este proceso (el del contencioso-administrativo) no solo cuenta con la posibilidad de anular decisiones administrativas sujetas al Derecho administrativo. Igualmente, entre sus atribuciones se comprenden las de hacer que el proceder de la administración retorne a su adecuada senda (STC n.° 03373-2012-PA/TC, fdm. 7, del voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, 2013) sin que ello implique afirmar, de manera irresponsable, que ello implica una intromisión en el ámbito de las competencias del Ejecutivo.

Esto, se apoya en lo sostenido por García de Enterría (1962), para quien «el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable» (p. 204). Por esto, ante la anomalía en su actuar, la administración debe responder ante los Tribunales sobre la base de las pretensiones de quien requiere justicia. Es admisible que el juez, sobre el sustento de lo que se denomina «activismo judicial», motivadamente integre aspectos no planteados por el demandante dentro de un contradictorio. Esto último, en cuanto manifestación concreta del derecho a un debido proceso (STC n.° 3741-2004-AA/TC, 2005, fdm. 31, 2), con miras a asegurar la posición jurídica de los llamados a juicio: el particular y la administración.

En esencia, el poder sustitutivo del juez se asienta política y jurídicamente en la limitación racional del poder (Aragón Reyes, 1986, p. 97) que se hace a la administración como poder público cuando es sometida al escrutinio, mediando las pretensiones del particular, de los tribunales.

Su labor, en relación con el poder, es colaborativa ya que se orienta a la reconducción de las competencias de la autoridad atendiendo a que se someten al contencioso-administrativo, única y exclusivamente, las actuaciones administrativas de Derecho administrativo anómalas (Ley n.° 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 1 y 3).

Por esto, son no judicializables las demás que constituyen la gran parte del tráfico jurídicoadministrativo. Como veremos, no se trata de una atribución ausente de límites sino que responde, antes bien, a la participación del Poder Judicial en el sano equilibrio de los poderes públicos. Esto nos lleva a su análisis sobre la base de diversos institutos tales como la competencia como elemento reglado del actuar administrativo, los derechos fundamentales y legales involucrados en el conflicto administrativo, el interés público inmanente a la resolución del asunto controvertido y la motivación cabiendo indicar que dicho listado tiene entero carácter pedagógico, más no definitivo, en la construcción de tales límites.

Este conjunto de situaciones lleva a preguntarse al autor: ¿La autoridad tiene poderes sustitutivos? En caso de ser afirmativa la respuesta: ¿es posible que la jurisdicción contencioso-administrativa, como contralora de la autoridad, pueda ejercer competencias sustitutivas en la resolución de controversias administrativas? De ser así esto último: ¿Es posible establecer límites al poder de sustitución del juez administrativo? ¿Cuáles serían tales límites?.

Dichas interrogantes aparecen como sustento de la presente investigación atendiendo a que, desde la regulación de la Ley n.° 27584 (Poder Ejecutivo, 2001) hasta la actualidad, se aprecia un fuerte recelo de las autoridades administrativas y de los tribunales de justicia, incluyendo al Tribunal Constitucional del Perú, frente a las competencias sustitutivas del juez contencioso administrativo que tiene impacto en la resolución de conflictos administrativos.

Frente a este escenario, a través de la presente investigación, el autor se pregunta si es posible asumir o no que el juez contencioso-administrativo cuenta, constitucional y legalmente, con potestades sustitutivas frente a la autoridad identificando, por otra parte, cuáles serían sus límites.

Para ello, se partirá desde la histórica atribución sustitutiva que tiene la autoridad que pervive hasta hoy al igual que su fundamento legislativo en la ley sustantiva administrativa peruana en la realidad actual. Así, se estudiará cómo es que ella no es contraria a los fundamentos constitucionales de la separación de poderes indicando que dicho poder sustitutorio ya lo tienen los jueces constitucionales en el Perú para finalmente establecer que el problema no son los límites —como se piensa— sino la saludable identificación de ellos. Por ello, el autor propone que la competencia, los derechos fundamentales y legales, el interés público y la motivación son dichos límites no cerrando la posibilidad de que se presenten otros. Finalmente, se plantean las conclusiones del caso.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en el histórico y hermenéutico a través del cual se va a estudiar los límites de la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo cuando se advierte que se requiere dotar de eficacia plena la tutela del administrado brindada por los Tribunales. Ello por mandamiento, para el caso peruano, del Decreto Supremo n.° 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Poder Ejecutivo, 2001) cuando dicho actor es afectado por las actuaciones administrativas de Derecho administrativo. El enfoque a desarrollar establece que el problema no es si los jueces contencioso-administrativos tienen atribuciones sustitutivas sino cuáles son sus límites. Cabe indicar que, atendiendo a la naturaleza propia de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar tales aspectos acudiendo, en cuanto es necesario, a la doctrina y la jurisprudencia con el propósito de reforzar la interpretación realizada. Finalmente, se declara que el presente estudio ha sido elaborado siguiendo los principios éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y en el Código de Conducta del *Committee on Publication Ethics* (COPE), aplicables a investigaciones académicas sin intervención directa sobre personas, garantizando la integridad metodológica, la transparencia y la responsabilidad en la difusión de resultados.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Atribución sustitutiva de la administración, en los orígenes del Derecho administrativo, en ejercicio de potestades cuasi jurisdiccionales en las justicias retenida y delegada: el contencioso-administrativo como herramienta de autocontrol de los poderes públicos

Históricamente, el cuidado que se tiene de que el juez contencioso-administrativo mantenga atribuciones sustitutivas no es un fenómeno reciente.

Hunde sus raíces en los jueces del Antiguo Régimen que, sin ser profesionalizados y pertenecer a alguna organización dependiente del rey, mantuvieron latente una continua disputa de poder con el poder regio. El advenimiento de la Revolución francesa es un escenario desde el cual se avizoró que, con una alta probabilidad, era perfectamente posible que los jueces perpetuaran el escenario de tensión entre ellos y la nueva organización: la administración pública. Sin disimulo, es la Asamblea Nacional quien enfiló contra ellos previendo, de manera prohibitiva, que pudieran inmiscuirse (Ley de 16-24 de agosto de 1790; Ley del 16 de Fructidor del año III) en la actividad administrativa. No en vano, las técnicas de la justicia retenida y posteriormente la justicia delegada fueron el escenario que permitió identificar que la administración, en orden de sus potestades autoorganizativas, pudiera controlarse a sí misma (Carrillo Donaire, 2000).

El inicio del siglo XX permitió el asomo de la plena jurisdicción.

Desde dicha ubicación, el Consejo de Estado francés pasa de un entorno de revisión de las actuaciones administrativas a otro en el que termina sustituyendo a la actividad administrativa del Ejecutivo (Martínez Useros, 1957, p. 86) al decirle cómo es que tiene que operar ante potestades regladas. Hasta donde es conocido, nadie habría exteriorizado propósito alguno de cuestionar la decisión de dicho máximo órgano colegiado.

Aunque parezca intrascendente, históricamente, la razón era bastante simple. Al entenderseque el Consejo de Estado francés era la cabeza jurídica de la administración pues, de acuerdo a Theis (1956), «fija la regla de Derecho al mismo tiempo que la aplica» (p. 304), no hubo manera alguna de poner reparos a la potestad innovativa de la administración a través de la atribución sustitutiva. Esta se entendió como propia a esta organización al llegar a ser asumido que, juzgar a la administración por parte de la administración, era mejorar a la propia organización vicarial (Sáinz de Robles, 1999, pp. 515-516). Ello, bajo la línea de un esquema endogámico que, dada su propia confección, redujo —a su mínima expresión— los riesgos de una intromisión competencial en la actividad administrativa de Derecho administrativo. Como se advierte, la atribución sustitutiva de la administración no levantó polvareda alguna y mucho menos lo hace hoy.

La literatura científica de la época, como la actual, no han mostrado reparo alguno a dicha fórmula resolutoria de conflictos administrativos.

3.2. El contencioso-administrativo como proceso judicial: ¿es justificable el miedo a que la actividad judicial sustitutiva del juez quiebre el principio de separación de poderes?

El problema en torno a la atribución sustitutiva viene con la madurez del contencioso-administrativo que pasa de ser un mecanismo de control de la administración hacia la administración hacia un verdadero proceso judicial.

En este último, los sujetos de la relación jurídico-administrativa conflictuada pasan a ser entendidos como verdaderas partes procesales (Caballero Sánchez, 2021, p. 26) sin mayores privilegios que los otorgados por el legislador (Ley n.° 27584, Poder Legislativo, 2001, artículo 2 inciso 2) ya que se entiende que la vinculación relacional entre administrado y administración queda en las puertas de los Tribunales.

Desde allí se entiende que adquiere actualidad el miedo visceral a que, al controlarse jurídicamente a los poderes públicos más allá de un esquema de nulidad sobre el sustento del sistema judicialista de la administración, se termine arrollando las competencias de la autoridad administrativa. Esto se ha exteriorizado en la posición de los tribunales peruanos a la fecha (Casación n.° 28121-2021Lima, 2023, 7.7) ya que no es la administración, ni siquiera en un enfoque de justicia delegada, la que controla a la propia administración: es un tercero —el juez—, en un entorno de imparcialidad y carencia de subordinación frente al sujeto fiscalizado. Los temores de que los jueces contencioso-administrativos quiebren, con su activismo judicial, los fundamentos que sostienen los Estados modernos recobran interés al llegarse a sostener que tal permisión acentúa el debilitamiento de la separación de poderes.

Tal incertidumbre exterioriza la preocupación de que la administración vea cómo controlan sus potestades regladas y discrecionales, antes ausentes de sometimiento jurídico (Cassagne, 2009, p. 82).

Esto, en un entorno donde la figura del administrado, en palabras de López Menudo (2019) «lleva adherido, con más o menos razón, el prejuicio del sometimiento del individuo y la opacidad del poder» (p. 18). En suma, el argumento técnico consistente en controlar jurídicamente para encauzar la buena marcha de la organización administrativa, termina convirtiéndose dañinamente en un argumento político —controlar para fracturar el principio democrático— conllevando a que se pregunte si es posible que un juez vaya en contra de las atribuciones de la administración.

3.3. La atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo no debe ser objeto de alarma: los jueces constitucionales la tienen atribuida para sí

Llama la atención de que el juez constitucional en el Perú tenga atribuida la posibilidad de sustituir a la administración cuando, en el curso de la actividad administrativa de Derecho administrativo, se afectan los derechos fundamentales de las personas. Tal permisión no ha generado debate alguno en el tiempo asumiendo como pacífica tal posibilidad mientras que, a contraparte, se haya puesto en cuestionamiento que esto lo pueda también realizar el juez contencioso-administrativo.

De acuerdo a la literatura científica, las fórmulas restitutorias (Eguiguren Praeli, 2005) contenidas en las expresiones «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo» y «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo» previstas en el artículo 1 de la Ley n.° 28237, Código Procesal Constitucional (Poder Legislativo, 2004) y la Ley n.° 31307, Código Procesal Constitucional (Poder Legislativo, 2021), son feliz expresión de la atribución sustitutiva. Por dicha confección legislativa es que, sin ningún problema, el juez de derechos fundamentales puede utilizarla en beneficio del ciudadano.

Desde nuestra percepción, la diferencia es enteramente política para aceptar que el juez constitucional sí puede contar con atribuciones sustitutivas y no el juzgador contencioso-administrativo.

Se sigue asumiendo, en esta «fricción institucional» (Bordalí Salamanca, 2021, p. 122), que la separación de poderes sigue en su confección original impidiendo que la labor judicial contencioso-administrativa se entrometa en la del Ejecutivo. No se toma en cuenta que, antes bien, las transformaciones actuales del Estado constitucional han hecho que dicha concepción cautelosa se adecúe a entender que los poderes públicos no se constituyen en espacios que se auto justifican en sí mismos. Desde un punto de vista orgánico, interactúan entre ellos de manera dinámica, sobre un espacio de pesos y contrapesos, sin que su interrelación genere conflicto entre dichos poderes de tal manera que el control jurídico que se emplea es una actividad legítima autorizada por el Parlamento.

El miedo histórico a que los jueces —hoy organizados dentro del seno del Estado y profesionalizados, a diferencia del Antiguo Régimen— tomen el mando del gobierno con sus pronunciamientos, como se advierte, se encuentra disipado (Jácome Ordoñez, 2015, p. 36). Ello atendiendo a que «administrar y juzgar no serían más que dos estrategias diversas para conseguir el mismo objetivo, diferenciadas simplemente en función del tipo de procedimiento empleado» (Mannori, 2007, p. 146).

De acuerdo a lo señalado, debe valorarse que dicho poder objetivo —el de contenido sustitutivo— concierne al control enteramente jurídico que el legislador habilita al juez que juzga a la administración por expreso y visible mandamiento del Parlamento (Decreto Supremo n.° 011-2019JUS, Poder Ejecutivo, 2001, artículos 1 y 3) lo que lleva a descartar la intromisión entre poderes gubernamentales.

3.4. El juez contencioso-administrativo sustituye la actuación administrativa para encauzar la actividad administrativa de los poderes públicos al principio de juridicidad, de conformidad con la Constitución

La sombra de duda tejida en torno a la labor sustitutiva del juez contencioso-administrativo es un mecanismo usado convenientemente por la administración para disminuir la confianza ciudadana hacia los jueces. De este modo amplió la posibilidad de verse sustraída, en la primera oportunidad posible, a este tipo de control. Se pierde de vista que, de acuerdo a lo expresado por Leguina Villa (2008), «la Administración está vinculada en su actividad a la ley y al Derecho, pero el cumplimiento efectivo de dicha vinculación reside en la garantía de su control por los jueces y Tribunales» (p. 233) de manera que, al sustituir, se regulariza la salud del Derecho administrativo.

Técnicamente hablando, la atribución sustitutiva lo que hace es restablecer, con total propiedad, el ejercicio de las competencias del Ejecutivo cuando este, al operar bajo parámetros reglados o discrecionales, desconoce las propias pautas que el Parlamento o el propio Ejecutivo ha instaurado de manera previa. En suma, a través de la actividad judicial, se protege a la administración de sus propios desvaríos. Dicha afirmación se hace atendiendo a que solo se controla la actividad administrativa espúrea y no la neutral que pasa a legitimarse plenamente de acuerdo a la Ley n.° 27444, Ley del procedimiento administrativo general (Poder Legislativo, 2001, artículo 8) y a producir los efectos jurídicos para lo cual ha sido generada.

Para quienes mantienen la (conveniente) incertidumbre positivista de que la atribución judicial sustitutiva carece de tipificación radicando —en tal aparente ausencia— su peligroso uso, cabe indicar que dicho instituto tiene entero fundamento jurídico habilitante en la propia regulación. De modo que el poder de sustitución del juez de la materia contencioso-administrativa no opera libremente como se piensa. En buena cuenta, se sustituye sobre la base de lo previsto por el legislador constitucional y legal.

Sobre tal sustento, se procede en base a la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (Carta de 1993, Congreso Constituyente Democrático, 1993, artículos 138 y 139 inciso 3; Ley n.° 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 1 y 40) mas no sobre los criterios subjetivos que tenga el juzgador. Sobre tales afirmaciones, no obra razón alguna para asumirse, de plano, que la fórmula sustitutiva emana de la voluntad de quien imparte justicia ya que, al resolver el conflicto administrativo, lo hace dentro del espectro de las competencias administrativas dadas al poder público sometido a juicio contencioso-administrativo.

3.5. ¿Cuáles son los límites de la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo?

Si bien los poderes sustitutivos del contencioso-administrativo tienen soporte constitucional y legal, pese a lo que se alega por parte de quienes les han negado tal título, se robustecen de los límites necesarios para validar dicha potestad judicial.

Tal negación se ha sostenido en el tiempo con el propósito de quitar peso al control jurídico de la administración a efectos de reducirlo a un mero instrumento anulatorio que resulta incompatible con la exigencia de tutela subjetiva del administrado.

Lo que se ha buscado, una vez que el contencioso-administrativo ha transitado de su origen administrativo al judicial, ha sido desautorizar el que dicho proceso brinde protección subjetiva al particular. Una de las técnicas orientadas a tal propósito ha sido la relacionada a la carencia de límites como fundamento predominante para cuestionar tal atribución sin haberse tomado en cuenta que el control refuerza la calidad de norma jurídica de la Constitución (Aragón Reyes, 1987, p. 16). La verdad es que la atribución sustitutiva del juez contencioso-administrativo cuenta con límites que se han ido construyendo a través de la jurisprudencia materializada en el sentido que se asume a través de la interpretación. Procedamos a hacer un repaso sobre tales límites:

3.5.1. Determinación de la competencia administrativa en el ejercicio de la actividad administrativa de Derecho administrativo sometida a control jurídico

De manera prejuiciosa, se llega a asumir que el poder sustitutivo del juez contencioso-administrativo se produce al margen de las competencias administrativas, encontrando eco dicha expresión desafortunada inclusive en la jurisprudencia constitucional (STC n.° 0005-2016-PCC/TC, 2019; STC n.° 00002-2018-PCC/TC, 2020).

Esto se ha efectuado sobre la base del pensamiento de un juez únicamente revisor o anulatorio que solo sugiere a la administración «reconstruir» la actuación administrativa anulada esperando que esta le obedezca aun cuando sea el propio justiciable el que tenga que comunicar a la justicia la reiteración o variación del atropello administrativo. Dicha forma de pensamiento, a la fecha, se entiende largamente superada en el Estado constitucional. Se trata de una percepción distorsionada de la realidad de modo que, las atribuciones sustitutivas del órgano jurisdiccional que somete a la administración pública a su perpetuo papel vicarial, no tienen por qué rivalizar con las atribuciones legislativas y reglamentarias que delinean la competencia administrativa. Debe asumirse, con total verdad, que el poder jurídico dado al juez contencioso-administrativo reclama la evaluación de las competencias del órgano que, al tenerlas atribuidas originariamente, las ha usado activa u omisivamente de manera contraria al Derecho administrativo. Ello, atendiendo a que «las actuaciones competenciales de la Administración Pública... debe[n] ser conforme a los principios y valores que la Constitución consagra» (STC n.° 2939-2004-AA/TC, 2005, fdm. 8). Es cierto que ha de ser valorado como posible que el juez de la materia introduzca pretensiones no detalladas en el escrito de demanda mediante la integración de aquellas que, en aras de la plena jurisdicción, doten de respuesta tuitiva a quien reclama justicia.

Sin embargo, con el propósito de documentar la reducción de riesgos, la generación de estos potenciales escenarios ya ha sido materia de estudio casuístico por parte de los tribunales:

1. Precisamente, la integración de pretensiones no planteadas por el justiciable al acudir a los tribunales pero valoradas por el juez del proceso para responder, con idoneidad, el litigio administrativo viene siendo reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación n.° 3394-2020-Lima, 2023, 4.5). De este modo, la curia asume que, de esa manera, se dota de plena jurisdicción al juicio contencioso-administrativo.

2. Sumando a este nuevo panorama, que es igualmente expresión de la plena jurisdicción como técnica de Derecho procesal, la admisión de la flexibilización del principio de congruencia procesal. Dicha técnica es útil para fundamentar la atribución judicial sustitutoria que, en igual sintonía, cuenta con una respuesta favorable por parte de la propia Corte Suprema (Casación n.° 8380-2021-Lima, 2023, 2.10; Casación n.° 28121-2021-Lima, 2023, 4.10) ya generando una interesante posición jurisprudencial al respecto.

3. Así como el que el nuevo aspecto introducido judicialmente sea balanceado con el derecho al contradictorio (Casación n.° 28121-2021-Lima, 2023, 4.11) para evitar fisuras en el debido proceso y eventuales declaratorias de nulidad judicial. Con esto, queda en evidencia que, ya desde la práctica jurisdiccional, los tribunales contencioso-administrativos asumen que el poder sustitutorio no resulta contrario a las competencias de la autoridad administrativa.

Atendiendo a que, la actuación administrativa de Derecho administrativo precede a su control jurídico, este es un dato que delimita el proceder del juez. Por esto, cabe dejar sentado, de manera pacífica, que la competencia administrativa puesta en tela de juicio es un dato determinante que cierra cualquier posibilidad de una potencial extralimitación de las atribuciones constitucionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Tales atribuciones también reposan dentro de las competencias del juez contencioso-administrativo. En una materia tan delicada, como es la de Derecho administrativo, el juez está yendo dentro de lo que el legislador puntualmente ha previsto de manera antelada materializando los pesos y contrapesos inherentes al poder público.

3.5.2. Los derechos fundamentales y legales sometidos al examen del juez contencioso-administrativo

El propósito sustitutivo del juez contencioso-administrativo no opera sin límites contra todo lo que normalmente se piensa.

Al abrigo de tal previsión, el potencial riesgo de su uso que se le imputa para evitar que sea utilizado no genera convencimiento. Al efecto, como ha sido desarrollado con anterioridad, el primer dato básico nos lo brinda la técnica jurídico-administrativa de la competencia.

A continuación, los derechos fundamentales y legales involucrados en el conflicto administrativo son el siguiente dato básico a repasar para determinar las potenciales situaciones en las que un juez contencioso-administrativo puede eventualmente extralimitarse. Al entenderse que, entre la actuación administrativa sometida a juicio y las pretensiones materia de examen jurídico, se encuentra identificado el espacio de aquello que se somete a protección en vía de su reconocimiento o restablecimiento, se llega a establecer que la acreditación de la potencial o de su comprobada titularidad es un dato limitante en la operación sustitutiva del órgano jurisdiccional. Al constituirse en afectado por la actividad administrativa, el justiciable es quien tiene la seguridad en la identificación de los derechos conculcados por la administración pública.

Sin embargo, esto no cierra la posibilidad de que oficiosamente se proceda al escrutinio de derechos no invocados en la demanda —como ha realizado, como punto de comparación, el Tribunal Constitucional peruano respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad en cuestiones ligadas al régimen jurídico-policial (STC n.° 2868-2004-AA/TC, 2004, fdm. 15)— atendiendo a que el ejercicio tuitivo de derechos del administrado, como de cualquier justiciable, es el eje central de la actividad jurisdiccional.

Esto, al abrigo de las expresiones «y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines» y «aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda» (Ley n.° 27584, Poder Legislativo, 2001, artículos 5 inciso 2 y 40 inciso 2) previstas en la ley procesal.

3.5.3. El interés público: alcances de la potestad judicial sustitutiva del juez contencioso-administrativo en orden a potestades regladas y discrecionales

El juzgador contencioso-administrativo se encuentra en obligación de evaluar la proyección de su atribución sustitutiva más allá del plano del proceso judicial. Ello atendiendo a que tal situación no solo debe considerarse en función al sujeto que acude a solicitar el auxilio de los Tribunales sino ante la comunidad puesto que, de acuerdo a la jurisprudencia, no puede invocarse «el imperio de la jurisdicción sin que el Estado pudiera hacer prevalecer la defensa del orden jurídico vigente, que establece de manera expresa un procedimiento administrativo específico para este propósito» (STC n.° 00654-2007-AA/TC, 2007, fdm. 17).

La salud del Derecho administrativo se regulariza cuando el juez de justicia administrativa, cuyo sistema procesal tiene basamento en la división de poderes (Cassagne, 2005, p. 92), resuelve un conflicto de naturaleza administrativa en atención a que, con tal proceder, se soluciona cualquier distorsión del carácter vicarial de las organizaciones jurídico-públicas (Huamán Órdoñez, 2020). Este aspecto reviste interés respecto del sometimiento de la administración sobre el sustento del uso de sus potestades regladas. Pues, de este modo, «si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla, sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquélla por la que proceda en derecho» (Bacigalupo Saggese, 2016, p. 87) llamando a volver las cosas al estado en que deberían haber sido dadas atendiendo al modelo previamente delineado por el legislador.

La posibilidad judicial de obrar de manera distinta, frente a una controversia administrativa de naturaleza reglada, es altamente reducida. Nos sirve de referencia la regulación procesal extranjera. En España, de acuerdo a los términos de la exposición de motivos reiterada en el artículo 71 de la Ley n.° 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, «no pueden los Jueces y Tribunales determinar el

contenido discrecional de los actos que anulen» y «ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados» (Cortes Generales, 1998).

Para muestra que bien puede ser aplicada al contexto contencioso-administrativo sin mayor inconveniente, el Constitucional peruano en uno de sus pronunciamientos precisa que:

> ...la aplicación de la sanción de cierre de un local donde se expenden y almacenan hidrocarburos, que no cuenta con la debida autorización para su funcionamiento, y la impugnación de la misma en sede administrativa, no constituye un supuesto de irreparabilidad de los derechos constitucionales demandados que derivaría en un impedimento para continuar realizando las actividades de satisfacción de prestación de los servicios públicos de su responsabilidad (STC n.° 2939-2004-AA/TC, 2005, fdm. 11)

A su turno, el control jurídico de la administración y el ejercicio de potestades judiciales sustitutivas imputables al juez contencioso-administrativo tampoco generan problema en el ámbito del sometimiento judicial de potestades discrecionales.

En consonancia con los principios de división funcional de los poderes, democrático y de cooperación entre poderes, el juzgador no hurga en el elenco de posibilidades que tiene, mantiene y retiene la administración para sí misma en orden a la autotutela y a su manifestación concreta a través de su potestad autoorganizativa.

Al efecto, atendiendo a que lo discrecional se ata a criterios de conveniencia y utilidad que remiten a la validación constitucional de la autotutela, se controla que el ejercicio de la potestad discrecional resulte consonante con la Constitución (STC n.° 0090-2004-AA/TC, 2004, fdm. 34). Ello, para garantizar su fuerza normativa, en sustento del interés público. Aquí se debe tener en consideración, a nivel de Derecho comparado en la Constitución española, que los jueces de la materia contencioso-administrativa «...controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (Cortes Generales, 1978, artículo 106 inciso 1) que no son sino los fines que conciernen a la comunidad.

3.5.4. La motivación de los pronunciamientos del juez contencioso-administrativo: la respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la República

La justificación de las razones que conllevan a la fórmula sustitutiva del juez contencioso-administrativo por aquella que, en su momento, debió utilizar la administración es otro criterio relevante para asegurar los límites en el uso de dicha técnica de plena jurisdicción.

Consecuentemente, el director del proceso debe desarrollar el necesario proceso intelectivo que le permite arribar a la dación de la decisión sustitutoria en el campo del control jurídico de las potestades regladas y discrecionales. Esto, con el propósito de mantener la regularidad del espacio jurídico-administrativo con la exigencia de evidenciar que el sometimiento de la administración a los tribunales de justicia se encuentra plenamente garantizado en beneficio del particular afectado por la marcha de la organización administrativa y de la comunidad en la que se interrelaciona dicho administrado.

Son las razones del Derecho las que se contienen en la emisión del pronunciamiento sustitutivo atendiendo a que, de acuerdo a los jueces, «protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra» (Casación n.° 11947-2022-Lima, 2023, considerando cuarto, 4.4).

Esto se realiza sobre la base de «que los jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron» (Casación n.° 8380-2021-Lima, 2023, considerando segundo, 2.4) y no por los meros pareceres caprichosos de quien se encuentra autorizado, por la Constitución y las leyes, para dirimir un conflicto administrativo.

El poder de sustitución del juez contencioso-administrativo, de acuerdo a los tribunales, «no nace de una arbitrariedad de los magistrados» (Casación n.° 28121-2021-Lima, 2023,

considerando cuarto, 4.2) sino de pretender que la autoridad actúe de conformidad con la Constitución y el Derecho objetivo.

En buena cuenta, este límite constituye una verdadera «cláusula de cierre» al miedo invasivo de las competencias del Ejecutivo como lo sostiene la Corte Suprema respecto de la fundamentación del principio de congruencia procesal. Esto, al llegarse a sostener buenamente que «el reconocimiento de la vulneración del derecho no es suficiente, en tanto resulta necesario que se adopten las medidas que sean necesarias para tal fin» (Casación n.° 28121-2021-Lima, 2023, considerando cuarto, 4.10) a raíz de una petición no resuelta por la administración referida a la prescripción de la acción de la administración para exigir el cobro de la deuda tributaria de un particular.

IV. CONCLUSIONES

El poder de sustitución del juez de la materia contencioso-administrativa es una herramienta que goza, en el Estado constitucional de derecho, de «buena salud» al entenderse que el control jurídico e la administración debe destacar por su plenitud.

Dicho panorama se encuentra reforzado por la proyección del principio de exclusividad que atribuye al juez que juzga a la administración, cuando ésta actúa sobre relaciones jurídico-administrativas, la correspondiente competencia para resolver conflictos administrativos más allá de un escenario de mera anulación.

Al efecto, como hemos analizado, la atribución del juez en sustituir las decisiones administrativas se hace sobre la base de su discordancia con el Derecho objetivo. Tal proceder asegura que el Poder Judicial no se inmiscuya en la labor administrativa quedando descartada, de plano, la tesis de la interferencia en la actividad del Ejecutivo que tuvo un fuerte impacto en Europa debido a la experiencia histórica que le es propia pero que no se comparte en el escenario latinoamericano. Dicho escenario se robustece más aún si se tiene en consideración que la configuración del sistema judicialista de control de la administración presupone necesariamente que sea el afectado —el administrado, interesado o ciudadano— quien deba poner a conocimiento de los jueces, a través de la identificación de las actuaciones administrativas materia de proceso y de las pretensiones a ser planteadas, el atropello de la organización administrativa. En este sentido, se descarta una intervención oficiosa directa del cuerpo judicial en los asuntos públicos.

El llamamiento a juicio, para el caso del contencioso-administrativo, se genera a razón de la actividad administrativa de Derecho administrativo anómala.

Dicho escenario lleva a entender —a contraparte— que la actividad administrativa no cuestionada en sede jurisdiccional conserva, con entera fortaleza, su validez jurídica así como su consiguiente ausencia de cuestionamiento por reputarse idónea con el Derecho administrativo que le rige. Por esto conlleva a la quietud en el ejercicio de sus competencias regladas o discrecionales usadas en el ejercicio de las atribuciones del poder público. Por otra parte, el temor a que la intervención del juez contencioso-administrativo afecte la buena marcha de los poderes públicos se descarta abiertamente dado que el escenario actual de la separación de poderes no puede leerse en el sentido literal e histórico en el que se generó teniendo como actores a jueces no profesionales y carentes de vinculación institucional. Antes bien, su sana y armónica lectura debe proyectarse desde la perspectiva, asentada en el Estado constitucional, de que la interrelación entre los poderes públicos —incluido el judicial— se hace sobre relaciones jurídico-políticas de coordinación y cooperación.

Tal como ha sido desarrollado en las líneas precedentes, la actividad sustitutiva del juez contencioso-administrativo no es una institución desnuda o ausente de límites contra todo lo que, con «mala fama», el imaginario le ha achacado. Como institución del Derecho administrativo en general y del Derecho procesal administrativo en específico, se gesta y desarrolla al amparo científico de la técnica.

Por ello, obliga a desarrollar los aspectos que la conducen a buen puerto para su cabal utilización en el mantenimiento de la regularidad del Derecho administrativo, así como de los pesos y contrapesos inherentes al poder público. Esto, a efectos de garantizar, mediante la actividad judicial, la fuerza normativa u obligatoria de la Constitución.

De lo señalado, el propósito de la presente investigación se ha enfocado en identificar sus límites con el propósito de que su utilización sea consonante con la plenitud de jurisdicción que caracteriza al contencioso-administrativo como proceso judicial.

REFERENCIAS

Aragón Reyes, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional, (17), 85-136.
https://tinyurl.com/24tr9bdb

Aragón Reyes, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. Revista española de derecho constitucional, (19), 15-52. https://tinyurl.com/2d6kzqd8

Bacigalupo Saggese, M. (2016). Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales. Alonso Regueira, E. M. (Dir.). El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial (pp. 81-105). Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
https://tinyurl.com/2d78p6pk

Barrero González, E. (1993). El necesario y difícil equilibrio de juzgar a la administración. Actualidad administrativa, (40), 509-518.

Bordalí Salamanca, A. (2021). Administrar y/o juzgar. Bustamante Rua, M. M, Henao Ochoa, A. P. y Ramírez Carvajal, D. M. (coord.). Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica (pp. 120-141). Institución Universitaria de Envigado.
https://tinyurl.com/23blf5e3

Caballero Sánchez, R. (2021). La extensión del derecho administrativo y su proyección contenciosoadministrativa.

Revista de Derecho público: teoría y método, 4, 7-65.
https://doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_637

Carrillo Donaire, J. A. (2000). Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999). Revista de administración pública, (153), 519-538. https://tinyurl.com/2c629cyu

Cassagne, J. C. (2005). La justicia administrativa en Iberoamérica. Iuris Dictio, 6(9), 91-103.
https://doi.org/10.18272/iu.v6i9.632

Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. Foro Jurídico, (9), 82-91.
https://tinyurl.com/2dye6f7g

Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.° 3394-2020-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 06 de septiembre de 2023.
https://tinyurl.com/22l5sw6a

Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.° 8380-2021-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 23 de marzo de 2023.
https://tinyurl.com/29mtrb24

Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.° 28121-2021-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 28 de marzo de 2023.
https://tinyurl.com/237pxal6

Corte Suprema de Justicia de la República (2023). Casación n.° 11947-2022-Lima. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 18 de mayo de 2023.
https://tinyurl.com/2d7ym27k

Eguiguren Praeli, F. J. (2005). La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y los alcances de sus sentencias. Derecho & Sociedad, (25), 144-149.
https://tinyurl.com/2d4kdlu3

García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Revista de administración pública, (38), 159-208. https://tinyurl.com/29xhq6ex

Huamán Órdoñez, L. A. (2020). Los poderes del Juez Contencioso-Administrativo: Análisis de los principales aspectos materia del encuentro jurisdiccional nacional de jueces especializados en materia constitucional y contencioso-administrativo. Revista Española de Derecho Administrativo, (205), 359-378.

Jácome Ordoñez, M. D. C. (2015). El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador. Quito, 2015 [Tesis de la Maestría en Derecho. Mención en Derecho Administrativo. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho].

https://tinyurl.com/258nw7wt

Laguarda, R. M. (1997). La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional. Jueces para la democracia, (29), 81-88.

Leguina Villa, J. (2008). Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 106.1 CE. Revista de administración pública, (177), 231-246. https://tinyurl.com/2an9tkev

López Menudo, F. (2021). Del administrado al ciudadano: cuarenta años de evolución. Revista Andaluza de Administración Pública, (104), 18-44. https://doi.org/10.46735/raap.n104.1114

López Ramón, F. (1988). Límites constitucionales de la autotutela administrativa. Revista de Administración Pública, (115), 57-98. https://tinyurl.com/27jgbca7

Martínez Useros, E. (1957). Sistema del régimen jurídico de la Administración. Anales de la Universidad de Murcia (Derecho), 69-181. https://tinyurl.com/22qysr5f

Sáinz de Robles, F. C. (1999). Las transformaciones de la función de juzgar a la Administración en los últimos cincuenta años. Revista de Administración Pública, (150), 515-532.

https://tinyurl.com/26vcavlp

Theis, J. H. (1956). Aspectos de la jurisprudencia actual del Consejo de Estado francés. Revista de Administración Pública, (19), 303-312. https://tinyurl.com/2b8c2mls

Tribunal Constitucional (2004). STC n.° 0090-2004-AA/TC. Arequipa: 5 de julio de 2004.

https://tinyurl.com/2yxulg4w

Tribunal Constitucional (2004). STC n.° 2868-2004-AA/TC. Lima: 24 de noviembre de 2004.

https://tinyurl.com/2arf6ujt

Tribunal Constitucional (2005). STC n.° 2939-2004-AA/TC. Pucallpa: 13 de enero de 2005.

https://tinyurl.com/2xnene62

Tribunal Constitucional (2005). STC n.° 3741-2004-AA/TC. Lima: 14 de noviembre de 2005.

https://tinyurl.com/26nr7khe

Tribunal Constitucional (2007). STC n.° 00654-2007-AA/TC. Lima: 10 de julio de 2007.

https://tinyurl.com/24megkbh

Tribunal Constitucional (2013). STC n.° 03373-2012-PA/TC. Lima: 31 de octubre de 2013.

https://tinyurl.com/293887ne

Tribunal Constitucional (2019). STC n.° 0005-2016-PCC/TC. Lima: 25 de julio de 2019.

https://tinyurl.com/2aowl7vb

Tribunal Constitucional (2020). STC del Pleno n.° 533/2020 contenida en el Expediente n.° 000022018-PCC/TC. Lima: 16 de julio de 2020.

https://tinyurl.com/2bscc6jg

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"Derecho, Proceso y Justicia"

Cercanía, lenguaje y justicia social: cuentas pendientes del Poder Judicial desde una mirada transformadora



Itati Demarchi Arballo[122]

I. INTRODUCCIÓN:

La justicia no puede concebirse como una estructura aislada, distante y críptica, ajena a las necesidades y vivencias cotidianas de las personas. En especial, en contextos de desigualdad estructural, como los que atraviesan los trabajadores y trabajadoras, el Poder Judicial tiene la obligación de constituirse como una herramienta efectiva de reparación y protección de derechos. Sin embargo, a pesar de los avances normativos y jurisprudenciales, persisten una serie de deudas estructurales y simbólicas que impiden que esa tutela judicial efectiva se traduzca en una vivencia concreta.

El presente trabajo tiene por objeto poner en evidencia algunas de las cuentas pendientes del Poder Judicial en términos de cercanía, accesibilidad, claridad comunicacional, infraestructura inclusiva, y sobre todo, su presencia efectiva en los conflictos sociales y laborales. La justicia, en tanto poder del Estado que interviene cuando los derechos se ven vulnerados o disputados, no puede mantenerse ajena ni funcionar como una maquinaria automatizada, despersonalizada y opaca.

Desde esta perspectiva, se analizarán diversos aspectos: el uso de un lenguaje comprensible, la necesidad de infraestructura adecuada y equitativa, la importancia de la inmediatez y de la presencia del juez o jueza, y el enfoque amigable hacia niñas, niños y adolescentes. Finalmente, se destacará el rol irremplazable de la justicia laboral como expresión institucional del principio de justicia social y como uno de los últimos bastiones frente a las asimetrías del mundo del trabajo.

La centralidad de este análisis radica en entender que no existe justicia sin confianza, y no hay confianza sin un sistema judicial que se comunique, se acerque, escuche y comprenda. En definitiva, se propone una revisión crítica y constructiva del funcionamiento judicial desde una mirada transformadora que permita recuperar la función originaria del Poder Judicial como garante del acceso a los derechos

Quienes dedicamos nuestra vida a la realización de derechos, debemos entender que la sociedad hoy reclama un sistema de Justicia cercano y suficiente.

Frente a esta demanda social, quienes se queden con la repetición de leyes y conceptos rígidos van a distanciarse cada vez más de la comprensión genuina de la redefinición que reclaman, quienes en busca de la realización de derechos a nosotros acuden.

Claro está que, como punto de inicio de este pretencioso camino, debemos empezar por caer en la cuenta de una cuestión que, pese al impacto que puede generar su aceptación, encierra también la promesa de la superación de quien así lo comprenda: en muchos casos, no son suficientes los recursos con los que contamos.

---

[122] *Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Estudios de Especialización en Derecho Laboral y S.S. en la Universidad Nacional de Córdoba (Oficial); Presidenta del Colegio de Abogados de Villa Maria; Presidenta de FOFETRA y Profesora de la UBA.*

A ese hallazgo le seguirán distintas visiones sobre como transitar el camino para redefinir el acompañamiento y la protección que la Justicia ha prometido garantizar y que la sociedad hoy entiende insuficiente.

En este aporte, me atreveré a analizar algunas cuestiones que se consideran importantes para comenzar a desandar este camino.

II. EL LENGUAJE JURÍDICO COMO BARRERA: ENTRE EL PODER Y LA INCOMPRENSIÓN

El lenguaje jurídico ha sido históricamente una herramienta de poder. Su excesiva tecnificación, sus giros latinizantes y su estructura arcaica no son simplemente una herencia formal, sino un elemento que ha contribuido a consolidar la distancia entre la justicia y la ciudadanía. Como sostiene María José Lubertino, "un sistema que no se deja comprender no puede ser nunca considerado accesible".

La incomprensión del lenguaje judicial no solo genera frustración, sino que constituye una violación directa al derecho de defensa y al principio de tutela judicial efectiva. El lenguaje es vehículo de poder: quien domina el código tiene ventaja. En este contexto, promover un lenguaje claro y accesible no es un gesto estético, sino un acto profundamente democrático.

En los últimos años, algunos tribunales han comenzado a experimentar con fallos redactados en lenguaje ciudadano. Ejemplos como el fallo del STJ de Chaco que explicó a una madre el contenido de la sentencia con ilustraciones y lenguaje sencillo, o resoluciones laborales que incorporan glosarios y explicaciones, marcan el inicio de un cambio cultural imprescindible.

Desde el plano doctrinario, Ricardo Lorenzetti ha sostenido que "el lenguaje es una herramienta de inclusión o exclusión. El poder judicial debe hablar con claridad si pretende que la comunidad comprenda y confíe". En esta misma línea, el movimiento de "Justicia Abierta" propone la utilización de un lenguaje llano como parte de la transparencia judicial.

En el plano jurisprudencial, cabe destacar el fallo "G., M. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios" (CSJN, 2018), en el cual la Corte reconoció que el acceso efectivo a la justicia implica también el entendimiento de las resoluciones. En el fuero laboral, algunos fallos de la CNAT han comenzado a incorporar aclaraciones o notas introductorias, especialmente en sentencias que resuelven despidos discriminatorios o temas complejos de seguridad social.

Resulta fundamental institucionalizar el derecho al lenguaje claro como parte de la garantía de acceso a la justicia, especialmente en sectores vulnerables que no cuentan con asesoramiento letrado permanente o formación jurídica.

III. INFRAESTRUCTURA JUDICIAL E INEQUIDAD TERRITORIAL: JUSTICIA PARA UNOS POCOS

Otra deuda estructural del Poder Judicial radica en la profunda desigualdad en las condiciones edilicias, tecnológicas y territoriales de acceso a la justicia. En muchas regiones del país, el acceso físico a una sede judicial implica viajar cientos de kilómetros, enfrentar edificios precarios, sin espacios adecuados de espera, sin baños accesibles, sin espacios para niños ni atención digna.

La infraestructura judicial no es un aspecto meramente logístico, sino un componente esencial del derecho a la justicia. Los tribunales deben estar físicamente accesibles, en condiciones dignas, con personal capacitado y con una infraestructura amigable que permita a cualquier ciudadano transitar el proceso sin ser revictimizado por las condiciones materiales del sistema.

Esta situación se agrava en el contexto postpandemia, donde el avance de la digitalización judicial sin acompañamiento territorial ha profundizado la exclusión. El expediente electrónico es una herramienta útil, pero solo si se implementa con garantías, atención presencial y dispositivos de acompañamiento para las personas sin conectividad o habilidades digitales.

El derecho comparado y los principios internacionales marcan con claridad esta exigencia. Las 100 Reglas de Brasilia indican que el acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad requiere adecuaciones estructurales, tecnológicas y comunicacionales. En Argentina, el informe de la Defensoría General de la Nación (2023) advirtió sobre la "justicia de dos velocidades", donde los centros urbanos cuentan con recursos, mientras que en el interior profundo las personas deben soportar años de espera y condiciones indignas.

La jurisprudencia también ha comenzado a visibilizar esta problemática. En un fallo del TSJ de Córdoba (2022), se anuló un procedimiento por haberse llevado a cabo sin garantizar conexión digital adecuada a una mujer rural sin recursos. En el fuero laboral, la CNAT ha cuestionado audiencias virtuales sin conectividad efectiva, por vulnerar el principio de defensa.

Promover un modelo de justicia descentralizado, itinerante y con presencia territorial, no es una utopía, sino una exigencia constitucional que deriva de los principios de igualdad ante la ley y acceso real a los derechos.

IV. LA FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN, PARA PONDERAR DE MANERA GENUINA

Sabido es que el hecho de que a un supuesto fáctico le sea aplicable un principio, como el que prohíbe la discriminación, sólo infiere, a modo de ejemplo, que existe una razón para no discriminar que deberá ser ponderada con cualesquiera otras razones que también sean aplicables al supuesto por lo que quien juzgue deberá proceder a la ponderación de principios. Dicho ejercicio consiste en la asignación de peso o fuerza en relación al derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica cuya aplicación arroja como resultado que un principio, considerado superior en jerarquía valorativa, desplaza al otro y resulta aplicable.

En definitiva, los principios representan un objeto de optimización que puede ser realizado en grado máximo según las posibilidades fácticas y jurídicas, por ello son gradualmente realizables. Esta asignación de pesos, que determinará cuál será la razón que se imponga frente a otras sin dudas responderá a la carga valorativa que asigne a cada principio quien asuma la responsabilidad de ponderarlos. Claro está que el resultado de este ejercicio requerirá una fundamentación razonada que justifique la asignación de peso que dio motivo a la sentencia.

Para abordar esta tarea de jerarquía valorativa se pone en juego mucho más que el conocimiento del derecho codificado o la repetición de leyes, por lo que la capacitación en aquellos temas sujetos a decisión ponderativa aparece como ineludible para la fundamentación responsable y genuina de la prevalencia de un principio por sobre otro, si se pretende escapar a la arbitrariedad valorativa en temas cuyo conocimiento la sociedad hoy nos exige

A lo hasta aquí descripto debe sumarse que a esta altura nadie ignora que la mayoría de las resoluciones de diario trámite, y que habrán de gravitar en buena medida a la hora de sentenciar son preparadas por empleados judiciales. Cada uno de ellos tendrá asignada una tarea diferente según el grado que ocupe en el escalafón jerárquico-administrativo y que han sido fijadas por los usos y costumbres tribunalicios.

Este aspecto del poder decisorio compartido no es discutido en la práctica y aparece aceptado como una consecuencia inevitable del proceso escrito, aunque no se lo reconozca públicamente[123]. De esta realidad incuestionable se desprende la responsabilidad, también compartida, de formación en materias que representan mucho más que un curso.

[123] VES LOSADA, Alfredo: "Dramatis Personae" Apariencia y realidad en la administración de justicia. Publicado en: LA LEY 1991-E, 1500

V. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD REAL

En materia de igualdad, las inercias asumidas como válidas e incuestionables, la estricta matemática probatoria y el formalismo jurídico impiden, asumir la idea del poder transformador de las sentencias.

A ello debe sumarse que, a esta altura, no es aventurado alertar que las facultades de derecho, en su gran mayoría, siguen inercialmente formando a los juristas pensando en aquella codificación sacramental decimonónica, que genera el convencimiento de que ya todo ha sido creado y escrito. En esa creencia, quienes transitan la formación de grado se limitan a repetir compulsivamente lo ya creado, por ser ese el lugar que perciben debe ocupar.

A su vez, el contenido de enseñanza también es producto de la Revolución Francesa que ha dejado postulados perdurables sobre una igualdad abstracta y aparentemente neutral. Este aparato conceptual condena, a quienes egresan de las universidades, a enfrentarse a una realidad para la que resulta insuficiente y de poca utilidad para afrontar los desafíos y exigencias actuales y atravesadas la reedición permanente de conceptos tradicionales.

En ese sentido, el poder compartido de quien juzga y la multifacética realidad social, interpela a todos los operadores jurídicos, cualquiera sea el rol jerárquico que ocupe, a cuestionar la visión tradicional y modificar la mirada clásica, para la plena realización de principios de trascendencia prístina.

Prueba de la evolución y la reelaboración de conceptos es el hoy vigente Código Civil y Comercial que reflejó nuevos estándares jurídicos en relación a los distintos modelos de las familias y a las diferentes situaciones de violencias consideradas como un fenómeno pluriofensivo, polimorfo y multifacético, con el impacto del gran plexo normativo internacional que atraviesa a nuestro derecho interno.

El efecto, el máximo tribunal nacional ha sentado precedentes que contienen precisiones en cuanto a la no discriminación. Los mismos repercuten en un aspecto importante de cualquier litigio como es el de la prueba. La CSJN ha ido modificando el tradicional estándar relativo a que es carga de quien afirma un hecho, el deber de probarlo. Esta modificación se debe a la incorporación de instrumentos de Derechos Humanos al texto constitucional (art. 75, inc. 22 CN) que permite superar el tradicional concepto formal de igualdad hacia otro más sustancial que obliga a tomar en cuenta los condicionantes que impiden un efectivo goce de los derechos. Se elaboró entonces un estándar exigente de revisión judicial de constitucionalidad cuando está en juego el derecho a la igualdad y las personas son tratadas de manera desigual por determinadas características.

VI. LA JUSTICIA COMO IGUALADORA RETORICA

Debemos partir de un punto aparentemente evidente: la justicia no es un poder al que la genterecurre por placer, sino que representa a uno de los tres poderes de la democracia y como tal debe servir a la ciudadanía, siendo uno de sus derechos comprender su lenguaje. Sin embargo, la Justicia desde sus inicios le habla a quienes ejercemos la abogacía y a la magistratura, pero no a quienes son en definitiva los titulares de los derechos cuya realización como operadores defendemos. Esto muchas veces deriva en que muchos prefieran no transitar ese proceso en el que se sienten foráneos, recurriendo a solucionar sus problemas por fuera de la ley. Sin embargo, la ley en democracia debe ser comprendida por sus verdaderos destinatarios.

Como dato histórico y fundacional, en el siglo XIX, cuando se organizó por primera vez el sistema de Justicia, se eligió uno basado en la escritura, posiblemente por su contemporaneidad con la codificación. Ya desde ese momento, la Justicia comenzaba a alejarse estableciendo la primera barrera, la idiomática. A este dato histórico debe sumarse el del censo del año 1869 que revelo que en Argentina el 77,4% de las personas era analfabeta: ¿con que posibilidades ciertas contaba la gente de acceder a la Justicia por parte de la gente, si había proceso oral, y debía

dirigirse al Juez por escrito? De allí el término "letrado" ya que la primera característica con que debía contar la abogacía era saber leer y escribir

Esos fueron los cimientos de la Justicia, que se empezó a construir a través de un proceso que surge de la Revolución Francesa a través de la codificación Napoleónica, utilizando términos en latín técnico.

De ahí devienen las malas prácticas en las que hoy se incurre al pretender traducir lo que un justiciable quiere expresar transformándolo en escrito, pasándolo por esa procesadora que muchas veces distorsiona la claridad. Este proceder habitual y enraizado hace que quienes funciones en el sistema judicial, cuando empiezan a formarse, crean que impresionan mejor en sus potencialidades futuras escribiendo así. En esa lógica, el despachante judicial y el abogado recién recibido empiezan a volver contentos a casa, porque están transformándose en una persona que habla un idioma distinto al de la ciudadanía y este es un gran daño que le hacemos al sistema.

Los tribunales y todas las dependencias del Poder Judicial tienen que ser lugares a donde las personas recurran y puedan entender que paso.

Este es entonces un punto que nos compele a pensar que es lo que esperan de nosotros quienes en busca de Justicia a nosotros recurre para llegar a ella sin necesidad de idioma extravagante o carta de membresía alguna.

VII. EL ESPEJISMO DE LA JUSTICIA TUITIVA

El mundo cambiante en el que habitamos reclama una Justicia que avance hacia decisiones de jurisdicción estratégica, como culminación de procesos iniciados con el fin de generar una vocación transformadora de la situación.

Se considera al fallo Verbistzky (Fallos: 328:1146) sobre la situación en las cárceles, como la primera gran decisión estructural de la CSJN.

Por su parte, la Jurisprudencia constitucional internacional ha desandado un camino histórico en este sentido. Desde Plesy vs Ferguson (163 US 537 (1896), y el estándar *"separados, pero iguales"*, superado por *Brown vs Education* (347 US 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954) que midió a través del estudio sociológico de las *muñecas blancas y negras*[1], las sensaciones en relación a la pertenencia e inseguridades respecto al objeto, ordenando se revierta el estándar referido en materia de educación, determinando que la misma debía ser integral y no segregada.

En nuestro orden interno, la CSJN estableció la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar ("Simon", Fallos: 328:2056); la ley de Matrimonio Civil que, al impedir a las personas divorciadas volver a casarse, limitaba la autonomía individual ("Sejean", Fallos: 308:2268); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal ("Bazterrica" y "Arriola", Fallos: 308:1392 y 332: 1963); la Ley de Contrato de Trabajo que desconocía el derecho del trabajador a la protección integral en la medida que fijaba un tope a la indemnización por despido- ("Vizzoti",Fallos: 327:3677), entre tantos otros fallos en igual sentido.

Se evidencia que, a la Justicia, en casos de trascendencia social, le corresponde analizar cuestiones científicas vinculadas al bienestar general.

Sin embargo, este tipo de jurisdicción encierra un riesgo. Dejar el dato extrajurídico en manos discrecionales de los jueces corre el riesgo de que la decisión se transforme en arbitraria, por eso hay procedimientos para medir sociológicamente los datos y que puedan determinarse científicamente. Solo así, se entenderá cumplido el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal (artículos 31, 116 y 117).

[1] Sitio web: https://www.youtube.com/results?search_query=ESTUDIO+DE+LAS+MUNECAS+RACISMO

Es que el control judicial de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial, o la de la Corte. Aun cuando sea precisamente esta el intérprete final de aquella (Fallos: 316:2940), eso no la coloca por sobre los restantes poderes del Estado. Es la misma Constitución la que establece que entre los poderes públicos debe existir un equilibrio, entendiéndose por tal que ninguno de ellos tenga por si solo un predominio sobre los restantes.

VIII. POSIBLES APORTES PARA UNA JUSTICIA CERCANA Y SUFICIENTE

8.1. La oralidad y la tecnología al servicio del proceso como nueva chance de una Justicia al alcance de todas las personas

El proceso tiene que dirigirse a evitar la profundización de la vulnerabilidad. Para acercarse a ese objetivo, debe garantizar el acceso a las personas con discapacidad que tienen que entender lo que ocurre, y para eso el sistema debe ofrecer posibilidades reales en ese sentido. También debemos recibir a las niñas y niños en un ambiente en el que comprendan las cuestiones que hacen a sus intereses en los procesos, los que deben asegurar que ellos no sientan que han sido llevados forzosamente a un lugar extraño sin entender los motivos.

Para el cumplimiento de ese propósito, la oralidad y específicamente el cumplimiento efectivo de la inmediación en las audiencias cumple un rol fundamental para conocer sobre las necesidades de la persona en ese momento, en especial sobre el alcance del entendimiento del proceso. Para ello, se debe avanzar en una política estratégica que tienda a la implementación de los procesos orales en todas las áreas para garantizar acceso democrático para todas las personas y en cualquier contexto.

En ese propósito, las tecnologías tienen el potencial para cumplir un rol basamental. Se debe trabajar para que las tecnologías digitales sean inclusivas, que sea una oportunidad para permitir un mejor acceso a la Justicia y que no se constituya en otra barrera que agrande la brecha y la lejanía. Hoy, vivir en un mundo justo en gran medida es vivir en un mundo conectado.

El desembarco de las TICS, acompañado de la oralidad en los procesos, tiene la potencialidad para eliminar la frontera que representa la escritura y renueva las chances de la igualdad real en la Justicia. Para ello, la utilización de la digitalización debe ser entendida como medio para democratizar y brindar transparencia, facilitando con su desembarco cuestiones de fácil resolución tecnológica y que hace mucho tiempo representan una valla infranqueable para la dilucidación de derechos.

Un claro ejemplo es la decisión que han tomado distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo comenzando auxiliarse con la información brindada por Google Maps para determinar la suerte de algunos juicios, en particular para aquellos en que se discutían domicilios de notificación o cálculos de distancias ante los cambios de lugar de las oficinas.

En el caso "Quintana Leonardo Maximiliano c/ Chocorisimo S.A. s/despido"[2], la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia que había condenado a la empleadora, ante la ausencia de cobertura, a responder por el pago de las prestaciones dinerarias de la Ley 24.557 por el accidente in itinere sufrido por el trabajador. El uso de Google Maps no se restringe solo a los procesos laborales, también se aportan estas pruebas documentales en otros fueros, como el penal (para calcular el cumplimiento de una orden de restricción perimetral) o civil (para los accidentes de tránsito).

8.2. La inmediatez judicial como principio constitucional olvidado

Uno de los principios fundamentales del proceso judicial, especialmente en el fuero del trabajo, es el de inmediatez. Este principio implica que el juez o jueza debe tener contacto directo y personal con las partes, con la prueba, con los hechos. No es un formalismo: es una garantía sustancial que da sentido al proceso y dignidad a sus protagonistas.

[2] Camara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala 10. "Quintana, Leonardo Maximiliano c/ Chocorismo S.A S/ DESPIDO". 18 de junio de 2020. ID SAIJ FA20040029

Sin embargo, en la práctica, la inmediatez ha sido progresivamente sustituida por una lógica de delegación: jueces que no presiden audiencias, que no reciben a las partes, que no conocen personalmente a quien demanda justicia. Esta dinámica burocrática no sólo vulnera derechos, sino que también deslegitima socialmente al Poder Judicial, percibido como distante, frío e inaccesible.

La justicia del trabajo, por su naturaleza tuitiva, debería ser el paradigma opuesto: cercana, oral, activa. El trabajo no es solo una fuente de ingresos, es un organizador vital. Cuando se rompe el vínculo laboral, lo que está en juego no es solo un derecho económico, sino el proyecto de vida de una persona y su familia. En ese contexto, la presencia real del juez o jueza, su escucha, su mirada, su intervención humana, no puede ser reemplazada por el expediente.

Desde la doctrina, autores como Grisolía, Carlos Etala y más recientemente Julia Camino, insisten en que el rol del magistrado laboral no es neutral: debe ser activamente garantista de los derechos en conflicto Etala señala que el juez del trabajo "no puede permanecer indiferente ante la desigualdad estructural: su función es restaurar el equilibrio roto por la parte más fuerte del contrato".

Desde la jurisprudencia, la CNAT ha sostenido en reiteradas oportunidades la centralidad de la audiencia oral. En el fallo "Salguero c/Indumentaria Fénix" (2021), se dejó sin efecto una sentencia de primera instancia por haberse dictado sin audiencia de vista de causa, vulnerando el principio de inmediación. También se destaca la decisión de la CSJN en "Gorosito c/ Estado Nacional" (2022), donde se remarca que la inmediación del juez es una garantía de imparcialidad y de calidad decisoria.

En el plano normativo, tanto el Código Procesal del Trabajo de la Nación como los códigos provinciales prevén expresamente la oralidad, la inmediación y la dirección activa del juez. Sin embargo, en la práctica muchas veces se reducen a la formalidad de una audiencia delegada en secretarios.

Reinstalar la presencia judicial efectiva no significa desmerecer el rol de los funcionarios ni desconocer la carga de trabajo, sino comprender que el acto de justicia es también un acto de reconocimiento, y que, para muchas personas, ver a su juez, ser escuchadas, es la única reparación posible.

8.3. Niñez, adolescencia y perspectiva de cuidado en el sistema judicial

Un Poder Judicial verdaderamente comprometido con la dignidad humana no puede seguir funcionando como un espacio hostil para las infancias. Los tribunales, en su mayoría, siguen siendo instituciones adultocéntricas, que no ofrecen condiciones adecuadas para la participación, escucha o contención emocional de niñas, niños y adolescentes.

La presencia de infancias en contextos judiciales (ya sea en el ámbito de familia, penal juvenil, o incluso laboral, cuando acompañan a sus cuidadores) debería obligar a repensar no sólo los procedimientos, sino también los espacios físicos, el trato humano, el lenguaje y los tiempos procesales.

Desde el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño impone la obligación de garantizar el interés superior del niño en todo trámite judicial. Las Reglas de Brasilia también enfatizan la necesidad de garantizar el acceso a la justicia a través de espacios seguros y adaptados a su desarrollo evolutivo.

En Argentina, algunos avances han sido significativos: cámaras Gesell, oficinas de atención especializada, equipos interdisciplinarios. Pero en gran parte del país, los juzgados no cuentan con ningún espacio preparado para la atención de niños o adolescentes. Las salas de espera no contemplan su presencia, los tiempos judiciales son prolongados e inexplicables, y el lenguaje empleado es inaccesible.

En muchos casos, los niños y niñas que comparecen como testigos o afectados directos no comprenden qué se está decidiendo sobre su vida, ni por qué deben repetir hechos dolorosos. En otros, acompañan a sus madres o padres en procesos laborales, y deben esperar durante horas en pasillos oscuros, sin baños adecuados, sin contención emocional.

La jurisprudencia comienza a visibilizar estas falencias. En el fallo "M. G. c/ S.R. s/ cuidado personal" (SCBA, 2021), se anuló una sentencia por no haber escuchado debidamente a una niña en edad de ser oída. En el fuero penal juvenil, distintos tribunales han cuestionado el uso reiterado de audiencias innecesarias, revictimizantes o con trato deshumanizado.

Desde una mirada garantista, resulta indispensable adoptar medidas de cuidado que humanicen el proceso judicial para las infancias: salas amigables, personal capacitado, protocolos de intervención, tiempos acordes a su percepción y lenguaje visual que acompañe lo oral.

Una justicia transformadora es una justicia que se adapta a las personas, no al revés. Incorporar una mirada afectiva y sensible hacia las infancias no es solo una mejora del servicio de justicia: es un imperativo constitucional y ético.

8.4. El derecho del trabajo y la justicia social como columna vertebral del sistema judicial

El derecho del trabajo no es un derecho más. Es la rama jurídica que tiene como objeto la protección de la parte más débil de la relación productiva: la persona que trabaja. Desde su origen, se erige como un instrumento de justicia social, estructurado sobre principios tuitivos, protectores y de interpretación pro operario.

En este contexto, la justicia del trabajo cumple un rol institucional fundamental: es el brazo judicial del principio de justicia social. No se trata de un espacio para la resolución neutral de controversias contractuales, sino de un ámbito en el que se debe restaurar la desigualdad estructural que existe entre capital y trabajo.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un preocupante retroceso. Se ha instalado en el discurso público y en parte del sistema judicial la idea de que los jueces laborales "fallan en contra de las empresas", que el derecho del trabajo es un "obstáculo al desarrollo", o que el acceso de los trabajadores a la justicia debe limitarse para "descomprimir" al sistema.

Este desplazamiento del principio protectorio en favor de la lógica de mercado ha impactado directamente en la actuación judicial: falta de audiencias, desestimación prematura de reclamos, omisión de pruebas, uso excesivo de formatos digitales en perjuicio del contacto humano, y lenguaje jurídico que desalienta y desinforma.

Como sostiene el laboralista Sergio Szylder, "la justicia laboral no puede permitirse ser neutra, porque la neutralidad en un conflicto asimétrico siempre favorece al más poderoso". En esta misma línea, la doctrina de Julia Camino enfatiza que el principio de justicia social debe leerse no sólo como un valor constitucional, sino como un mandato operativo para todo magistrado o magistrada del trabajo.

La jurisprudencia más comprometida sigue reconociendo esta función transformadora del fuero. En casos como "R. A. A. c/ Transporte S.A." (CNAT, 2022) o "M., G. c/ Textil Baires SRL" (CNAT, 2023), se han dictado sentencias con lenguaje claro, enfoque de género y especial atención a la situación de vulnerabilidad del trabajador.

Reinstalar la centralidad del derecho del trabajo como herramienta de justicia social no es un gesto ideológico, sino una exigencia constitucional derivada del artículo 14 bis, de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y del principio de progresividad.

8.5. Tutela judicial efectiva como garantía integral del acceso a derechos

La tutela judicial efectiva es un principio rector del Estado de Derecho. No basta con que existan normas ni con que haya tribunales formales: la justicia debe ser accesible, comprensible, diligente, y eficaz para garantizar el goce real de los derechos fundamentales.

Este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso "Cantoral Benavides vs. Perú" definió que el acceso a la justicia implica no sólo la posibilidad formal de acudir a un tribunal, sino la efectividad sustancial de los mecanismos disponibles para lograr justicia.

En Argentina, la Corte Suprema ha sostenido en "Halabi" y en "G., M." que el servicio de justicia debe garantizar condiciones de igualdad, sin obstáculos materiales ni simbólicos que impidan a las personas hacer valer sus derechos.

Cuando la justicia utiliza un lenguaje incomprensible, cuando sus edificios son intransitables, cuando sus jueces no están presentes, o cuando las personas deben esperar años para una audiencia, esa tutela judicial se convierte en una ficción formal, sin contenido real.

La tutela judicial efectiva debe ser repensada como una garantía integral, que abarque desde el trato digno, el lenguaje claro, la infraestructura accesible, la temporalidad razonable, hasta la calidad humana del proceso. Y esto se vuelve aún más urgente en el fuero del trabajo, donde la reparación tardía o formal puede equivaler a una denegación de justicia.

IX. UNA REFLEXIÓN FINAL, DE TANTAS POSIBLES

Antón, Antón pirulero, cada cuál, cada cuál atiende su juego

La otra cara de Verbitzky (y de tantos otros en su nombre) es la que visibiliza la razón por la que los fallos del Poder Judicial, reconocidos como la consolidación de los textos constitucionales y el entendimiento de estándares constitucionales nunca llegan a ejecutarse o enfrentan insalvables obstáculos para su ejecución. Marbury vs Madison (51 US (1 Cranch) 137 (1803) dejaba sentado que donde hay un derecho debe nacer un mecanismo para protegerlo. El precedente saldrá de la letra muerta si se definen las responsabilidades que cada quien debe asumir en un sistema republicano para que eso sea posible. Solo así avanzaremos hacia una Justicia suficiente y cercana.

Conclusión: hacia un Poder Judicial transformador, accesible y comprometido

La justicia no es un mero engranaje institucional. Es una práctica social que define, limita o posibilita vidas. Por eso, no puede seguir funcionando de espaldas a las personas.

Las deudas estructurales del Poder Judicial —el lenguaje hermético, la distancia territorial, la falta de inmediatez, la ausencia de perspectiva de niñez, la desprotección del fuero laboral— no son detalles técnicos: son manifestaciones de una justicia que todavía no ha asumido plenamente su rol como garante de la dignidad humana.

Frente a ello, este trabajo sostiene que la cercanía, la accesibilidad, la humanidad y la justicia social deben ser los pilares de una transformación judicial urgente.

Ello requiere:

- Promover el lenguaje claro como derecho ciudadano.
- Invertir en infraestructura inclusiva y federal.
- Recuperar la presencia efectiva del juez o jueza en los procesos.
- Incorporar una mirada cuidadora y afectiva hacia las infancias.
- Defender la función social del derecho del trabajo como ámbito de reparación real.

Porque solo cuando la justicia se deja ver, se deja oír, se deja comprender, puede ser creída, confiada y vivida como un verdadero derecho humano.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

LA ILOGICIDAD DE LA SENTENCIA: UN PUNTO DE VISTA DESDE LA LÓGICA JURÍDICA



Miguel A. León Untiveros[3]

RESUMEN

En el presente trabajo analizamos críticamente la postura de la dogmática procesal sobre el concepto de logicidad. Luego de mostrar algunos desaciertos, así como varias falencias, proponemos sustituirlo por el concepto de "racionalidad interna" de la sentencia. Finalmente, proponemos que tal evaluación (entendida de logicidad o como racionalidad interna) debe hacerse empleando una lógica no clásica: la lógica para consistente.

Palabras clave: *ilogicidad, lógica clásica, lógica no clásica, racionalidad interna, lógica paraconsistente.*

ABSTRACT

In this paper I criticize the processual dogmatic conception of logicity. After showing some mistakes, I propose to substitute it by the concept of "internal rationality" of the sentence. Finally, I claim that such an evaluation should be done by the means of paraconsistent logic.

Key words: *Illogicity, classical logic, non-classical logic, internal rationality, paraconsistent logic.*

INTRODUCCIÓN

Actualmente, tanto en el derecho procesal civil como en el derecho procesal penal una de las causales de para interponer el recurso de casación es la "manifiesta ilogicidad de la sentencia". Se trata de evaluar una sentencia del *a quo,* esto es, analizar su racionalidad *en sí misma.* Así pues, se procede a la revisión de la estructura interna de la decisión judicial, con prescindencia de cualquier información brindada en el proceso judicial del cual proviene.

En nuestro país, la ilogicidad ha sido propiamente una figura del derecho procesal penal. Sin embargo, desde el año 2022, se le ha incorporado en el derecho procesal civil.

Asimismo, teóricamente, la ilogicidad no es propia del derecho procesal penal y civil. Pues, como se trata de la racionalidad de la sentencia, esta es una cuestión transversal a todo el derecho.

CRÍTICA A LA POSTURA DE LA DOCTRINA

No es nuestra intención hacer una revisión exhaustiva de la bibliografía jurídica sobre este concepto, ya que como se sabe, la doctrina carece de unidad mediana y tampoco tiene líneas comunes, lo cual hace infructuoso cualquier intento generalizador.

Por su parte, en la filosofía del derecho, se ha prestado atención a la rigurosidad de la doctrina. Y, la evaluación ha sido negativa, por lo general. Lamentablemente, lo mismo ocurre con la doctrina procesal con referencia al concepto que ahora nos ocupa [4]. Dicho esto, sin embargo, es necesario trabajar sobre lo señalado por la doctrina. Para lo cual en esta parte

[3] Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Academia Mexicana de Lógica. Profesor de filosofía de la ciencia y de filosofía de las matemáticas en el posgrado de la misma Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es miembro del Grupo de Investigación Episteme – UNMSM, Es miembro del Círculo de Altos Estudios en Lógica y Filosofía de la Ciencia – PUCP; miembro del Taller de Filosofía de las Matemáticas – UNMSM, y miembro de la Sociedad Peruana de Epistemología y Derecho – UNMSM.

[4] Sobre los problemas analíticos de la doctrina jurídica puede verse (Nino, 1989)

analizaremos la propuesta del jurista peruano César San Martin. Veamos.

De acuerdo con San Martín, existe una relación entre los principios constitucionales y el sistema jurídico en general, y que los primeros hacen del segundo racional y lógico. Además, le dan unidad, coherencia y orden interno (2020, pág. 59). Esta es una afirmación muy fuerte, pues requiere de demostración. Hasta donde entendemos, no existe una relación de derivación (en el sentido del concepto de consecuencia lógica elaborado por el lógico Alfred Tarski, (1983 [1935])) entre los principios constitucionales y las normas en sentido estricto (esto es como pares conformados por un caso y su solución (Alchourrón & Bulygin, 2012)).

Como se sabe, existe un área de la lógica llamada "metalógica" y "metamatemáticas", también conocido como la teoría de la prueba o demostración (proof theory) cuyo objeto es estudiar la noción lógico matemática de "qué se sigue de qué". En este lugar, basta decir que una demostración estricta sensu es un conjunto finito de enunciados tales que cualquiera de ellos es un axioma o se deriva de otro anterior mediante las reglas de inferencia del sistema. Esta es una noción estándar y común presente en la literatura de la lógica.

No se crea que esta noción ha sido siempre así, por ejemplo, para el filósofo alemán Immanuel Kant la demostración matemática era una cadena de "razonamientos" guiados por la intuición capaz de arribar a una solución evidente y universal (Kant, 1998 (1789), pp. A716/B744-A717/B745).

Actualmente, de este concepto se ha eliminado los elementos de "intuición", "evidencia" y "universalidad". Los teoremas de las matemáticas y las lógicas no son resultado formal de la intuición.

Tampoco son evidentes ni universales. Los teoremas sólo son enunciados que se siguen de las premisas, y simplemente eso [5].

Si bien puede entenderse que la relación entre los principios y el sistema jurídico es de justificación, empero no sería correcto sostener que una ley se "derive en calidad de consecuencia lógica" de la Constitución. Y, la razón es que el texto constitucional, en sí mismo, no es una norma (pues no tiene la forma caso-solución). Y, aun cuando se la considere norma, como hace Robert Alexy, para quien los principios son mandatos de optimización (Alexy, 2002 (1986)), su método de configurar una norma (que tenga la forma caso-solución), como lo expresa formalmente en su ley de colisión de principios, no logra exhibir en forma rigurosa el mecanismo lógico inferencial por el cual se derivaría una norma de un principio.

Por otro lado, puede entenderse la suma de todos los principios como la identidad de una constitución, empero ello no asegura que siempre sea consistente. Como mostramos en un anterior trabajo (León-Untiveros, 2025), no existe garantía que los sistemas jurídicos sean siempre consistentes. En la teoría de los sistemas normativos, tenemos una tipología de seis modos, donde en algunos casos el sistema es consistente, mientras que en otros no. Que son los sistemas SN_5 y SN_6 (León-Untiveros, 2025, pág. 2). Por tanto, no es cierto que los principios necesariamente doten de coherencia al sistema.

Por otro lado, ocurre que tampoco puede haber tal cosa como la unidad del sistema jurídico en general. Lo que mostramos en seguida es un fenómeno muy interesante de la identidad del derecho como sistema, al que llamamos: la hiperdeterminación ontológica del derecho. En otras palabras, nuestras intuiciones aceptadas sobre lo que es el derecho no son satisfechas por un único sistema normativo, sino que pueden ser satisfechos por muchos sistemas normativos sin que podamos elegir alguno en especial.

Hay tres formas en que el sistema, per se, literalmente explota en una cantidad grande de sistemas normativos. Así, tenemos:

[5] Sobre el concepto actual de demostración puede verse (Mancosu, Galvan, & Zach, 2021; Hunter, 1971) entre otros.

a. Pluralidad de los sistemas normativos por efecto del Universo de Propiedades.

Alchourrón y Bulygin mostraron (2012) que el sistema normativo es el conjunto de normas (enunciados del tipo caso-solución). Asimismo, el conjunto de casos, *UC*, procede de la combinación de las presencias y ausencias de las propiedades del Universo de Propiedades, *UP*. Es decir, que para conformar los casos que están en *UC* antes debe haberse determinado cuáles son los elementos de *UP*. Veamos un ejemplo:

Por simplicidad, asumamos que todos los sistemas normativos que vamos a presentar son completos (es decir, que no tienen lagunas). Sea, *UP* el conjunto de dos propiedades, P_1, P_2 , así los casos de *UC* son 4 (que es el resultado de 2^2). Así, tenemos el siguiente cuadro:

	Propiedad P_1	**Propiedad** P_2	**Solución**
caso c_1	+	+	s_1
caso c_2	+	-	s_2
caso c_3	-	+	s_3
caso c_4	-	-	s_4

SN_1

Nótese que tanto P_1 como P_2 provienen de la interpretación de los textos normativos, así como de la doctrina pertinente. Y, precisamente, es aquí donde surge la explosión de sistemas. Como se sabe, ni la doctrina ni la hermenéutica son unívocas. Esto puede afectar de dos formas: uno conceptual en que se agreguen o se eliminen propiedades. Y, otro en que la verificación dependa del significado o alcance de la propiedad (polisemia) o que la propiedad sea un concepto vago.

Sobre el primer punto, la doctrina (de algún autor) puede reducir el número de propiedades y se tendría el siguiente cuadro. Sea que se elimina la propiedad P_2, así tenemos un *UC* con 2 casos (que es el resultado de 2^1):

	Propiedad P_1	Solución
caso c_1	+	s_1
caso c_2	-	s_2

SN_2

Sobre el segundo punto, como es sabido, sobre un mismo concepto puede haber distintas posiciones que asean divergentes entre sí. Talque si bien se mantiene nominalmente la propiedad en cuestión, sin embargo, su significado varía de autor en autor por decir lo menos. Esto no es nada extraño en el derecho, como por ejemplo ocurre con conceptos como el de la causa del negocio jurídico. Para el tema que nos interesa, esto es, la identidad del sistema jurídico, la polisemia de los términos jurídicos afecta su alcance, pues bajo una postura dogmática un caso puede estar incluido en el Universo de Casos, pero bajo otra postura puede estar fuera. Esto puede dar lugar, *ceteris paribus*, a que se formen dos sistemas normativos nuevos, SN_3 y SN_4.

Así, dada una demanda judicial, donde esta postula que el sistema normativo es, digamos, SN_4, sin embargo, el juez de primera instancia puede optar por SN_2 , por ejemplo. Asimismo, digamos que haya una segunda instancia, el juez superior puede optar por SN_1, y si existe un recurso de casación, el juez supremo puede optar por SN_3. Sin que esta situación pueda atribuirse a la mala fe o a mala intención de los jueces.

Por tanto, como muestra el ejemplo antes indicado, puede estarse ante 4 sistemas normativos, SN_1, SN_2, SN_3 y SN_4 potencialmente aplicables a la misma causa judicial. Asimismo, no existen criterios lógicos ni metalógicos para decidir por uno de estos sistemas. De esta manera, no puede garantizarse la unidad del sistema jurídico. Esto no quiere decir que no pueda existir dicha unidad, pero será producto de hechos contingentes y no efecto de los principios constitucionales.

b. Pluralidad de los sistemas normativos por la dinámica jurídica.

Para explicar este punto tomemos un ejemplo clásico en la literatura de los sistemas normativos (Hilpinen, 1981). Sea el siguiente sistema normativo *SN*, conformado por las siguientes normas:

N_1: Los niños pueden ver televisión sólo si han cenado.

N_2: Los niños pueden cenar sólo si han hecho su tarea.

De esto se deriva:

N_3: Los niños no pueden ver televisión si no han hecho su tarea.

Así tenemos el sistema normativo $SN_1 = \{N_1, N_2, N_3\}$.

Luego, ocurre que el padre con el objeto de que sus hijos puedan distenderse da la siguiente norma:

N_4: Los niños pueden ver televisión sin haber hecho su tarea.

Inmediatamente, notamos que surge un conflicto entre N_3 y N_4. Para conservar la consistencia del sistema, lo que ha de hacerse es remover una norma tal que cese el conflicto con N_4 y luego agregar N_4. Lo cual sugiere efectuar dos operaciones: contracción (remoción) y expansión (agregar N_4). Así tenemos los posibles sistemas normativos siguientes:

$SN_2=\{N_1, N_4\}$. En este caso, se remueve N_2 tal que ya no puede derivarse N_3, *y luego se agrega* N_4.

$SN_3=\{N_2, N_4\}$. En este caso, se remueve N_1 tal que ya no puede derivarse N_3, *y luego se agrega* N_4.

$SN_4=\{N_4\}$. En este caso, se remueve N_1 y N_3 tal que ya no puede derivarse N_3, *y luego se agrega* N_4.

Los tres sistemas normativos resultantes, SN_2 , SN_3 y SN_4, cumplen con la consistencia, y por tanto satisfacen el criterio de racionalidad (Fermé & Hansson, 2018). Sin embargo, lo que tenemos son tres sistemas normativos, SN_2 , SN_3 y SN_4, surgidos de la dinámica jurídica (i.e., promulgación de una nueva norma N_4), y no existe mecanismo ni criterio lógico para elegir el sistema normativo "único" o "correcto".

Asimismo, en este ejemplo sólo ha operado un cambio en el sistema jurídico. Sin embargo, en los hechos tal cosa ocurre muchas veces a diario. Por tanto, literalmente hay una enorme explosión del sistema normativo. A este fenómeno le denominamos: la hiper determinación ontológica del derecho, en sentido estricto.

c. Pluralidad de los sistemas normativos por la lógica subyacente.

En su obra, *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas* (1997 (1979)), Alchourrón y Bulygin, formulan que, desde un punto de vista de la relación de derivación, el sistema normativo contiene dos tipos de normas: *normas promulgadas y normas derivadas*. Las primeras son aquellas que se formulan por el legislador (o, en general, la autoridad normativa competente) mientras que las segundas son aquellas que se derivan de las primeras mediante *las leyes de la lógica.*

Sobre las leyes de la lógica, cabe indicar que en el año 2017 el Tribunal Constitucional Peruano señaló que la motivación de las sentencias debe cumplir con los principios de la lógica:

identidad, no-contradicción, tercio excluido y razón suficiente. Sobre esto cabe hacer unas precisiones. En esencia lo que hace esta sentencia es entronizara la lógica clásica, dejando de lado a las múltiples y variadas lógicas no clásicas surgidas a lo largo del siglo pasado hasta la fecha.

Asimismo, no es correcto considerar que la razón suficiente sea un principio de la lógica clásica actual. Quizá ello pudo haber sido el caso antes del siglo XIX. En efecto, en el siglo XIX, precisamente desde 1837 se inicia un proceso de modernización de la lógica, el cual termina en 1937 (Sundholm, 2009; Bocheński, 1961; Kneale & Kneale, 1962). En ese lapso de tiempo ocurre lo siguiente:

- La lógica se matematiza, esto es que se emplean los métodos matemáticos para fines de su precisión y potenciación.
- La lógica se separa del lenguaje natural y se torna simbólica, esto es, que emplea un lenguaje artificial, que si bien es menos expresiva pero no contiene las ambigüedades propias del lenguaje natural.
- Los enunciados de la lógica son independientes del contexto, así como del contenido material de los enunciados del lenguaje natural.
- La lógica se separa de la psicología y de la intuición. Ambas cosas, ya no tienen ningún rol en las expresiones ni en las demostraciones de la lógica.
- Se abandona el concepto de silogismo. Desaparece la teoría del silogismo, y solo quedan ciertos resabios sin ningún valor teórico real para este sistema.[6]
- Se abandona el concepto de razón suficiente y no juega ningún rol formal en este desarrollo de la lógica.
- Los principios lógicos son tres: identidad, no-contradicción y tercio excluido, más una propiedad formal de la relación de consecuencia lógica, que es la monotonía.
- Se emplean conceptos primitivos, esto es conceptos que no tienen definición so pena de incurrir en contradicción.
- Los axiomas de la lógica no son evidentes ni verdaderos ni universales. Son tenidos únicamente como enunciados sin valor de verdad que se aceptan sin demostración.

Estando en curso este proceso, a partir de 1910 en adelante, se da lugar al surgimiento de las lógicas simbólicas no clásicas. En lo que sigue haremos un brevísimo recuento de las mismas.

Lógica Clásica (1837-1937)	Lógicas no clásicas
Principio de tercio excluido.	Familia de lógicas polivalentes (1910+)
Principio de no-contradicción.	Familia de lógicas paraconsistentes (1950+)
Propiedad de monotonía.	Familia de lógicas no monotónicas (1970+)
Principio de identidad	Familia de lógicas no-reflexivas (2000+)

Las lógicas polivalentes operan con enunciados con más de dos valores de verdad, por lo que rompen con el principio de tercio excluido. Las lógicas para consistentes trabajan con algunos tipos de contradicciones, por lo que viola parcialmente el principio de no contradicción.

[6] Sobre esto puede verse el capítulo 6 de (Cantini & Minari, 2009). Sin embargo, actualmente, desde el marco de la las lógicas no clásicas, la silogística elemental puede ser entendida como una lógica paraconsistente, esto es, aquella lógica que no contempla irrestrictamente el principio de explosión (Wolff, 2023, pp. 38-40). El avance de las lógicas no clásicas ha hecho posible rehabilitar el concepto de silogismo, la cual puede modelarse con varias lógicas, tales como la lógica intuicionista, la lógica paraconsistente y la lógica relevante no monotónica (Woods, 2014).

En el caso de las lógicas no monotónicas, éstas permiten que bajo ciertas circunstancias el incremento de información sí de lugar al cambio de una conclusión previamente obtenida. Finalmente, las lógicas no reflexivas rompen con el principio de identidad.

Adicionalmente, puede mencionarse a las lógicas intuicionistas que son un fragmento de la lógica clásica y rechazan la ley de la doble negación. Asimismo, no aceptan demostraciones indirectas como la reducción al absurdo, salvo que además haya una prueba constructiva (Mints, 2002).

Cabe agregar que también existen sistemas lógicos que sólo producen inferencias inválidas, y que se les ha denominado lógicas vacías *(empty logics)* (Pailos, 2022). De este modo, el escenario de la lógica ha cambiado enormemente a lo que era a inicios del siglo pasado.

De otra parte, la noción de lógica subyacente es simplemente la lógica (clásica o no clásica) que se usa en un momento dado. Alchourrón y Bulygin usaron como lógica subyacente a la lógica deóntica estándar. Empero, nada obsta para cambiar de lógica subyacente. Por ejemplo, podríamos optar por una lógica intuicionista deóntica (Dalmonte, Grellois, & Olivetti, 2022).

Este cambio, fácilmente puede dar lugar a que una norma, digamos, N_i, sea parte del sistema normativo *SN*, por efecto de la lógica deóntica estándar (LDE), lo cual se representa así: $N_i \in_{LDE} SN$. Y, se lee: la norma N_i pertenece a *SN* pertenece a *SN* pues es consecuencia de las normas promulgadas empleando las leyes de la lógica deóntica estándar.

Mientras que la misma norma N_i ya no es parte del sistema normativo *SN* por efecto del uso de otra lógica subyacente, como es el caso de la lógica intuicionista deóntica (LID), lo cual se representa así: $N_i \notin_{LID} SN$. Y, se lee: la norma N_i no pertenece a *SN* pues no es consecuencia de las normas promulgadas empleando las leyes de la lógica intuicionista deóntica.

Como puede verse, el cambio de lógica subyacente (de la lógica deóntica estándar a la lógica intuicionista deóntica) es capaz de afectar la identidad misma del sistema normativo *SN*, porque aun cuando se partan de las mismas normas promulgadas, empero por el cambio de la lógica subyacente, el conjunto de normas derivadas puede ser distinto.

Así, el sistema normativo *SN* es el conjunto de las normas tanto promulgadas como derivadas. Sin embargo, el cambio de lógica subyacente puede dar como resultado dos *SN* de la siguiente forma:

Sean las normas promulgadas: N_1, N_2, $N...$, N_n y una norma derivada N_i de éstas por las leyes de la lógica deóntica estándar (pero, que N_j no derivable por medio de las leyes de la lógica intuicionista deóntica). Entonces, tenemos:

$$SN_{LDE} = \{N_1, N_2, ..., N_n ... N_i ...\}$$

$$SN_{LID} = \{N_1, N_2, ..., N_n ... N_i ...\}$$

Donde $N_i \neq N_j$, son diferentes. Entonces, los conjuntos SN_{LDE} y SN_{LID} también lo son por el axioma de extensionalidad[7].

De este modo, cada cambio en la lógica subyacente puede originar un sistema normativo distinto, pese a que se parta siempre de las mismas normas promulgadas, pues como hemos visto, ellas no garantizan la identidad del sistema normativo. Por tanto, pueden surgir tantos sistemas normativos como lógicas subyacentes se empleen. Así, nuevamente estamos ante la pluralidad ontológica de sistemas, sin que haya criterios formales para elegir a un único sistema normativo. Asimismo, los principios constitucionales no tienen la capacidad de lograr la unidad deseada, pues todos los sistemas normativos pueden armonizar con tales principios constitucionales.

7 Este axioma señala que: dados dos conjuntos *A* y *B*, si ocurre que todos los elementos de *A* son elementos de *B*, y si todos los elementos de *B* son elementos de *A*, entonces *A* y *B* son iguales, *A* = *B*. Sobre una exposición amigable de la teoría de conjuntos puede verse (Hrbacek & Jech, 1999).

El jurista peruano San Martín, por otro lado, señala que la inferencia que se emplee en la sentencia debe ser concluyente (San Martín Castro, 2020, pág. 878). Esto no es del todo exacto.

Veamos. El razonamiento judicial es de cuatro tipos: subsuntivo, hermenéutico, probatorio y ponderativo. Por otro lado, existen tres tipos de inferencias lógicas: inferencia deductiva, inferencia inductiva e inferencia abductiva, tal y como lo señaló el filósofo C.S. Peirce. Solo la primera tiene la característica de ser concluyente, es decir que sus conclusiones están garantizadas y son inmutables. Esto no es el caso de las otras dos formas de inferencia. O sea, las conclusiones de estas dos últimas formas de inferencia no son concluyentes. En otras palabras, estas inferencias sólo ofrecen conclusiones provisionales.

Ocurre también, que sólo el razonamiento subsuntivo posee inferencias deductivas, y por tanto es el único que puede ser concluyente. Eso no es el caso en los demás tipos de razonamiento. En estos últimos, la conclusión puede cambiar si es que se agrega más información.

De otra parte, también se dice que la logicidad versa sólo sobre el razonamiento probatorio (San Martín Castro, 2020, pág. 1005). Lo cual podría sugerir extrañamente que la cuestión de logicidad no podría ocurrir en los demás razonamientos (subsuntivo, hermenéutico y ponderativo). Empero, claramente ello sí puede ser el caso. No hay una razón fuerte para limitar los alcances de la evaluación de logicidad al razonamiento probatorio.

Es interesante, a primera vista, que San Martin sostenga que los principios de identidad, tercio excluido y no contradicción se deducen de una llamada "la ley de coherencia" y que el principio de razón suficiente sea deducido de la llamada "ley de derivación". Aun cuando esta tesis sea llamativa, empero es incorrecta. No es cierto de que los principios de la lógica clásica se deriven de una supuesta ley de coherencia. Es más, no existe tal "ley de coherencia" en la lógica, en general. Tampoco es cierto de que el principio de razón suficiente se deduzca de la supuesta "ley de derivación". En la meta lógica o teoría de la prueba (proof theory) no existen tales leyes. Esto muestra que la doctrina contiene nociones de lógica anteriores al siglo XIX. Lo cual dificulta un adecuado diálogo con la misma.

Un aspecto controvertido sobre cómo la doctrina configura el concepto de logicidad es que ésta incluye la evaluación de la correcta aplicación de las leyes de la lógica, así como de las reglas de la experiencia y de los principios de la psicología (San Martín Castro, 2020, pág. 1034). Lo propio es que la evaluación de logicidad sea únicamente por la corrección en la aplicación de las leyes de la lógica, sin ninguna referencia a las máximas de la experiencia ni a la psicología. Una vez más esto muestra la concepción inadecuada que tiene la doctrina de la lógica actual, y más bien parece haberse quedado rezagada en el tiempo.

GENERALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE LOGICIDAD: RACIONALIDAD INTERNA DE LA SENTENCIA[8]

Una de las frases felices de la doctrina es que ella señala que "la sentencia es una estructura lógica" (San Martín Castro, 2020, pág. 1034). Empero, debemos precisar que ello no asegura que vaya arribarse a la certeza. En efecto, eso es así precisamente porque ningún sistema axiomático es capaz de lograr tal cosa, lo cual tiene que ver con la demostración de la incompletitud de las matemáticas (aritmética y teoría de conjuntos) de 1931 [9].

Si bien estamos de acuerdo en que la sentencia ha de tener una estructura lógica, ello debe verse a la luz de la pluralidad de los sistemas lógicos que existen actualmente y de los demás sistemas formales de las matemáticas, como se hace en la epistemología formal, en la ética

[8] Para esta parte agradezco la plática con el profesor Renzo Cavani, quien me hizo caer en la cuenta que el concepto de logicidad como causal del recurso de casación se superpone con otras causales y, en general, puede enmarcarse dentro del concepto de motiva3ción o justificación interna. Aun cuando no he seguido esa línea, mi propuesta está cerca a la suya. La razón por la que no adopto la noción de justificación interna, es porque esta deja de lado a la justifica externa (que se incluye también en la sentencia). Y el concepto de motivación, no tiene el énfasis de mi propuesta de "racionalidad interna".

[9] Sobre esto puede verse (Miró Quesada Cantuarias, 1963; Cellucci, 2022).

formal, entre otras áreas de la filosofía. Los tipos de razonamiento judicial no se modelan con una sola lógica. El razonamiento subsuntivo se modela con una lógica deductiva (la cual puede ser clásica como la lógica deóntica estándar o con una lógica no clásica como la lógica intuicionista deóntica). El razonamiento hermenéutico no tiene un modelo lógico aceptado a la fecha. El razonamiento probatorio se debate entre el nihilismo (Ferrer Beltrán, 2021) y los modelos formales como las lógicas inductivas, lógicas polivalentes (Clermont, 2024), la probabilidad bayesiana (Páez , 2015), la teoría del ranking, la teoría de la estabilidad (Günther, 2024). Y, el razonamiento ponderativo tiene modelos matemáticos tales como aritmética, algebra lineal, entre otros (Pointel, 2010; Maranhão, de Souza, & Sartor, 2021; Zufall, Kimura, & Peng, 2023; Alexy, 2003). Por tanto, no hay un solo modelo lógico para todo el razonamiento judicial que se use en una sentencia. Lo que existen son distintos modelos. E, incluso existen varios modelos que compiten para el mismo tipo de razonamiento. En todo caso, la afirmación de que la sentencia tiene una estructura lógica ha de ser entendida en forma regulativa y no literal.

En general, de lo que se trata es emplear algún modelo normativo. Esto es, una teoría formal capaz de dar reglas de corrección a efectos de que pueda evaluarse la validez del razonamiento de la sentencia. No se crea que solamente es el derecho el que deba ajustarse a la teoría formal, sino que también ello ocurre en sentido contrario. En otras palabras, el ajuste debe ser mutuo, recíproco entre lógica y derecho, sin que por ello se pierda el valor normativo de la teoría formal (León Untiveros, 2015).

Así las cosas, para abordar las cuestiones de racionalidad de la sentencia, creemos que el concepto de logicidad debe ser reemplazado por el de "racionalidad interna", en el mismo sentido que empleamos en (León Untiveros, 2022). Donde señalamos que la razón es de carácter plural, lo cual no nos permite dar una definición de la misma. Además, "cada uno de sus aspectos se debe esgrimir con la mayor claridad y precisión posibles, no procurando ya la unicidad". Siendo que, a fin de cuentas, "la razón (en sus diversos aspectos) no logra captar exhaustivamente todas nuestras intuiciones y experiencias vitales".

UNA PROPUESTA: LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA PARACONSISTENTE A LA EVALUACIÓN DE LOGICIDAD

Lo señalado hasta este punto constituye una propedéutica para esta sección. La cual era necesaria a fin de corregir y precisar el concepto de logicidad. A la luz del desarrollo actual de las ciencias tanto empíricas como formales, no tiene sentido entender el concepto de logicidad también en función de las reglas de la experiencia y los principios de la psicología. Si fuera ese el caso, entonces, también debiera incluirse las leyes de todas las ciencias, tanto empíricas como abstractas. Asimismo, tampoco tiene sentido que la logicidad sólo aplique para el razonamiento probatorio, como si dicha evaluación de validez no fuese posible en los razonamientos hermenéutico, subsuntivo y ponderativo.

Sin embargo, nuestra propuesta no es de rechazo de la noción de "logicidad" *(explicandum)* sino es el darle mayor precisión y claridad, y por ello proponemos sustituirla por el concepto de "racionalidad interna" *(explicatum)*. Creemos pues que este último concepto es similar al original, esto es que, si bien no son iguales, pero ambos tienen elementos en común. Asimismo, el concepto de racionalidad interna es más simple pues armoniza con el estado actual del conocimiento. Y, también es más fecundo, pues permite abordar una mayor serie de problemas. Como se ve, el concepto de racionalidad interna es una explicación exitosa del concepto de logicidad [10].

Sin embargo, si nos quedáramos en este punto nuestro concepto de racionalidad interna no sería lo suficientemente exacta. Por exactitud se entiende una avaluación relativa con respeto al *explicandum*.

[10] Sobre el concepto de explicación carnapiana aquí empleado, puede verse (Carnap, 1962; Dutilh Novaes & Reck, 2017). Sobre los roles de los métodos formales en el derecho puede verse (Woods, 2018).

Si bien hasta ahora, hemos logrado ello, empero existen cuestiones adicionales a resolver. Y, estas son las que la doctrina llama "contradicciones subsanables."

En una parte, el profesor San Martín señala que el iter lógico seguido por el juez no debe tener saltos ni lagunas, así como tampoco contradicciones (San Martín Castro, 2020, pág. 1034). Por nuestro lado, debemos decir que no es correcto señalar que un iter lógico no pueda tener lagunas ni saltos. Pues, tal cosa ocurre cuando estamos ante un sistema normativo incompleto e indecidible, como ya hemos mostrado en (León-Untiveros, 2025), puede haber sistemas normativos como SN_6 y SN_{12} (que son incompletos, pues tienen por lo menos una laguna, y son indecidibles, pues no cabe analogía ni otro mecanismo de integración). Asimismo, hemos indicado que el empelo de un sistema lógico no asegura la decidibilidad del sistema, esto es que sea siempre posible esgrimir un razonamiento preciso y finito que solucione el caso. Y ello será así, si empleamos la lógica de primer orden, la cual es indecidible, es decir, que para para esta lógica no existe un algoritmo capaz de resolver todas las demostraciones de esta teoría (Boolos, Burgess, & Jeffrey, 2007, pp. 126-136).

Por otro lado, la doctrina señala que el iter lógico no debe contener contradicciones, empero más adelante dice lo contrario, pues admite que haya contradicciones subsanables mientras que sólo rechaza las contradicciones insubsanables (San Martín Castro, 2020, pág. 1036). ¿Cómo entender la distinción entre contradicciones subsanables e insubsanables desde un punto de vista lógico?

a. Logicidad y los principios de la lógica.

Cuando la doctrina piensa en la lógica, básicamente piensa en la lógicas clásica, donde se cumplen los principios de identidad, tercio excluido y no contradicción (San Martín Castro, 2020, pág. 1043).

A esto debe agregarse, como ya indicamos, que en el año 2017, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia (Expediente N° 00191 2013-PA/TC) de gran relevancia no sólo para la estudio del derecho subjetivo sino además en cuanto atañe a la relación entre Lógica y Derecho. De acuerdo con la sentencia antes mencionada la relación es bastante estrecha, en especial con sus principios caracterizadores que, a decir de la sentencia de marras, son los siguientes: identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente. En otro trabajo (León-Untiveros, 2017) hemos mostrado que: (1) de acuerdo a una concepción moderna de la lógica actual (y de su filosofía), podemos estar de acuerdo en parte con las tres primeras, pero el principio de razón suficiente, con toda la autoridad que tiene, pues aparece en los trabajos de Spinoza (1632-1677) y Gottfried Leibniz (1646-1716), actualmente no es considerado como un principio lógico y (2) los tres primeros principios si bien son tales, empero, no son considerados universales, esto es que no son caracterizadores de todo sistema lógico, pues por ejemplo, las llamadas lógicas no clásicas divergentes no cumplen por lo menos con uno de los principios antes mencionados (identidad, no contradicción y tercio excluido). Asimismo, una propiedad que se ha dejado de lado por la sentencia en cuestión, y que está presente en la caracterización de la lógica clásica a partir del trabajo del famoso lógico polaco Alfred Tarski, es la monotonía, y que su negación, a partir de los años 1970, ha dado lugar a las lógicas no monotónicas.

Históricamente, para cuando Ulrich Klug publicó la primera edición de su Lógica Jurídica (1951) ya existían otros sistemas lógicos (incluso divergentes de la clásica[11]), tales como la lógica polivalente o también llamada multivaluada que fuera propuesta por el lógico escocés Hugh McColl (1837-1909), el filósofo estadounidense Charles Sanders Peirce (1839-1914), el lógico ruso Nicolai A. Vasil'év (1880-1940) y el lógico polaco Jan Łukasiewicz (1878- 1956) desde fines del siglo XIX e inicios del XX[12]. Como se sabe son razones de orden histórico las que han determinado que el

[11] Una lógica es divergente si viola por lo menos uno de los siguientes principios o propiedades: identidad, no contradicción, terc3io excluido o monotonía.

[12] Para una excelente historia sobre la lógica polivalente puede verse (Rescher, 1969).

sistema lógico imperante actualmente sea la lógica clásica (da Costa N. C., 2008; Miró-Quesada Cantuarias, 1982). Por otro lado, para fines de la introducción al estudio de la lógica es posible dar una caracterización de un sistema lógico clásico. Veamos.

En primer lugar, el sistema lógico, *SL*, lo definimos como el siguiente par ordenado:[13]

$$SL:=\langle L,Q\rangle$$

Donde:

L: es un lenguaje que contiene un vocabulario, unas reglas de formación de expresiones (fbf: fórmulas bien formadas) y una semántica[14].

Q: es el conjunto de reglas de inferencia que nos permite efectuar deducciones a partir de los axiomas de *SL*.

A su vez, el vocabulario está compuesto por un conjunto de símbolos no lógicos, un conjunto de símbolos lógicos y signos de puntuación.

Dicho esto, la semántica, en el sentido indicado, es una parte esencial de todo sistema lógico, lo que no es el caso de la pragmática.

Desde el punto de vista de la teoría de la prueba o demostración, el sistema lógico se entiende como el par $(\vdash, _S_{\vdash})$ donde $S_{\vdash}$ es una teoría de la prueba para $\vdash$ Esto quiere decir que no es suficiente conocer $\vdash$ para entender a la lógica, sino que debemos conocer cómo es su presentación, i.e. $S_{\vdash}$ (Gabbay, 1994, p. 181).

Definición de lógica clásica: un sistema lógico es clásico si tiene la estructura $\langle L,Q\rangle$, y

cumple con las siguientes propiedades:

§ 1. $((\Sigma\subseteq\Delta)\wedge(\Sigma\vdash\Gamma))\Rightarrow(\Delta\vdash\Gamma)$ [monotonía]

Intuitivamente, la monotonía dice que sin importar lo que aprendamos, seguiremos pensando lo mismo.

§ 2. $A\vee\neg A$ [tercio excluido].

Intuitivamente, este principio nos dice que algo puede ser verdadero o falso, sin que quepa una tercera posibilidad.

§ 3. $A=A$ *[identidad].*

Intuitivamente, este principio nos dice que toda cosa es igual a sí misma.

§ 4. $\neg(A\wedge\neg A)$ *[no contradicción].*

Intuitivamente, este principio nos dice que no es posible que algo sea y no sea, a la *vez y en bajo el mismo aspecto.*

Donde A *es una fbf, y* Σ, Δ, Γ *con conjuntos de enunciados (i.e., fórmula bien formada, fbf).*

Lo interesante es que esto también se cumple para la lógica adoptada por Ulrich Klug, y que sucintamente puede verse en el apéndice de su texto (Klug, 1990 (1982), págs. 266-268). E, igualmente para la lógica (clásica) empleada a lo largo de la obra de Alchourrón & Bulygin, entre otros.

En nuestro medio, este asunto ha sido trabajado en forma muy destacada por nuestro gran filósofo Francisco Miró Quesada Cantuarias en su texto "Las lógicas heterodoxas y el problema de la unidad de la lógica", donde señala que los principios de identidad, no contradicción y tercio excluso son parte de las condiciones necesarias de logicidad que se cumple en la lógica

[13] En esta parte seguimos a (Gabbay, 1994; Palau, 2002).

[14] Ha de hacerse una distinción entre semántica y pragmática. Desde un punto de vista lógico, la semántica es el estudio de las propiedades de los enunciados que no varían por el uso o por el cambio del contexto, mientras que la pragmática toma en cuenta el uso y el contexto. Así, la semántica se ocupa del significado (independiente del contexto) de las expresiones y enunciados y sus referentes, así como de las conexiones lógicas entre expresiones.

clásica, pero no así en las "lógicas heterodoxas" (que es lo que hemos llamado lógicas divergentes) (1978, págs. 13-28). Asimismo, en dicho trabajo Miró Quesada Cantuarias no menciona en ningún momento al principio de razón suficiente, como tampoco lo hace Klug en su trabajo antes referido, y tampoco los diversos de estudio de la lógica, v. g., (Mendelson, 2015).

Sobre la base de lo expuesto en los otros apartados de este artículo hemos de indicar lo siguiente:

1. Lo interesante de la sentencia del Tribunal Constitucional es que considera necesario que para que una argumentación legal sea racional, se deba cumplir por lo menos con las leyes de la lógica. Lo cual tiene el gran valor de mostrar que la lógica no sólo es un campo de estudio formal, sino que tiene una clara aplicación en el derecho, y cumple un rol esencial cuando se define el contenido del derecho a la motivación.
2. Sin embargo, no es feliz el hecho de que se caracterice a la lógica necesariamente con los principios de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente. Pues, los tres primeros sólo se cumplen íntegramente en la lógica clásica (como lo hemos definido anteriormente) y no así en el conjunto de familias de las lógicas no clásicas divergentes (como las polivalentes[15], las paraconsistentes [16], las no reflexivas[17], las no monotónicas [18]). Lo que resulta cuestionable en este aspecto es que la sentencia de marras no justifica por qué debemos decantarnos a favor de la lógica clásica.
3. Tampoco es correcta la equiparación que parece hacer la sentencia del principio de razón suficiente con los demás principios que indica, pues como se dijo, éstos últimos sí son parte de la lógica (la clásica y la no clásica extensional o convergente[19]), mientras que el principio de razón suficiente no es parte de ningún sistema lógico.

b. Contradicción y explosión.

Una de las características de la lógica clásica como hemos definido, es que en ella vale la ley de explosión, también conocida como Ex falso quodlibet. Y, que tiene la siguiente formulación:

$$(p \wedge \neg p) \rightarrow q$$

Y se lee: de p y no- p se sigue q . O sea, de una contradicción se sigue cualquier cosa.

Veamos un ejemplo. Sea p : "Trump es comunista" y q : "Quito queda en Perú". Sea el siguiente enunciado E : "Si Trump es comunista y Trump no es comunista, entonces Quito queda en Perú".

Ahora, veamos la correspondiente tabla de verdad:

p	q	$(p$	$\wedge$	$\neg p)$	$\rightarrow$	q
V	V	V	F	F	V	V
V	F	V	F	F	V	F
F	V	F	F	V	V	V
F	F	F	F	V	V	F

Cuadro N° 1

Como se ve, el enunciado *E* es válido. La semántica del condicional material, →, señala que esta es falsa sólo en caso de que el antecedente es falso y el consecuente es verdadero,siendo verdadero en los demás casos (Badesa, Jané, & Jansana, 2007). Como siempre una contradicción va ser falsa, siendo este el antecedente, entonces, siempre el principio de explosión es válido (todos los arreglos son V).

[15] Que rechazan el principio de tercio excluido. Puede verse (Rescher, 1969).

[16] Que rechazan el principio de no contradicción (sin incurrir en la trivialización). Para este tema puede verse (Carnielli & Coniglio, 2016; da Costa & Lewin, 2013). Para la aplicación de la lógica paraconsistente al derecho, ver (Puga, da Costa, & Vernego, 1991).

[17] Que rechazan el principio de identidad. Sobre este tema puede verse (da Costa & Bueno, 2009).

[18] Que rechaza la propiedad de monotonía. Sobre este tema puede verse (Gabbay & Schlechta, 2016; Makinson, 2005). Y, sobre su aplicación en el derecho, véase (Ferrer Beltrán & Ratti, 2012).

[19] Sobre la clasificación de las lógicas puede verse (Haack, 1996 (1974); Nolt, 1997; Palau, 2002; Priest, 2006), para una crítica a la clasificación de Palau y Haack, puede verse (León Untiveros, 2015).

Así, mediante la ley de explosión puede demostrarse todo, cualquiera sea el contenido del antecedente. Se puede demostrar cosas de las que no tenemos información en las premisas, como en el ejemplo anterior. La ubicación de Quito no tiene nada que ver con la opción política de un presidente como Trump. Empero, por efecto de ley de explosión, que funciona en la lógica clásica, tenemos la capacidad de decir cualquier cosa, a manera de consecuencia lógica, sin importar si el contenido de dicha conclusión es nueva, disparatada o inconexa.

La ley de explosión muestra que la lógica clásica admite y trabaja con contradicciones.

De tal forma, que por esta ley se puede deducir conclusiones cuya información sea dispar o ajena a la información contenida en las premisas. Por ejemplo, podemos tener premisas inconsistentes (contradictorias) que versen sobre política, y por ese hecho podemos, mediante la ley de explosión, producir conclusiones que versen sobre materias tan disímiles como mecánica cuántica, psicología, derecho, medicina, teología, etc.

Este mecanismo es sumamente interesante. Desde un punto de vista epistemológico, una teoría que explota (en razón de una contradicción más la ley de explosión) no es útil para el conocimiento. Si bien esta no es una crítica lógica, sino meramente extralógica; la teoría que explota se vuelve trivial por esa razón. Es incapaz de distinguir lo verdadero de lo falso, pues, como se dijo, en ella todo es demostrable formalmente (overcomplete). Por ejemplo, de una contradicción sobre premisas que versan sobre política, puede demostrarse lógicamente que "Dios existe", "Quito queda en Perú", "La mecánica cuántica es falsa", "El agua no es H_2O", "Dios no existe", etc.

No importa que se obtengan conclusiones contradictorias (v.g., "Dios existe" y "Dios no existe"), pues como ya se partió de una contradicción, que se halle otra, no marca la diferencia.

Igual, en todos estos ejemplos el razonamiento es válido, y lo cual puede verificarse siguiendo el método expuesto en el Cuadro N°1. Las teorías triviales son incapaces de mantener la coherencia temática entre las premisas y las conclusiones. Así, la teoría trivial es exorbitante temáticamente, puede hablar de todo válidamente sin limitación alguna.

Como se ve en el Cuadro N°1, semánticamente tenemos que el condicional material tiene dos elementos, el antecedente y el consecuente. Ocurre que una contradicción del tipo $p \wedge \neg p$ siempre es falso en todos los arreglos posibles.

p	$p \wedge \neg p$
V	F
F	F

Cuadro N° 2

Esto es así, porque en la conjunción, ésta solo es verdadera cuando ambos conyuntos son verdaderos, siendo que en los demás casos es falso.

Asimismo, la tabla de verdad del condicional material es como sigue:

p	q	$p \rightarrow q$
V	V	V
V	F	F
F	V	V
F	F	V

Cuadro N° 3

Así, vemos que cuando el antecedente es falso, $v(p) = F$, el condicional material siempre es verdadero, $v(p \rightarrow q) = V$. Por tanto, desde un punto de vista sintáctico y semántico, la ley de explosión es formalmente válido.

c. Limitación de la ley de explosión: la lógica paraconsistente.

Una lógica es paraconsistente si es capaz de permitir inferencias a partir de información inconsistente de un modo no trivial[20]. De esta manera, siempre habrá por lo menos un enunciado que no sea demostrable. A esto último le denominamos consistencia absoluta.

Por otro lado, la consistencia simple está dada por el hecho de que en una teoría no exista un enunciado de la forma $p \wedge \neg p$. En la lógica clásica, ambas nociones de consistencia van de la mano. Mas ello no ocurre con una lógica paraconsistente, una teoría (paraconsistente) puede ser inconsistente simple, pero mantenerse consistente absolutamente. Y, por tanto, no sería trivial.

Así, el siguiente cuadro nos muestra las posibilidades lógicas de una teoría T_i cuando su lógica subyacente es la lógica clásica:

Lógica Subyacente: Lógica Clásica	Consistencia Simple	Consistencia Absoluta	Trivialidad
T_1	+	+	-
T_2	-	-	+

Cuadro N° 4

Ahora, veamos las posibilidades lógicas de una teoría T_i cuando su lógica subyacente es la lógica para consistente:

Lógica Subyacente: Lógica Paraconsistente	Consistencia Simple	Consistencia Absoluta	Trivialidad
T_1	+	+	-
T_2	-	+	-
T_3	-	-	+

Cuadro N° 5

Como puede verse, cuando la lógica subyacente es la lógica paraconsistente, la teoría T_i tiene más posibilidades de no tornarse trivial pese a la existencia de una contradicción (inconsistencia simple).

Asimismo, cuando la lógica subyacente es la lógica clásica, se tiene que cualquier contradicción genera la trivialidad de T_i. Esto quiere decir que para la lógica clásica no es posible distinguir entre contradicciones subsanables y contradicciones insubsanables.

Entonces, cuando la lógica subyacente es la lógica paraconsistente, se tiene que algunas contradicciones darán lugar a la trivialidad de T_i, pero otras no harán ello. Por tanto, para la lógica paraconsistente sí es posible distinguir entre contradicciones subsanables y contradicciones insubsanables.

Por su parte, sobre la entidad de la contradicción insubsanable, la doctrina nacional señala lo siguiente:

> La contradicción debe ser esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío que determine la falta de idoneidad del relato para llevar de soporte a la calificación jurídica debatida (San Martín Castro, 2020, pág. 1036).
>
> Así, la distinción sutil entre una contradicción esencial y otra que no lo sea, no puede hacerse en una teoría que tenga como lógica subyacente a la lógica clásica, sino cuando ésta sea una lógica paraconsistente.

De este modo, hemos demostrado que la lógica adecuada para el análisis de la logicidad *(rectius, racionalidad interna de la sentencia)* es la lógica paraconsistente. Esta es capaz de viabilizar la distinción entre contradicciones subsanables y contradicciones insubsanables, tal y como pretende la doctrina.

[20] Para una exposición de esta lógica puede verse (Priest, 2002).

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1997 (1979)). Sobre la existencia de las normas jurídicas. México: Fontamara.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencia jurídicas (Segunda, revisada ed.). Buenos Aires - Bogotá: Astrea.

Alexy, R. (2002 (1986)). A Theory of Constitutional Rights. (J. Rivers, Trans.) New York: Oxford University Press.

Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A structural comparison. Ratio Juris, 433-49. Badesa, C., Jané, I., & Jansana, R. (2007). Elementos de Lógica Formal (Segunda ed.). Barcelona: Ariel.

Bocheński, J. M. (1961). A History of Formal Logic. Notre Dame: University of Notre Dame Press. Boolos, G. S., Burgess, J. P., & Jeffrey, R. C. (2007). Computability and Logic (Fifth ed.). Cambridge et al.: Cambridge University Press.

Cantini, A., & Minari, P. (2009). Introduzione alla logica. Linguaggio, significato, argomentazione.

Milano: Mondadori Education.

Carnap, R. (1962). Logical foundations of probability (Second ed.). Chicago: The University of Chicago Press.

Carnielli, W., & Coniglio, M. E. (2016). Paraconsistent Logic. Consistency, Contradiction and Negation. Springer: Springer.

Cellucci, C. (2022). The theory of Gödel. Cham: Springer.

Clermont, K. M. (2024). A General Theory of Evidence and Proof. Forming Beliefs in Truth. Cham: Springer.

da Costa, N. C. (2008). Ensaio sobre os Fundamentos da Lógica (Terceira ed.). São Paulo: HUCITEC.

da Costa, N. C., & Lewin, R. A. (2013). Lógica paraconsistente. En C. E. Alchourrón, J. M. Méndez, & R. Orayen (Edits.), Lógica (págs. 185-204). Madrid: Trotta.

da Costa, N., & Bueno, O. (2009). Lógicas não-reflexivas. Revista Brasileira de Filosofía, 232, 181-96.

Dalmonte, T., Grellois, C., & Olivetti, N. (2022). Towards an Intuitionistic Deontic Logic Tolerating Conflicting Obligations. In A. Ciabattoni, E. Pimentel, & J. J. de Queiroz (Eds.), Logic, Language, Information, and Computation. 28th International Workshop, WoLLIC 2022, Iași, Romania, September 20–23, 2022, Proceedings (pp. 280–294). Cham: Springer.

Dutilh Novaes, C., & Reck, E. (2017, January). Carnapian explication, formalisms as cognitive tools, and the paradox of adequate formalization. Synthese, 194(1), 195-215.

Fermé, E., & Hansson, S. O. (2018). Belief Change. Introduction and Overview. Cham: Springer.

Ferrer Beltrán, J. (2021). Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J., & Ratti, G. B. (Eds.). (2012). Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility. Oxford: Oxford University Press.

Gabbay, D. M. (1994). What is a Logical System? In D. M. Gabbay (Ed.), What is a Logical System? (pp. 179-216). London: Clarendon Press.

Gabbay, D. M., & Schlechta, K. (2016). A New Perspective on Nonmonotonic Logics. Cham: Springer.

Günther, M. (2024). Probability of guilt. Canadian Journal of Philosophy, 54(3), 189–206.

Haack, S. (1996 (1974)). Deviant Logic. In S. Haack, Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the formalism (pp. 1-177). Chicago and London: The University of Chicago Press.

Hilpinen, R. (1981). On Normative Change. In Ethics: Foundations, Problems and Applications (pp. 155–164). Wein: Hölder-Pichier-Tempsky.

Hrbacek, K., & Jech, T. (1999). Introduction to Set Theory (Third, Revised and Expanded ed.). Boca Raton et al.: CRC Press.

Hunter, G. (1971). Metalogic. An Introduction to the Metatheory of Standard First Order Logic. California: University California Press.

Kant, I. (1998 (1789)). Critique of pure reason (Second ed.). (P. Guyer, & A. W. Wood, Trans.) Cambridge: Cambridge University Press.

Klug, U. (1990 (1982)). Lógica Jurídica. (J. C. Gardella, Trad.) Bogotá: Temis.

Kneale, W., & Kneale, M. (1962). The development of logic. Oxford: Clarendon Press.

León Untiveros, M. Á. (2015). El dilema de Jørgensen: Fundamentos semánticos de los imperativos.
Lima: Tesis para optar el grado de doctor en filosofía, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
León Untiveros, M. Á. (2022). Las paradojas de la razón: Algunas reflexiones. En R. Orozco (Ed.), La racionalidad y sus laberintos (págs. 61-95). Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
León-Untiveros, M. A. (2017). El derecho a la motivación y los principios de la lógica. inédito, 1-8.
León-Untiveros, M. A. (2025). Indecidibilidad y lagunas del derecho. inédito, 1-10.
Makinson, D. (2005). Bridges from classical to nonmonotoic logic. London: King's College Publications.
Mancosu, P., Galvan, S., & Zach, R. (2021). An Introduction to Proof Theory. Normalization, Cut-Elimination, and Consistency Proofs. Oxford: Oxford University Press.
Maranhão, J., de Souza, E. G., & Sartor, G. (2021). A dynamic model for balancing values. Conference paper. doi:10.1145/3462757.3466143
Mendelson, E. (2015). Introduction to Matehmatical Logic (Sixth ed.). Boca Raton et al.: CRC Press.
Mints, G. (2002). A Short Introduction to Intuitionistic Logic. New York et al.: Kluwer Academic Publishers.
Miró Quesada Cantuarias, F. (1963). Apuntes para una teoría de la razón. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Miro Quesada Cantuarias, F. (1978). Las lógicas heterodoxas y el problema de la unidad de la lógica.
En Lógica, aspectos formales y filosóficos. Lima: Universidad Católica del Perú.
Miró-Quesada Cantuarias, F. (Diciembre de 1982). La filosofía de la lógica de N.C.A. da Costa. Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía, 14(42), 65/85.
Nino, C. S. (1989). Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
Nolt, J. (1997). Logics. Belmont: Wadsworth Publishing Company.
Páez , A. (2015). Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. En A. Páez (Ed.), Hechos, evidenciay estándares de prueba (págs. 123-152). Bogotá: Uniandes.
Pailos, F. (2022). Empty Logics. Journal of Philosophical Logic. doi:10.1007/s10992-021-09622-8
Palau, G. (2002). Introducción filosófica a las lógicas no clásicas. Barcelona: Gedisa.
Pointel, J.-B. (2010). Balancing in a vector space. In J.-R. Sieckmann (Ed.), Legal Reasoning: The Methods of Balncing (pp. 119-144). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
Priest, G. (2002). Paraconsistent Logic. In D. M. Gabbay, & F. Guenthner (Eds.), Handbook of Philosophical Logic (Second ed., pp. 287-393). The Netherlands: Kluwer Academic Press.
Priest, G. (2006). Non-classical logic. In D. M. Borchert (Ed.), Encyclopedia of Philosophy (Second ed., Vol. 5, pp. 485 - 493). Detroit: Thomson Gale.
Puga, L. Z., da Costa, N. C., & Vernego, R. J. (1991). Lógicas normativas, moral y derecho. Crítica, XXIII(69), 27-59.
Rescher, N. (1969). Many-Valued Logic. Vermont: Greg Revivals.
San Martín Castro, C. (2020). Derecho Procesal Penal. Lecciones (Segunda ed.). Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencas Penales - Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
Sundholm, G. (2009). A Century of Judgment and Inference, 1837–1936: Some Strands in the Development of Logic. In The Development of Modern Logic (pp. 263-317). Oxford et al.: Oxford University Press.
Tarski, A. (1983 [1935]). On the concept of logical consequence. In A. Tarski, & J. Corcoran (Ed.), Logic, Semantics, Metamathematics (J. H. Woodger, Trans., Second ed., pp. 409-420). Indianapolis: Hackett Publishing Company.
Wolff, M. (2023). Essay on the Principles of Logic. A Defense of Logical Monism. (W. C. Wolf, Trans.) Berlin - Boston: Walter de Gruyter.
Woods, J. (2014). Aristotle's Earlier Logic. Milton Keynes: College Publications.
Woods, J. (2018). Logical Approaches to Law. In S. ove Hansson, & V. F. Hendricks (Eds.), Introduction to Formal Philosophy (pp. 721-733). Cham: Springer.
Zufall, F., Kimura, R., & Peng, L. (2023). Towards a simple mathematical model for the legal concept of balancing of interests. Artificial Intelligence and Law(31), 807–827.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

LA INTANGIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS A PROPÓSITO DE LA LEY N.°32322

Isaac Arturo Arteaga Fernández *



Sumario:

1. Resumen 2. Introducción. 3. La compensación por tiempo de servicios. 4. Importancia de la compensación por tiempo de servicios. 5. Libre disposición e intangibilidad. 6. Tratamiento legal de la intangibilidad. 7. La dignidad del trabajador como fundamento para limitar la libre disposición de la CTS. 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.

1. RESUMEN

La presente ponencia tuvo como objetivo analizar la institución jurídica de la compensación por tiempo de servicios, específicamente su finalidad, debido a que el legislativo viene adoptando medidas que pueden afectar en el futuro la subsistencia del trabajador, como es la publicación de la Ley N.° 32322. En la referida ley se autoriza que por única vez y hasta el 31 de diciembre de 2026, los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada puedan disponer libremente del 100% de los depósitos de la CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulado a la fecha de disposición. Entonces, esta disposición va en contra de la finalidad de la CTS, esto es, que sea una ventaja o incremento económico de carácter diferido, mucho menos actuará como un seguro privado ante el cese del trabajador; poniéndose en peligro la subsistencia del trabajador y de las personas que estén a su cargo, rebajando la dignidad del trabajador.

Palabras clave: compensación por tiempo de servicios, intangibilidad, dignidad del trabajador, libre disposición, progresión de los derechos del trabajador.

Abstrac

The purpose of this presentation was to analyze the legal institution of compensation for length of service, specifically its purpose, given that the legislature has been adopting measures that may affect the subsistence of workers in the future, such as the publication of Law No. 32322. This law authorizes, for one time only and until December 31, 2026, workers subject to the private sector regime may freely dispose of 100% of the CTS deposits made in financial institutions and accumulated as of the date of withdrawal. Therefore, this provision goes against the purpose of the CTS, that is, to be a deferred economic benefit or increase, much less act as private insurance in the event of a worker's termination; jeopardizing the subsistence of the worker and their dependents, lowering their dignity.

Keywords: compensation for length of service, intangibility, worker dignity, free choice, progression of worker rights.

* Abogado por la Universidad Peruana Los Andes, Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Peruana Los Andes, Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Título de Segunda Especialidad en Didáctica Universitaria en Derecho por la Universidad Peruana Los Andes, Docente contratado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, Juez Especializado Supernumerario ejerciendo funciones en el Primer Juzgado de Trabajo Transitorio de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín.

2. INTRODUCCIÓN

En el mes de mayo de 2025 se publicó la Ley N.°32322, ley que, en su única disposición complementaria transitoria, autoriza a los trabajadores la libre disposición del cien por ciento de la compensación por tiempo de servicios, a fin de cubrir sus necesidades por causa de la actual crisis económica, básicamente el legislador autorizó por única vez y hasta fines de diciembre de 2026 que los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada puedan disponer libremente de la totalidad (100%) de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios realizados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición.

Dicha medida viene generando debate entre economistas y abogados laboralistas del país, unos a favor y otros en contra. Un grupo señalando que la iniciativa legislativa tiene sustento técnico, apoyado en datos reales sobre la situación económica de los trabajadores en el país. Y otro grupo, es de la posición que la denominada intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios se viene desvaneciendo y convirtiéndose en libre disposición; además, que con dicha medida ya no se estaría cumpliendo la finalidad para la cual fue creada la CTS, esto es, como una suerte de seguro privado contra el desempleo, o un ahorro obligatorio que el Estado instauro para que el trabajador pueda subsistir unos meses mientras se consigue otro empleo.

En esta medida, en el presente trabajo se pretende poner en contexto este beneficio social esencial, "la compensación por tiempo de servicios", como sus antecedentes legislativos, definición, naturaleza, finalidad, características e importancia, para así poder comprender la idea de intangibilidad y libre disposición de la CTS a que se refiere una serie de normatividades que fueron expedidas desde el 2009 hasta el 2025 con la controvertida Ley N°32322; analizando en qué medida es razonable que el Estado librere total o parcialmente un fondo que por su naturaleza es intangible.

Posteriormente, se podrá exteriorizar criterios personales y concluir si estos términos (libre disposición e intangibilidad) pueden coexistir o, por el contrario, uno de ellos deba ser suprimido.

Asimismo, dar nuestra posición si esta medida legislativa resulta adecuada para el desarrollo o progresión de los derechos del trabajador, o va en contra de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 23° de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

3. LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS

Antecedentes

La compensación por tiempo de servicios se creó con la Ley N.°4916, de fecha 07 de febrero de 1924, con la finalidad de limitar los despidos inconstitucionales atribuibles al empleador; luego, el 15 de junio de 1925, con la Ley N.°5119, amplió sus alcances, disponiendo que sea un medio de protección para el empleado frente a toda clase de cese (incluida la renuncia); es decir, un mecanismo que lo ayude a subsistir en tanto encuentre otro trabajo, cumpliendo distintos roles, una como seguro de desempleo, otro como capital para iniciar un negocio independiente, como complemento a la prestación económica que nos da la jubilación o como apoyo al cónyuge y/o hijos a su cargo si el trabajador falleciera.

En el caso de los trabajadores obreros, con la Ley N.°8439 de fecha 20 de agosto de 1936, se estableció el derecho a la compensación por tiempo de servicios, el mismo que fue equivalente a quince días de salario por año de servicios; posteriormente, con la Ley N.°13842, de fecha de 11 de enero de 1962, se incrementó a treinta jornales por año.

Criterio similar tuvieron los trabajadores empleados, con la Ley N.°6871 de fecha 2 de mayo de 1930 (ley que modifica la Ley N.°4916), donde se estableció que la compensación por tiempo de servicios fuera igual a medio sueldo por año de servicios o fracción mayor de tres meses; luego, con las Leyes N.°8439 (20 de agosto de 1936) y 10239 (10 de setiembre de 1945) se incrementaron a un sueldo por año o fracción mayor a tres meses. Esta forma de cálculo se

amplió con la Ley N.°12015 de fecha 02 de diciembre de 1953 donde se incluye el concepto de sueldo básico a otros conceptos remunerativos adicionales que percibía el trabajador a su cese, incremento que generó mayor onerosidad a los empleadores, en especial de las personas que tenían mayor cantidad de años de servicios, motivo por el cual se generaron despidos a los empleados antiguos, incentivaban renuncias o congelaban las remuneraciones.

Por lo que, la CTS comenzó a perjudicar al empleador, porque cada año que pasaba resultaba más difícil cumplir con el pago, poniendo el peligro la estabilidad económica de la empresa y con ella a sus trabajadores por una posible quiebra. Ante esta situación, se dictó un Decreto Supremo, de fecha 11 de julio de 1962, que establecía para los empleados que ingresaban a prestar servicios con posterioridad a esa fecha, que su CTS, al cese, se encontraría limitada y equivaldría a un sueldo máximo asegurable vigente para el entonces Seguro Social del Empleado, por año o fracción de servicios mayor a tres meses que en esa oportunidad ascendía a S/.7,000 soles oro. Ahora bien, con esta medida se atenúo el efecto negativo antes mencionado, pero el transcurso del tiempo y el proceso de inflación que comenzaba a cobrar fuerza, convirtió dicho tope en injusto para el trabajador y favorable para el empleador, haciéndose nuevamente patente la imperfección del sistema. El mencionado sueldo máximo asegurable, a través del tiempo fue incrementándose, así tenemos a la resolución N.°052-GG-67 de fecha 02 de noviembre de 1967, que incrementa a partir de enero de 1968, a S/.12,000 soles oro; incrementándose a S/.18,000 soles oro; posteriormente, con el Decreto Ley N.°21396, de fecha 20 de enero de 1976, el tope indemnizatorio aumentó a S/.30,000 soles oro, a partir de enero de 1976; y, con el Decreto Ley N.°22658 de fecha 27 de agosto de 1979 se elevó a S/.60,000 soles oro, por cada año de servicios a partir de octubre de 1979.

La Ley N.°23707, de fecha 05 de Diciembre de 1983 modificó los topes indemnizatorios, de tal modo que, por el tiempo de servicios prestado por los empleados entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, les otorgaba derecho a una compensación no superior a un sueldo mínimo vital vigente a la fecha del cese, y por los servicios prestados, a partir del 01 de octubre de 1979, el tope llegaba hasta diez sueldos mínimos vitales por año de servicio o fracción mayor de tres meses, igualmente vigentes al cese. En la práctica ocurría que, por efectos del sueldo mínimo vital congelado, la compensación por tiempo de servicios resultaba diminuta y absolutamente injusta para los empleados. El perjuicio que sufría este sector de trabajadores empleados era pues evidente, resultando más injusto aún por discriminatorio, por cuanto el sistema de topes afectaba sólo a un sector de trabajadores empleados (los ingresados después del 11 de julio de 1962), ya que los que ingresaron antes, así como los obreros y los obreros que pasaron a condición de empleados, sea cual fuere su fecha de ingreso, no se encontraban sujetos a dichos topes.

Con la Ley N.°25223 de fecha 02 de junio de 1990, se estableció que a partir del 01 de enero de 1990, la compensación por tiempo de servicios de este sector de empleados se calcularía sobre la base del último sueldo, sin topes; y en lo que se refería a los servicios prestados entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, la compensación no excedería de un (1) ingreso mínimo legal vigente a la fecha de cese, y por el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 1979 y el 31 de diciembre de 1989, este beneficio se calcularía sobre la última remuneración percibida con un tope máximo de hasta diez ingresos mínimos legales vigentes a la fecha de cese. Por último, el artículo cuarto de la citada ley, establecía que el ingreso mínimo legal que sirve para el cálculo para la CTS se indexaría a partir del 01 de enero de 1990 al Índice de Precios del Consumidor de la provincia de Lima, lo que significaba que el ingreso mínimo legal que se tendría en cuenta sería el de enero de 1990 que fue de I/.570,000 intis, al que se agregaría el IPC acumulado calculado desde la indicada fecha hasta la del cese en el empleo.

Como lo comentamos líneas arriba, la CTS tubo reconocimiento legal, por ende, sujeta a una seria de modificaciones, como su finalidad, hasta su forma de pago, tanto para los obreros como para los empleados, tratamiento legislativo que como conocemos, continua distinto en los regímenes público y privado.

Marco jurídico

Actualmente, se encuentra reconocida y regulada por la Ley de compensación por tiempo de servicios el Decreto Legislativo N.°650, su Texto Único Ordenado dispuesto por el Decreto Supremo N.° 001-97-TR y el reglamento de la ley de compensación por tiempo de servicios prescrito por el Decreto Supremo N.° 004-97-TR.

Definición

Para Anacleto (2015,477) *la compensación por tiempo de servicios (CTS) es un beneficio social de previsión de las contingencias que se origina a la extinción (cese) del trabajo, que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia.*

Ámbito de aplicación

Este concepto tiene como ámbito de aplicación a los trabajadores sujetos al régimen privado que cumplan en promedio, una jornada mínima de cuatro (04) horas. Asimismo, los socios trabajadores de las Cooperativas. Y estos devengan de cumplido un mes de prestación de servicios.

Regulación

Dentro de su regulación en el TUO, señala en el artículo 1° que: *"La compensación por tiempo de servicios tiene calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia."* Esto quiere decir que la compensación por tiempo de servicios tiene como naturaleza de beneficio social, el mismo que deriva de una relación laboral; teniendo dos finalidades: de promoción del trabajador, porque resulta una mejora de los ingresos de los trabajadores, y el otro, previsional, como una suerte de seguro de desempleo, ante una contingencia, que no es otra que la extinción del vínculo contractual.

Además, la CTS un concepto netamente económico, ya que supone el ingreso de una cantidad dineraria al patrimonio del trabajador, incremento con efecto diferido (como se indicó será abonado en momento de la finalización del contrato). Para captar este fondo, el empleador está obligado a realizar dos depósitos semestrales (mayo y noviembre) de cada año, de la remuneración percibida en los meses de abril y octubre, respectivamente. La fracción de mes se depositará por treintavos. Y deben realizarse dentro de los primeros 15 días naturales de los meses de mayo y noviembre de cada año, todo lo anotado es conforme a lo regulado en los artículos 21° y 22° del Decreto Supremo N.° 001-97-TR.

Es importante señalar que el artículo 23° de la misma normatividad establece que el trabajador que ingrese a prestar servicios deberá comunicar a su empleador, por escrito y bajo cargo, hasta el 30 de abril o 31 de octubre, según la fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, tipo de cuenta y moneda. Si el trabajador no comunica su elección al empleador, éste efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones permitidas, bajo la modalidad a plazo fijo por el periodo más largo permitido.

4. IMPORTANCIA DE LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS.

La compensación por tiempo de servicios en nuestro país, actúa como un seguro privado de desempleo, ya que por la gran informalidad que existe no es posible instaurar un seguro de desempleo público, como parte de la seguridad social, por lo que, la CTS surgió para dar una alternativa desde el sector privado.

Este beneficio social efectivamente reviste importancia en nuestro sistema laboral, toda vez que, como se ha explicado los depósitos semestrales que el empleador destina a la cuenta CTS del trabajador año tras año genera un fondo o caja chica, que llegado el momento (cese), se liberará dicho fondo para que el trabajador y su familia pueda subsistir mientras consigue otro trabajo, por tanto, es un incremento patrimonial que solo ocurrirá cuando se haya extinguido el vínculo laboral.

En nuestro país, aproximadamente una persona tiene un lapso de inactividad laboral de cuatro a seis meses, contados desde la fecha de cese hasta conseguir otro empleo. Entonces, si

tomamos en cuenta este periodo de tiempo que no podremos percibir una remuneración (de un trabajo formal), se debe ser muy consciente o responsable para emitir normatividades que pongan en peligro la subsistencia del trabajador.

5. LIBRE DISPOSICIÓN E INTANGIBILIDAD

Resulta vital diferenciar los términos libre disposición con la intangibilidad, el primero se refiere a la potestad de decidir su destino, uso y finalidad de los fondos, esto es, el trabajador debe comprobar si tiene acceso a sus fondos CTS y el porcentaje limite; luego, recién el prestador de servicios puede tener certeza de asignarle una finalidad. Por su parte, la intangibilidad es un concepto distinto a la disponibilidad, entendido como la imposibilidad de disponer este fondo hasta el cese, pero con las excepciones señaladas por ley; asimismo, la intangibilidad contribuye a la protección de la CTS, limitar su afectación.

Tanto la libre disposición como la intangibilidad de la CTS, son términos que contribuyen a beneficiar inmediata o diferidamente al trabajador, cuando sea necesario o urgente. Estos términos deben regularse razonablemente según la coyuntura de nuestro país, si decíamos que una persona, desde su despido o cese, demora en encontrar otro trabajo dentro de cuatro a seis meses, el trabajador mínimamente debe tener en fondos intangibles un monto equivalente a ese periodo, y su exceso si podría ser de libre disposición.

6. TRATAMIENTO LEGAL DE LA INTANGIBILIDAD

A través de los años, el legislativo ha visto por conveniente regular algunas excepciones a la denominada intangibilidad de los fondos de la compensación por tiempo de servicios, brindando porcentajes de libre disponibilidad, entre ellos tenemos:

Con la Ley N.°29352 y DS N.°016-2010-TR, se estableció que el año **2009** el 100% de disponibilidad sobre los depósitos. Tratamiento distinto, el año **2010,** donde se dispuso que el depósito de mayo tenía un 40 % de disponibilidad y en el depósito de noviembre el 30%. El año **2011** y hasta la extinción del vínculo laboral, los depósitos de mayo y noviembre, hasta el 70% del excedente del monto intangible que equivale a seis remuneraciones brutas.

Posteriormente, el año **2016** y hasta la extinción del vínculo laboral, los trabajadores pueden disponer hasta el 100% del excedente de cuatro remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición. La determinación del monto no disponible de la CTS se efectúa considerando la última remuneración mensual a que tuvo derecho el trabajador antes de la fecha en la que haya comunicado a su empleador la decisión de disponer de sus depósitos.

Luego, el año **2023,** en merito a la Ley N.°31480 (publicado el 25 de mayo de 2022), se autorizó por única vez y hasta el 31 de diciembre de 2023, a disponer libremente el 100% de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición. Un tratamiento similar se tuvo con la **Ley N.°32027** (publicado el 17 de mayo de 2024), se autorizó por única vez y hasta el 31 de diciembre de 2024, a disponer libremente el 100% de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición.

Y, con la **Ley N.°32322** (publicado el 09 de mayo de 2025), se autorizó por única vez y hasta el 31 de diciembre de 2026, a disponer libremente el 100% de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición, "beneficio" que tienen los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.°650 y su TUO el Decreto Supremo N.°00197-TR.

Esta última normatividad tiene como finalidad de cubrir las necesidades de los trabajadores a causa de la actual crisis económica, sin embargo, este criterio que adoptó el legislativo va en contra de la finalidad que tiene este beneficio social, porque ya no resulta un incremento diferido a sus ingresos, mucho menos actuara como un seguro de desempleo privado ante la extinción del contrato laboral. Porque en palabras del profesor Toyama, criterio

que comparto, siempre debe haber un porcentaje de intangibilidad en el fondo de la CTS, porcentaje que debe apaciguar por lo menos 4 a 6 meses de las necesidades que tenga el trabajador y personas a su cargo, mientras encuentra otro empleo. Lo que esta ley promueve es el completo desamparo al momento de la extinción del vínculo laboral.

Sin embargo, la expedición de la Ley N.° 32322 (que reduce totalmente el porcentaje de intangibilidad del fondo de la CTS) no responde a un derecho del trabajador, sino que parte de una medida que dispone el mismo Estado para que los trabajadores formales puedan contar con un monto dinerario adicional en caso de necesidad urgente. Dicho de otro modo, si no es urgente debemos mantener intactos nuestros fondos CTS en el banco de nuestra elección y como se dice popularmente, guardar pan para mayo.

También, podemos advertir que la medida de intangibilidad de la CTS es producto de la ausencia de conciencia ahorrativa o vocación ahorrativa de todos los ciudadanos del país; razón por la cual, el Estado toma acciones legislativas para evitar el desamparo total de los trabajadores luego de la extinción del vínculo laboral. Por ello, se debe retomar la medida razonable de regular el porcentaje de libre disposición e intangibilidad de la CTS, conforme se tuvo el año 2016, donde los trabajadores solo podían disponer hasta el 100% del excedente de cuatro remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición.

7. LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR COMO FUNDAMENTO PARA LIMITAR LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LA CTS

Como tenemos conocimiento, la compensación de tiempo de servicios es un beneficio social, un derecho legal del trabajador; por tanto, es un concepto derivado de lo que conocemos como remuneración. Y la remuneración es un derecho reconocido por nuestra Constitución Política del Estado, el máximo intérprete de la constitución, en el fundamento jurídico cuarto del Expediente N.° 01796-2020-PA/TC, señala lo siguiente:

> *"El artículo 24 de la Constitución establece que el trabajador tiene "derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual [...]." La jurisprudencia de este Tribunal sobre este artículo 24 ha establecido que la remuneración es la retribución recibida por el trabajador en virtud de un trabajo o servicio realizado para un empleador.* ***Posee una naturaleza alimentaria y está en estrecha relación con los derechos a la*** *vida, igualdad,* ***dignidad y con efectos sobre el desarrollo integral de la persona humana*** *(sentencia emitida en el Expediente 00020-2012-PI/TC, fundamento 12). El derecho a una remuneración implica además que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, que el empleador no puede dejar de otorgar remuneración sin causa justificada, que ello es prioritario, sin que esté permitida la discriminación en el pago de la remuneración, y que debe ser suficiente (sentencia emitida en el Expediente 00020-2012-PI/TC, fundamento 13)."*

En ese entender, debemos tener en cuenta que la remuneración como sus derivados (CTS) tiene estrecha relación con el derecho a la dignidad de la persona – trabajador, porque sencillamente el fondo de la CTS contribuye a la subsistencia del trabajador cesado o despedido. Por ello el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Estado, establece: ***"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."***

Respecto a la dignidad de la persona humana el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 02129-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 4 y 5 señala:

> *"4. De conformidad con el artículo l de la Constitución Política del Perú, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Al respecto, este Colegiado en la STC N.º 1417-2005-PA/TC, ha señalado que"(...) si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar*

del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)". (Fundamento 2)

5. En igual sentido, este Tribunal en la STC N.º 2945-2003-AA/TC, ha afirmado que el "principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada". (Fundamento 19)"

El derecho a percibir un beneficio social en su momento, como la CTS al momento del cese, fortalece el concepto de dignidad del trabajador, porque con la intangibilidad se protegerá al trabajador de una contingencia muy usual, el cese o extinción del vínculo laboral. El trabajador tendrá un soporte económico para poder subsistir y hacerse cargo de su familia, mientras encuentra otro trabajo. Siendo así, si se libera el 100% del fondo de la CTS, como lo estableció así el legislativo con la Ley N.° 32322, estaríamos distorsionando la finalidad de la CTS y con ello rebajando la dignidad del trabajador, poniéndolo en riesgo al dejarlo sin monto dinerario alguno al momento de su cese.

8. CONCLUSIONES

- La CTS tiene como finalidad prevenir las contingencias que origina la extinción del contrato de trabajo; por lo que, los montos de la CTS por ley son intangibles e inembargables, por ende, no se pueden disponer en su totalidad antes del cese.
- La libre disposición de la CTS debe ser regulada razonablemente, caso contrario ponemos en peligro la subsistencia del trabajador y de las personas que están a su cargo, como la Ley N.° 32322, y con ello rebajando la dignidad del trabajador regulados en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Estado. Contrario sensu, no debe desterrarse la intangibilidad de los fondos de la CTS.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREVALO, J. (2023). Tratado de derecho laboral. Lima: Jurista editores. (2016). Tratado de derecho laboral. Lima: Instituto pacifico.

ANACLETO, V. (2015). Manual de derecho del trabajo. Lima: Lex & Iuris.

ASESORIA LABORAL (2005). La compensación por tiempo de servicios. Estudio teórico y práctico actualizado. Lima: Estudio Caballero Bustamante.

GARCIA A., VALDERRAMA L. y PAREDES B. (2014). Remuneraciones y beneficios sociales. Lima: Soluciones Laborales.

HARO, J. (2010). Derecho individual del trabajo. Lima: Ediciones legales.

MORALES, P. (2013). La compensación por tiempo de servicios en los últimos veinticinco años. Consulta: 02 de mayo de 2024.

https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Homenaje-bodas-de-plata-full-171-185.pdf

PIZARRO, M. (2018). La remuneración enfoque legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Lima: Gaceta Jurídica.

TOYAMA, J. (2023). El derecho individual del trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. (2014). Reducir parte de la intangibilidad a la CTS es un acierto. Consulta: 01 de julio de 2024.

https://www.youtube.com/watch?v=1fPRnlVcSOU

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD*



Angelo Venchiarutti[21]

SUMARIO:

1. Introducción. – 2. La Convención ONU. El modelo social de discapacidad. - 2.1 El artículo 12: «Igual reconocimiento como persona ante la ley». – 2.2. La Observación General Primera del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. – 3. La medida de la administración de apoyo. – 3.1 La capacidad del beneficiario. - 3.2 La centralidad de la persona del beneficiario. - 3.3 Autodeterminación e intereses del beneficiario. - 3.4 Aspiraciones y necesidades del beneficiario. – 4. Algunas consideraciones tras 20 años de administración de apoyo. - 5. Una reciente reforma legislativa. – 5.1 El sistema de las «medidas de apoyo». – 5.2 Las «medidas voluntarias de apoyo». – 5.3 Los «poderes o mandatos preventivos». - 5.4. La guarda de hecho. – 5.4 La «medidas de apoyo de origen judicial». – 6. Las palabras del legislador y el papel de los jueces. - 6.1 Los principios de necesidad y proporcionalidad. - 6.2 El respeto de la voluntad y el interés superior de la persona. – 7. Algunas conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La materia de la protección jurídica de las personas con discapacidad conoció recientemente importantes cambios de paradigma en su planteamiento y en la regulación. Cambios debidos en la aprobación y en la implementación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("CDPD") del 2006.

En esta ponencia, tras una breve descripción del contenido de la Convención de la ONU, mi intención es ilustrar y analizar las diferentes soluciones adoptadas por el legislador, las cortes y por la doctrina en algunos sistemas jurídicos. Por razones inevitables de espacio y tiempo, hay que seleccionar las realidades que voy a analizar. Pido disculpas de antemano a mis colegas de Perú y de América del Sur si sólo me ocupo de sistemas europeos.

Procederé, por ende, a examinar una realidad como la española, que recientemente ha reformado su normativa civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Luego se analizará y examinar la situación italiana y en particular la disciplina de la administración de apoyo, que el año pasado cumplió veinte años de su aprobación.

2. LA CONVENCIÓN ONU. EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

La Convención ha marcado un cambio fundamental en el enfoque de la discapacidad. Se trata, en muchos aspectos, de aspectos ya bien conocidos y ampliamente analizados, no solo por la doctrina del sector. Por lo tanto, en este lugar, bastará con recordar los aspectos más relevantes.

---

* Traducción revisada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[21] Profesor asociado de Derecho Civil y Privado Comparado por la Universidad de Trieste Italia, Investigador en proyectos internacionales sobre vulnerabilidad y capacidad jurídica; Autor de obras en derecho civil, comercial y de seguros. .

La Convención ha adoptado un modelo basado en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona (Quinn y Degener, 2002; de Lorenzo García y Palacios, 2016) fruto en particular de la combinación del modelo médico, social y de la diversidad. La Convención considera la discapacidad como el resultado de la interacción negativa entre la persona y el entorno social, y no simplemente como el resultado de un diagnóstico médico.

Esto se desprende, en primer lugar, del preámbulo de la CDPD, donde se establece, en particular, que la discapacidad es *«un concepto en evolución que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

Además, el artículo 1, párrafo 2, especifica que por personas con discapacidad se entienden: *«aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».*

Por lo tanto, la Convención exige que los Estados adopten medidas destinadas a eliminar las barreras que conducen a la exclusión o marginación de las personas con discapacidad, a fin de permitirles la integración y la participación en la vida social, respetando las diferencias y aceptando a las personas con discapacidad como parte de la diversidad humana.

2.1 El artículo 12: «Igual reconocimiento como persona ante la ley»

El máximo exponente del cambio de paradigma que supone en el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad y en el sistema de protección de las mismas ha sido identificado en el Artículo 12. Articulo calificado como el «corazón» de la Convención y verdadero aglutinador de todos los derechos reconocidos en la misma.

La disposición ahora mencionada consagra el derecho de las personas con discapacidad al *«igual reconocimiento ante la ley en relación a la personalidad jurídica».*

Además, el mismo artículo impulsa sobre los Estados la obligación de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en términos igualitarios respecto a las demás en todos los aspectos de la vida, proveyendo además medidas de apoyos para la toma de decisiones, en coordinación con las salvaguardias para la prevención de abusos.

2.2 La Observación General Primera del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Decisiva para la interpretación del controvertido artículo 12 fue la primera la primera Observación general del Comité, publicada en 2014. Primera observación dedicada precisamente sobre el artículo 12.

Los aspectos más relevantes de la Observación General Primera pivotan sobre dos aspectos: el contenido normativo del artículo y las obligaciones de los Estados atendiendo a éste, cuestiones que resumimos a continuación.

Respecto al contenido normativo del artículo 12, el Comité, al referirse al § 2 del Artículo 12, el Comité no titubea y expresamente afirma que *«La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (capacidad de obrar)».*

Por otra parte, aclara que el concepto de *«capacidad jurídica»* engloba la titularidad de los derechos y obligaciones y la *capacidad de ejercicio* de los mismos.

En tercer lugar, expone que los déficits de la capacidad mental nunca pueden servir para limitar o negar la *capacidad jurídica.*

Se añade que los Estados, deben estableces medidas de *apoyo* a la persona con discapacidad medidas de apoyo a las personas que las necesitan para ejercer su propia *capacidad jurídica.*

Ese apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas, variando la intensidad de aquél en función de las necesidades de la persona.

El nuevo modelo de *capacidad jurídica* ha acreditado entre los estudiosos del sector el convencimiento de que estamos asistiendo a un fundamental cambio de paradigma en relación a la forma en que históricamente se han comprendido y abordado los conceptos de capacidad, discapacidad, dependencia y autonomía individual.

De esta manera y de conformidad con la interpretación del Artículo 12 que patrocinó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el "Comité"), la discapacidad no constituye base suficiente para restringir la capacidad jurídica de una persona.

En consecuencia, toda forma de privación de la *capacidad jurídica*, así como también todos los sistemas de sustitución de la voluntad de una persona con discapacidad por la voluntad de un representante, con atribuciones más o menos amplias, se plantearía así en contrasto a la mencionada norma de la Convención.

Según la opinión del Comité, compartida por una importante parte de la *doctrina jurídica*, sobre los Estados que forman parte de la Convención recaería la obligación de adaptar sus propios ordenamientos jurídicos nacionales a un modelo universal de *capacidad jurídica.*

Modelo según el cual la *capacidad jurídica,* que incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, constituye un atributo universal de la persona. Por lo tanto, el pleno reconocimiento de la autonomía personal debe ser el valor primordial en términos jurídicos, incluso cuando de hecho la persona carezca o no tenga capacidad de decisión individual.

Aunque este no es el lugar para calificar el mérito de los argumentos a los que recurre el Comité para sostener dicha interpretación, sí cabe señalar que aquella lectura ha sido cuestionada por parte de la doctrina jurídica, incluso en lo que respecta a su valor interpretativo (Martínez de Aguirre Aldaz, 2021).

No obstante, el documento no puede ignorarse. En más de un sistema jurídico, la Observación General n.º 1 elaborada por el Comité en 2014 es tomada como referencia por el legislador en caso de reforma, o por el juez, para interpretar la normativa vigente.

3. EL MODELO DE ITALIA. LA MEDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO

Analizamos por primero el modelo italiano. El sistema de protección de las personas fue parcialmente reformado con la Ley N. 6, del 9 de enero de 2004, por la que fue introducido en el texto del Código civil la *«Administración de apoyo».*

Desde el punto de vista de la arquitectura legislativa, el legislador del 2004 sigue el camino de la nueva redacción del Código Civil. Con este fin, el título XII del libro I es renombrado y reorganizado. Con el encabezado *«Medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía»,* el título comprende ahora dos capítulos: el primero, *«Administración de apoyo»,* contiene los artículos que rigen el nuevo instituto (arts. 404-413); el segundo, *«De la interdicción, de la inhabilitación y de la incapacidad natural»,* comprende las antiguas disposiciones (de las cuales solo algunas han sido parcialmente modificadas) sobre interdicción, inhabilitación e incapacidad natural (arts. 414-432).

No es este el lugar para ilustrar el texto de la ley en detalle, pero es oportuno, de cierta manera, tomando en cuenta la esencia de la reforma.

3.1 La capacidad del beneficiario

Dato característico de la nueva disciplina es que la capacidad legal es un «valor» (P. Cendon, 2009). En cuanto al aspecto de la capacidad legal, tenemos en cuenta las siguientes

indicaciones normativas:

a) en primer lugar, la locución del artículo 1 de la ley, según la cual debe alcanzarse la finalidad de tutelar, con la menor limitación posible de la capacidad de la persona;

b) la indicación contemplada en el artículo 405 del Código Civil, según la cual el poder del administrador de apoyo se limitará a los negocios señalados específicamente en el decreto de nombramiento;

c) al dictado mencionado en la primera parte del artículo 409 del Código Civil, cuando señala que el beneficiario conserva la capacidad de actuar respecto de todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo;

d) la precisión a la que refiere el párrafo 2 del artículo 409 del Código Civil, el cual prevé que el beneficiario de la administración de apoyo podrá, en cualquier caso, realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida cotidiana;

e) a la previsión contemplada en el párrafo 4 artículo 411 del Código Civil, que atribuye al órgano judicial la facultad de establecer que determinados efectos y limitaciones previstos por las disposiciones legales relativas a la persona incapacitada o inhabilitada, se extiendan al beneficiario de la administración de apoyo. Previsión de la cual se deduce que determinada línea de protección intensa solo actúan en el ámbito de esta cuando son activadas por el juez que lo considera apropiado para proteger la situación específica.

Con la nueva medida de apoyo se rompe la ecuación tradicional, es decir, el automatismo entre protección e incapacidad. En cambio, se afirman nuevas equivalencias diferentes a las anteriores.

Con el nuevo instrumento, por el contrario, la protección podrá ser graduada en razón, caso por caso, para las verdaderas necesidades del beneficiario, con el fin de valorar sus capacidades residuales.

De este modo se evita o reduce, en la medida de lo posible, la limitación de la capacidad de ejercicio; por tanto, el objetivo es no afectar a la persona humana (Cass. civ. 10 settembre 2024, n. 24251).

Por lo tanto, los actos que no entran en el ámbito de las funciones del administrador de apoyo quedan a plena disposición del beneficiario. (Corte cost. 15 de mayo de 2019, n. 114: Venchiarutti, 2019).

El decreto por el que se nombra al administrador de apoyo, a diferencia de la sentencia de interdicción o inhabilitación, no determina un estatus de incapacidad de la persona, a quien debe conectarse automáticamente las prohibiciones y las incapacidades que el Código Civil hace derivar como consecuencias necesarias de la situación de incapacitado o inhabilitado (Corte cost. 9 de diciembre de 2005, n. 440; Cass. civ. 21 de mayo de 2018).

3.2 La centralidad de la persona del beneficiario

En la reforma de 2004, el legislador italiano se preocupó de resaltar, en varias ocasiones, la centralidad de la persona del beneficiario de la administración de apoyo.

Merece la pena mencionar más de una disposición del Código Civil. Antes recordemos cómo la finalidad de la administración de alimentos es proteger, además del patrimonio, la esfera personal del interesado y permitir, en la medida de lo posible, su desarrollo (Cass civ. 26 luglio 2018, n. 19866).

Pensemos, en primer lugar, en el artículo 404 del Código Civil, que, al definir los requisitos para la aplicabilidad de la administración de apoyo, hace referencia a la imposibilidad del sujeto de velar por sus propios «intereses»: una expresión cuya amplitud y carácter genérico permiten

incluir aspectos tanto patrimoniales como personales.

El artículo 405, párrafo 4, del Código Civil, habilita expresamente al juez tutelar, durante el procedimiento de administración de apoyo a adoptar, si fuera necesario, medidas urgentes para «*el cuidado de la persona*».

Además, en virtud del artículo 409, párrafo 1, del Código Civil, el administrado de apoyo «conserva la capacidad» para todos los actos no mencionados en el decreto de nombramiento. Cabe añadir que el juez podrá decidir la extensión al beneficiario de determinadas «*limitaciones*» teniendo en cuenta «*el interés*» del beneficiario (art. 411, párrafo 4, Código civil). Por lo tanto, según la orientación seguida constantemente por el Tribunal Supremo, todo lo que el juez tutelar, en el acto de nombramiento o en una resolución posterior, no atribuya a la competencia del administrador de apoyo, queda a la entera disposición del beneficiario (Cass. civ. 29 novembre 2006, n. 25366).

3.3 Autodeterminación e intereses del beneficiario

El principio personalista también inspira las normas destinadas a promover la autodeterminación y los intereses del beneficiario, tanto en el momento de la activación de la medida de apoyo como durante el desarrollo de la actividad de protección

También en este caso, el punto de partida es el texto del artículo 1 de la Ley nº 6/2004. El Tribunal Supremo ha extraído indicaciones valiosas sobre el funcionamiento de la medida de apoyo, tales como: i) la realización de una protección con el fin de perseguir el interés superior de la persona, sin restringir innecesariamente su libertad (Cass. civ. 10 de septiembre de 2024, n. 24251); ii) la perspectiva de una mejora de las condiciones de vida y de una mejor gestión de los intereses de la persona que se va a apoyar (Cass. civ. 29 de diciembre de 2024, n. 34854).

Otro punto fundamental es que el juez escuche a la persona interesada (Cass. civ. 31 de marzo de 2022, n. 10483). El artículo 407 establece que el juez de tutela debe «oír personalmente a la persona a la que se refiere el procedimiento» desplazándose, en su caso, «al lugar donde se encuentre»; además, el juez debe tener en cuenta «de forma compatible con los intereses y exigencias de protección de la persona, sus necesidades y peticiones».

Las indicaciones de la persona interesada no son vinculantes. Sin embargo, el juez deberá tener debidamente en cuenta la voluntad contraria a la activación de la medida de administración de apoyo, cuando provenga de una persona plenamente lúcida. La decisión deberá, por lo tanto, equilibrar el respeto de la autodeterminación de la persona interesada con las necesidades de protección (Cass. civ. 10 de septiembre de 2024, n. 24251).

El Código también concede la debida importancia a las indicaciones del interesado en lo que respecta a la delicada elección del administrador de apoyo. El artículo 408 establece que la elección del administrador de apoyo que debe hacerse «teniendo en cuenta exclusivamente el cuidado y el interés de la persona del beneficiario». Por otra parte, el artículo 408, párrafo 1, del Código Civil atribuye al interesado la facultad de designar al administrador de apoyo en previsión de su eventual incapacidad futura y de impartir directrices vinculantes sobre las decisiones sanitarias o terapéuticas que se le deban comunicar una vez nombrado. Solo por motivos graves podrá el juez ignorar la elección del interesado (Cass. civ. 21 de noviembre de 2023, n. 32219).

3.4 Aspiraciones y necesidades del beneficiario

Volvamos ahora nuestra atención a la actividad del administrador de apoyo. El legislador ha previsto que «en el ejercicio de sus funciones, el administrador de apoyo tendrá en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario», y que «informará puntualmente al beneficiario sobre los actos a realizar, así como al juez de tutela en caso de desacuerdo con el beneficiario» (artículo 410 de Código civil).

La interacción entre el beneficiario y el administrador debe considerarse fundamental para el buen funcionamiento de la institución. Incluso en casos de capacidad cognitiva muy reducida, el administrador deberá tratar de valorar la «energía psíquica» residual del beneficiario. Naturalmente, dada la flexibilidad de la institución de administración de apoyo, las modalidades del diálogo entre el administrador y el beneficiario pueden variar en función de las circunstancias del caso concreto (grado de discernimiento del beneficiario, contenido de la decisión que deba tomarse, etc.).

La determinación del criterio según el cual se aceptan o rechazan los deseos y las solicitudes del beneficiario puede resultar especialmente complicada en algunos casos. A veces puede resultar difícil conciliar valoraciones de carácter objetivo con preferencias de carácter subjetivo. En cualquier caso, deberá garantizarse el diálogo entre el administrador y el beneficiario, aunque se articule de manera diferente en función de las condiciones personales y la conducta de la persona asistida.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES TRAS 20 AÑOS DE ADMINISTRACIÓN DE APOYO

En veinte años de aplicación de la ley, la administración de apoyo ha experimentado un crecimiento impetuoso. Actualmente, en Italia hay aproximadamente 350.000 *«amministrati di sostegno»;* desde 2004, el ritmo de expansión de la protección en virtud del artículo 404 del Código Civil ha ido aumentando, en términos porcentuales, año tras año.

La administración de apoyo se aplica ampliamente en una gran variedad de casos. La lista de beneficiarios incluye ahora no solo a los enfermos mentales, en el sentido estricto de la palabra, sino en general a todos aquellos que, por razones graves, *«no pueden cuidar sus propios intereses»:* se trata, por ejemplo, de ancianos que no se controlan, discapacitados físicos, enfermos contingentes, víctimas de adicciones, personas con trastornos graves e invalidantes y, según algunos intérpretes, pródigos, analfabetos retornados, detenidos, personas sin vivienda, entre otros.

Para el éxito de la aplicación de la medida de la administración, es decisiva la labor de los jueces. En ausencia de una intervención del legislador para una reforma integral del sistema, han sido los tribunales los que han decretado el carácter residual de la de la interdicción y de la inhabilitación (Corte cost. 9 de diciembre de 2005, n. 440; Cass. civ. 12 de junio de 2006, n. 13584).

También hay que reconocer a la jurisprudencia el mérito de una importante labor interpretativa de la normativa vigente a la luz del contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD (entre otras, Cass. civ. 31 de marzo de 2022, n. 10483; Cass. civ. 3 de febrero de 2022, n. 3462; Cass. civ. 12 de marzo de 2025, n. 6553).

Los jueces consideran, en particular, que la estructura normativa introducida por la Ley 6/2004 es capaz de incorporar las directrices que se derivan del Convenio de Nueva York.

No obstante, se observa que algunas intervenciones legislativas podrían resultar útiles. Podría ser apropiado flanquear el instrumento de protección regulado por la Ley 6/2004 con otras formas de asistencia de naturaleza negociadora adecuadas para salvaguardar los intereses de las personas con discapacidad (por ejemplo, el mandato de apoyo). Sería necesario, por último, derogar definitivamente las instituciones de la interdicción y de la inhabilitación

5. UNA RECIENTE REFORMA LEGISLATIVA

Entre los ordenamientos jurídicos reformados en actuación de la Convención de las Naciones Unidas, cabe destacar el sistema español. Con la Ley 8/2021, de 2 de junio, el legislador español aporto una amplia reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley fue publicada en el BOE el 3 de junio de 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. Los criterios generales de la nueva regulación pueden resumirse del siguiente modo:

i. el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse;

ii. en lugar del sistema de incapacitación se pasa a un régimen de apoyo que sitúa a la persona con discapacidad en el centro, para permitirle seguir ejerciendo sus derechos en igualdad de condiciones y desarrollar su personalidad; solo en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, este puede concretarse en la representación con la toma de decisiones (ap. III Preámbulo de la Ley 8/2021);

iii. se pretende asegurar «medidas de salvaguarda» dirigidas a respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, y cuando, a pesar de los esfuerzos, ello no sea posible, tomar decisiones que tengan en cuenta la historia vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores.

En la base de esta opción está la voluntad del legislador español de incorporar a su legislación los principios de valor señalados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - que, en particular en su artículo 3, al señalar los principios rectores, sitúa en primer lugar precisamente la «dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones» de cada persona, más allá de cualquier condición de debilidad física o psíquica.

A este respecto, cabe señalar que, tras la reforma de 2021, las Cortes Generales modificaron el artículo 49 de la Constitución española (Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024). El primer párrafo establece ahora: «*Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio*» (García-Cuevas Roque, 2023).

5.1. El sistema de las «medidas de apoyo»

Pasando a un análisis detallado de la reforma, cabe señalar en primer lugar cómo el cambio de paradigma queda patente en la nueva redacción del Título XI del Libro primero, ahora significativamente encabezado «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*» (Guilarte Martín-Calero, 2021; M. Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022; M. P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz, dir., I. Varela Castro, coord., 2022)

El título actual destaca que, en lugar de intervenciones de carácter sustitutivo, se introducen una serie de medidas de apoyo con el fin de permitir a las personas seguir ejerciendo sus derechos en condiciones de igualdad con los demás y desarrollar su personalidad Al trazar las líneas generales del nuevo sistema, el texto del artículo 249 modificado del Código Civil (que inaugura el nuevo Título XI del Libro Primero) confirma el profundo cambio de enfoque.

El artículo establece que todas «las medidas de apoyo» deben tener «por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y estar «*inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*». La disposición específica a continuación que las medidas de origen legal o judicial sólo se utilizarán «*en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*».

En cualquier caso, todos los instrumentos para salvaguardar a las personas discapacitadas deben respetar los principios de necesidad y proporcionalidad.

Solo en casos excepcionales, la medida, cualquiera que sea su fuente, puede incluir «*funciones representativas*». El artículo 249, párrafo 3, del Código Civil limita este tipo de

soluciones a los casos en que «*pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona». Incluso en tales circunstancias, al ejercer funciones de este tipo, el curador habrá que tener en cuenta ««la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»».*

En concreto, el apoyo puede declinarse con arreglo a una pluralidad de instrumentos.

El artículo 250 del Código Civil enumera las diversas «medidas de apoyo» típicas distinguiéndolas en voluntarias, informales o judiciales.

A continuación, se dedicará un examen más analítico de las mismas.

Para todas las medidas (parece oportuno anticiparlo ahora) la ley ofrece un aparato de salvaguardias legales o judiciales bastante articulado para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben el apoyo, así como para evitar y, en su caso, reprimir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses.

5.2. Las «medidas voluntarias de apoyo»

En la categoría de «*medidas voluntarias de apoyo*» se incluyen todas las medidas por las que la persona con discapacidad designa a la persona que ha de prestarle apoyo e indica en qué medida (párrafo 3 del artículo 250 del Código Civil).

Precisamente por su origen, son las más adecuadas para respetar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona afectada. La nueva normativa exige que se hagan en escritura pública, que deberá comunicarse a la Oficina del Registro Civil para la oportuna inscripción en el registro individual de la persona interesada (Art. 255, párrafo 5, Código civil).

La reforma prevé así la posibilidad de establecer medidas de apoyo tanto para el presente como para el futuro (por ejemplo, en caso de demencia progresiva como la enfermedad de Alzheimer): corresponde al interesado determinar su contenido, su alcance y la persona que debe prestarle apoyo.

Sin embargo, las medidas voluntarias pueden utilizarse tanto para cuestiones personales como patrimoniales.

5.3. Los «poderes o mandatos preventivos»

Dentro del ámbito de las medidas de apoyo de origen voluntario, la Ley 8/2021 contempla expresamente los «*poderes o mandatos preventivos*».

Las características esenciales de la nueva normativa se pueden resumir de la siguiente manera.

Existen dos tipos diferentes de poderes preventivos, pero con un único régimen jurídico.

El primero, denominado «poder continuado» (artículo 256 del Código Civil), consiste en un poder con efecto inmediato que, gracias a una cláusula incluida por el representante, no perderá su eficacia en el momento en que el poderdante necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad. Con este tipo de poder preventivo, el representante ejercerá los poderes que le haya conferido el representado en el ámbito y en la forma establecidos, sin solución de continuidad. En una primera fase, es decir, desde la concesión del poder hasta que el poderdante comience a necesitar apoyo, como representante ordinario; y, en una segunda fase, que comienza en el momento en que se manifiesta la necesidad de apoyo, como representante previamente designado (García Herrera, 2022).

El art. 257 del Código Civil contempla el segundo tipo de «*poderes preventivos*»: se trata de un poder preventivo en sentido estricto *(o ad cautelam)*, que comenzará a surtir efecto en el momento en que se produzca la situación de necesidad de asistencia. El requisito para la

eficacia del *«poder preventivo»* es, por lo tanto, la existencia de una necesidad de apoyo. El mismo artículo 257 del Código Civil remite al poderdante la determinación de las circunstancias que acreditan la realización de esa situación determinada. ara los «poderes preventivos» es necesaria la forma pública. Por lo tanto, será necesario que los notarios especifiquen en cada acto las circunstancias que condicionan la eficacia del poder (García Herrera, 2022).

5.4 La guarda de hecho.

Junto a las medidas voluntarias que ahora se mencionan, la nueva ley hace especial hincapié en la *«guarda de hecho»*. Con la reforma, la figura de la *«guarda de hecho»* se transforma «en una propia institución jurídica de apoyo»: al enumerar las medidas de apoyo, el párrafo 4, art. 250 Código civil admite la guarda de hecho como *«medida informal de apoyo»*. La disciplina ocupa ahora todo el capítulo III del libro primero del Código Civil (artículos 263-267) (de Verda y Beamonte, 2022; Leciñena Ibarra, 2021; Ferrer Vanrell, 2022; Díaz Pardo, 2022; López San Luis, 2022).

El refuerzo de la *«guarda de hecho»* es fruto de un proyecto de «razonable des judicialización» (Santos Urbaneja, 2022). En otras palabras, solo en caso de que no exista un guardador de hecho, o cuando, en razón de las circunstancias del caso concreto, la guarda de hecho no resulte suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad, corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas de apoyo necesarias (para más detalles, véase los artículos 253, 255, § 5, 263, 269 Código civil) (Díaz Pardo, 2022).

La normativa detallada confirma la consideración contenida en el Preámbulo de la Ley: es decir, la circunstancia de que, en muchos casos, la persona con discapacidad cuenta con la asistencia y el apoyo adecuados para la adopción de sus decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por parte de un guardador de hecho. En la intención del legislador, la referencia se refiere a la persona que, de forma espontánea y habitual, presta asistencia diaria a la persona con discapacidad, en virtud de una relación de confianza y afecto mutuos: un familiar, un pariente cercano o una persona que convive con ella.

También puede tratarse de alguien que no convive con la persona con discapacidad. El guardador de hecho no debe entenderse como un proveedor de servicios o un colaborador doméstico, sino como un apoyo a la persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. La intervención del guardador de hecho será susceptible de articularse tanto en el ámbito del cuidado personal como en la administración ordinaria del patrimonio de la persona con discapacidad. Por regla general, la intervención del guardador de hecho será de tipo asistencial. Será necesario que el guardador de hecho actúe de conformidad con la voluntad del asistido y que los posibles conflictos y desacuerdos entre el guardador y el interesado sean componibles. A tenor de la reforma, el guardador podrá, en circunstancias especiales, realizar actividades de carácter representativo. Sin embargo, para realizar actividades de carácter representativo, el guardador *«habrá de obtener la autorización»* del juez (art. 264 del Código civil). Incluso la guarda de hecho de tipo representativo deberá estar orientada a respetar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad: suponiendo que la ley no prevea un apoyo con representación, sino más bien una especie de apoyo restaurador de la voluntad de la persona con discapacidad (Leciñena Ibarra, 2021).

5.5 La «medidas de apoyo de origen judicial»

En coherencia con lo señalado en el Preámbulo, la ley reserva a las medidas de origen judicial un papel subsidiario respecto de las medidas voluntarias o de hecho. Según artículo 255, 5° párrafo, Código civil: *«Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».*

En concreto las medidas de origen judicial son: a) la curatela, que se configura como una medida única de carácter flexible y polivalente, aplicable a quienes precisen apoyo de forma continuada; su extensión se determinará en la resolución judicial de activación, en armonía con

la situación y las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad; b) el defensor judicial: medida de apoyo formal que se activará cuando se solicite apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente (Álvarez Lata, 2021).

Dado que, con la reforma, la curatela se convierte en la institución judicial de referencia en los casos en que una persona necesita apoyo continúo debido a su discapacidad, conviene aportar algunos datos específicos al respecto.

La decisión judicial indicará los actos para los que la persona con discapacidad necesita apoyo: en ningún caso supondrá la declaración de incapacidad ni la privación de derechos, ya sean personales, patrimoniales o políticos (artículo 268, 1° co., Código civil, que inaugura el Capítulo IV «*De la curatela*»). Las medidas de apoyo se revisarán periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales hasta seis años, y en todo caso ante cambios en la situación del interesado que puedan requerir su modificación.

Como regla general, la curatela tendrá carácter asistencial. Sin embargo, en casos excepcionales, el legislador español prevé que el juez pueda atribuir al curador funciones representativas (Berrocal Lanzarot, 2022). El artículo 269, párrafo 3, del Código Civil establece, en efecto, que: «*(s)ólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad*».

En consecuencia: «*(l)os actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación*».

En cuanto a la actividad de asistencia, la ley describe por el curador tareas de simple integración de la voluntad de la persona con discapacidad a efectos de la validez de un acto o contrato. De la lectura combinada de los artículos 249, § 2, y *282 del Código Civil se desprende, en efecto, que, además de acompañar al interesado en el proceso de toma de decisiones atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*»», *el curador deberá procurar «que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias», y además esforzarse para que «la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en elfuturo».*

Incluso el curador al que el juez haya atribuido funciones representativas deberá tener en cuenta: «*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración*», a fin de adoptar «la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249, § 4, Código civil)».

6. LAS PALABRAS DEL LEGISLADOR Y EL PAPEL DE LOS JUECES

Una vez trazadas las líneas esenciales y expuestos, aunque sea de forma sintética, los contenidos de la reforma, es el momento de formular algunas evaluaciones con vistas a mesurar su impacto efectivo. A este respecto, parece oportuno formular una advertencia preliminar. También en la materia que nos ocupa, aunque no se puede prescindir de la contribución, entre otros, de la administración pública, los notarios, los bancos y los familiares de las personas con discapacidad, hay que considerar que son los jueces quienes llevan las riendas para llevar a cabo el cambio del nuevo paradigma imaginado por el legislador de 2021. Ya al término del trienio del período de revisión de oficio de las medidas judiciales adoptadas de conformidad con la legislación anterior (establecido por la quinta disposición transitoria de la reforma), el número de sentencias en la materia es ya bastante significativo.

6.1. Los principios de necesidad y proporcionalidad

La reforma legislativa ha sido amplia y profunda. Sin embargo, en este ámbito, el análisis no

puede sino limitarse a algunas de las novedades más significativas introducidas por el nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad.

Los principios de necesidad y proporcionalidad constituyen un primer aspecto característico de la nueva normativa. El texto del último enunciado del artículo 249, párrafo 1, del Código Civil, aludiendo a *«las medidas de apoyo» de origen legal o judicial, proclama que «todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».* Por lo tanto, en la nueva partitura normativa, los dos principios están destinados a adquirir relevancia en más de un aspecto y de manera interrelacionada

En cuanto a la *«necesidad»,* por un lado, más de un lema de la nueva normativa destaca que la adopción de una medida de apoyo está condicionada a la necesidad de permitir a la persona el ejercicio de su *«capacidad jurídica»* (artículos 249, § 1, y 253, § 1, Código civil). Por otra parte, la medida judicial debe ser necesaria, en relación con el principio de subsidiariedad: es decir, solo podrá activarse cuando no existan medidas voluntarias o informales que funcionen adecuadamente (véanse, en particular, los artículos 249, § 1, 250, § 1, 255, § 5, 263 y 269 del Código Civil).

Los jueces del Tribunal Supremo han demostrado plena conciencia de indicaciones de este tipo, desde las primeras sentencias en la materia. En los fundamentos de las decisiones se lee: *«las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precisa y ser proporcionadas a esta necesidad»* (STS 8 de septiembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3276).

Además, el Tribunal Supremo advierte contra las interpretaciones rígidas y descontextualizadas del último párrafo del artículo 255 del Código Civil. Por el contrario, deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, a fin de determinar si la constitución de una curatela está justificada en lugar de una guarda de hecho. En definitiva, deben adoptarse las medidas más adecuadas en cada caso (STS 20 octubre 2023, ECLI:ES:TS:2023:4212).

Además de ser necesaria, la medida de apoyo deberá ser proporcional a la persona con discapacidad, con el fin de garantizar que esta reciba el apoyo que realmente necesita. La nueva normativa articula este principio en varias disposiciones. Además de la disposición general contenida en el párrafo 1 del artículo 249 del Código Civil, basta recordar el artículo 268, § 1, del Código Civil, ya mencionado, según el cual: *«Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise».* El principio de proporcionalidad inspira, como ya se ha mencionado, la propia organización de la curatela. Precisamente en lo que respecta a la curatela, el Tribunal Supremo ha precisado recientemente que el juez debe evaluar las necesidades específicas de la persona, teniendo en cuenta el grado de discapacidad y su situación vital, con el fin de adoptar, teniendo en cuenta la voluntad, los deseos y las preferencias del interesado, la medida de apoyo más adecuada para esa persona y en ese momento de su vida (STS12 junio 2024 ECLI:ES:TS: 2024:3430).

6.2. El respeto de la voluntad y el interés superior de la persona

El principio del respeto de la *«voluntad, deseos y preferencias»* constituye otro leitmotiv indiscutible de la reforma. Recuerdo que son principalmente dos las líneas en las que se canaliza ese intento:

i) el intento de permitir al interesado elegir las *«medidas de apoyo»* que se deben activar (comolos *«poderes y mandatos preventivos»*, el *«acuerdo de apoyos»* y la *«autocuratela»*); ii) el propósito derespetar, en la aplicación de las «medidas de apoyo», los derechos, la voluntad y las preferencias de lapersona con discapacidad y, en cualquier caso (cuando, a pesar de los esfuerzos, esto no haya sidoposible), tomar decisiones que tengan en cuenta la historia de vida de la persona con discapacidad, susconvicciones y sus valores.

En cuanto al primer aspecto, cabe recordar que, entre la pluralidad de *«medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen»,* la reforma privilegia

de manerainequívoca las soluciones fruto de la voluntad del interesado, reservando a las medidas legales ojudiciales un carácter subsidiario.

También en este ámbito, las decisiones del Tribunal Supremo ya son significativas. Pensemosen el caso de una mujer que había otorgado un poder general a dos de sus hijos con una cláusula desubsistencia en caso de discapacidad. El Tribunal Supremo consideró que debían respetarse los deseosy preferencias de la mujer y comprobó que las necesidades de asistencia estaban adecuadamentecubiertas por los hijos en el ejercicio de los poderes que les había conferido la madre. Por estos motivos confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial, por la que los jueces habían desestimado el recurso del tercer hijo dirigido a solicitar la activación de una curatela judicial (STS 4 noviembre 2024,ECLI:ES:TS:2024:5267).

Más controvertida es la cuestión relativa a la adopción de medidas judiciales de apoyo en favor de una persona que las rechaza expresamente. El Tribunal Supremo, en la primera y muy conocida sentencia (caso Dámaso) dictada tras la entrada en vigor de la reforma, consideró oportuno activar una curatela asistencial a pesar de la firme oposición del interesado. El Tribunal Supremo sentenció que, en casos de evidente necesidad de asistencia, la adopción de medidas de apoyo está justificada, incluso en contra de la voluntad del interesado. Esto se debe a que el trastorno impide al enfermo tener una conciencia clara de su situación de deterioro (en el caso concreto se trataba de una persona que padecía un grave trastorno de la personalidad: el síndrome de Diógenes). En otras palabras, los jueces han supuesto que, si no hubiera padecido el trastorno, la persona habría aceptado de buen grado una ayuda para evitar o atenuar el progresivo deterioro personal (STS 8 septiembre 2021,ECLI:ES:TS:2021:3276).

Más delicada resulta, en cambio, la activación de medidas de apoyo de tipo judicial cuando,aun en presencia de una alteración psíquica, la persona se muestra plenamente consciente de su situación, demuestra saber lo que quiere y es capaz de tomar decisiones. En caso de oposición, más de una decisión pone de manifiesto la orientación de los jueces a respetar la voluntad de la persona (Aud. Prov. Badajoz 8 octubre 2021, ECLI:ES:APBA:2021:1318; e Aud. Prov. Palma de Mallorca 17 enero2022, ECLI:ES:APIB:2022:8).

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Aunque no faltan las incertidumbres interpretativas, ya desde esta breve contribución se puede deducir que la reforma española en materia de apoyo a las personas con discapacidad está entrando progresivamente en vigor. No debe sorprender que el inicio del camino sea incierto. La reforma acaba con enfoques paternalistas seculares en nombre de los cuales, con la complicidad de actitudes inerciales, un grupo de personas quedaba excluido de la vida civil mediante una declaración judicial de incapacidad. Se necesita tiempo para sustituir eficazmente el antiguo sistema por el nuevo.

Persisten algunas de las dudas generadas por las decisiones del legislador español. La primera de ellas es la de apartarse de la dicotomía tradicional entre «*capacidad jurídica*» y «*capacidad de obrar*». También suscita interrogantes de orden sistemático el hecho de que, aunque por regla general las personas mayores de edad puedan contratar sin ninguna limitación, el Código Civil reformado contempla la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad «*provistas de medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar*» *cuando prescinden de «dichas medidas»* (art. 1302, 3º, Código Civil). El tema es fascinante, pero su examen debe posponerse para otra ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

N. Álvarez Lata, Del defensor judicial de la persona con discapacidad, in C. Guilarte Martín-Calero, 2021.

N. Álvarez Lata, coord., El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, Navarra, 2022.

I. Berrocal Lanzarot, El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad, en Actualidad Jurídica Iberoamericana, 2022, n. 17.

P. Cendon, Il presidio della capacità, en P. Cendon e R. Rossi, Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche, 1, Torino, 2009.

R. de Lorenzo García, y A. Palacios, La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Balance de una década de vigencia, en L. C. Pérez Bueno y R. de Lorenzo García, dir., La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia, Madrid, 2016.

J.R. de Verda y Beamonte, La guarda de hecho de las personas con discapacidad, en N. Álvarez Lata, 2022.

G. Díaz Pardo, Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la ley 8/2001, de 2 de junio, en Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022.

M.P. Ferrer Vanrell, Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho, en F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, M. Á. Egusquiza Balmaseda, F. López Simin, dir., 2022.

E. García-Cuevas Roque, Aportaciones de la jurisprudencia constitucional al ámbito de la discapacidad. especial referencia a las SSTC 3/2018 y 52/2022, en Revista General de Derecho Constitucional, 2023.

V. García Herrera, Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y su articulación en torno a la figura contractual del mandato, en: M. Pereña Vicente, M.d.M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., 2022.

M. P. García Rubio, M. J. Moro Almaraz, dir., I. Varela Castro, coord., Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Madrid, 2022.

C. Guilarte Martín-Calero, dir., Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra), 2021.

A. Leciñena Ibarra, Artículo 263 CC, en C. Guilarte Martín-Calero, dir., Comentarios a la Ley 8/2021, 2021.

F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell, M. Á. Egusquiza Balmaseda, F. López Simin, dir., Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor, Madrid, 2022.

R. López San Luis, La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad, Cizur Menor (Navarra), 2022.

C. Martínez de Aguirre Aldaz, La Observación General Primera del Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad ¿interpretar o corregir? en M. Cerdeira Bravo de Mansilla, L. B. Pérez Gallardo, dir., Un nuevo derecho para las personas con discapacidad, Santiago (Chile), 2021.

G. Quinn y T. Degener, The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability, United Nations New York and Geneva, 2002.

M. Pereña Vicente, M. d. M. Heras Hernández, coord., M. Núñez Núñez, dir., El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, Valencia, 2022.

F. Santos Urbaneja, La razonable desjudicialización de la discapacidad, en A. Castro-Girona Martínez, F. Cabello de Alba Jurado, C. Pérez Ramos, coords., La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas, Vol. 1, Madrid, 2022.

A. Venchiarutti, Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno, en Nuova giur. civ. comm., 2019.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES EN EL DERECHO COMPARADO*



Barbara Pozzo[22]

Sumario:

1.- Introducción. 2.- Evolución en Estados Unidos. 3.-Evolución en Europa: 3.1.-La experiencia italiana. 3.2.-La experiencia alemana. 3.3.-Iniciativas de la Comisión Europea. 3.4. -La Directiva 2004/35/CE. 4.- La circulación de los modelos medioambientales: el caso de la responsabilidad medioambiental. 5.- Bibliografía.

1.- Introducción

Desde la década de 1980, la responsabilidad ambiental ha surgido como una nueva herramienta en las políticas medioambientales como instrumento útil para asignar los costes de restauración (función de compensación), pero también para inducir la prevención de daños futuros (función de disuasión).

El objetivo de esta ponencia es analizar algunas experiencias destacadas en el ámbito de la responsabilidad civil por daños medioambientales desde una perspectiva comparada, teniendo en cuenta que los problemas a los que se enfrentan los distintos ordenamientos jurídicos son comunes.

En primer lugar, el de la definición del bien protegido: si el medio ambiente en su conjunto y como tal, o sólo determinados recursos ambientales considerados necesitados de especial protección, o -por último- sólo los bienes tradicionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico frente a nuevos impactos ambientales.

En función de la elección que se haga sobre la primera cuestión, se procederá a continuación a la cuantificación de los daños tenidos en cuenta. Si se trata de daños al medio ambiente o a los recursos naturales, será necesario adoptar criterios específicos para cuantificar los daños a bienes sin precio de mercado.

Así, por ende, es fundamental la elección del criterio de atribución de la responsabilidad, que puede desarrollar los incentivos adecuados para evitar los daños medioambientales y el problema conexo de probar el nexo causal entre la actividad contaminante y las víctimas de los daños, así como el -también vinculado- de asegurar los daños.

Las normas que se han ocupado de los daños medioambientales como tales o de sus componentes específicos han tenido entonces que identificar a un actor legítimo que pudiera representar al medio ambiente ante los tribunales.

---

* Traducción revisada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[22] Profesora ordinaria de la Universidad de Insubria (Italia). Presidenta de la Sociedad Italiana para la Investigación en el Derecho Comparado y Titular de la Cátedra UNESCO en Igualdad de Género; Miembro de ELFA, ELI y comités científicos internacionales; Profesora invitada en universidades de Europa y EE.UU.

2.- EVOLUCIÓN EN ESTADOS UNIDOS

El primer ordenamiento jurídico que promulgó una ley específica sobre indemnización por daños ambientales fue el estadounidense. En 1980, Estados Unidos promulgó la *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act (CERCLA), que introdujo un criterio retroactivo de responsabilidad objetiva.*

La CERCLA establece la indemnizabilidad de los daños causados a los recursos naturales, con independencia de la lesión de otros derechos individuales como la salud y la propiedad.

Los "recursos naturales" se definen en esta Ley como la totalidad de "la tierra, los peces, la fauna y flora silvestres, la biota, el aire, el agua, las aguas subterráneas, los suministros de agua potable y otros recursos de este tipo que pertenezcan, sean gestionados, estén en fideicomiso, pertenezcan o estén controlados de otro modo por los Estados Unidos..., cualquier Estado o gobierno local, o cualquier Gobierno extranjero".

Actores legítimos y, por tanto, titulares del derecho a reclamar una indemnización por los daños causados a estos recursos son el Estado federal, los Estados federados y otras entidades, como las reservas indias específicamente designadas por la ley. Para justificar la titularidad de estas entidades a una acción de protección del medio ambiente, el modelo americano toma, a tal efecto, un instrumento desarrollado en el *common law* en ámbitos más exquisitamente privados, a saber, el *"trust"*. El esquema típico de esta institución prevé que sobre un mismo bien o patrimonio puedan existir dos derechos disjuntos diferentes: por un lado, el del trustee, titular de un derecho a administrar y disponer del bien; por otro, el del *"beneficiario del trust"*, titular de un derecho a disfrutar de los frutos derivados de dicha administración.

La construcción adoptada por la CERCLA consiste en una transposición de esta institución a la esfera pública: las entidades identificadas por la ley son consideradas "fideicomisarios públicos" respecto de los "recursos naturales", que en este sentido constituirían el objeto de una propiedad fiduciaria. La titularidad de esta propiedad fiduciaria recaería en el Estado o en otras entidades, mientras que los beneficiarios de esta construcción deberían ser los ciudadanos, recuperando así plenamente el esquema típico de fideicomiso, aunque en un sector diferente al que habitualmente se conoce que opera.

La CERCLA no prevé ningún mecanismo para indemnizar a los particulares por daños y perjuicios. De hecho, en este caso, los recursos disponibles siguen siendo los tradicionales del common law.

El objetivo de esta cláusula general era, de hecho, considerar los recursos medioambientales como cualquier otro recurso por cuya utilización el empresario está obligado a pagar el precio correspondiente.

Considerando el medio ambiente como un recurso primario, las empresas, como usuarias del recurso ambiental, también deberían haber tenido debidamente en cuenta su precio, internalizando así los costes de las externalidades negativas creadas por sus actividades.

Un corolario necesario de estas normas era la presencia de reglas específicas sobre la cuantificación de los daños.

La CERCLA, en su versión original de 1980, preveía la elaboración y promulgación de criterios adecuados para la cuantificación de los daños a los recursos naturales.

A pesar de la disposición legislativa específica, estas normas tardaron mucho tiempo en elaborarse.

En 1986, el Congreso volvió a intervenir sobre la CERCLA con la denominada Ley de Enmiendas y Reautorización del Superfondo (SARA). Observando que aún no se había promulgado la "normativa de evaluación de daños", el Congreso fijó un nuevo plazo de seis meses para que el Departamento de Interior (DOI) promulgara dicha normativa.

Finalmente, en agosto de 1986, el DOI promulgó las tan esperadas normas, cuya trascendencia podría haber sido considerable si se tiene en cuenta la reducción de los costes de administración de justicia que podrían haber supuesto, evitando el problema de encontrar el criterio adecuado para cuantificar los daños en cada juicio.

No obstante, la aplicación de estas normas no se considera obligatoria, pero cuando el administrador público cuantifique los daños basándose en ellas, tendrá la ventaja de que dicha cuantificación se presumirá correcta, teniendo el carácter de una presunción iuris tantum sobre la corrección de los resultados obtenidos.

El denominado Reglamento para la evaluación de daños y perjuicios por daños a los recursos naturales establece los criterios para la cuantificación de los daños al medio ambiente, tal y como establece la CERCLA.

Se trata -en concreto- de tres métodos: el método del coste del viaje *(Travel Pricing),* el método del precio hedónico *(Hedonic Pricing)* y el método de la valoración contingente *(Contingent Valuation),* todos ellos basados en la diferente comprensión del daño que tienen los economistas en comparación con los juristas.

3.- EVOLUCIÓN EN EUROPA

En los mismos años, en Europa, la responsabilidad como instrumento de política medioambiental se está revisando en distintos contextos nacionales, que siguen modelos heterogéneos.

3.1.- La experiencia italiana

En Italia, la Ley nº 349 de 1986 (Ley nº 349 de 8 de julio de 1986, Institución del Ministerio de Medio Ambiente y normas sobre daños al medio ambiente, Suplemento Ordinario nº 59 G.U. 15 de julio de 1986, nº 162) introdujo en su artículo 18 una regulación innovadora que introdujo la indemnizabilidad de los daños al medio ambiente, con independencia de la violación de los derechos de la persona o de la propiedad.

En este caso, el titular del derecho de acción era el Estado y las demás entidades territoriales afectadas por el daño medioambiental.

La ley italiana de 1986 preveía un criterio de imputación de la responsabilidad en función de la culpa, aunque el Código Civil italiano ya preveía un criterio de responsabilidad objetiva por los daños causados por actividades peligrosas: *"Quien causa daños a terceros en el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado a indemnizar si no prueba que adoptó todas las medidas adecuadas para evitar el daño".*

La elección de anclar el criterio de imputación de responsabilidad al de culpabilidad derivaba del hecho de que la ley no identificaba necesariamente a las empresas como sujeto potencialmente responsable, sino que dejaba abierta la identificación del sujeto pasivo legitimado. De acuerdo con el primer párrafo del artículo 18 de la Ley 349/86, podía ser responsable del delito ambiental quien fuera autor de actos dolosos o culposos, cometidos en violación de disposiciones legales o de medidas adoptadas con base en la ley, que comprometieran el medio ambiente, causándole daño, alterándolo, deteriorándolo o destruyéndolo total o parcialmente.

No obstante, la jurisprudencia italiana había interpretado posteriormente el criterio establecido en la Ley 349/86 en el sentido de que, si el daño medioambiental era consecuencia de una actividad peligrosa, seguiría siendo de aplicación el principio de responsabilidad objetiva establecido en el Código (por ejemplo, Cass. 1 de septiembre de 1995 nº 9211, en Giurisprudenza Civile, 1996, I, 777).

La ley italiana de 1986 no preveía criterios específicos para la cuantificación de los daños medioambientales, sino que remitía la cuestión al juicio de equidad de un juez. El párrafo sexto del artículo 18 de la Ley 349 disponía que: *"El juez, cuando no sea posible cuantificar con precisión el daño, determinará su cuantía sobre una base equitativa, teniendo en cuenta en todo caso la gravedad de la falta individual, el coste necesario para la restauración y el beneficio obtenido por el infractor como consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes ambientales".*

3.2.- La experiencia alemana

En 1991 se promulgó en Alemania la Umwelthaftungsgesetz, que preveía un sistema de responsabilidad por daños medioambientales distinto del italiano. La ley alemana introdujo un sistema de responsabilidad objetiva por todos aquellos daños causados a la salud y la integridad tanto de las personas como de los bienes que fueran consecuencia de un vertido nocivo al medio ambiente, sin tener en cuenta el daño al medio ambiente como tal.

El artículo 1 de la Ley establecía que el propietario de una de las instalaciones enumeradas específicamente en el Apéndice 1 de la Ley estaba obligado a indemnizar por los daños así causados.

Una característica esencial de la ley fue la introducción de una presunción específica de causalidad que lleva a aliviar la carga de la prueba sobre la parte perjudicada.

El régimen de responsabilidad establecido por el legislador alemán hace abstracción, al menos presuntivamente, del nexo causal; esta facilitación para el perjudicado se concreta en una inversión de la carga de la prueba, que recae así sobre el presunto contaminador. En efecto, si el examen de las circunstancias del hecho concreto revela que una instalación se considera capaz de causar el daño producido, se presumirá que éste ha sido efectivamente causado por la instalación en cuestión, sin necesidad de que la parte perjudicada aporte pruebas ciertas del nexo causal.

La aptitud específica de la instalación para producir el daño se juzgará en función del funcionamiento real de la instalación, de los equipos utilizados en la misma, de la naturaleza y concentración de las sustancias liberadas al medio ambiente, de las condiciones meteorológicas, del momento y lugar de ocurrencia del daño y de cualquier otra circunstancia que, en el caso concreto, pueda aportar elementos en contra o a favor de la ocurrencia del daño. Con respecto a la instalación que haya sido explotada de conformidad con las disposiciones legales, esta presunción de causalidad quedará excluida si se han cumplido todas las obligaciones de explotación y no se han observado anomalías de funcionamiento (). *Por "obligaciones particulares de explotación" se entienden las derivadas de "autorizaciones, directivas, decretos o disposiciones legales, siempre que estén destinadas a prevenir el daño medioambiental que deba considerarse causa del daño".*

3.3.- Iniciativas de la Comisión Europea

Desde la década de 1990, la cuestión de la responsabilidad medioambiental también ha entrado en la agenda europea.

Este fue el caso, en particular, del Libro Verde sobre la indemnización de daños ambientales (COM (93) 47 final, Bruselas, 14 de mayo de 1993), presentado como Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento y al Comité Económico y Social de la UE. en mayo de 1993, en la que se examina la utilidad de la responsabilidad civil como medio adecuado para asignar la responsabilidad de los costes relacionados con la restauración del medio ambiente: *"Al exigir a los responsables que paguen los costes de los daños que causan, la responsabilidad civil cumple también las importantes funciones indirectas de imponer normas de comportamiento y evitar así nuevos daños en el futuro. Por consiguiente, la responsabilidad civil figura ahora en el orden del día de la política de protección del medio ambiente de la Comunidad Europea".*

Además de la protección del medio ambiente, el Libro Verde insiste en otro perfil concerniente al buen funcionamiento del mercado internacional, que debe basarse en que el responsable asuma los costes de la contaminación, de modo que el Estado no tenga que cargar con los costes de la degradación del medio ambiente, distorsionando así -aunque sólo sea indirectamente- las condiciones de un mercado competitivo.

El hecho de que en los distintos países de la entonces CEE existieran regímenes de responsabilidad muy heterogéneos en cuanto a la imputación de daños ambientales se convirtió en un punto crítico de reconsideración también a la luz del hecho de que esto -aparte del perjuicio ambiental-también podría haber puesto en peligro el libre juego de la competencia entre empresas dentro del mercado de la UE.

Posteriormente, con el Libro Blanco (COM (2000) 66 final, Bruselas, 9 de febrero de 2000) sobre responsabilidad ambiental presentado por la Comisión Europea en febrero de 2000, el debate se enriqueció con los numerosos estudios encargados por la Comisión de la UE sobre evaluación y reparación de daños ambientales como parte del programa de desarrollo de un régimen comunitario de responsabilidad ambiental.

El Libro Blanco pretendía considerar tanto los daños ecológicos en sentido estricto, como los daños tradicionales a los bienes y a las personas. En cuanto al criterio de imputación de la responsabilidad, se retoman las ideas fundamentales del Libro Verde y, en particular, la idea de una doble vía de responsabilidad: un criterio de responsabilidad objetiva para los daños causados por actividades peligrosas reguladas a nivel comunitario, combinado con excepciones para los daños tradicionales y ecológicos, y un criterio de responsabilidad basado en la culpa para los daños a la biodiversidad causados por actividades no peligrosas.

Cuando en 2002 se presentó la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, el texto haría renacer el debate que se había desarrollado hasta entonces al prever una doble vía de responsabilidad como el Libro Verde y el Libro Blanco.

3.4.- La Directiva 2004/35/CE

La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO L 143 de 30.4.2004, p. 56-75) entró en vigor unos días antes de que diez nuevos Estados miembros se adhieran a la Unión Europea.

A diferencia de lo propuesto en el Libro Blanco, que preveía considerar conjuntamente los daños medioambientales y los denominados daños tradicionales, la Directiva sólo contempló determinados tipos de daños medioambientales.

La Directiva no se aplica *"a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños" (considerando 14).*

El principio se reitera a continuación en el artículo 3.3. de la Directiva, que excluyó de hecho la indemnizabilidad de las posiciones individuales, al establecer que: "Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos".

La Directiva de 2004, aunque no se pronuncia sobre la noción de medio ambiente desde un punto de vista ontológico, proporciona directamente la noción de "daño" que se utilizará en el sistema de responsabilidad que esboza, que debe entenderse como "un cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente".

También según la Directiva, por "servicio" debe entenderse "las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público" (art. 2.13)

No todos los daños ambientales pueden tenerse en cuenta en virtud de la Directiva. Por el contrario, en el art. 2.1. identifica tres casos específicos de daños ambientales:

> *"a) **los daños a las especies y hábitats naturales protegidos,** es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I; Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.*
>
> ***b) los daños a las aguas,** es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva;*
>
> ***c) los daños al suelo,** es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo"*

En este artículo no se menciona el recurso *"aire"*, a pesar de que en el considerando 4 se afirma que *"Por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por **el aire** siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos".*

Completan la noción de daño ambiental que tiene en cuenta la Directiva varias disposiciones, todas ellas referidas al hecho de que los daños de carácter difuso sólo pueden tenerse en cuenta si puede establecerse un vínculo causal entre los daños y las actividades de los operadores individuales.

Por ejemplo:

• en el considerando 13:

> *"No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un **vínculo causal** entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales".*

• en el artículo 4, numero 5:

> *"La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un **vínculo causal** entre los daños y las actividades de operadores concretos".*

En conjunto, en lo que respecta al concepto de daño medioambiental, puede concluirse que la Directiva innova con respecto a las opciones adoptadas hasta entonces tanto por el ordenamiento jurídico italiano, que no contenía ninguna indicación de que el medio ambiente pudiera entenderse como un bien unitario, según la declinación dada por el artículo 18 de la Ley 349/86 y la jurisprudencia posterior, como por el ordenamiento jurídico alemán, que no preveía en modo alguno la indemnización de los daños causados a los recursos naturales.

El sujeto indicado por la directiva para promover las actividades de prevención y reparación del daño medioambiental es la **Autoridad competente**, que será designada por los Estados miembros.

De conformidad con el art. 11, corresponderá a la autoridad competente establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente del mismo, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse de acuerdo con el Anexo II. A tal efecto, la autoridad competente podrá exigir al operador correspondiente que efectúe su propia evaluación y que facilite todos los datos e información que se precisen.

Las demás **personas afectadas por el daño medioambiental** no podrán emprender acciones directas contra los contaminadores, sino que deberán dirigirse a la autoridad competente.

El artículo 12 **(Solicitud de acción)** establece, en efecto, que:

"1. Una persona física o jurídica que:

a) se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o bien

b) tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, o bien

c) alegue la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro, podrá presentar a la autoridad competente observaciones en relación con los casos de daño medioambiental o de amenaza inminente de tal daño que obren en su conocimiento, y podrá solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de la presente Directiva.

Corresponderá a los Estados miembros determinar lo que constituye "interés suficiente" y "vulneración de un derecho".

En lo que respecta al **criterio de responsabilidad,** la directiva sigue, al igual que el Libro Blanco, un doble enfoque. En efecto, el artículo 3 establece que la Directiva se aplicará:

a) a los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades;

b) a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.

Por lo tanto, se prevé un criterio de **responsabilidad objetiva** para las actividades consideradas peligrosas específicamente contempladas, mientras que, para todas las demás actividades, la Directiva prevé un criterio de **responsabilidad por culpa,** pero solo en caso de que el daño afecte a la biodiversidad.

Una particularidad de la directiva es que prevé tanto una **acción preventiva** como una **acción reparadora.**

De conformidad con el artículo 5, se prevé que cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales, pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias.

La autoridad competente podrá en cualquier momento:

a) exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental o cuando sospeche que va a producirse esa amenaza inminente;

b) exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias;

c) dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas preventivas necesarias que deberá adoptar; o

d) adoptar por sí misma las medidas preventivas necesarias.

4. La autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas preventivas. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el apartado 1 o en las letras b) o c) del apartado 3, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente Directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas preventivas.

Si, por el contrario, el daño al medio ambiente ya se ha producido, el artículo 6 prevé una **acción reparadora.** En este caso, el operador estará obligado a informar sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará:

a) todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios, y

b) las medidas reparadoras necesarias de conformidad con el artículo 7.

2. La autoridad competente podrá en cualquier momento:

a) exigir al operador que facilite información adicional sobre cualquier daño que se haya producido;

b) adoptar, exigir al operador que adopte, o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios;

c) exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias;

d) dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas reparadoras necesarias que deberá adoptar; o

e) adoptar por sí misma las medidas reparadoras necesarias.

3. La autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el apartado 1 o en las letras b) o c) del apartado 2, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente Directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso.

Por último, una de las innovaciones más importantes que propone la directiva se refiere a las **medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño medioambiental.**

El Anexo II prevé dos regulaciones diferentes dependiendo de si se trata de **daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos,** o bien de **daños al suelo.**

En el primer caso, cuando se trata de reparación de daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos, la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante **medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias.**

Por **«reparación primaria»** se entenderá cualquier medida de reparación que devuelva los recursos y/o servicios naturales dañados a su estado original o a un estado similar. Si los recursos naturales y/o los servicios dañados no vuelven a su estado original, se llevará a cabo la reparación «complementaria», es decir, cualquier medida de reparación emprendida en relación con los recursos naturales y/o los servicios para compensar la falta de restauración completa de los recursos naturales y/o los servicios dañados.

El objetivo de la **reparación «complementaria»** es conseguir, si procede también en un lugar alternativo, un nivel de recursos naturales y/o servicios similares al que se habría obtenido si el lugar dañado hubiera vuelto a su estado original. Siempre que sea posible y proceda, el lugar alternativo deberá estar geográficamente vinculado al lugar dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

Por último, la r**eparación «compensatoria»** se inicia para compensar la pérdida temporal de recursos naturales y servicios en espera de su restauración. La compensación consiste en mejoras adicionales de las especies y los hábitats naturales protegidos o de las aguas en el sitio dañado o en un sitio alternativo. No se trata de una compensación financiera al organismo público exponencial.

La razón profunda de estos criterios es excluir en la medida de lo posible la compensación puramente pecuniaria, en la que se contempla que el Estado reciba indemnizaciones a menudo cuantiosas, pero que, dada la estructura de las finanzas públicas, no están destinadas a la preservación del medio ambiente.

En el caso de **reparación de daños al suelo,** se adoptarán las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de que se trate de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

En conclusión, la directiva ha tratado de crear un marco armonizado en materia de daños al medio ambiente en Europa.

No obstante, de los análisis más recientes se desprende que la Directiva no parece haber logrado una armonización plena, sino sólo un mínimo común denominador entre los distintos países europeos.

4.- La circulación de los modelos medioambientales: el caso de la responsabilidad medioambiental

En los últimos años, la idea de introducir una norma de responsabilidad por daños medioambientales se ha extendido por todo el mundo.

La circulación de modelos jurídicos en el ámbito medioambiental, que vemos que se produce cada vez con más frecuencia, tiene sus propias características.

A primera vista, la imitación de los modelos de protección del medio ambiente debería verse facilitada por una serie de razones heterogéneas.

En primer lugar, las normas forjadas para regular la protección del medio ambiente parecen caracterizarse por un alto contenido técnico, que no afecta -al menos en general- a valores considerados "fundamentales" en los distintos ordenamientos jurídicos.

Así, si bien es cierto que las normas o instrumentos trasplantados no pueden seguir siendo los mismos una vez colocados en su contexto de destino, hasta el punto de que algunos afirman que los trasplantes jurídicos son imposibles, también es probable que puedan resolver los problemas para los que se forjaron originalmente en caso de que resulten homólogos.

Por supuesto, las normas e instituciones prestadas también en el sector medioambiental tendrán que lidiar con el *proceso jurídico* particular del sistema de destino y con una dependencia de la trayectoria que variará de un contexto a otro, factores que sin duda afectarán a la eficacia concreta del instrumento o norma "trasplantados".

Para comprender el alcance práctico real de los litigios medioambientales, hay que cuestionarse, de hecho, toda una serie de variables que quedan fuera de la redacción exacta de las normas: ¿se deja al jurado la cuantificación de los daños en el proceso? ¿Se permiten las demandas colectivas? ¿Se prevén honorarios condicionales? ¿Se prevén daños punitivos? ¿Se distribuyen equitativamente los derechos de propiedad? ¿Cuál es el nivel de alfabetización de los posibles demandantes? ¿Existen asociaciones ecologistas? ¿Se enseña derecho medioambiental en las universidades? ¿Cuál es la relación del hombre con la tierra? ¿Están adecuadamente financiados el Ministerio de Medio Ambiente, las agencias de protección del medio ambiente y otras instituciones responsables de la protección del medio ambiente?

De hecho, no es casualidad que en Estados Unidos se consiguieran importantes éxitos judiciales en la protección del medio ambiente con la introducción de las demandas ciudadanas (casos Sierra Club) y en la India tras la introducción de los litigios de interés público, lo que demuestra que independientemente de las normas sustantivas- es de vital importancia proporcionar herramientas procesales eficaces que faciliten su aplicación práctica.

Además, aquí como en otros contextos, el problema de la traducción jurídica -si no se aborda adecuadamente- puede dar lugar a un auténtico forcejeo conceptual que puede conducir a resultados muy inciertos en cuanto al alcance aplicativo real de las normas o instituciones "importadas". Esto es aún más cierto cuando la circulación se refiere a conceptos íntimamente ligados a la cultura occidental que no encuentran fácilmente una traducción léxica, pero también cultural, en el sistema de destino.

La traducción del concepto de Gefährdungshaftung y de responsabilidad objetiva en China dio lugar a un debate interminable sobre la diferencia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad sin culpa, como si hubiera una diferencia real, cuando el problema era traducir un concepto occidental a un contexto en el que estaba completamente divorciado de cualquier referencia anterior.

En América del Sur, en cambio, el concepto de responsabilidad objetiva, a falta de una doctrina bien probada que hubiera podido indicar el lugar correcto de los grandes principios en el sistema, dio lugar a aplicaciones que se apartaban de las intenciones del principio de "quien contamina paga", interpretándose como una licencia sustancial para contaminar en cuanto se pagara una indemnización *("Quien paga puede contaminar").*

En el ámbito del derecho ambiental, sin embargo, el hecho de que los problemas a abordar estén -en más de un aspecto- íntimamente ligados a los conocimientos científicos sobre el impacto de los fenómenos de contaminación ambiental en la salud humana o en la protección del medio ambiente, y por esta misma razón tengan un cierto grado de tecnicidad, hace que en cada vez más casos se abran las puertas a nuevos fenómenos de circulación de modelos.

Además, la circulación de modelos de protección del medio ambiente se ha visto fuertemente caracterizada y -por consiguiente- también influida por la globalización de la percepción del fenómeno medioambiental y de su protección. De hecho, asistimos al desarrollo de un cuerpo normativo que, al abordar la problemática medioambiental, tiende a una progresiva aproximación en la elaboración de opciones operativas comunes.

Sin duda, esto se deriva en primer lugar del hecho de que la cuestión medioambiental, además de afectar a todos los ordenamientos jurídicos casi simultáneamente, es susceptible de implicar a varios ordenamientos jurídicos al mismo tiempo por su propia naturaleza. En particular, con la Conferencia de Río de 1992, asistimos al inicio de una nueva fase del Derecho internacional del medio ambiente: la cooperación internacional ya no se refiere únicamente a la

prevención de los fenómenos de contaminación transfronteriza, sino que se amplía a los fenómenos denominados globales, que pueden poner en peligro los equilibrios naturales indispensables para el mantenimiento de las condiciones de vida en la tierra.

Con la redacción de los grandes acuerdos internacionales, comienza la elaboración de reglas y normas homogéneas, de modo que no es difícil encontrar una norma formulada de forma similar en Estados Unidos, la Unión Europea o la India. Desde este punto de vista, no sería de extrañar: ante problemas similares y comunes, no fundidos en los moldes de tradiciones jurídicas distintas, los diversos ordenamientos jurídicos han adoptado respuestas similares.

Los factores que impulsan la circulación de modelos jurídicos en el ámbito medioambiental también pueden vincularse a la formación de normativas a nivel supranacional regional.

En primer lugar, dicha circulación puede estar impulsada, como en el caso de la Unión Europea, por la imposición de un modelo supranacional armonizado, que generalmente tiene su origen en uno o varios modelos "avanzados" y que también pretende crear condiciones uniformes en todos los Estados miembros. Esto responde, por una parte, a una voluntad política concreta y, en particular, al principio de protección del medio ambiente consagrado en la Carta de Niza y, por otra, a la necesidad de no generar obstáculos a un mercado que se pretende basado en las normas de la libre competencia.

También se pueden encontrar otros factores que empujan hacia la circulación de modelos de protección del medio ambiente, a menudo ligados a un prestigio del modelo en circulación, apoyado por motivaciones económicas.

Este es el contexto de la búsqueda de modelos de referencia eficaces y probados en el ámbito medioambiental por parte de las economías en desarrollo que desean ofrecer fiabilidad a los inversores extranjeros. Además de la normativa, las prácticas de las grandes empresas multinacionales también pueden desempeñar un papel a la hora de facilitar la circulación de los modelos occidentales en las economías emergentes. Desde otra perspectiva, se observa una voluntad por parte de los países que han experimentado un rápido proceso de democratización de remitirse a modelos autorizados, en su mayoría derivados de modelos occidentales o internacionales, en el ámbito de la protección de los derechos humanos y, por tanto, del derecho medioambiental.

Por lo tanto, no debería sorprendernos que tanto en China como en México encontremos modelos de responsabilidad ambiental bastante similares a los que encontramos en Europa, así como en Estados Unidos.

En China, el artículo 124 de los Principios Generales del Derecho Civil de 1986, claramente inspirado en el derecho alemán, establece que "quien contamine el medio ambiente y cause daños a terceros en violación de la normativa estatal para la protección del medio ambiente y la prevención de la contaminación será considerado responsable con arreglo a la ley".

Posteriormente, la Ley de Responsabilidad Civil de China de 2010, en su capítulo 8, especificó aún más esta disposición, de nuevo siguiendo el modelo alemán, pero al mismo tiempo actualizándola.

En México, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de 2013 (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de junio de 2013), está -según sus propios comentaristas- claramente inspirada en la Directiva 2004/35.

De hecho, leyendo el texto de la ley mexicana, parece estar mucho mejor formulada que la Directiva de 2004: hay una regulación específica del proceso, la prueba y la causalidad, que no encontramos en la norma europea. La Ley Federal de 2013 también ofrece un marco global de responsabilidad, modulando su gravedad y reacción por parte del ordenamiento jurídico,

teniendo en cuenta que en los casos más graves habrá que aplicar la responsabilidad penal. Cabe señalar aquí que en el contexto europeo existe una total descoordinación entre la Directiva 2008/99 sobre responsabilidad penal medioambiental y la Directiva de 2004 antes mencionada.

Todas estas iniciativas que pueden encontrarse en todo el mundo tienen por objeto internalizar las externalidades medioambientales en los costes empresariales. En otras palabras, la responsabilidad medioambiental se presenta como el principal instrumento de concreción del principio de "quien contamina paga".

Si parece claro que los modelos ambientales circulan con cierta rapidez, queda por saber de qué factores depende el éxito de estas normas en la práctica, ya que parece evidente que incluso la norma "perfecta" de responsabilidad ambiental debe ajustarse a la existencia de mecanismos procesales adecuados y a la existencia de incentivos que promuevan o faciliten el acceso a la justicia.

La investigación centrada en la norma, aunque se considera eficiente en sí misma, en ausencia de un análisis adecuado del proceso legal, de hecho, no ha conducido a resultados eficientes.

5.- BIBLIOGRAFÍA

CARSON/NAVARRO, Fundamental Issues in Natural Resource Damage Assessment, en: Nat. Res. J., 1988, vol. 28, p. 816.

CROSS, Natural Resource Damage Valuation, en Vanderbilt L.R., 1989, vol. 42, p. 269.

DEUTSCH, Umwelthaftung: Theorie und Grundsätze, en Neue Juristische Wochenschrift, 1991, p. 1097.

FELDMANN, Umwelthaftung aus umweltpolitischer Sicht - zum Inkrafttreten des Gestzes über die Umwelthaftung am 1. Januar 1991, en UPR 1991, p. 45.

HABICHT, The Expanding Role of Natural Resource Damage Claims under Superfund, en 7 Virginia Journal of Natural Resources (1987), p.1.

LANDSBERG/LÜLLING, Umwelthaftungsrecht, Colonia, 1991.

PEÑA CHACÓN, La directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental y su relación con los regímenes hispanoamericanos de responsabilidad ambiental, en Revista Judicial, Costa Rica, Nº 113, septiembre de 2014, p. 109 ss.

POZZO, La responsabilità civile per danni all'ambiente in Germania, en Riv.dir.civ., 1991, I, p. 619.

POZZO, Danno ambientale ed imputazione della responsabilità - Esperienze giuridiche a confronto, Milano, Giuffrè, 1996.

POZZO, Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità Europee", en Rivista Giuridica dell'Ambiente, 2000, p. 623.

POZZO, Tutela ambientale e modelli giuridici: il caso cinese, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, 2010, p. 877.

POZZO, La Direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Anno XXV Fasc. 2 – 2010, 2-42.

POZZO, Il recepimento della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Anno XXV Fasc. 1 –2010, 1-81.

POZZO, Tutela dell'ambiente (diritto internazionale), en Enciclopedia del Diritto, 2010, Annali, III, p. 1156 ss., en particular p. 1161 ss.

POZZO, Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione, en Un giurista di successo - Studi in onore di Antonio Gambaro, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 351-377.

POZZO, Environmental Liability: The Difficulty of Harmonizing Different National Civil Liability Systems, en Research Handbook on EU Environmental Law, Marjan Peeters and Mariolina Eliantonio (Eds.), 2020, Edward Elgar, pp. 231-247.

SAX, The public trust doctrine in natural resource law: effective judicial intervention, en 68 Mich.L.R. 471, 1970.

TIMOTEO, Law and Language: Issues related to legal translation and interpretation of Chinese rules of tortious liability of environmental pollution, en China – EU Law Journal, vol. 4, 2015, p. 121.

YANG/PERCIVAL, The Emergence of Global Environmental Law, 36 Ecology L.Q. 615 (2009).

VARGAS, Derecho ambiental - principios rectores del derecho ambiental (II) en Gaceta judicial, La editorial dominicana líder en temas jurídicos,

http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-ambiental/principios-rectores-derecho-ambiental2.html.

WOODARD, Natural Resource Damage Litigation Under the Comprehensive Environmental Response, Comprensation, and Liability Act, en 14 Harv. Env. L.R.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA



Carlos Antonio Agurto Gonzáles *

Sumario:

1. El ser humano como libertad y Teoría Tridimensional del Derecho. 1.1.- La visión libertaria del ser humano. 1.2.- La concepción tridimensional de la experiencia jurídica. 2. El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. 2.1.- La reparación en el Derecho. 2.2.- El modelo peruano del daño a la persona. 2.3.- El daño al proyecto de vida. 2.4.- Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en el derecho viviente. 3. Conclusiones. Bibliografía.

1. EL SER HUMANO COMO LIBERTAD Y TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

1.1.- La visión libertaria del ser humano

Es necesario iniciar este recorrido tratando algunos temas fundamentales que, sin los mismos, no es posible evidenciar los fundamentos de una perspectiva moderna del derecho de daños, en los que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

En efecto, la nueva concepción del ser humano, como nos ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) lo concibe como un ser libertad, a la vez coexistencial y temporal[23], se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal *"racional"*. El ser humano no se agota únicamente en ser *"una unidad psicosomática"*, sino que se trata de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca *"vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose"* [24].

---

* Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Profesor en el pre y postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad de Lima, de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y de la Universidad Autónoma del Perú. Ha sido secretario técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil peruano, nombrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Post Doctor en "Derecho y Nuevas Tecnologías" en la Universidad "Mediterranea" de Reggio Calabria (Italia). Asimismo, el post doctor en "Globalización y derechos humanos" por la misma universidad italiana.

Doctor en Derecho por la Universidad de Turín (Italia). Magíster por la Universidad de Bolonia (Italia). Visiting Scientist en la Universidad de Padua (Italia). Miembro Asociado del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum– Universidad de Bolonia (Italia). Actualmente, cursa el post doctorado en "Globalización y Derechos Humanos" en Universidad "Mediterranea" de Reggio Calabria (Italia). Ha sido becario de la Unión Europea, de la Universidad de Turín y de la Universidad de Padua (Itaia). Es también miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público

Comparado y Europeo (Italia). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[23] Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que desarrolló en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas,* Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 507.

[24] Entonces, *"la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto"*: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., El Derecho como libertad, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006, p. 112.

De este modo, lo que protege el *"Derecho"* es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal *"proyecto de vida"* dentro de la sociedad, insertado y participando del bien común[25]. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona[26]. En efecto, el "redescubrimiento" de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos, así como de toda la institucionalidad jurídica[27].

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace al ser humano un ser único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo[28]. Es decir, que posea dignidad[29]. Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad ontológica, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad fenoménica.

La libertad ontológica, es la que nos "hace ser lo que somos": seres humanos. La libertad, como lo ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.[30], es el ser del ente hombre. La que Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las *"circunstancias"* como decía el filósofo español José Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como "libertad fenoménica". Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como "fenómeno"[31].

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad del existir en el denominado *"proyecto de vida"*.

1.2.- La concepción tridimensional de la experiencia jurídica

Otro importante elemento para una visión realista de la reparación del ser humano es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

---

[25] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il "danno alla libertà fenomenica", o "danno al progetto di vita", nello scenario giuridico contemporáneo, en La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, p. 02.

[26] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, en El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011, p. 49.

[27] AGURTO GONZÁLES, C., A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho, en Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 1061 y ss.

[28] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Nuevas tendencias en el derecho de las personas, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 389.

[29] Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas, pp. 508-509.

[30] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il risarcimento del "danno al progetto di vita", en La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, p. 871.

[31] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il risarcimento del "danno al progetto di vita", p. 872.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada "Teoría Tridimensional del Derecho". Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal[32]. Esta concepción jurídica supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no hubiera sido posible elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del ser humano, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional, sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

Asimismo, el tridimensionalismo de origen latinoamericano postula que el objeto de estudio del "Derecho" es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de *"lo jurídico"*. Si bien ninguno de ellos es, por sí mismo, "Derecho", tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico[33].

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su interacción dinámica que se hace posible comprender "el Derecho" en su expresión global, unitaria y totalizante.

Como lo sostiene un sector de la doctrina contemporánea, se tuvo que esperar el aporte de la Teoría Tridimensional para lograr mostrar y comprender unitariamente lo que acontece en la compleja experiencia jurídica. Es decir, para advertir que el Derecho no se agota en ninguna de las dimensiones a las que se ha hecho referencia, sino que ellas interactúan dinámicamente para obtener una concepción unitaria y real[34].

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas.

El Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi en su clásica obra *Prima lezione di diritto*[35]: *"el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja"*,

---

[32] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Derecho y persona, quinta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 143 y ss.

[33] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., El Derecho como libertad, p. 119 y ss.

[34] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", en Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

[35] GROSSI, P., Prima lezione di diritto, editori Laterza, quindecesima edizione, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, La primera lección de Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 22.

pues "la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos". En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el también maestro Pier Giuseppe Monateri, "custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser"[36].

2. EL DAÑO A LA PERSONA Y EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

2.1.- La reparación en el Derecho

El vocablo "reparación" cuenta con doce acepciones en el *Diccionario de la lengua española.*

De estas, solamente dos son aplicables a la reparación de los daños, desde una concepción jurídica[37]. En efecto, "reparar" (derivado del latín reparare) concierne tanto a la acción de "desagraviar, satisfacer al ofendido" como a la de "remediar o precaver un daño o perjuicio".

La primera de las acepciones del verbo reparar tiene una connotación moral, en tanto que la segunda un cariz jurídico.

En efecto, en la acepción jurídica la *reparación* se refiere tanto a remediar un perjuicio o daño ya producido, como *precaver* un daño o perjuicio aún no producido y, por ende, evitar que se produzca.

Como sostiene acreditada doctrina jusfilosófica argentina39, la acción jurídica de reparar podrá dirigirse a la evitación de un daño, perjuicio o detrimento que no llegará a producirse nunca. Es decir, desde un punto de vista lingüístico y en referencia a la significación prevista para la expresión reparar en el ámbito jurídico, no puede exigirse la manifestación fehaciente de un daño o detrimento como *presupuesto de la reparación.*

Asimismo, la reparación puede válidamente ser anterior al daño o perjuicio, incluso con el objetivo de que el detrimento no llegue a producirse.

Si posteriormente el evento dañoso se produce efectivamente, puede ser también que la reparación no ha sido lo suficientemente eficaz en su afán de precaverlo. Y habrá que remediarlo.

Por ende, la reparación de un daño o perjuicio supone las consideraciones de dos instancias, sucesivas en el tiempo, divididas por el momento de producción del daño al que la acción se refiere.

En consecuencia, sólo si la intención precautoria del primer momento de la reparación fracasa, al menos parcialmente, el evento dañoso irrumpirá en el entramado social, exteriorizándose como suceso disvalioso [40].

En efecto, tras la efectiva producción del evento dañoso, la expectativa de reparación cambiará su campo de sentido, trasladándose a ser comprendida como exigencia de imposición de un remedio eficaz para las consecuencias disvaliosas.

---

[36] MONATERI, P., *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado,* Ediciones Olejnik, Argentina, 2016, p.3.

[37] Como nos informe el destacado jusfilósofo y civilista argentino Osvaldo R. Burgos en su valiosa obra *Daños al proyecto de vida*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 8.

[37] BURGOS, O., *Daños al proyecto de vida, p. 8.*

[38] BURGOS, O., *Daños al proyecto de vida, p. 9.*

Vale decir, reparar un daño, perjuicio o detrimento es, en primer lugar, evitar que un evento dañoso se produzca y, sólo después, resarcirlo [41].En cuanto a los daños al sujeto de derecho, los daños a la persona[42], que representa el problema más arduo de la ciencia jurídica contemporánea[43], cada uno de los daños psicosomáticos causados al sujeto de derecho, como el "daño al bienestar" y "daño biológico", debe ser valorizado y liquidado independientemente de los daños con consecuencias patrimoniales como el "lucro cesante" y el "daño emergente". La plena reparación de los daños a la persona actualmente es una solución difícilmente revocable, tanto que sus principales aristas como la valoración y la liquidación[44], así como la identificación del objeto de la obligación reparatoria y su medida en términos pecuniarios son preocupaciones centrales para el jurista de hoy [45].

En efecto, el "daño biológico", constituido por la lesión a la integridad del sujeto, debe ser debidamente valorizado[46]. Para este fin, en ciertos países desarrollados existen baremos o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias, elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, abogados, psicólogos, economistas, aseguradores, entre otros, o por los propios tribunales de justicia o por disposición legal.

En este sentido, en el proceso de elaboración de los baremos o tablas de infortunio, los grupos de trabajo multidisciplinarios tienen en cuenta tanto la jurisprudencia sobre la materia, la importancia que posee para la vida humana la parte o aspecto de la unidad psicosomática que ha sufrido detrimento, así como las condiciones socioeconómicas del país y otros factores relevantes[47]. En otros casos, los baremos son elaborados por los tribunales de justicia, como es el caso del Tribunal de Milán, en la experiencia italiana, o son establecidos por la ley, como es el caso de España[48].

Es necesario anotar que estos baremos no son de aplicación obligatoria sino únicamente tienen el carácter referencial, creados con el propósito de lograr una jurisprudencia lo más uniforme posible. En efecto, para la valorización y consecuente reparación por la pérdida de un determinado dedo de la mano de un ser humano, los baremos fijan un determinado monto económico para el referido miembro. La suma fijada en el baremo parte del principio que el valor de un dedo de la mano es igual para todos los seres humanos[49]. Sin embargo, este criterio no es totalmente rígido, sino que admite al mismo tiempo, una cierta flexibilidad. El juez puede, de ser necesario, aumentar razonablemente el valor de la reparación si el caso lo amerita.

Como enseñaba el maestro Fernández Sessarego, no cabe duda que el dedo de la mano de un pianista, tiene mayor valor que el de una persona dedicada a las labores propias del mantenimiento de la casa o el de un abogado[50]. Sucede lo mismo tratándose del dedo de un

---

[42] Como afirmaba el más importante jurista francés del siglo XX, Jean Carbonnier, *"el cuerpo – su salud, su integridad, su vida – es el capital más preciado del hombre"*, en CARBONNIER, J., La philosophie du dommage corporel, en *Droit et passion du droit sous la Vᵉ République, Flammarion,* París, 2010, p. 159.

[43] Así lo anota el notable maestro italiano, profesor de la Universidad Federico Segundo de Nápoles, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *La riparazione dei danni alla persona,* pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1993, p. 12.

[44] RAMPAZZO SOARES, F., Responsabilidade civil por dano existencial, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009, p. 42.

[45] PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., "I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale", en *Rivista Critica del Diritto Privato,* año XVI – 4, Jovene, Nápoles, diciembre de 1998, pp. 765-766.

[46] KOTEICH KHATIB, M., *La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial",* en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 117.

[47] MARINI, G., *Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona,* traducción al idioma castellano de Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 93 y ss.

[48] Para una panorámica del daño en el derecho de la Unión Europea, véase a VAQUER ALOY, A., *El concepto de daño en el derecho comunitario,* en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 103 y ss.

[49] PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *La riparazione dei danni alla persona,* p. 352 y ss.

cirujano o de un tenista de talla profesional. En estos supuestos, basado en el dato referencial contenido en el baremo, el juez puedeaumentar equitativamente el monto de la reparación[51]. Para tal efecto, a fin de reparar los daños a la persona, se combinan un principio de base igualitaria, que es de carácter rígido, con uno flexible, de equidad, que permite al juez, según el supuesto, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo por cada lesión.

En efecto, el "daño biológico" puede afectar principalmente el soma o cuerpo[52], y en este caso estamos frente a un daño fundamentalmente somático, o puede incidir preferentemente sobre el psiquismo del sujeto. No debe perderse de vista que, siendo el ser humano una unidad psicosomática, todo daño somático posee cierta repercusión en la psique, y viceversa.

En esta hipótesis, deberá tenerse en cuenta el daño psíquico[53]. Igualmente, se debe reparar el daño emocional -indebidamente denominado "moral"- que consiste en el dolor, turbación, el sufrimiento, la indignación y demás similares sentimientos experimentados por la víctima[54]. Estos sentimientos se producen en diversas situaciones como consecuencia de la pérdida de un ser querido, de un agravio a sus principios morales, a su intimidad, a su honor, a su identidad, etc[55].

En efecto, estos daños psíquicos que afectan los sentimientos no son de carácter patológico y, por lo general, desaparecen, se disipan o se transforman con el correr del tiempo. Sin embargo, se deberá también, sobre la base de una pericia médico-legal, comprobar si como consecuencia del daño se ha presentado alguna psicopatía.

Asimismo, al lado del "daño biológico", es decir, de la lesión considerada en sí misma, el juzgador valorizará el "daño al bienestar", es decir, la repercusión que tiene la lesión sufrida por la víctima en su calidad de vida. Vale decir, cómo y con qué intensidad y extensión repercute esta lesión en la actividad habitual y ordinaria, en la vida de relación familiar y social, en la afectiva y sexual. Ciertamente, no se trata de reparar un inconveniente o malestar cualquiera sino hechos que claramente repercuten en la calidad de vida de la persona. En efecto, el detrimento que hace que la persona ya no sea la misma de antes, en cuanto al desarrollo de su vida.

En consecuencia, se trata de detrimentos y situaciones perjudiciales de cierta consideración en cuanto afectan la calidad de vida de la persona[56]. La existencia de la persona se verá seria y definitivamente afectada como consecuencia de este daño. Ella dejará de ser la persona que era antes, no podrá dedicarse a algunas actividades de las cuales dependía en cierta medida su vida, su subsistencia o le ofrecían un placer. De tal modo, perder una pierna, un brazo o una mano, afecta la calidad de vida del sujeto.

---

[50] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Sobre el fallo "Aróstegui" de la CSJN, en Revista de responsabilidad civil y seguros, año X, N°X, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008, p. 41.

[51] GNANI, A., La cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano, traducción de Eugenia Ariano y Jaliya Retamozo Escobar, en: Responsabilidad civil II: Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral, al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006, p. 240.

[52] ALPA, G., Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, traducción al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 570.

[53] COMANDÈ, G., Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto, en: Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1994, p. 870 y ss.

[54] MONATERI, P., El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

[55] MENDELEWICZ, J., La ardua tarea de cuantificar el daño moral, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

[56] FRANZONI, M., Il nuovo corso del danno non patrimoniale, en: Contratto e impresa, Cedam, Padua, 2003, p. 1193 y ss.

En tal sentido, sobre la base de los informes periciales y de la jurisprudencia, el juez, con un criterio de equidad, determinará, en cada caso, la reparación del "daño al bienestar", teniendo en consideración los diversos factores y circunstancias relacionados con el tipo de vida y con las actividades desplegadas por el sujeto afectado[57].

En relación al "daño biológico", el magistrado debe reparar la lesión en sí misma, ya sea somática o psíquica, independientemente de las consecuencias del "daño al bienestar", desde que se trata de dos diferentes modalidades del genérico "daño a la persona".[58]

2.2.- El modelo peruano del daño a la persona

En la experiencia peruana, el "daño a la persona" comprende dos categorías que responden a la estructura ontológica del ser humano: a).- el daño psicosomático (daño al soma y daño a la psique, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o "proyecto de vida". Por consiguiente, estas dos categorías incluyen todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una *"unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad"*. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados por el Prof. Carlos Fernández Sessarego, considerado el padre del daño a la persona en América Latina, y que se remontan al año de 1985, fue propuesto en el Perú y de allí se extendió al continente sudamericano.

En efecto, el modelo peruano de "daño a la persona" se inspira en el modelo italiano, pero al no tener los problemas legislativos que encontró el modelo peninsular por obra del artículo 2059° de su Código civil de 1942, ha tenido la libertad de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. Por ello que considera tan sólo dos categorías de "daño a la persona". La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el "proyecto de vida", que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

Por consiguiente, esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida a la realización del personal *"proyecto de vida"*. Es decir, de aquello que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso.

No obstante, lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación tradicional sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal denominado "daño "moral" que se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento. En efecto, el "daño moral" no es una categoría autónoma del "daño a la persona", a diferencia del "daño psicosomático" y el "daño al proyecto de vida". El daño "moral" es tan sólo un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica de carácter emocional, no patológico, que se manifiesta en dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Como indicaba el Prof. Fernández Sessarego, lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración de Código civil peruano de 1984, eliminar de su texto el "daño moral" como categoría autónoma del "daño a la persona". Así aparece de los artículos 1984° y 1985° del Código civil peruano actual.

En efecto, como manifestaba el Maestro Fernández Sessarego, el no haber podido eliminar del Código civil de 1984 la voz de "daño moral" presenta el problema que en el artículo 1985° de este cuerpo normativo se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y

---

[57] PIZZOFERRATO, A., *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela,* Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1999, p. 1047 y ss.

[58] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Los 25 años del Código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas,* p.502.

comprensivo de "daño a la persona" y al de un daño psicológico especifico, como es el denominado "daño moral". No fue posible, como enseñaba siempre el Prof. Fernández Sessarego, en el momento en que se elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera el concepto científico de daño "moral", como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, el llamado "daño moral" se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico "daño a la persona" como un específico daño "psicosomático".

2.3.- El daño al proyecto de vida

En el continente americano quien ha representado e impulsado el personalismo jurídico fue el Prof. Carlos Fernández Sessarego. El maestro peruano fue un jurista creativo, innovador. Se le reconoció como el autor latinoamericano que ha aportado numerosas novedades tanto en el campo del derecho de las personas y del derecho de daños, en particular, así como en otras áreas de la disciplina jurídica. Entre dichos aportes son dos los planteamientos jurídicos centrales que se han incorporado a la literatura jurídica y han dado y están dando la vuelta al mundo. Nos referimos a la *"teoría tridimensional del Derecho"*, que data de 1950, y el *"daño al proyecto de vida"* expuesto a partir de 1985 y consagrado en el artículo 1985 del Código civil peruano que prescribe la reparación de todo daño que se cause a la persona, el que comprende, entre otros daños, el que incide en el "proyecto de vida".

Sus desarrollos sobre el daño a la persona y el daño al proyecto de vida se sustentan en la filosofía de la existencia que florece en la primera mitad del siglo XX y cuenta entre sus más destacados representantes a Jean Paul Sartre, Gabriel Marcel, Karl Jaspers, Martin Heidegger, Xavier Zubiri, entre otros. Como lo ha escrito y declarado el Maestro en diversas oportunidades, los desarrollos sobre la estructura del ser humano aportados por esta escuela, sobre la base de la propuesta cristiana y los aportes de diversos filósofos como Kant, Fichte y Kierkegaard, entre otros, le han permitido profundizar en la figura del "daño a la persona" hasta llegar a descubrir que la libertad fáctica o fenoménica del ser humano podía también ser dañada, frustrándose, menoscabándose o retardándose el proyecto de vida de la persona.

Asimismo, el "daño al proyecto de vida" es el que frustra, menoscaba o retrasa la realización personal en lo que ella tiene de más significativo. El daño al proyecto de vida es una lesión a la libertad fenoménica, es decir, a la realización en la vida comunitaria de una decisión personal sobre el destino mismo de la existencia. Toda persona posee un proyecto, el que traduce en lo medular lo que la persona decide ser y hacer con y en su vida. Los valores que él encarna le otorgan sentido y razón de ser a la vida humana.

Su teoría sobre el *"daño al proyecto de vida"* que aparece públicamente en 1985, ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia comparada, especialmente por aquella supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como es cada vez más numeroso el grupo de autores que adhieren a sus postulados al comprender el significado y el sentido del "proyecto de vida" personal y de la consiguiente gravedad de su frustración, menoscabo o retardo.

Ajeno a las corrientes patrimonialistas del Derecho, Fernández Sessarego, propuso una reclasificación de los daños en personales y no personales, a fin de sustituir la división en daños patrimoniales y extrapatrimoniales, que para él partían de una exacerbada consideración de la gravitación del patrimonio instrumental, que pone a la persona en un segundo plano.

Dando un paso adelante, propuso la división entre daños subjetivos (al ser humano, incluido el concebido) y daños objetivos (a las cosas), cuyas consecuencias, en ambos casos, podían ser patrimoniales y extrapatrimoniales.

Su conocida preocupación por el tema lo condujo a estimar que el "daño al proyecto de vida" es un atentado contra la libertad, pues violenta el plan existencial elegido por cada cual,

así como una violación del derecho a la identidad, ya que destruye lo que el ser *"es"*, su verdad personal.

2.4.- Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en el derecho viviente

La naturaleza de la reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se puede expresar también en términos compensatorios[59]. En efecto, si la reparación es un "término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido", que comprende diversos "modos específicos" de reparar, que "varían según la lesión producida"[60].

Lo deseable, como indica el ex magistrado de la Corte, Sergio García Ramírez , sería restituir las cosas al estado que guardaban antes que la violación de la integridad de la persona sucediese. No obstante, esta restitución no sólo es improbable, sino también imposible, debido a que las consecuencias materiales o formales de la violación constituyen un imborrable dato de la experiencia. En tal sentido, se acepta que al aspecto restitutorio se agrega la eficacia resarcitoria mediante la reparación de las consecuencias de la infracción y el pago de indemnizaciones como compensación por los daños patrimoniales y expatrimoniales producidos [63].

Asimismo, la Corte Interamericana ha indicado que la *restitutio in integrum* es una forma de reparar, no es la única, precisamente porque en numerosos casos deviene, ella misma, impracticable[64]. En efecto, la reparación se deberá dirigir a los efectos inmediatos de la violación, en cuanto se encuentren tutelados jurídicamente, o en la medida en que estos intereses existenciales se encuentren protegidos jurídicamente, y precisamente para confirmar la protección de la norma general (la Convención Interamericana) mediante la afirmación específica de la norma particular (la sentencia judicial).

En efecto, del lenguaje empleado por la Corte Interamericana se desprende que las medidas reparatorias que utiliza comprenden el "daño material", el "daño moral" y, en tiempos recientes, el "daño al proyecto de vida". El daño material incluye el daño emergente y el lucro cesante. El "daño moral" y el "daño al proyecto de vida" se les denominan como *"daños inmateriales"*. Respecto a estos últimos, la Corte señala que, por lo general, se caracterizan por no tener carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados en términos monetarios.

---

[59] Como anota el ex presidente y magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: http://www.jusmisiones.gov.ar

Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación del principio de convencionalidad en los nuevos derechos, véase a DÍAZ DÍAZ, M.P., Tutela jurídica de la persona: entre cuestiones constitucionales e institucionales, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019, p. 59 y ss.

[60] Corte IDH, *Casos Garridos y Baigorria, Reparaciones* (Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, párrafo 41 y *Castillo Páez, Reparaciones (art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 48, citados en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

[61] GARCÍA RAMÍREZ, S., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

[62] SALADO OSUNA, A., *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 375 y ss.

[63] Corte IDH, *Casos Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria,* Sentencia del 21 de julio de 1989 *(art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Serie C N° 7, párrafo 41, y Godínez Cruz, *Indemnización compensatoria,* Sentencia de 21 de julio de 1989 *(art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie C N°8, párrafo 24, citados por GARCÍA RAMÍREZ, S., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

[64] Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C N°15, párrafo 49, citado por GARCÍA RAMÍREZ, S., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

El "daño al proyecto de vida" se incorporó a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia de reparaciones en el caso *María Elena Loayza Tamayo* dictada el 27 de noviembre de 1998. Este tipo de daño a la persona compromete la libertad exterior o fenoménica del ser humano.

Es un daño que puede acarrear diversas consecuencias como son la frustración total, el menoscabo o el retardo del destino personal de la víctima, su razón de ser[65]. También a través de los años fue asumido por diversas sentencias de la Corte.

Por su parte, en el Perú en diversos fallos judiciales, tanto a nivel del Tribunal Constitucional como en la judicatura ordinaria, ha reconocido la reparación del daño a la persona, así como del daño al proyecto de vida, como una de las figuras específicas de este tipo de daño.

El Tribunal Constitucional Peruano, en su jurisprudencia, en el caso de *Juan Carlos Callegari Herazo* (Expediente N.° 0090-2004-AA/TC-Lima), mediante sentencia del 5 de julio del 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de amparo por él interpuesto, por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el arbitrario pase al retiro del demandante significaba el que *"se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral"*. Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al "daño al proyecto de vida" en el caso "María Elena Loayza Tamayo". En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia, reconoce la existencia del *"daño al proyecto de vida"*.

En otro caso, el Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero del 2004, resolvió favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático *Félix César Calderón Urtecho* (Expediente N.º 2254-2003-AA/TC-Lima) contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N° 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N° 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos Final, con la nota de 19.500. En efecto, esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

El Tribunal Constitucional consideró como probado el hecho que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, *"derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos"*. En consecuencia, este Tribunal declaró fundada la demanda y estableció que el demandado disponga la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2002.

---

[65] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Breves apuntes sobre el "proyecto de vida" y su protección jurídica, en: La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro homenaje a David Sobrevilla, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2011, p. 307 y ss.

En la judicatura ordinaria peruana, no podemos dejar de mencionar el importante precedente establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil[66], realizado por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República de 18 de marzo de 2011.

Es menester mencionar que se concluyó que el daño a la persona (acápite 71) es *"la lesión a un derecho, un bien o interés de la persona en cuanto tal"*, el que *"afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial"*, no obstante que *"muchas veces tenga que cuantificarse económicamente"*. También es necesario resaltar como lo hace el colegiado judicial en el apartado 67 de la sentencia, que el concepto de "daño a la persona" ha sido elaborado en Perú con fundamento en la doctrina jurídica italiana[67], mencionando los aportes de Francesco Donato Busnelli (Escuela Pisana), Guido Alpa (Escuela de Génova), Massimo Franzoni (Escuela de Bolonia) y Giovanni Bonilini (Escuela de Parma).

En cuanto al "daño al proyecto de vida", si bien en el acápite 70 de la sentencia la Corte indica que su contenido y alcance son imprecisos, debido también a que la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial y que para su cuantificación no habría base objetiva de referencia, con lo cual niega una exigencia existencial de la persona, como es la protección del "proyecto de vida" libremente elegido, no obstante, en este mismo acápite, la Corte declara que podría analizarse la posibilidad de la aplicación razonable de la institución, en otras áreas del derecho de daños, especialmente en la responsabilidad civil extracontractual y en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto producido.

En el acápite 71 se reconoce y determina que es "pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral". Como bien indica el Prof. Fort Ninamancco Córdova, al comentar esta sentencia, que el daño a la persona es "la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal". En este sentido, dentro del daño a la persona se encuentra el daño moral, el cual es comprendido como "las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona".

Como se concluye de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio de 2011, se han esclarecido los temas sobre la naturaleza del "daño moral" así como el referido a su ubicación en el espectro jurídico.

En dicha sentencia se precisan también los alcances del "daño a la persona" así como las diversas manifestaciones emocionales o sentimentales que, según el Pleno Casatorio, configuran el "daño moral". En conclusión, acepta la jurisprudencia que el "daño moral" no es autónomo, sino que es una de las modalidades o especies del genérico y amplio "daño a la persona".

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Peruana, en sede laboral, ha declarado respecto al daño que *"podemos conceptualizarlo como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales, el menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por lo tanto, merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a su proyecto de vida, originan supuestos de daños*

[66] Para un análisis general de esta sentencia, véase a RAMÍREZ JIMÉNEZ, N., *Crónica del Tercer Pleno Casatorio,* en: Jurídica, suplemento de análisis legal del diario "El Peruano", año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011, p. 04-06.

[67] Permítase remitir, para un tratamiento del daño a la persona en Italia, a AGURTO GONZÁLES, C., *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida,* Editorial Temis, Bogotá, 2019, pp. 15 y ss, así a nuestro libro *El daño a la persona en la experiencia jurídica italiana,* Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.

extrapatrimoniales, por tratarse de intereses protegidos reconocidos como derechos extrapatrimoniales; concluyendo que dentro del daño para la finalidad de determinar el quantum del resarcimiento, se encuentran comprendidos los conceptos de daño moral, lucro cesante y daño emergente" (resaltado nuestro – Sentencia de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación Laboral Nº 20481-2017-Del Santa, del 08 de agosto de2019).

3. CONCLUSIONES

3.1. Para afrontar la delicada tarea de reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona en general y del daño al proyecto de vida en particular, se requiere de juristas y de jueces que reúnan ciertos mínimos requisitos, como contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica sólida para conocer mejor lo que antes se ignoraba: *la estructura existencial del ser humano.*

3.2. Tratar de comprender la magnitud y gravedad que significa la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento del destino que cada cual escogió para su trascurrir existencial, es decir, para su realización personal o ejecución en la práctica de su *"proyecto de vida".*

3.3. El "daño al proyecto de vida" incide en la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un daño de tal magnitud que afecta, en consecuencia, la manera que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que hace perder el sentido mismo de su existencia.

3.4. El "daño al proyecto de vida" es un daño futuro y cierto, generalmente continuado y sucesivo, y que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital. Es un daño objetivo, pues puede ser apreciado por cualquiera que se adentre en la vida de una cierta persona y observa las consecuencias de tal daño.

3.5. La frustración del "proyecto de vida" puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir plenamente, que colma sus sueños y aspiraciones, que es correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal.

3.6. Debemos acotar que el advenimiento del "daño al proyecto de vida" es un aporte del derecho latinoamericano a la ciencia jurídica, consistente en haber puesto de manifiesto, en la mitad de la década de los ochenta del siglo pasado, la posibilidad de causársele a la persona un daño que puede ser devastador, en cuanto a hacerle perder el sentido de su propia vida, a incidir en su destino personal, en su plena realización. Ciertamente, es un gran avance para sensibilizar a los hombres del Derecho en torno a la gravitación jurídica del "daño a la persona" y, especialmente, del "daño al proyecto de vida", así como sobre la exigencia de su apropiada reparación, pues, recordando una hermosa reflexión de la jurista italiana Patrizia Ziviz, esto es producto de *"un cambio radical de perspectiva, que obliga a profundas reflexiones, respecto al rol de juez o, más en general, del jurista: ayer ocupado en leyes y expedientes, hoy compelido a preguntarse, en primer lugar, que es el hombre"*.

BIBLIOGRAFÍA

AGURTO GONZÁLES, C., A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho, en Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

AGURTO GONZÁLES, C., El daño a la persona en la experiencia jurídica italiana, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.

AGURTO GONZÁLES, C., El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida, Editorial Temis, Bogotá, 2019.

ALPA, G., Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

BURGOS, O., Daños al proyecto de vida, editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

CARBONNIER, J., La philosophie du dommage corporel, en: Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, París, 2010.

COMANDÈ, G., Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto, en: Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1994.

DÍAZ DÍAZ, M.P., Tutela jurídica de la persona: entre cuestiones constitucionales e institucionales, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, en El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Breves apuntes sobre el "proyecto de vida" y su protección jurídica, en La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro homenaje a David Sobrevilla, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2011.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Derecho y persona, quinta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", en Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., El Derecho como libertad, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il "danno alla libertà fenomenica", o "danno al progetto di vita", nello scenario giuridico contemporáneo, en La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il risarcimento del "danno al progetto di vita", en La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Nuevas tendencias en el derecho de las personas, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Sobre el fallo "Aróstegui" de la CSJN, en Revista de responsabilidad civil y seguros, año X, N°X, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008.

FRANZONI, M., Il nuovo corso del danno non patrimoniale, en: Contratto e impresa, Cedam, Padua, 2003.

GNANI, A., La cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano, traducción de Eugenia Ariano y Jaliya Retamozo Escobar, en Responsabilidad civil II: Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral, a cura de Juan Espinoza Espinoza, editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006.

GROSSI, P., El novecientos jurídico: un siglo posmoderno, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GROSSI, P., Prima lezione di diritto, editori Laterza, quindecesima edizione, 2010. Existe traducción en idioma castellano, La primera lección de Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2006.

KOTEICH KHATIB, M., La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial", en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012.

MARINI, G., Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona, traducción al idioma castellano de Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012.

MENDELEWICZ, J., La ardua tarea de cuantificar el daño moral, en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.

MONATERI, P., El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial, en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.

MONATERI, P., Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado, Ediciones Olejnik, Argentina, 2016, p.3.

NINAMANCCO CÓRDOVA, F., Jurisprudencia Civil Vinculante de la Corte Suprema. Análisis de Todos los Plenos Casatorios Civiles, Gaceta Jurídica, Lima, 2018.

PIZZOFERRATO, A., Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela, Contratto e impresa,Cedam, Padua, 1999.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., "I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale," en Rivista Critica del Diritto Privato, año XVI – 4, Jovene, Nápoles, diciembre de 1998.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., La riparazione dei danni alla persona, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1993.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, N., Crónica del Tercer Pleno Casatorio, en Jurídica, suplemento de análisis legal del diario "El Peruano", año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011.

RAMPAZZO SOARES, F., Responsabilidade civil por dano existencial, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009.

SALADO OSUNA, A., Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, editora Normas Legales, Trujillo, 2004.

VAQUER ALOY, A., El concepto de daño en el derecho comunitario, en Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

CONSENTIMIENTO INFORMADO, DISPOSICIONES ANTICIPADAS SOBRE EL TRATAMIENTO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ITALIANO *



Michele Graziadei[68]

SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- El consentimiento informado y su extensión actual. 3.- La responsabilidad civil por tratamiento médico en Italia en la reforma de 2017. 4- Consideraciones críticas. 5.- Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil médica concierne a la obligación de indemnizar los daños causados a los pacientes como consecuencia de errores, omisiones o negligencias en el ámbito de la actividad sanitaria. Afecta tanto a los profesionales de la salud (médicos, enfermeros, técnicos) como a las estructuras de salud, públicas y privadas. En Italia, esta responsabilidad recae, en primer lugar, en las estructuras del servicio nacional de salud y en el personal médico que trabaja en ellas, en las estructuras sanitarias privadas, concertadas o no con el servicio nacional de salud, y en su personal, así como en los médicos o profesionales sanitarios a título individual.

El consentimiento informado del paciente con respecto al tratamiento es un requisito indispensable para la prestación de asistencia sanitaria, salvo en el caso de pacientes incapaces de expresar su voluntad. Se trata de un principio universalmente reconocido, conocido en todos los países, establecido por convenios internacionales y códigos deontológicos relativos a las profesiones sanitarias.

Durante mucho tiempo, en Italia, el fundamento de este principio básico se encontraba en el artículo 32 de nuestra Constitución, concerniente a los tratamientos sanitarios. Posteriormente, en consonancia con el fundamento constitucional antes mencionado, intervino al respecto la Ley 219 de 2017, titulada «Normas en materia de consentimiento informado y disposiciones anticipadas de tratamiento», que introdujo importantes novedades. El año 2017 fue también el año en que se reformó la normativa sobre responsabilidad sanitaria, con la Ley n.º 24, de 8 de marzo de 2017, titulada «Disposiciones en materia de seguridad de la asistencia y de la persona asistida, así como en materia de responsabilidad profesional de los profesionales sanitarios». Este texto es conocido comúnmente entre los expertos como la ley Gelli-Bianco, por el nombre de sus promotores.

Con la presente contribución pretendo presentar las líneas esenciales de estas dos reformas al público peruano, comenzando por las nuevas disposiciones contenidas en la Ley n.º 219/2017 sobre el consentimiento al tratamiento, que también contiene la normativa relativa a la planificación de la asistencia y las disposiciones anticipadas sobre el tratamiento. A

---

* Traducción revisada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[68] Profesor ordinario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Turín(Italia), Ex Presidente de SIRD y del grupo Henri Capitant (Italia); Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de consejos científicos europeos.

continuación, examinaré la reforma de la responsabilidad civil por los daños causados al paciente, ahora regulada por la ley Gelli-Bianco, promulgada a su vez en 2017. Como es fácil de entender, existe un vínculo entre estos dos temas, ya que la falta de consentimiento informado del paciente conlleva la responsabilidad del médico por violación de los derechos del paciente.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU EXTENSIÓN ACTUAL

Como he anticipado, la Constitución italiana, en su artículo 32, protege la salud como derecho fundamental de la persona y como interés de la colectividad, garantizando la asistencia gratuita a los indigentes. Además, establece que nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario salvo por disposición de la ley, y que la ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana. Esta disposición constitucional, en su segunda parte, ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia italianas como fundamento de la noción de que el tratamiento médico requiere el consentimiento informado del paciente. Mucho antes de la Ley n.º 219 de 2017, se afirmó el principio del consentimiento informado al tratamiento como parámetro de legitimidad del tratamiento sanitario, salvo en los casos de tratamiento sanitario obligatorio, en los que el tratamiento es impuesto por la ley, dentro de los límites del respeto a la dignidad del paciente. Dado que el principio del consentimiento informado ya estaba consagrado en el derecho italiano antes de la promulgación de la ley dedicada a este tema, cabe preguntarse por qué se consideró necesario promulgar una ley específica al respecto. Para responder a esta pregunta, hay que tener en cuenta dos nuevos elementos que han modificado profundamente el panorama de la asistencia sanitaria. El primer elemento es la mayor conciencia de los derechos de la persona.

Una mayor sensibilidad democrática, con una democracia más orientada al pluralismo y la inclusión, ha llevado a una mayor sensibilización sobre la necesidad de respetar los derechos del paciente. Este cambio de actitud ha llevado a cuestionar y rechazar el paternalismo médico. Con esta expresión «paternalismo médico» me refiero a la idea tradicional de que es el médico quien sabe lo que es bueno para el paciente, lo que llevaba a la conclusión de que la decisión del médico se impone al paciente por su propio bien. Así, incluso antes de la nueva ley sobre el consentimiento informado, el Consejo de Estado de Italia, en su sentencia sobre el caso Englaro, de 2 de septiembre de 2014, n.º4460, afirmó que:

«El «cuidado» ya no es (...) un principio autoritario, una entidad abstracta, objetivada, misteriosa o sagrada, impuesta desde arriba o desde fuera (...), sino que se declina y estructura, según un principio fundamental de individuación que es expresión del valor personalista protegido por la Constitución, en función de las necesidades, las demandas, las expectativas y la propia concepción de la vida que tiene el paciente».

No obstante, también hay que decir que, frente a la mayor sensibilidad hacia la persona, que se refleja también en decisiones más recientes, como la reciente decisión de la Corte Constitucional de Italia, que ofrece mayores garantías a los enfermos mentales[69], se registra una impresionante evolución de la medicina, caracterizada por un poderoso progreso científico y tecnológico, que ha hecho sin duda más compleja la decisión sobre el tratamiento sanitario, sobre todo en el caso de pacientes inconscientes mantenidos con vida por medios artificiales,

69 Con la sentencia n.º 76 dictada el 30 de mayo de 2025, la Corte Constitucional de Italia declaró la inconstitucionalidad del artículo 35 de la Ley n.º 833 de 1978, en la parte en que no garantiza una protección adecuada a las personas sometidas a tratamiento sanitario obligatorio en régimen de hospitalización. La Corte consideró que la norma, tal y como está redactada, vulnera los derechos fundamentales de la persona, ya que no prevé que la resolución del alcalde que ordena el tratamiento se comunique directamente al interesado, ni que este sea oído por el juez tutelar antes de la validación de la resolución, ni que se le notifique el decreto de validación. Según la Corte, estas garantías son indispensables para asegurar el respeto del derecho de defensa y del principio de participación del destinatario en un procedimiento que afecta de manera tan relevante a la libertad personal.

cuando ya no cabe esperar que recuperen la conciencia, una situación dramática tanto para el paciente como para sus familiares, como ocurrió en el caso sobre el que se pronunció el Consejo de Estado, que con esta decisión permitió poner fin al tratamiento médico, de acuerdo con la voluntad expresada por el padre de una paciente que llevaba años en estado vegetativo. De ahí la necesidad de una ley que se pronunciara puntualmente al respecto.

La ley ha intervenido, por tanto, para dictar disposiciones específicas sobre el consentimiento informado, la planificación de los cuidados y las disposiciones anticipadas sobre el tratamiento, por lo que veamos mejor de qué se trata. Cabe destacar la contribución de la doctrina italiana a la evolución del derecho en esta materia, con aportaciones de primer orden de autores como Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, Paolo Zatti y muchos otros, que han contribuido a una obra fundamental, publicada hace ya algunos años, a la que me refiero es el Tratado de bioderecho, en varios volúmenes, que ofrece una reflexión muy amplia sobre los temas de la biomedicina [70]. Actualmente, el debate científico continúa en revistas de primer orden, como la revista Biolaw, de libre acceso, publicada por la Universidad de Trento y dirigida por el profesor Carlo Casonato, y en las páginas de la Rivista Responsabilità medica, dirigida por el profesor Puccella, catedrático de la Universidad de Brescia.

La nueva ley deja claro que el «consentimiento» no es un acto, sino una comunicación que perdura a lo largo de la relación asistencial. Por lo tanto, el artículo 1, apartado 8, de la ley 219/2017 recisa que: «El tiempo de comunicación entre el médico y el paciente constituye tiempo de asistencia».

Al igual que otras normas de la nueva ley, el precedente es el Código deontológico médico de 2014 (art. 20, apartado 2). Con ello se pretende precisar que el tiempo que el médico dedica a la comunicación con el paciente es parte integrante de la relación asistencial. El principio del consentimiento atraviesa, por tanto, toda la relación asistencial, hasta la fase del final de la vida. En la nueva ley, el «consentimiento informado» promueve y valora: «la relación de atención y confianza entre el paciente y el médico, en la que se unen la autonomía decisoria del paciente y la competencia, la autonomía profesional y la responsabilidad del médico» (art. 1, apartado 2, ley 219/2017).

La ley precisa entonces cuál es la norma en materia de información al paciente: «Toda persona tiene derecho a conocer su estado de salud y a recibir información completa, actualizada y comprensible sobre el diagnóstico, el pronóstico, los beneficios y los riesgos de los exámenes diagnósticos y los tratamientos sanitarios indicados, así como sobre las posibles alternativas y las consecuencias de la eventual negativa al tratamiento sanitario y al examen diagnóstico o de la renuncia a los mismos».

Naturalmente, el texto de la ley debe interpretarse y, por lo tanto, cabe preguntarse qué significa, por ejemplo, «información completa». Por ejemplo, ¿qué se entiende por información «completa»?

¿Quién decide qué es una información completa? ¿Debe el paciente conocer también los riesgos muy bajos? A este respecto, la jurisprudencia autorizada precisa el criterio que debe seguirse. El Tribunal de Apelación de Milán, por ejemplo, eximió al médico de responsabilidad por no haber informado a la paciente de los riesgos mortales, estadísticamente inferiores al 1 %. La Corte de Casación de Italia, por el contrario, estableció lo contrario, que «la evaluación del riesgo corresponde exclusivamente al paciente y constituye una operación de ponderación que no puede ser anulada en favor del médico que interviene, aunque sea con intervenciones salvadoras» [71] . Por lo tanto, el riesgo en cuestión, aunque mínimo, debería haberse comunicado

70 S. Rodotà- P. Zatti, Trattato di biodiritto, 6 vols., Milán 2010-2012.

71 Cass. Civ., sec. III, 19-09-2014, n.º 19731.

al paciente. La decisión en cuestión aborda implícitamente un tema muy delicado: el médico puede decidir no exponer al paciente riesgos mínimos, por temor a que este decida no someterse a una intervención que, desde el punto de vista médico, puede considerarse necesaria. Pero, al hacerlo, el médico niega al paciente la posibilidad de prepararse, aunque solo sea para poner sus asuntos en orden, ante la posibilidad de un resultado desfavorable. En otras palabras, el paciente no puede ser tratado como un niño. Por otra parte, la legislación italiana permite ahora al paciente delegar en otras personas la recopilación de la información que debe facilitarle el médico.

Uno de los pilares de la nueva ley es la consagración del derecho del paciente a rechazar el tratamiento. De hecho, la ley afirma que «toda persona capaz de actuar tiene derecho a rechazar, total o parcialmente, cualquier diagnóstico o tratamiento sanitario indicado por el médico para su patología o actos concretos del tratamiento en sí. Además, tiene derecho a revocar en cualquier momento... el consentimiento prestado, incluso cuando la revocación implique la interrupción del tratamiento. A los efectos de la presente ley, se consideran tratamientos sanitarios la nutrición artificial y la hidratación artificial, en tanto que administración, por prescripción médica, de nutrientes mediante dispositivos médicos. Si el paciente expresa su renuncia o rechazo a los tratamientos sanitarios necesarios para su supervivencia, el médico le informará, y si este da su consentimiento, también a sus familiares, de las consecuencias de dicha decisión y de las posibles alternativas, y promoverá todas las medidas de apoyo al paciente, incluso recurriendo a los servicios de asistencia psicológica».

La precisión según la cual: «A los efectos de la presente ley, se consideran tratamientos sanitarios la nutrición artificial y la hidratación artificial, en tanto que administración, bajo prescripción médica, de nutrientes mediante dispositivos médicos», aclara la duda de si la administración de nutrientes o hidratación puede considerarse un tratamiento sanitario, ya que no se trataría de medicamentos. En consonancia con la jurisprudencia anterior, entre la que se encuentra la sentencia del Consejo de Estado que he mencionado, la nueva ley precisa que la negativa al tratamiento se extiende también a estos aspectos de la atención médica.

Por lo tanto, la ley establece que una persona puede dejarse morir rechazando los tratamientos médicos que la mantienen con vida, incluida la nutrición y la hidratación artificiales. El texto normativo es claro: el médico tiene la obligación de aclarar las consecuencias a las que se enfrenta la persona al tomar esa decisión, pero una vez hecho esto, debe respetarla y poner en marcha todas las medidas de apoyo para aliviar cualquier posible sufrimiento, hasta el final de la vida. Sin duda, la ley 219/2017, tal y como recoge su artículo 1, «protege el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la autodeterminación de la persona». Sin embargo, los derechos protegidos por la ley no están jerarquizados, y el derecho a la vida debe conciliarse con el derecho de la persona a la autodeterminación. La persona es el centro de la atención, tiene derecho a participar plenamente en las decisiones que afectan a su vida y a su salud, incluso y sobre todo cuando su vida se acerca a su fin.

A este respecto, la ley introduce dos nuevos instrumentos, a saber, la planificación de los cuidados y las disposiciones anticipadas de tratamiento (DAT).

Como se ha dicho, la Ley n.º 219 de 2017 representa un paso decisivo en el camino hacia la consolidación del principio de autodeterminación en el ámbito de la medicina, marcando un punto de equilibrio entre la libertad individual, la responsabilidad profesional y la protección de la dignidad al final de la vida. En este marco normativo, la institución de la planificación compartida de los cuidados, regulada en el artículo 5, se perfila como una de las innovaciones más significativas, tanto desde el punto de vista jurídico como bioético. La planificación compartida de los cuidados se inscribe en el ámbito de las relaciones de cuidados caracterizadas por una evolución previsiblemente desfavorable o por una enfermedad crónica, progresiva e invalidante, como es el caso del Parkinson o el Alzheimer.

Mediante este instrumento, el paciente llega a definir por adelantado, junto con el médico, las orientaciones diagnósticas y terapéuticas que deberán seguirse en caso de que se encuentre en una situación de incapacidad para expresar su consentimiento. A diferencia de las disposiciones anticipadas de tratamiento (DAT), que constituyen un acto unilateral, la planificación compartida es el resultado de un proceso relacional formalizado, que adquiere relevancia jurídica como expresión documentada de un consentimiento consciente, informado y participativo.

Desde el punto de vista sustantivo, la planificación anticipada permite evaluar, caso por caso, la proporcionalidad de los tratamientos, la conveniencia de recurrir a medidas de soporte vital (como la nutrición y la hidratación artificiales), así como la posible exclusión de tratamientos considerados desproporcionados o no deseados. Al redactar el documento de planificación, el médico no solo debe proporcionar información exhaustiva y comprensible, sino también tener en cuenta los valores, las expectativas y la experiencia del paciente, asumiendo un papel de codecisor consciente.

La eficacia de la planificación se extiende también al momento en que el paciente ya no sea capaz de comunicarse: en tal caso, lo acordado previamente deberá orientar, y en algunos casos vincular, las decisiones del equipo sanitario. El paciente sigue teniendo la posibilidad de revocar o modificar la planificación en cualquier momento, siempre que conserve la capacidad de decisión. También se prevé la posibilidad de nombrar a un fiduciario, es decir, una persona de confianza, como representante de la voluntad expresada, que pueda dialogar con los profesionales sanitarios y garantizar el respeto de las decisiones formalizadas.

La planificación compartida de los cuidados se inscribe en una concepción del derecho a la salud que va más allá de la dimensión terapéutica e incorpora exigencias de personalización, diálogo y corresponsabilidad. Se basa en una lógica de relación terapéutica evolucionada, que reconoce la insuficiencia de los modelos de decisión verticales, inspirados en una medicina paternalista, y promueve una medicina participativa, capaz de escuchar, acompañar y respetar. Al mismo tiempo, constituye una garantía para el médico, que puede orientarse con mayor certeza en situaciones clínicas complejas, reduciendo el riesgo de litigios y de desalineación con la voluntad del paciente. La planificación compartida debe formalizarse por escrito. No se trata de un simple intercambio verbal entre el médico y el paciente, sino de un acto documentado que adquiere carácter vinculante. El documento de planificación se incluye en la historia clínica del paciente, o en el Expediente Sanitario Electrónico (FSE), si está disponible, o se conserva en otra forma adecuada que garantice su accesibilidad y consultabilidad por parte del personal sanitario involucrado en la atención.

La ley n.º 219 de 2017 reconoció y reguló, por primera vez de manera orgánica en el ordenamiento italiano, las Disposiciones Anticipadas de Tratamiento (DAT), definiéndolas como el instrumento mediante el cual toda persona mayor de edad y capaz de entender y querer puede anticipar sus decisiones en materia de tratamientos sanitarios, en previsión de una futura incapacidad para expresar su consentimiento. Se trata de una institución jurídica de gran relevancia, que consagra en el ordenamiento jurídico un derecho fundamental a la autodeterminación, reconocido implícitamente en la jurisprudencia constitucional y reafirmado por la Corte de Casación en importantes sentencias relativas al final de la vida y al rechazo de los tratamientos de soporte vital. Las DAT responden a la necesidad, surgida con fuerza en el debate público y jurídico, de garantizar la continuidad de la voluntad de la persona incluso en situaciones de pérdida de conciencia o deterioro cognitivo, evitando que se tomen decisiones clínicas cruciales en ausencia de indicaciones claras y respetuosas con la subjetividad del paciente.

Desde el punto de vista sustantivo, la ley permite al disponente, tras haber obtenido la información médica adecuada sobre las consecuencias de sus decisiones, expresar su voluntad en materia de tratamientos sanitarios, así como su consentimiento o rechazo a las pruebas

diagnósticas, las opciones terapéuticas y los tratamientos sanitarios concretos (ventilación mecánica, nutrición e hidratación artificiales, reanimación cardiopulmonar). El contenido de las DAT puede ser genérico o detallado, puede basarse en convicciones religiosas, culturales o éticas, y no está sujeto a restricciones de conformidad con las directrices médicas. Las voluntades expresadas, aunque no pueden imponer actos contrarios a la ley o a la deontología profesional, tienen carácter vinculante para el médico, que está obligado a respetarlas.

El legislador ha previsto que, en caso de dudas de interpretación o de aparición de nuevas terapias no previsibles en el momento de la redacción de las DAT, el médico solo podrá apartarse de ellas previa evaluación compartida con el fiduciario, eventualmente designado por el disponente. Este elemento de flexibilidad garantiza que la autodeterminación no se traduzca en automatismos rígidos, sino que se contextualice en el proceso de curación, en un equilibrio dinámico entre la voluntad del paciente, la evolución de la medicina y la responsabilidad clínica. Desde el punto de vista formal, las DAT deben redactarse mediante acta pública o escritura privada autenticada ante notario; mediante escritura privada entregada personalmente en la oficina del registro civil del municipio de residencia, que la conserva y registra su depósito; mediante escritura privada entregada en los centros sanitarios, cuando estén expresamente autorizados por las Regiones; mediante grabación en vídeo, en los casos en que las condiciones físicas del disponente impidan la redacción escrita; mediante dispositivos informáticos, siempre que se garantice la firma digital y la identificabilidad del sujeto. Se crea un registro nacional de estos documentos, que no están sujetos a ningún impuesto y son accesibles al médico tratante, al disponente o al fiduciario. Las DAT son siempre revocables y modificables, en las mismas formas previstas para su redacción. El nombramiento de un fiduciario, también facultativo, permite atribuir a una persona de confianza la tarea de representar al disponente en las relaciones con los profesionales sanitarios, asumiendo el papel de intérprete auténtico de la voluntad expresada. En ausencia de un fiduciario, el juez tutelar puede intervenir para designar uno o para resolver controversias interpretativas. En la práctica, se registra un uso creciente de este instrumento, con un aumento significativo de las declaraciones de este tipo, que registraron un incremento del 53 % en 2023 con respecto a 2022 [72].

Las DAT, en esencia, no constituyen un rechazo genérico de la medicina, sino una declaración de responsabilidad personal con respecto a los cuidados, incluso en su dimensión terminal. Se inscriben en una visión del derecho a la salud que ya no se entiende como el derecho a ser tratado en absoluto, sino como el derecho a ser tratado según las propias decisiones, incluso cuando estas impliquen la renuncia a intervenciones sanitarias invasivas, desproporcionadas o contrarias a la propia visión de la dignidad.

En conclusión, las disposiciones anticipadas sobre el tratamiento representan una forma madura y jurídicamente avanzada de autodeterminación, que se inscribe en la línea de los principios constitucionales, en armonía con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con los principales convenios internacionales en materia de bioética. Su regulación concilia el principio de libertad individual con la responsabilidad médica, en una lógica de alianza terapéutica extendida en el tiempo, capaz de dar voz a la persona incluso cuando ya no puede hablar.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRATAMIENTO MÉDICO EN ITALIA EN LA REFORMA DE 2017

La historia de la responsabilidad civil por tratamiento médico en Italia es bastante compleja y no puede ser repasada aquí en detalle, pero se expone regularmente en los comentarios a la nueva ley, que son ya numerosos [73].

[72] Boom di nuovi testamenti biologici in Italia: +52,5% nel 2023 rispetto al 2022. L'indagine dell'Associazione Luca Coscioni, 8 de julio de 2025, disponible en el sitio web quotidianosanità.it.

[73] Véase, entre otros, E.A. Emiliozzi, Responsabilità medica, en Trattato di diritto civile e commerciale, ya dirigido por Cicu y Messineo, Milán, 2023; N. Todeschini (ed.), La responsabilità in medicina, Milán, 2023; C. Brusco, La responsabilità sanitaria civile e penale: Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco, Turín, 2018.

Las normas actuales, contenidas en la ley Gelli-Bianco de 2017, representan un intento de frenar la crisis de responsabilidad provocada por el creciente número de demandas contra el personal sanitario por daños causados a los pacientes en el ejercicio de su actividad sanitaria. Se trata, en efecto, de un número considerable de litigios que, sin embargo, a menudo concluyen con la absolución del médico o de la estructura sanitaria. Según un informe reciente, se calcula que en Italia cada centro público recibe una media de 25 reclamaciones por daños y perjuicios al año (lo que supone aproximadamente un siniestro cada 14 días); el importe medio liquidado es de unos 84 000 euros por cada siniestro; cada centro sanitario paga de media, cada año, unos 1 710 601 euros en concepto de indemnización por negligencia médica[74]. A finales de 2022 se registraron alrededor de 3 829 000 casos pendientes en los tribunales en materia de responsabilidad médica. Se trata de cifras importantes que revelan la presión a la que está sometida la profesión sanitaria, en primer lugar, por el efecto de la práctica de la medicina en el marco del servicio nacional de salud, que tiene la responsabilidad de garantizar la cobertura sanitaria de toda la población. Hay que tener en cuenta que el sistema sanitario italiano sigue siendo uno de los mejores del mundo, a pesar de las diferencias regionales en la prestación de la asistencia, y que las cifras mencionadas están relacionadas con el hecho de que el número de pacientes tratados y, por lo tanto, de las actividades diagnósticas y terapéuticas realizadas en los centros sanitarios italianos es muy elevado.

Por lo tanto, los errores sanitarios deben reducirse, y la calidad y la seguridad de la asistencia son, por lo tanto, un objetivo primordial del sistema. La reforma también ha pretendido orientar a las estructuras hacia una mayor transparencia hacia los pacientes. Por lo tanto, según el artículo 4 de la nueva ley, con respecto a todos los servicios sanitarios prestados por las estructuras públicas y privadas, se establece la obligación de la dirección sanitaria de proporcionar, en un plazo de siete días a partir de la solicitud de acceso por parte de los interesados, la documentación sanitaria del paciente, en formato electrónico siempre que sea posible.

Además, hay que tener en cuenta que la presión que supone la responsabilidad civil sobre los profesionales de la salud ha provocado un aumento considerable de la denominada medicina defensiva, con el consiguiente incremento de los costes para el Servicio Nacional y mayores riesgos para los pacientes. Como es sabido, se entiende por medicina defensiva el conjunto de comportamientos adoptados por los médicos y el personal sanitario no en beneficio del paciente, sino para protegerse del riesgo de litigios, con un elevado número de pruebas diagnósticas innecesarias, prescripción de medicamentos, tratamientos o hospitalizaciones que no son estrictamente necesarios o no están indicados para el paciente, o la negativa a realizar intervenciones arriesgadas, con el único fin de evitar posibles denuncias o reclamaciones de indemnización. La nueva ley pretende abordar también esta cuestión mediante un nuevo régimen de responsabilidad civil para los tratamientos sanitarios.

La ley Gelli-Bianco trata, por tanto, de conciliar los derechos de los pacientes con un régimen de responsabilidad que no exponga a los médicos y, en general, al personal sanitario a consecuencias que desalienten el ejercicio de la profesión médica.

La primera parte de la ley está dedicada, por tanto, a la calidad de la asistencia y a la prevención de los errores médicos. Así, se ha procedido a incluir en la ley la función de las directrices en la práctica médica y a crear un Observatorio Nacional de Buenas Prácticas en Seguridad Sanitaria, cuyo objetivo es estimular la mejora de la práctica médica en lo que se refiere a la mejora de la calidad de la asistencia y la reducción del riesgo sanitario.

Por «directrices» se entienden las recomendaciones de conducta clínica elaboradas sobre la base de las mejores pruebas científicas disponibles, con el fin de orientar las decisiones de

[74] Informe MedMal, Studio sull'andamento del rischio da Medical Malpractice nella Sanità italiana, 14.ª ed., 2023, publicado en línea. Marsh es la principal empresa de seguros de riesgo sanitario que opera en el mercado italiano.

los profesionales sanitarios en los procesos de diagnóstico, tratamiento y asistencia. Desempeñan una función fundamental en la promoción de la adecuación de la asistencia, la reducción de la variabilidad de los tratamientos, la mejora de la calidad de la asistencia y la racionalización del uso de los recursos. Sin embargo, las directrices no son simples instrumentos técnico-científicos: en la perspectiva esbozada por la ley Gelli-Bianco, adquieren una relevancia jurídica directa, ya que se convierten en un parámetro de referencia para la evaluación de la responsabilidad del profesional sanitario y, en general, para la reconstrucción del comportamiento diligente.

El punto central de la normativa lo constituye el artículo 5 de la ley n.º 24/2017, titulado «Buenas prácticas clínicas y asistenciales y recomendaciones previstas en las directrices». La disposición establece lo siguiente:

> «Los profesionales sanitarios se atendrán, salvo en los casos específicos, a las recomendaciones previstas en las directrices publicadas de conformidad con la ley o, en su defecto, a las buenas prácticas clínicas y asistenciales».

Por lo tanto, este artículo impone al personal de la salud la obligación de ajustarse a los conocimientos científicos codificados, al tiempo que reconoce la necesidad de adaptar las indicaciones generales al caso concreto. En otros términos, la ley no convierte las directrices en normas jurídicas rígidas, sino que las asume como criterios de referencia autorizados, que solo pueden ser derogados por razones clínicas justificadas. Las directrices pertinentes son las elaboradas por organismos y sociedades científicas acreditadas por el Ministerio de Sanidad y publicadas en la página web del Instituto Superior de Sanidad, tras un proceso de validación científica e institucional. A falta de directrices específicas, se hace referencia a las buenas prácticas clínicas y asistenciales, que se consideran normas de conductaderivadas de la experiencia profesional compartida.

En el ámbito penal, la referencia a las directrices introduce, según la ley, un mecanismo de exclusión de la responsabilidad penal previsto en el artículo 590-sexies del Código Penal, por culpa leve en caso de impericia, siempre que el profesional haya seguido las directrices adecuadas. Este mecanismo tiene por objeto tranquilizar a los profesionales sanitarios y reducir el fenómeno de la medicina defensiva, premiando la conducta conforme a las normas científicas reconocidas. Es importante señalar que esta exención solo se aplica a los casos de impericia, y no a los de negligencia o imprudencia, ni a los casos de culpa grave. Además, las directrices deben ser adecuadas al caso concreto: no basta con invocarlas formalmente si resultan inadecuadas para la situación clínica concreta. No obstante, se están estudiando medidas adicionales para reducir la presión penal sobre los profesionales sanitarios, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las denuncias penales presentadas contra los médicos son infundadas[75].

El régimen de responsabilidad civil introducido por la ley se articula en dos pilares, respectivamente el régimen de responsabilidad previsto para la estructura sanitaria y el previsto para el operador sanitario (art. 7 de la ley citada).

La ley establece que el paciente que sufra un daño puede exigir la responsabilidad de la estructura sanitaria, pública o privada, a la que haya acudido, con arreglo al régimen de responsabilidad contractual (artículos 1218 y 1228 del Código Civil, Ley Gelli Bianco, artículo 7, apartado 1). Este régimen también es aplicable al ejercicio de la telemedicina, que se está desarrollando gradualmente, cuando la telemedicina es prestada por un médico que trabaja al servicio de una estructura.

La responsabilidad del profesional de la salud individual se regula, en cambio, como responsabilidad extracontractual, de conformidad con el artículo 2043 del Código Civil, según el cual todo hecho doloso o culposo que cause un daño injusto a otros obliga a la indemnización

[75] F. Marchetti, *Archiviazione della notizia di reato e condanna per temerarietà della denuncia/querela nel progetto di riforma della responsabilità medica della Commissione d'Ippolito,* Archivio penale, 2025, n.º 2.

del daño. Por lo tanto, salvo que el paciente haya celebrado un contrato propiamente dicho con el médico que lo atiende, como ocurre, por ejemplo, cuando el paciente solicita al profesional liberal una intervención de cirugía estética o un tratamiento dental, la responsabilidad del profesional sanitario es de naturaleza extracontractual.

¿Por qué la ley específica que la responsabilidad de la estructura se rige por el régimen de responsabilidad contractual, mientras que la responsabilidad del profesional sanitario individual es de naturaleza extracontractual?

Al introducir esta doble vía, la ley transmite un mensaje claro a los pacientes que han sufrido un daño. Es mucho más fácil responsabilizar a la estructura sanitaria que al médico individual. De hecho, dado que la responsabilidad de la estructura sanitaria es de naturaleza contractual, el paciente, como acreedor de la prestación sanitaria, podrá limitarse a demostrar ante los tribunales el daño sufrido, sin tener que demostrar la culpa de la que deriva el daño. Por lo tanto, corresponde a la estructura sanitaria demostrar que el daño sufrido por el paciente se debe a un hecho no imputable a la estructura que se sirve de los profesionales médicos como auxiliares en el cumplimiento de la prestación (artículos 1218 y 1228 del Código Civil). Por el contrario, en una posible acción contra el profesional médico individual, recae sobre el paciente la carga de la culpa del médico o del profesional sanitario. Además, los plazos de prescripción de las dos acciones son diferentes. La acción civil contra la estructura sanitaria, que responde según el régimen de responsabilidad contractual, está sujeta a un plazo de prescripción de diez años; por el contrario, la acción contra el médico individual, al ser de naturaleza extracontractual, está sujeta a un plazo de prescripción de cinco años. La ley protege al profesional sanitario también desde otro punto de vista. El artículo 9 de la ley ya citada dispone que, en caso de que la estructura sanitaria indemnice al paciente, la acción de recurso contra el médico estará sujeta a diversos límites, incluso temporales. Además, en cualquier caso, el médico no devolverá nada a la estructura en caso de culpa leve, ya que solo estará obligado a hacerlo en caso de dolo o culpa grave.

El importe máximo del recurso, en cualquier caso, está fijado por la ley en una cantidad equivalente al triple del salario anual del profesional sanitario.

Al régimen de responsabilidad así establecido se añaden las disposiciones de la nueva ley concernientes al seguro del riesgo relativo a las reclamaciones por daños y perjuicios sufridos por los pacientes (ley citada, artículos 10-12).

Por lo tanto, todas las estructuras sanitarias están sujetas a la obligación de obtener una cobertura de seguro de responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad sanitaria. La obligación de asegurarse también se aplica a los médicos que trabajan en la estructura, pero en este caso la obligación se limita únicamente a los casos de negligencia grave, mientras que los profesionales liberales que trabajan fuera de la estructura, como sujetos independientes, deben asegurarse también por negligencia leve. Las estructuras sanitarias deben comunicar en su página web el nombre de la compañía de seguros que cubre el riesgo.

Este régimen de seguros se completa con la posibilidad de que el paciente emprenda acciones directas contra la compañía de seguros que ha asegurado el centro (art. 12, ley citada).

Se trata de una novedad importante, que comenzaremos a experimentar en los próximos años, ya que el decreto que establece los requisitos de las pólizas sanitarias para las estructuras y la cobertura de la responsabilidad sanitaria en el marco de la ley Gelli Bianco no se promulgó hasta 2023 [76]. La obligación de seguro prevista por la ley puede evitarse si la estructura decide operar cubriendo el riesgo con su propio patrimonio. En el sistema establecido por la ley Gelli-

76 Decreto 15 de diciembre de 2023, n.º 232, Reglamento por el que se establecen los requisitos mínimos de las pólizas de seguro para las estructuras sanitarias y sociosanitarias públicas y privadas y para los profesionales sanitarios, los requisitos mínimos de garantía y las condiciones generales de funcionamiento de otras medidas análogas, incluida la asunción directa del riesgo y las normas para la transferencia del riesgo en caso de subrogación contractual de una empresa de seguros, así como la previsión en el balance de las estructuras de un fondo de riesgos y de un fondo constituido por la reserva correspondiente a las indemnizaciones concernientes a los siniestros denunciados.

Bianco, las estructuras sanitarias que deciden no recurrir a una compañía de seguros externa, optando en su lugar por la autotitulación del riesgo, están obligadas a respetar una serie de restricciones organizativas y financieras destinadas a garantizar una gestión eficaz y responsable del riesgo clínico.

En primer lugar, se establece la obligación de crear dos fondos separados: un fondo de riesgos, destinado a hacer frente a las posibles reclamaciones de indemnización, y un fondo de reserva para siniestros, destinado a cubrir las reclamaciones ya recibidas. Ambos instrumentos deben ser certificados por un auditor legal o, alternativamente, por el consejo de administración de la estructura, con el fin de garantizar su transparencia y fiabilidad contable. A nivel patrimonial, la normativa impone el cumplimiento de límites máximos de garantía, que varían en función del tipo de actividad realizada y del nivel de riesgo asociado. Dichos límites máximos oscilan entre un mínimo de un millón y un máximo de cinco millones de euros por cada siniestro, y entre tres y quince millones de euros anuales, garantizando así una cobertura adecuada en relación con la magnitud potencial de los daños derivados de la responsabilidad sanitaria. Paralelamente, se establece que la compañía aseguradora no podrá oponer excepciones al perjudicado, salvo en casos específicos y estrictamente previstos, como el impago de la prima o la aplicación de franquicias contractualmente definidas. Este principio de inoponibilidad de las excepciones refuerza la protección de los intereses del paciente y consolida la función social de la responsabilidad sanitaria.

Otra innovación importante es la introducción de un sistema de bonificaciones y penalizaciones, que vincula las condiciones contractuales aplicadas por las aseguradoras a la siniestralidad real de la estructura. En concreto, esto significa que las estructuras capaces de prevenir y gestionar eficazmente los riesgos clínicos y aseguradores podrán beneficiarse de incentivos, mientras que aquellas con un elevado número de siniestros sufrirán penalizaciones, con el fin de responsabilizar y mejorar continuamente la calidad de la atención. Este mecanismo premia la gestión cuidadosa del riesgo y promueve una cultura de la seguridad dentro de las organizaciones sanitarias.

Para completar este marco normativo, la ley también establece la obligación de que las estructuras cuenten con funciones internas específicas dedicadas a la gestión del riesgo asegurador y a la evaluación de los siniestros. Estas funciones deben contar con recursos humanos cualificados y en número adecuado, y deben incluir necesariamente algunas figuras profesionales fundamentales para la correcta gestión de los litigios y la prevención de daños: un médico forense, un perito de seguros (o perito de siniestros), un abogado experto en responsabilidad sanitaria y un gestor de riesgos.

La integración de competencias médicas, jurídicas, técnicas y de gestión permite abordar de forma sistemática y competente las cuestiones relacionadas con la responsabilidad sanitaria, haciendo más eficiente la interacción entre la actividad clínica, la prevención de riesgos y la protección del paciente.

La ley Gelli-Bianco también ha introducido una importante novedad en materia de límites a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad sanitaria: hoy en día, para determinar la indemnización en casos de lesiones leves, deben aplicarse las tablas previstas en el Código de Seguros Privados para accidentes de tráfico. En la práctica, esta decisión legislativa, justificada o no, ha supuesto una considerable reducción de las indemnizaciones en los casos de daños leves, los denominados micropermanentes (es decir, las lesiones que suponen hasta un 9 % de invalidez permanente). En estos casos, la cantidad reconocida al paciente suele reducirse casi a la mitad con respecto a los criterios anteriores. Por el contrario, para los daños más graves —las denominadas macropermanentes, que suponen una invalidez permanente del 10 % o más— siguen aplicándose los criterios ordinarios de liquidación utilizados en los tribunales, en particular el sistema tabular elaborado por el Tribunal de Milán, que sigue siendo la principal referencia nacional, salvo futuras reformas.

Con el fin de reducir los litigios, la misma ley ha introducido además algunas novedades de carácter procesal, en forma de condiciones de admisibilidad de la acción indemnizatoria. Dado que la mayoría de los litigios en este ámbito requieren una evaluación técnica de la conducta médica, la ley establece que, para hacer valer la reclamación por daños indemnizables, el paciente (o su abogado) debe solicitar al juez que nombre un colegio de médicos —normalmente compuesto por un médico forense y uno o varios especialistas de la disciplina médica en cuestión— para que realice un peritaje técnico preventivo, con el fin también de intentar una conciliación entre las partes. Este procedimiento está previsto en el artículo 696-bis del Código de Procedimiento Civil y se denomina Peritaje Técnico Preventivo (ATP). Un aspecto positivo del ATP es que, incluso si el paciente tiene la culpa, no se le condena a pagar las costas de la otra parte (la estructura sanitaria), evitando así sufrir un perjuicio económico adicional en caso de fracaso. Como alternativa a la ATP, el paciente puede optar por iniciar un procedimiento de mediación, que constituye otra forma de cumplir la condición de admisibilidad.

Aunque la mediación en el ámbito sanitario tiene un porcentaje de éxito bastante bajo, puede ser útil para alcanzar un acuerdo extrajudicial, sobre todo en función de la situación clínica específica o de la estrategia elegida por el abogado.

4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como toda reforma, las novedades van acompañadas de críticas. Algunas de ellas se refieren a aspectos críticos que no afectan al texto de la ley, sino a la práctica seguida en medicina. Así, el principio del consentimiento informado, reafirmado también por la reciente ley, sigue encontrando dificultades en la práctica, ya que, a pesar de todas las novedades señaladas, el personal sanitario confunde la firma de un documento en papel por parte de un paciente que no ha mantenido una entrevista con el personal médico con el consentimiento previsto en la ley. Otros aspectos delicados se refieren al régimen de responsabilidad civil previsto por la nueva normativa. El recurso a la responsabilidad contractual debería facilitar la protección del paciente, eximiéndole de la prueba de la culpa médica. Sin embargo, la interpretación de la ley aceptada por la Corte de Casación no exime al paciente de la prueba del nexo causal material entre la conducta del personal sanitario y el daño alegado, aunque acepta a este respecto el criterio de que «la existencia del nexo causal se determina con el criterio de "más probable que no"».

Esto significa que el juez debe considerar causal aquella conducta que, sobre la base de los elementos disponibles, parece más probable que otras hipótesis alternativas. En particular, si existen varias causas posibles, el juez debe descartar primero las menos probables y luego elegir, entre las más creíbles, aquella que haya recibido el mayor grado de confirmación por parte de los indicios, los testimonios y los dictámenes técnicos. Ahora bien, aunque es cierto que la prueba del nexo causal, aunque se base en presunciones, puede no ser fácil para el paciente y, en cualquier caso, no se corresponde en realidad con la norma propia en materia de responsabilidad contractual, según la cual, de hecho, la orientación del Tribunal Supremo en materia de nexo causal es cuestionada por una gran parte de nuestra doctrina[77] .

Otras observaciones críticas se refieren a la cuestión penal, sobre la que se pronunció el Tribunal Supremo en sesión plenaria[78], para aclarar el papel de las directrices en los juicios de responsabilidad penal.

---

[77] Véase Cass., 11 de noviembre de 2019, n.º 28991 (y 28992), criticada ahora, entre otros, por A. Procida Mirabelli di Lauro, Inadempimento e causalità materiale nella responsabilità contrattuale sanitaria, en A.A. Carrabba - L. Tafaro (cur.), Omaggio a Remigio Perchinunno. Parte II. Escritos en memoria, II, Nápoles, 2022, pp. 796-798. Véanse ahora las opiniones expresadas por: Cass., secc. III, auto de 5 de marzo de 2024, n.º 5922.

[78] Cass. sez. un., 22 de febrero de 2018, n.º 8770, según la cual las directrices no representan «un escudo contra cualquier hipótesis de responsabilidad, ya que su eficacia y fuerza preceptiva dependen, en cualquier caso, de la «adecuación» demostrada a las particularidades del caso concreto (art. 5), que es también la apreciación que queda, para el profesional sanitario, el medio a través del cual recuperar la autonomía en el ejercicio de su talento profesional y, para la colectividad, el medio para ver disipado el riesgo de la burocracia».

5. CONCLUSIONES

Las novedades legislativas que he presentado en este escrito han tenido un impacto muy significativo en el panorama general de los derechos de los pacientes y en el régimen de responsabilidad médica. Entraron en vigor pocos años antes del estallido de la pandemia que ha golpeado con tanta dureza a Perú y que también ha puesto a prueba el sistema italiano, cuestionando principios consolidados[79].

Entre las novedades legislativas, se han acogido con satisfacción las novedades en materia de consentimiento informado, rechazo del tratamiento, itinerario terapéutico compartido y disposiciones anticipadas sobre el tratamiento. La reforma de la responsabilidad civil sanitaria también tiene un gran impacto y, en mi humilde opinión, es positiva en su conjunto, tanto por el énfasis que finalmente se pone en la prevención de eventos adversos en medicina y, por lo tanto, en la seguridad y la calidad de la atención, como por la intención de evitar que la responsabilidad civil en medicina sea la causa principal de la medicina defensiva. El recurso al seguro como medida de socialización del riesgo, aunque mejora la posición de los pacientes, tiene un coste elevado, por lo que es urgente establecer medidas organizativas eficaces en materia de gestión del riesgo clínico.

No obstante, el marco establecido por la ley aún no es completo, ya que faltan algunos decretos de aplicación de la ley, entre ellos los necesarios para regular los flujos de información entre los Centros Regionales de Riesgo Clínico, la Agencia Nacional de Servicios Sanitarios Regionales (AGENAS) y el Observatorio Nacional de Buenas Prácticas. Esta laguna normativa obstaculiza el pleno funcionamiento del sistema de seguimiento y gestión del riesgo clínico, dificultando la recopilación, el análisis y el intercambio eficaz de la información pertinente. Además, aún no se ha creado el Fondo de Garantía para daños por responsabilidad sanitaria, destinado a intervenir en los casos en que el límite máximo del seguro sea insuficiente o la compañía de seguros sea insolvente.

El futuro de la atención sanitaria en Italia depende de estas medidas legislativas, pero depende igualmente de la voluntad colectiva de invertir en la salud de los ciudadanos todos los recursos necesarios para evitar un retroceso que sería doloroso. El camino hacia una medicina más segura, equitativa y centrada en la persona requiere una inversión constante en formación, en cultura de la prevención y en diálogo interdisciplinario. Solo mediante una colaboración efectiva entre legisladores, profesionales sanitarios, juristas y ciudadanos será posible transformar estos principios en realidades tangibles, fortaleciendo así el derecho a la salud como derecho fundamental de todos.

79 E. Bellucci, A. Mariconda, L'obbligo vaccinale dinanzi alla Corte costituzionale: riflessioni sul diritto alla salute e sul consenso informato ai trattamenti sanitari, en Diritti umani e diritto internazionale, n.º 14 de 2023.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: SU DISTINCIÓN CON OTROS DERECHOS DEL SER HUMANO



*Sonia Lidia Quequejana Mamani**

Sumario

1. Identidad personal y signos distintivos de la persona. — 2. Identidad personal, nombre e imagen: diferencias. — 3. Diferencias entre el derecho a la intimidad de la vida privada y derecho a la identidad personal. — 4. Identidad personal, derechos al honor y a la reputación: diferencias. — 5. Derecho a la información y el derecho a la identidad personal. — 6. Referencias bibliográficas.

1. IDENTIDAD PERSONAL Y SIGNOS DISTINTIVOS DE LA PERSONA

No resulta tarea sencilla describir el concepto de "identidad personal" en sentido integral y, además, atendiendo que resultó complicado el que esta figura jurídica fuera aceptada por los juristas y estudiosos de lo jurídico[80]. Generó muchas dudas, lo que es comprensible en la medida que, para su aprehensión, fue necesario remitirse a su supuesto o sustento filosófico libertario, y a su cabal aplicación en la experiencia jurídica a través de la teoría tridimensional del Derecho, como fue planteada en Perú por el recordado Maestro Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO[81].

En efecto, lo novedoso del concepto de "identidad personal" originó el que en lo jurídico se le confundiera, por un lado, con otras nociones que le son conceptualmente cercanas como es el caso de los signos distintivos, la intimidad de la vida privada, el honor y la reputación. De otro lado, la confusión se generaba en el hecho que el genérico concepto de "identidad personal", tanto en su vertiente estática como en la dinámica, comprende variados aspectos del mismo.

Al respecto, es necesario recordar que todos los derechos de la persona se encuentran esencialmente vinculados por cuanto todos ellos tienen un mismo y único fundamento, desde que tutelan diversos aspectos de un mismo ser, que es el ser humano[82]. En efecto, todos estos derechos se refieren siempre al "yo", en cuanto es a la persona a quien el derecho protege de modo amplio e integral[83]. Es el propio ser humano el único y absoluto fundamento, la razón de ser de los derechos, así como, según Vincenzo ROPPO 84, su pretensión a la limitación de poderes y comportamientos ajenos que los distorsionen o no lo respeten.

---

* Post doctora en *"Nuevas Tecnologías y Derecho"* por la Universidad Mediterranea de Reggio Calabria (Italia). Doctora en Derecho por la Universidad de Turín (Italia). Máster en "Ciudadanía europea e integración euro-mediterránea" por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en "Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional" por la misma casa de estudios italiana. Miembro Asociada del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Máter Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[80] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal,* 2.ª ed., actualizada y ampliada, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 123.

[81] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho*, Lima: Motivensa, 2017, pp. 157 y 158.

[82] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, voz "Personalitá (diritti della)", en *Digesto delle discipline privatistiche,* sezione civile, vol. XIII, 4.ª ed., Turín: UTET, 1996, p. 435 y ss.

[83] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona,* 5.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2015, pp. 57 y ss.

La relación fundamental entre los diversos derechos que protegen al ser humano explica la posibilidad de confusión que puede presentarse entre derechos que tutelan aspectos muy cercanos o afines de la persona.

Comenzó posteriormente el proceso de distinción entre el derecho a la identidad personal y de los otros intereses existenciales que le son próximos. La diferenciación de los derechos ha sido obra conjunta de la jurisprudencia y del análisis crítico de la doctrina.

2. IDENTIDAD PERSONAL, NOMBRE E IMAGEN: DIFERENCIAS

El nombre se presenta como un signo distintivo de la persona, como el instrumento más simple y directo para su primaria identificación[85]. Se reconoce que el nombre cumple una función identificadora e individualizadora de la persona humana dentro de la sociedad, la afirmación del propio yo [86].

El nombre es uno de los medios de identidad estática de la persona, aunque no es un dato ni suficiente ni totalmente seguro para dar cuenta de la identidad de un ser humano. Es un instrumento de identificación de la persona[87]. No obstante, el nombre no da cuenta de la esencia del sujeto, mientras que la noción globalizante de identidad personal, por el contrario, es una expresión universal que permite la aproximación a la "verdad personal" de cada sujeto. Lo expresado sobre el nombre es aplicable también al seudónimo, que alcanza la importancia del nombre, tendiendo a sustituirlo.

Se ha logrado perfilar conceptualmente el deslinde entre el derecho a la identidad personal, en cuanto proyección social de la persona como su verdad esencial, y los signos distintivos de la persona (nombre, seudónimos, etc.).

Sobe el derecho a la imagen, como han expresado con acierto Guido ALPA y Giorgio RESTA[88], su reconocimiento constituye históricamente un aporte de la jurisprudencia francesa, que inició a ocuparse del tema durante el siglo XX. En la experiencia jurídica italiana, las primeras sentencias que se ocuparon de la materia se remontan a finales del siglo XIX. Por este motivo se reflejan en manera particularmente nítida la diversa contribución de los modelos franceses y alemanes en la construcción de un sistema de tutela civil de la persona. Si por cincuenta años se tuvo la influencia francesa, ese sitial fue tomado por la cultura jurídica alemana, por su basamento conceptual y analítico.

Así, la atención de la jurisprudencia italiana en las primeras décadas del siglo XX se concentraron en tres aspectos: a) si la imagen es objeto de un derecho subjetivo, o se encuentra protegido solo indirectamente mediante las reglas de la responsabilidad civil y penal; b) si del derecho a la imagen es posible disponer como de todo otro derecho patrimonial y, especialmente, si en el caso de menores, pueden realizar actos válidos dispositivos sin la intervención de los que ejercen la patria potestad; c) si el consentimiento a la publicación del retrato tomado a la persona es revocable.

Efectivamente, desde la mitad del siglo pasado, la doctrina italiana asumió diferentes posiciones en el contexto de la más general controversia sobre la existencia misma de los derechos de la persona[89].

---

[84] ROPPO, Vincenzo, "Diritto della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del Diritto?", en AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona,* Nápoles: Jovene, 1983, p. 29.

[85] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *I diritti della personalità, en Diritto civile,* vol. I, dirigido por Nicolò Lipari y Pietro Rescigno, coordinado por Andrea Zoppini, Milán: Giuffrè, 2009, pp. 535 y ss.

[86] PERLINGIERI, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* reimpresión, Nápoles: Università degli Studi di Camerino-ESI, 1982, p. 272.

[87] ALPA, Guido y Giorgio RESTA , *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* 2.ª ed., Milán: UTET-Wolters Kluwer, 2019,pp. 191 y ss.

[88] ALPA y RESTA , L*e persone fisiche e i diritti della personalità,* ob. cit., pp. 215 y ss.

[89] DOGLIOTTI, Massimo, *I. Le persone fisiche, en Trattato di Diritto Privato,* t. I, 2. ª ed., dirigido por Pietro Rescigno, Turín: UTET, 1999, p. 177.

Se puede afirmar que, en el ámbito de la protección de la identidad personal, la imagen se presenta como un signo distintivo primordial. Cabe precisar que la problemática de la imagen se volvió más compleja, debido al perfeccionamiento de los medios y técnicas de difusión que caracterizan nuestra sociedad.

El Derecho se interesa de la protección jurídica del aspecto exterior de la persona, de su perfil somático. El objeto del derecho a la imagen, como indicada en su tiempo Emilio ONDEI[90], es también la protección del perfil físico de la persona y su reproducción por cualquier medio, que no puede ser necesariamente una copia literalmente fiel y puede ser intencionalmente alterada o deformada. El uso ilegítimo de la imagen puede comportar prejuicio al honor, al decoro y a la reputación del sujeto[91], por lo que debe valorarse en cada caso su utilización[92].

La imagen, junto al nombre, constituye otro elemento para configurar la identidad estática del sujeto[93]. No puede olvidarse los otros aspectos de la persona, de carácter estático, que contribuyen a reconocer su identidad, su verdad social. Como en el caso de los signos distintivos, y particularmente del nombre. La imagen se presenta insuficiente para dar cuenta, ella sola, de la identidad personal. Con razón, Massimo DOGLIOTTI ha expresado que ni los signos distintivos, ni la imagen agotan la identidad de la persona[94]. Estos elementos estáticos no brindan una proyección social completa que definan la identidad personal del sujeto.

3. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

La noción de identidad personal está también vinculada con la de intimidad de la vida privada.

En efecto, el derecho a la intimidad protege el interés de la persona de gozar de un ámbito en el cual pueda desarrollar lo que constituye el núcleo de su vida privada. Consiste en el derecho a la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales, es decir de aquellos que el sujeto requiere se sustraigan a la curiosidad ajena. Se trata de aquellas actividades que carecen de trascendencia social. La intimidad es una categoría en sí, madurada para ser utilizada como instrumento jurídico en la sociedad moderna[95].

La intimidad puede describirse, como la desarrollo Adriano DE CUPIS[96], uno de los más reconocidos especialistas europeos de los derechos de la personas, como el modo de ser del sujeto, en que se excluye al conocimiento ajeno aspectos de su vida. Por ende, comporta la tutela jurídica de situaciones y vivencias particularmente personales y familiares, que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable[97]. En general, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente el interés de mantener en reserva la esfera interna de la persona, evitando su divulgación pública, especialmente a través de los medios de comunicación masivos o redes informáticas, vale decir, protege al sujeto de la curiosidad pública[98].

No obstante, no debe olvidarse que en el derecho a la identidad personal se tutela la "mismidad" del sujeto, su verdad personal, en tanto que en el derecho a la intimidad de la vida privada no es importante la problemática de la "verdad personal", por lo que es materia de protección jurídica es la esfera de su privacidad, de aquellos comportamientos que quedan al margen de cualquier forma de intrusiones de parte de aquellas personas ajenas al mundo de la intimidad personal como familiar.

La exigencia existencial de tutela mediante lo jurídico, la esfera de la intimidad personal y familiar se encuentra estrechamente vinculada a un determinado momento. La necesidad de tutela jurídica de la intimidad de la vida privada se acentúa con la aparición de las

[90] ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* Turín: UTET, 1965, p. 348.

[91] PERLINGIERI, *Pietro, Profili del diritto civile,* 3.ª ed., revisada y ampliada, Nápoles. ESI, 1994, p. 162.

[92] PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles: ESI, 1991, p. 392.

[93] ALPA y RESTA , *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* ob. cit., pp. 215 y ss.

[94] DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche,* ob. cit., p. 177.

[95] PALLADINO, Alfonso; Angelo DE MATTIA y Guido GALLI, *Il diritto alla riservatezza,* Milán: Giuffrè, 1963, p. 37.

[96] DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità,* 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982, p. 283.

[97] CATERINA, Raffaele, *Le persone fisiche,* 3.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019, p. 148.

[98] PARADISO, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato,* 11.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2020, p. 139.

transformaciones y cambios que se hacen evidentes en la sociedad industrial y tecnológica. En la sociedad se acentúan, mediante el notable avance de las comunicaciones, los contactos entre las personas y se debilita la vida comunitaria y decae el valor de la solidaridad[99].

3.1. Antecedentes del derecho a la intimidad en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación

El derecho a la intimidad se encuentra protegida a nivel universal en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el numeral 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Principalmente, el artículo 12 de la Declaración Universal tiene el siguiente texto:

> Artículo 12. 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.

Es en los Estados Unidos de Norte América donde, por primera vez, surgió la necesidad existencial de proteger la intimidad personal y familiar. El caso más recordado concerniente a la tutelala intimidad es el trabajo de Samuel D. WARREN y Louis B. BRANDEIS [100], dos estudiosos norteamericanos que en 1890 publicaron un reconocido ensayo que ha sido el punto de inicio de desarrollo del estudio del derecho a la intimidad[101].

En la experiencia jurídica italiana el Código Civil de 1942 no protege la intimidad personal y familiar. Algunos autores, antes de su promulgación, se habían ya referido al derecho a la riservatezza, como es el caso, entre otros, de Massimo FERRARA SANTAMARIA, que planteaba que se trataba de una configuración específica de los derechos fundamentales de los derechos de las personas, una de sus típicas afirmaciones autónomas[102].

Muchos otros son los autores que se han ocupado del tema instando a su tutela jurídica, como es el caso de Francesco CARNELUTTI [103], que afirmó que la persona tiene el derecho a que no se viole su privacidad, que no se le exponga al público sin su consentimiento o sin que el interés de la sociedad exija el sacrificio del interés individual. Por su parte, Adolfo DI MAJO declaraba que este derecho postula la concreción judicial de diversas situaciones de hecho ilícitas antes que la rígida descripción del contenido de un derecho subjetivo[104]. Entre otros juristas, como Mario BESSONE[105], señalaba que el derecho a la intimidad e reserva integran la categoría de los derechos de la persona.

Por su parte, otros autores, como Franco LIGI, estimaban que el derecho a la intimidad es el interés existencial de vivir una vida privada, libre de publicidad no deseada, que los aspectos personales privados no sean convertidos en públicos[106], aunque de ámbito variable en relación a la persona, como señalaba Giorgio GIAMPICCOLO[107].

---

[99] Sobre el particular, DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche,* ob. cit., p. 143.

[100] WARREN, Samuel D. y Louis B. BRANDEIS, "The right of privacy", en *Harvard Law Review,* vol. IV, n.° 5, 1890. Se ha utilizado la versión publicada por *Quid Pro Books,* Nueva Orleans: 2015, pp. 1 y ss.

[101] No obstante, es necesario indicar que diez años antes de la aparición del famoso ensayo de WARREN y BRANDEIS, es decir, en 1880, Joseph KOHLER (9 de marzo de 1849 – 3 de agosto de 1919), un reconocido jurista alemán, hiciera alusión a *"un derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada".* AULETTA, Tommaso A., Riservatezza e tutela della personalità, Milán: Giuffrè, 1978, p. 26.

[102] FERRARA SANTAMARIA, Massimo, "Il diritto alla illesa intimità privata", en *Rivista di Diritto Privato,* vol. VII, primera parte, Padua: Cedam, 1937, p. 169.

[103] CARNELUTTI, Francesco, "Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* año V, Milán: Giuffrè, 1955, pp. 5 y 6.

[104] DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo, "Profili dei diritti della personalità", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* año XVI, Milán: 1962, pp. 92 y 93.

[105] BESSONE, Mario, "Diritti dell personalità, segreto della vita privata e droit à l'image", en *Il diritto di famiglia e delle persone*, año VII, Milán: Giuffrè, 1978, p. 585.

[106] LIGI, Franco, "Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francese e italiano", en Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, vol. XXXI, Roma: 1956, p. 171.

[107] GIAMPICCOLO, Giorgio, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año XII, Milán: 1958, p. 472.

Se reconoce a Adriano DE CUPIS[108] como el más vehemente defensor del derecho a la intimidad, considerándolo como un derecho general, a pesar de cierta perplejidad en la doctrina, como anotaba Michele GIORGANNI[109], en atención también a una intervención jurisprudencial no siempre coherente (como sucede, en otras experiencias, como la alemana, como informa bien Alessandro SOMMA[110]). No le falta razón a Pietro RESCIGNO[111] cuando afirma que este derecho ha representado una contribución notable a la elaboración de la categoría de los derechos de la persona, que incluso a inicios del siglo XX habían sido criticados sobre la base de objeciones lógicas formales que escondían, en realidad, un rechazo incluso de carácter político.

No obstante, la jurisprudencia italiana asumió prontamente la tutela de la intimidad personal y familiar. Así si bien el Código Civil italiano de 1942 no reguló en su texto una norma de tutela expresa de la intimidad personal y familiar, el artículo 2 de la Constitución de Italia de 1947, que reconoce y garantiza "los derechos inviolables del hombre", actúa como cláusula general que sirve de fundamento para la protección de cualquier derecho natural o interés existencial que se sustenta en la dignidad de la persona, no obstante, algunas voces discrepantes, como la de Francesco Macioce [112]. No es necesario, tratándose de los derechos de la persona, que exista una norma que acoja expresamente un determinado derecho subjetivo para que produzca su tutela. Bastaría recurrir al artículo 2 de la referida Constitución. Autores como Cesare Massimo BIANCA[113] afirmaban que, respecto al derecho a la intimidad, se pueden evidenciar dos frases de evolución en el derecho italiano. La primera, alrededor de los años setenta, y una segunda fase, actual, caracterizada por la intervención del legislador, especialmente sobre la protección de datos personales.

En efecto, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente la exigencia de la persona que los hechos y actos de su vida privada no sean divulgados, interés existencial que ha sido reconocido después de un intenso debate jurisprudencial y su respaldo constitucional [114]. Este derecho se diferencia del derecho al secreto, por cuanto este prohíbe la difusión pública de las situaciones de la vida privada del sujeto, mientras el derecho a la intimidad prohíbe el abusivo conocimiento de la vida privada ajena y la comunicación a terceros de los hechos reservados. Por ello, puede expresarse que la intimidad protege al sujeto frente a la curiosidad pública, en tanto que el derecho al secreto la protege contra la curiosidad individual. Lo que ha llevado a sostener a juristas como Arianna FUSARO[115] que la necesidad de garantizar jurídicamente la intimidad de la persona se constituye en una exigencia innegable de la sociedad moderna.

Como señala un sector de la doctrina italiana[116], el concepto de intimidad (riservatezza) traduce en el ordenamiento jurídico de Italia la noción de privacy, que tiene sus orígenes en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, donde es conceptualizado como el right to be let alone (en forma literal, el derecho a ser dejado solo), comprendido como poder de exclusión a terceros del conocimiento de hechos personales y de oponerse a la injerencia en la esfera física o moral de la personal.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano la situación es semejante. El artículo 3 de la constitución de 1993 actúa como cláusula general y abierta mediante la cual es posible proteger cualquier derecho de la persona, a pesar que no se encuentre tipificado como un expreso derecho subjetivo dentro del ordenamiento jurídico positivo.

[108] DE CUPIS, Adriano, I diritti della personalità, 2.a ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982, p. 336.

[109] GIORGANNI, Michele, "La tutela della riservatezza", en Il diritto privato nella società moderna, al cuidado de Stefano Rodotà, Bolonia: Il Mulino, 1971, p. 139 y ss.

[110] SOMMA, Alessandro, "I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año L, Milán: 1996, p. 807.

[111] RESCIGNO, Pietro, "Conclusioni", en ALPA, Guido; Mario BESSONE y Luca BONESCHI (dir.), Il diritto all'identità personale, Padua: Cedam, 1981, p. 188.

[112] MACIOCE, Francesco, Tutela civile della persona e identità personale, Padua: Cedam, 1984, pp. 25 y 26.

[113] BIANCA, Cesare Massimo, Diritto Civile, t. I, 2.a ed., Milán: Giuffrè, 2002, p. 176.

[114] DE VI TA, Anna, "Commentario all'articolo 10 del codice civile", en PIZZORUSSO, Alessandro; Roberto ROMBOLI; Umberto BRECCIA y Anna DE VI TA , Delle persone fisiche, art. 1-10, Commentario del codice civile, al cuidado de Francesco Galgano, Bolonia: Zanichelli, 1988, pp. 584 y 585.

[115] FUSARO, Arianna, I diritti della personalità dei soggetti collettivi, Padua: Cedam, 2002, p. 188.

[116] NI VARRA , Luca; Vincenzo RICCIUTO y Claudio SCOGNAMIGLIO, Diritto privato, 5. a ed., Turín: G. Giappichelli, 2019, p. 169.

En la jurisprudencia italiana es posible encontrar numerosos casos de tutela de la intimidad personal y familiar. Se puede citar que la corte constitucional, en su sentencia del 12 de abril de 1973, reconoció expresamente el derecho a la intimidad entre los derechos inviolables del hombre protegidos por el artículo 2 de la Constitución italiana, la que los reconoce y garantiza. La Corte Suprema, por su lado, con fecha 27 de mayo de 1975, siguiendo la indicación de la Corte Constitucional, resolvió el afamado caso en el cual la víctima fue la princesa Soraya, la segunda esposa de Mohammad Reza Pahleví, último Sah o emperador de Irán. En este último pronunciamiento se configura un autónomo derecho a la intimidad de la vida privada. El fallo de la Corte Suprema representó un vuelco significativo dentro de la jurisprudencia italiana. Cabe recordar también que en el notorio caso del famoso tenor Enrico Caruso, en 1956, emitido casi veinte años antes que el fallo antes citado, la Corte, ignorando la doctrina italiana que desarrollaba por aquellos tiempos la temática de la intimidad, no había resuelto favorablemente la demanda de tutela de la intimidad del reconocido cantante.

No obstante, es necesario tener presente que siete años después de haber dejado de proteger la intimidad de Caruso, la Corte Suprema de Italia, con sentencia de fecha 20 de abril de 1963, tutela los detalles íntimos de las históricas relaciones amorosas entre Benito Mussolini y Claretta Petacci, expuestas en un filme sobre la vida del primero. La corte, en efecto, reconoció la intimidad de la vida privada, pero sin referirse de modo explícito al derecho a la intimidad. En efecto, la Corte Suprema fundamentó su fallo argumentando que la divulgación de noticias sobre la vida privada de una persona era lesiva a la "libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo" [117].

3.2. Alcances de la noción de intimidad

Debe considerarse, como lo hace notar Alberto TRABUCCHI [118], que cada vez se reconoce un derecho amplio y general a la intimidad, es decir la protección de la vida privada como derecho fundamental de la persona a salvaguardarse de las diversas formas de intrusión en la esfera de la intimidad, así como sobre todo de toda forma de invasiva divulgación de sus actos y hechos personales.

Por su parte, otro sector de la doctrina italiana [119], ha considerado que el derecho a la intimidad del individuo se presenta, a diferencia de otros aspectos de tutela de los derechos de la persona, estrechamente vinculado a las transformaciones profundas que acontecen en la sociedad industrial, que ha introducido un diverso modelo de vida: creciente contacto, pero también, mayor ajenidad entre los sujetos respecto a la dimensión comunitaria de la sociedad, más amplio dinamismo y circulación que permiten a las personas actuar en ambientes y situaciones entre ellos independientes, revistiendo roles diferentes y proyectando diversos perfiles de la propia persona. No obstante, principalmente por el incesante avance y proceso tecnológico, el perfeccionamiento de los medios de comunicación de masa y de los instrumentos de recopilación de datos y noticias que, actuando en forma inédita, podría ocasionar graves lesiones y agresiones a la intimidad del sujeto, por lo que requieren necesariamente adecuadas y eficaces defensas.

El estrecho vínculo con los elementos más característicos de la sociedad industrial explica, ha señalado Massimo DOGLIOTTI[120], como la exigencia de protección de la intimidad de la persona se haya manifestado (hasta la segunda mitad del siglo XIX) en el mundo anglosajón (especialmente en la experiencia jurídica de los Estados Unidos), desarrollándose décadas después en Europa continental, entre contrastes y oposiciones que ponían en discusión la categoría misma de los derechos de la persona, actualmente consolidada. En efecto, como indica también DOGLIOTTI[121], las polémicas fueron incentivadas, además de la escasez (en

[117] Sobre la jurisprudencia italiana puede verse BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI , *Diritto Civile,* 1, Turín: UTET, 1986, p. 174.

[118] TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile,* 48.a ed., al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Vicenza: Wolters KluwerCedam, 2017, p. 333.

[119] DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 206.

[120] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 207.

[121] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 207.

realidad, inexistente) de protecciones normativas de los ordenamientos jurídicos por este derecho de la persona, por su contenido a veces indeterminado (a diferencia de otros derechos como el nombre, integridad física, que tienen un objeto más específico y concreto) y susceptible de enriquecimiento y nuevas aperturas.

Como señala unos los juristas italianos que más ha influenciado en el derecho de las personas en el Perú, Pietro RESCIGNO[122], el peligro de agresiones y de invasiones en la esfera interna individual es antiguo como la curiosidad del ser humano. Con razón, afirma también el profesor emérito de la Universidad de Roma "La Sapienza", en la materia de los derechos de la persona los problemas más delicados, son precisamente, los que conciernen a la tutela de la intimidad[123].

En la actualidad, sostiene RESCIGNO[124], la amenaza contra la intimidad de la persona ha crecido por el progreso de la técnica, que crea formas nuevas e imprevisibles de reproducción y de difusión de la palabra, del pensamiento, de la imagen del sujeto. El cine, las fotografías, el internet, posan sus ojos en ámbitos, antes recónditos, de la persona.

El profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, Juan MORALES GODO, sostuvo que "lograr una definición del derecho a la vida privada no es fácil". Para este jurista alcanzar una definición de la intimidad no se ha lograda ni en el sistema del common law ni en el romanogermánico al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico debido a que ha sido "prácticamente imposible encerrar todas sus posibilidades en una definición"[125]. Es por este motivo que la definición se produce en sentido negativo cuando se sostiene que es aquella esfera de la vida de una persona que, por su connotación y sus propias características, debe estar excluida del conocimiento público.

Es factible comprender los alcances del bien jurídico protegido cuando se hace referencia a la "intimidad", así como precisar las consecuencias que sufre la persona que ha sido víctima de una ilegítima intrusión a su esfera íntima. Estas consecuencias dependen de la intensidad y gravedad que presente la intromisión o injerencia en el ámbito de la intimidad de la vida privada atendiendo a los parámetros de los usos y costumbres que impidan en el vivir social. De otro lado, es también viable determinar cuáles son los actos y las manifestaciones que pueden considerarse como intrusiones, intromisiones o injerencias en la intimidad de la vida privada.

El derecho a la intimidad tiene un contenido dinámico, el mismo que está en función de diversas variables, que, para autores como Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, están constituidas por los datos, por la modalidad de su obtención o de presentación, por los destinatarios, por el tiempo[126] intimidad no puede desligarse del ambiente social en el cual vive el "sujeto de derecho", por lo que su protección puede acentuarse o liberalizarse, según sea el caso.

El derecho subjetivo a la intimidad es la respuesta jurídica al interés existencial de la persona de lograr preservar del conocimiento de los demás un restringido espacio de su vida privada. Se presenta el justificado interés que los actos, de cualquier alcance o modalidad, no estén expuestos a la intrusión, curiosidad, fisgoneo o injerencia de parte de los demás. Por ende, la intimidad de la vida privada está representada por todas aquellas actividades y actitudes, gestos, palabras que, realizados en el ámbito restringido al que se ha hecho mención, carecen normalmente de trascendencia social.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Italia ha señalado que aun en el caso de personajes ampliamente conocidos por el público, el derecho a la intimidad de la vida privada no puede

---

[122] RESCIGNO, Pietro, Manuale del diritto privato italiano, 11. a ed., 2. a reimp. con apéndice de actualización, Nápoles: Jovene, 1996, p. 235.

[123] RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, ob. cit., p. 236.

[124] RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, ob. cit., p. 236.

[125] MORALES GODO, Juan, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, Lima: Grijley, 1995, pp. 104 y 105.

[126] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza", en Il diritto alla informazione e della Informatica, Milán: Giuffrè, 1986, p. 933.

serrechazado. Solo se exceptúa de esta regla si así lo exigiera "un real interés social a la información u otras exigencias públicas"[127] . Los personajes públicos, por ende, tienen una intimidad que debe ser protegida dentro de los límites expuestos.

En tanto, el codificador peruano de 1984 al ser consciente de la importancia que representa para la persona la protección del ámbito de la intimidad de la vida privada personal y familiar, dispuso su tutela mediante el artículo 14 del Código Civil vigente [128]. Debido a que el ser humano requiere esta protección para desarrollar su vida libre de intrusiones y de sobresaltos, los que originan alteración de su necesario equilibrio psíquico y serenidad interior.

3.3. Limitaciones al derecho a la intimidad personal y familiar

Se presenta una limitación natural del derecho a la intimidad personal que proviene de las relaciones familiares. En el ámbito de la familia cada uno de sus miembros, si bien de una parte requieren la protección de tales relaciones frente a terceros, por otra renuncia implícitamente a un tramo de su intimidad que comparte con los componentes de su familia, la que conoce aspectos de dicha intimidad en cuanto producto de una vida en común.

La renuncia natural a una porción de la intimidad entre familiares se origina antes del matrimonio. El no divulgar intimidades, es decir, ciertas graves o comprometedoras situaciones, puede ser razón de impugnación del matrimonio de parte del otro cónyuge.

Como anota bien Pietro PERLINGIERI[129], la intimidad de la vida privada como derecho existencial digno de tutela jurídica asume importancia también en relación al lugar-comunidad de los afectos. En la más amplia problemática de la intimidad un papel en sí relevante asume la tutela de la intimidad de la vida privada en el ámbito familiar. La posición de los sujetos que constituyen su núcleo concierne a las relaciones internas, caracterizadas por la necesidad de la recíproca discreción, garantizándola al sujeto y al grupo familiar en su conjunto, como a las relaciones externas, por la necesidad que los terceros no realicen búsquedas y divulgaciones lesivas a la intimidad de la vida familiar.

Asimismo, el conocimiento de las vivencias internas puede encontrar su causa en la correspondencia intercambiada entre los futuros cónyuges. De allí se origina la obligación de que cada uno de ellos de devolverse la referida correspondencia a efecto de preservar de la curiosidad de terceros de aspectos de la intimidad divulgados en ella. En este sentido, el artículo 80 del Código Civil italiano de 1942 establece que, en caso de ruptura de los esponsales o promesa de matrimonio, se puede demandar la devolución de los regalos que se hubieren recibido con ocasión de dicho acto. Por analogía, se ha llegado a afirmar, que se ha considerado la existencia de la obligación de la restitución de la correspondencia e incluso de las fotografías y otros recuerdos [130].

Debe considerarse también que el derecho a la intimidad entraña ciertos deberes o limitaciones en cuanto a su ejercicio. Por ser el Derecho una relación entre sujetos, no existen derechos absolutos en cuanto a su ejercicio. Como lo expresada el profesor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en la Exposición de Motivos del Libro primero del Código Civil de 1984 dedicado al derecho de las personas, que "la intrusión en la vida privada o su divulgación se justifican cuando existe un definido interés social, una razón de orden público". Es así que "frente a una circunstancia de esta naturaleza, como podría ser una indagación policial, no cabe oponer el respeto que la ley reconoce a la privacidad de la persona".

Por otro lado, el titular del derecho puede prestar su asentimiento para la puesta de manifiesto de su intimidad, siempre que con ello no se cause agravio a las buenas costumbres[131].

---

[127] FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal,* ob. cit., p. 163 y ss.

[128] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984, 13.ª ed., ampliada y actualizada, Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 204 y ss.

[129] PERLINGIERI, Pietro, Il diritto civile nella legalità costituzionale, 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles. ESI, 1991, p. 389.

[130] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 157.

[131] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984, ob. cit., p. 204.

Sobre el particular, el interés social por conocer algunos aspectos de la vida privada del sujeto, sin que ello signifique penetrar en el núcleo mismo de su intimidad, se manifiesta especialmente en el caso de personas que, por cualquier circunstancia han adquirido notoriedad pública. Por tal motivo, se restringe, en cierta medida, la protección de la vida privada de tales personas, sin que ello signifique una indebida injerencia en la esfera misma de la intimidad. Ello no quiere decir desconocer o poner límites al derecho a la intimidad personal y familiar de los personajes públicos. Estos grupos son titulares del derecho a tener una intimidad que debe ser respetada, aunque algunas actividades de su vida privada puedan ser puestas de manifiesto sin lesionar la intimidad o el honor del sujeto. La intimidad se constituye en el núcleo de la vida privada, salvo excepcionales razones de interés público de conformidad con un mandato legal o judicial. La notoriedad que adquiera una persona no le priva del derecho a que se respete su intimidad, aunque, por razones de interés social, se restrinja en cierto nivel la tutela de determinados aspectos de su vida privada. Como anota bien Pietro RESCIGNO[132], la prensa, el cine, la radio, la televisión (actualmente las redes sociales), son materia de decisiones de los jueces en caso de lesión a la intimidad, incluso de las personas públicas, materia que no ha sido ajena a los legisladores.

3.4. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información

Modernamente se presenta en el vivir comunitario dos derechos que, amparados ambos por las constituciones, suelen colisionar. Por un lado, el derecho a la intimidad de la vida privada y, por el otro, el derecho a la información de que goza la comunidad social frente a hechos de interés general. Debe tenerse en cuenta que, al tratar del derecho a la información, que se sustenta en la libertad de expresión, debemos tener en cuenta su doble vertiente que consiste, por una parte, recoger y brindar información y, de la otra, en el derecho de cada persona, y de la sociedad, a recibirla.

Resulta complejo establecer una definitiva demarcación entre ambos derechos que permita al juez contar con un criterio aplicable a los casos en que se presenten conflictos de este tipo. Corresponde a los jueces evaluar las circunstancias a fin de encontrar una adecuada solución al conflicto, vale decir, en los en que sean irreconciliables la protección de la intimidad, de un lado, y la del interés social por conocer detalles que supongan una intrusión en la esfera de la intimidad de la vida privada, por el otro.

Como ha expresado Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO[133], el problema del contraste de intereses entre el derecho a la identidad y la libertad de información se disipa en forma si se llega a tener en cuenta que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada persona tiene sobre sí misma, no se trata de aceptar la pretensión psicológica o mental de la persona que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta evidente es que la identidad personal debe apoyarse en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones notorias. Evidentemente lo que se trata es tutelar jurídicamente la "verdad históricamente comprobada".

Por ello, a Massimo DOGLIOTTI[134], en la doctrina jurídica italiana, no le ha faltado razón al afirmar que todavía no está resuelto el problema respecto a los límites de la protección de la intimidad de la vida privada y la libertad de expresión. Por ello, se puede evidenciar que no se presenta aún una delimitación precisa entre ambos derechos, cada uno de ellos es merecedor de protección jurídica. En realidad, el problema es el de los límites y compatibilidad entre intereses opuestos.

No obstante, el derecho existencial a la intimidad de la vida privada de una persona es un derecho fundamental, vale decir, una exigencia que deriva de su propia naturaleza de ser libre, no se puede ignorar la importancia que reviste la libertad de información, que es la base de toda organización social respetuosa de la dignidad de la persona. Esta libertad no solo tiene una

[132] RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, ob. cit., p. 235.

[133] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho a la identidad personal, ob. cit., p. 193.

[134] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 228.

vertiente individual sino, al mismo tiempo, una vertiente social, debido al interés de la comunidad de estar informada de aquello que de importancia acontezca en ella.

3.5. El Código Civil peruano de 1984 y la intimidad

El artículo 14 del Código Civil peruano atinente al derecho a la intimidad personal y familiar tiene como antecedente el artículo 80 del Código Civil de Portugal, de 1967, y el artículo 18 del Código Civil de Bolivia de 1975 [135].

Como expresaba el Profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO en la Exposición de Motivos del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984:

> [L]a persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados[136].

Fue esta convicción la que llevó al codificador peruano de 1984 a incorporar en el código el derecho a la protección de la intimidad personal y familiar, pese a que eran escasos los antecedentes legislativos en la materia, aunque, por el contrario, eran numerosos los casos protegidos por la jurisprudencia comparada de los países con mayor tradición jurídica aún, en ciertos casos, sin contar con norma expresa que la tutelara jurídicamente.

En el texto del vigente artículo 14 comprende, como se menciona en la Exposición de Motivos al Libro Primero del Código Civil peruano elaborado por el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal o familiar"*. Según lo expuesto por el codificador de 1984, profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, en la referida Exposición de Motivos del Libro Primero, en dichas situaciones *"consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente"*. Es, así, que *"en el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intranscendente curiosidad de terceros"*. Es, por ello, que la norma *"pretende impedir, con el mismo propósito, el despliegue de diversas actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un público interés"*[137].

En efecto, el codificador de 1984 consideró que en el artículo 14 se protegían dos situaciones vinculadas con la protección de la intimidad, como el hecho de la simple intrusión o entrometimiento en el ámbito de la intimidad personal y familiar, de un lado, y la divulgación de hechos relacionados con la intimidad del sujeto o de su familia, del otro.

Es necesario precisar que el codificador del Libro de derecho de las personas del Código Civil peruano de 1984 consideró que con la amplia expresión *"puesta de manifiesto"* se comprendían dos situaciones distintas pero vinculadas como son, la primaria, referida a la *"simple intrusión"* en el ámbito de la intimidad, y la secundaria relacionada con la divulgación de lo que indebidamente se había *"puesto de manifiesto"* de dicha intimidad mediante una indebida intrusión, vale decir, de lo que se había evidenciado a raíz de dicha intromisión.

4. IDENTIDAD PERSONAL, DERECHOS AL HONOR Y A LA REPUTACIÓN: DIFERENCIAS

El derecho al honor y el derecho a la reputación protegen intereses existenciales muy cercanos y próximos. En el primero se protege jurídicamente el sentimiento que posee la persona en vinculación con su propia consideración. Como señalaba Adriano DE CUPIS, es "el

---

[135] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios,* Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por Delia Revoredo de Debakey, Lima: 1985, p. 81.

[136] FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios,* ob. cit., p. 80.

[137] FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios,* ob. cit., p. 80.

sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal"[138]. Por ende, se trata de una actitud subjetiva de autoestima del sujeto. Por el contrario, en la esfera del derecho a la identidad personal se sitúa en una dimensión objetiva donde lo que se protege es la es la "verdad" personal, la proyección social del sujeto en su plenitud de verdad.

La reputación, a diferencia del honor, es la valoración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad[139]. La fama, como también se le conoce, tiene que ver con el juicio crítico que sobre una persona formulan aquellos que la conocen en tanto la frecuentan[140]. Distintamente de la autoestima en que consiste el sentimiento del honor, la reputación es la estima del sujeto tienen los otros, por lo que se diferencia del honor en tanto trasciende el ámbito de la simple subjetividad.

En efecto, como ha manifestado Vincenzo ZENO-ZENCOVICH[141], entre las diferencias entre la identidad personal y reputación, concierne en que la primera está constituida por la proyección social de la personalidad del sujeto y del conocimiento de que esta tiene la colectividad, la segunda representada un juicio sobre la persona expresada por la sociedad. Por ende, la primera se presenta como un prius respecto a la segunda, necesario, pero no suficiente. Así, mientras la identidad concierne al momento gnoseológico de la relación de un sujeto con los otros, pudiéndose resolver en consecuencias positivas, negativas o neutras, la reputación concierne al momento crítico, en que se da conocimiento de un juicio positivo o negativo.

La reputación, por concernir a un juicio de valor que los demás realizan sobre el sujeto, la "verdad personal" no es un factor prioritario de ella. En cambio, respecto a la identidad personal, lo que es relevante no es la valoración. Respecto a la identidad personal se trata de una actitud de carácter gnoseológico. En la reputación, por su lado, prepondera la actitud axiológica. Los demás emiten un juicio de valor respecto a la persona y sobre esta base se construye la reputación de la persona, sin que necesariamente sea un factor determinante en cuanto a su formulación.

El sustento y basamento del derecho al honor encuentra en la conciencia de la dignidad, de la calidad moral y en la autoestima de la persona. El honor se constituye en el íntimo valor del sujeto. Es un bien valioso, un sentimiento interior en su ser, una convicción profunda, que merece protección por parte del Derecho [142].

La protección del honor de la persona, señala Massimo DOGLIOTTI[143], proviene de tiempos antiguos. Los romanos consideraron el valor fundamental de la vida social. Este aspecto de la persona fue en el derecho romano garantizado mediante la privada actio iniurarum y posteriormente con la acción pública, considerando el interés de la colectividad a la vindicación de la ofensa ocasionado alsujeto. Castigado en el derecho intermedio con la pena capital, el atentado al honor constituyó supuesto de delito en la mayor parte de los códigos penales modernos (como en los italianos de 1887 y 1930) con el objetivo de titular a la persona y de ordenar la convivencia social, de otra manera, estaría repleta de venganzas y odios [144].

El honor se materializa no solo como en ser exigente consigo mismo, sino que, en el ámbito social, se manifiesta en la consideración y el respeto que se merecen los demás. Como ha afirmado Arianna FUSARO[145], la doctrina civilista y penalista consideran al honor como el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad moral. Emerge del aspecto subjetivo (honor strictu sensu), un significado objetivo, que es brindado en el ámbito de estima y respecto en que el sujeto goza al interior de la sociedad, de la comunidad.

---

[138] DE CUPIS, I diritti della personalità, ob. cit., p. 251.

[139] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, voz "Onore e reputazione", en Digesto, vol. XIII, 4. a ed., sección Derecho Civil, Turín: UTET, 1996, p. 91.

[140] ZENO-ZENCOVICH, voz "Onore e reputazione", art. cit., p. 91.

[141] ZENO-ZENCOVICH, I diritti della personalità, ob. cit., p. 535.

[142] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho a la identidad personal, ob. cit., pp. 170 y ss.

[143] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 196.

[144] DOGLIOTTI, I. Le persone fisiche, ob. cit., p. 197.

En épocas pasadas, es cada vez complejo describir lo que se debe comprender por honor, por lo que se suele confundir con conceptos como la dignidad o autoestima. Se distingue, por los formantes doctrinario y jurisprudencial, dos aspectos en el honor. Uno de carácter subjetivo y otro objetivo. El primero es el sentimiento de autoestima de la persona y, el segundo, es la estima o consideración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad, de la comunidad a la pertenece el sujeto. Así también el honor se diferencia de la autoestima, porque el honor es a la vez el sentimiento de autoestima de la persona y de la consideración que de ella poseen los miembros del grupo en que se relaciona.

Respecto a la dignidad y el honor, no debe olvidarse que la primera es inherente a la persona, en cuanto se sustenta en la calidad de ser libre. En cambio, el honor es un sentimiento de la persona en relación con el aprecio que ella merece de los demás miembros de su comunidad. El honor halla su fundamento en la dignidad de la persona.

5. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Discusiones jurídicas respecto a la identidad personal surgen cuando se tratan la problemática respecto a los límites que dicha situación impondría al derecho a la información, que conlleva, para cierto sector del formante doctrinal, dudas y perplejidades respecto a los alcances del derecho a la identidad personal[146].

Un sector de juristas niega la autonomía del derecho a la identidad personal o, propugna su dependencia con relación a la libertad de expresión, lo que representa un problema que evidencia el conflicto el interés, principalmente individual, que corresponde a la identidad personal, y el interés, prevalentemente público, respecto a la circulación de las informaciones y al control social que de ella surge.

En efecto, se trata de dos intereses merecedores de tutela jurídica, lo que obliga a la labor de conciliar ambas exigencias. El derecho a la información concierne, por ser una situación jurídica subjetiva, la presencia no solo de una facultad para informar de parte del titular del derecho, sino la de un deber como es el de brindar información veraz, basada en principios de la ética y el orden público.

El cumplimiento del citado deber lo puede requerir los destinatarios de la información sobre la base de lo que la doctrina ha denominado como "interés difuso", que no se identifica ni con el interés individual, ni con el interés social, debido a que se trataría de un interés de naturaleza diversa [147].

Tanto la identidad personal y el derecho a la información deben tutelarse dentro de un plano de igualdad jurídica, por lo que no puede postularse la protección de aquella de manera residual. No debe olvidarse, como recuerda Vincenzo ZENO-ZENCOVICH[148], que el término información ha asumido en la época moderna una multiplicidad de significados, a menudo relevantes para el jurista. En un primer sentido, atendiendo a su contenido, se comprende por información cualquier dato representativo de la realidad que es conservado por un sujeto o comunicado por un sujeto a otro. En un segundo sentido, considerando su aspecto funcional, bajo el término información se agrupan las actividades de comunicación al público desarrollada por los medios (radio, prensa, televisión, internet). En una tercera acepción, considerando su especialidad, la información integra una obligación en la esfera de algunos sujetos que entran en relación con otros.

A nivel del formante doctrinario, se va asentando la tendencia a tutelar autónoma y contemporánea ambos intereses, buscando un punto de equilibrio. No puede descartarse la

[145] FUSARO, I diritti della personalità dei soggetti collettivi, ob. cit., p. 50.

[146] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en. AA. VV., Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima. Cultural Cuzco, 1990, p. 93 y ss.

[147] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Diritto di informazione e all'informazione", en Enciclopedia Italiana, t. XXI, Roma: 2009, p. 302.

[148] ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, voz "Informazione (Profili Civilistici)", en Digesto, vol. IX, 4.a ed., Turín: UTET, 1993, p. 2.

presencia de determinados riesgos y dificultades que se originan en la práctica a regular normativamente la compatibilización de los dos derechos subjetivos. Todo lo señalado explica que, según expresaba Vincenzo SCALISI, "la garantía de los derechos de información y de crónica no se puede proponer ni concebir en términos alternativos o, aún peor, de antítesis respecto a la cuestión de la tutela a la identidad personal y viceversa"[149]. Como este fino jurista observaba, no consiste en privilegiar uno u otro principio, sino de encontrar un equilibrio en la tutela que se atribuirse a ambos intereses.

Estas razones recomiendan no partir del prejuicio de catalogar al derecho a la identidad personal como un límite de la libertad de información [150]. La verdad personal y su protección es una exigencia que el legislador y el Estado deben atender, sin desconocer que el derecho a la expresión del pensamiento se erige como una de las más preciosas conquistas de nuestra civilización. La protección jurídica simultánea y armoniosa de ambos intereses parecer ser la postura más coherente a las aspiraciones de la persona. No debe olvidarse que la identidad personal protege la "verdad históricamente comprobada" de la persona.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido y Giorgio RESTA, Le persone fisiche e i diritti della personalità, 2.ª ed., Milán: UTETWolters Kluwer, 2019.

AULETTA, Tommaso A., Riservatezza e tutela della personalità, Milán: Giuffrè, 1978.

BESSONE, Mario, "Diritti dell personalità, segreto della vita privata e droit à l'image", en Il diritto di famiglia e delle persone, año VII, Milán: Giuffrè, 1978.

BIANCA, Cesare Massimo, Diritto Civile, t. I, 2.ª ed., Milán: Giuffrè, 2002.

BIGLIAZZI GERI, Lina; Umberto BRECCIA; Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI, Diritto Civile, 1, Turín: UTET, 1986.

CARNELUTTI, Francesco, "Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)", en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, año V, Milán: Giuffrè, 1955.

CATERINA, Raffaele, Le persone fisiche, 3.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019.

DE CUPIS, Adriano, I diritti della personalità, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982.

DE CUPIS, Adriano, I diritti della personalità, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982.

DE VITA, Anna, "Commentario all'articolo 10 del codice civile", en PIZZORUSSO, Alessandro; Roberto ROMBOLI; Umberto BRECCIA y Anna DE VI TA, Delle persone fisiche, art. 1-10, Commentario del codice civile, al cuidado de Francesco Galgano, Bolonia: Zanichelli, 1988.

DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo, "Profili dei diritti della personalità", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año XVI, Milán: 1962.

DOGLIOTTI, Massimo, I. Le persone fisiche, en Trattato di Diritto Privato, t. I, 2.ª ed., dirigido por Pietro Rescigno, Turín: UTET, 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en. AA. VV., Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima. Cultural Cuzco, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Código civil. IV: Exposición de motivos y comentarios, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por Delia Revoredo de Debakey, Lima: 1985.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, 2.ª ed., actualizada y ampliada, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984, 13.a ed., ampliada y actualizada, Lima: Instituto Pacífico, 2016.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho y persona, 5.a ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2015.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El Derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho, Lima: Motivensa, 2017.

[149] SCALISI, Vincenzo, "Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale", AA. VV., La lesione all'identità personale e il danno non patrimoniale, Milán: Giuffrè, 1985, p. 129.

[150] ZENO-ZENCOVICH, "Diritto di informazione e all'informazione", art. cit., p. 305.

FERRARA SANTAMARIA, Massimo, "Il diritto alla illesa intimità privata", en Rivista di Diritto Privato, vol. VII, primera parte, Padua: Cedam, 1937.

FUSARO, Arianna, I diritti della personalità dei soggetti collettivi, Padua: Cedam, 2002.

GIAMPICCOLO, Giorgio, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año XII, Milán: 1958.

GIORGANNI, Michele, "La tutela della riservatezza", en Il diritto privato nella società moderna, al cuidado de Stefano Rodotà, Bolonia: Il Mulino, 1971.

LIGI, Franco, "Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francesse e italiano", en Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, vol. XXXI, Roma: 1956.

MACIOCE, Francesco, Tutela civile della persona e identità personale, Padua: Cedam, 1984.

MORALES GODO, Juan, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, Lima: Grijley, 1995.

NIVARRA, Luca; Vincenzo RICCIUTO y Claudio SCOGNAMIGLIO, Diritto privato, 5.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019.

ONDEI, Emilio, Le persone fisiche e i diritti della personalità, Turín: UTET, 1965.

PARADISO, Massimo, Corso di Istituzioni di Diritto Privato, 11.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2020.

PERLINGIERI, Pietro, Il diritto civile nella legalità costituzionale, 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles. ESI, 1991.

PERLINGIERI, Pietro, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, reimpresión, Nápoles: Università degli Studi di Camerino-ESI, 1982.

PERLINGIERI, Pietro, Profili del diritto civile, 3.ª ed., revisada y ampliada, Nápoles. ESI, 1994.

RESCIGNO, Pietro, "Conclusioni", en ALPA, Guido; Mario BESSONE y Luca BONESCHI (dir.), Il diritto all'identità personale, Padua: Cedam, 1981.

RESCIGNO, Pietro, Manuale del diritto privato italiano, 11.ª ed., 2.ª reimp. con apéndice de actualización, Nápoles: Jovene, 1996.

ROPPO, Vincenzo, "Diritto della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell'informazione.

Quale modello di politica del Diritto?", en AA.VV., L'informazione e i diritti della persona, Nápoles: Jovene, 1983.

SCALISI, Vincenzo, "Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale", AA. VV., La lesione all'identità personale e il danno non patrimoniale, Milán: Giuffrè, 1985.

SOMMA, Alessandro, "I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año L, Milán: 1996.

TRABUCCHI, Alberto, Istituzioni di Diritto Civile, 48.ª ed., al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Vicenza: Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

WARREN, Samuel D. y Louis B. BRANDEIS, "The right of privacy", Quid Pro Books, Nueva Orleans: 2015.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Diritto di informazione e all'informazione", en Enciclopedia Italiana, t. XXI, Roma: 2009.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza", en Il diritto alla informazione e della Informatica, Milán: Giuffrè, 1986.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, I diritti della personalità, en Diritto civile, vol. I, dirigido por Nicoló Lipari y Pietro Rescigno, coordinado por Andrea Zoppini, Milán: Giuffrè, 2009.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, voz "Informazione (Profili Civilistici)", en Digesto, vol. IX, 4.a ed., Turín: UTET, 1993.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, voz "Personalitá (diritti della)", en Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. XIII, 4.ª ed., Turín: UTET, 1996.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

GÉNERO, MIGRACIÓN Y ESTABILIDAD LABORAL DE LAS MIGRANTES VENEZOLANAS EN PERÚ



Dil Rocsi Briceño Valera [151]

RESUMEN

La feminización de la migración venezolana en América Latina ha generado importantes retos en los países de acogida, entre ellos el Perú. Esta ponencia analiza la situación de las mujeres migrantes venezolanas en el país, enfocándose en la problemática de la estabilidad laboral desde un enfoque de género e interseccionalidad. Se evidencian las múltiples formas de exclusión, discriminación y precariedad que enfrentan estas mujeres, así como las estrategias que despliegan para resistir y construir trayectorias laborales más dignas. La investigación se sustenta en fuentes estadísticas, informes de organismos internacionales, marcos normativos, jurisprudencia y estudios recientes. Se concluye que garantizar la estabilidad laboral de esta población requiere políticas públicas inclusivas y con enfoque de derechos humanos.

Palabras clave: Migración femenina, estabilidad laboral, derechos laborales, discriminación, informalidad, género, Perú, migrantes venezolanas.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Perú se ha consolidado como uno de los principales destinos de la migración venezolana, convirtiéndose en el segundo país de acogida después de Colombia. Según datos de la Plataforma R4V (2023), más de 1.5 millones de personas venezolanas residen en Perú, de las cuales cerca del 50% son mujeres. Esta feminización de la migración está marcada por profundas desigualdades que intersectan el género, la nacionalidad, la situación migratoria y las condiciones socioeconómicas.

El objetivo de esta ponencia es analizar cómo la condición de género y migración incide en la estabilidad laboral de las mujeres venezolanas en el Perú. Para ello, se adopta un enfoque interseccional que permite comprender las múltiples formas de exclusión que enfrentan estas trabajadoras, así como sus estrategias de resistencia y propuestas de mejora.

GÉNERO Y MIGRACIÓN: UNA MIRADA INTERSECCIONAL

La migración femenina ha sido históricamente invisibilizada o tratada de forma secundaria frente a la masculina. Sin embargo, hoy se reconoce que las mujeres migrantes no solo participan activamente en los procesos migratorios, sino que enfrentan riesgos diferenciados.

El enfoque interseccional (Crenshaw, 1991) permite identificar cómo se combinan múltiples factores de discriminación: ser mujer, migrante, de origen venezolano y, en muchos casos, trabajadora informal. Estas condiciones se refuerzan mutuamente, limitando el acceso a empleos dignos y estables, y exponiéndolas a vulneraciones específicas como el acoso sexual, la explotación laboral y la xenofobia.

Según ONU Mujeres (2020), las mujeres migrantes en América Latina suelen concentrarse en sectores informales, feminizados y poco protegidos, como el trabajo doméstico, comercio ambulatorio, servicios de cuidado y atención al cliente.

[151] E – mails: dilrocsibricenovalera@gmail.com Pertenencia institucional: Abogada por la Universidad de Los Andes (Mérida - Venezuela). Cursante de Maestría en Estudios y Relaciones del Trabajo en la Faculta Latinoamericana de Ciencias Sociales – Sede Argentina. (FLACSO).

Estabilidad laboral: ¿Qué significa para las mujeres migrantes?

La estabilidad laboral no solo se refiere a la permanencia en un empleo, sino también a las condiciones que garantizan el ejercicio efectivo de los derechos laborales: contrato formal, salario justo, seguridad social, protección frente al despido arbitrario y ambiente libre de violencia. Para las migrantes venezolanas en Perú, la estabilidad laboral es una meta lejana. Según la OIT (2022), más del 80% de esta población trabaja en el sector informal, sin derechos ni beneficios. Además, muchas carecen de documentación regularizada, lo que limita su inserción en empleos formales. La inestabilidad laboral también tiene efectos en otras dimensiones: dificulta el acceso a servicios de salud, educación para sus hijos, vivienda adecuada y posibilidades de integración social.

El artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece los derechos fundamentales de toda persona, sin distinción de nacionalidad, condición migratoria, sexo, raza o cualquier otro factor de diferenciación. Entre estos derechos se incluyen:

1. El derecho a la igualdad ante la ley (Art. 2, inciso 2),
2. El derecho al trabajo y a condiciones equitativas (implícito y reforzado por el Art. 23),
3. El derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

En el contexto de la migración venezolana en el Perú, y particularmente en el caso de las mujeres, este artículo cobra vital importancia. El principio de igualdad formal y material impone al Estado el deber de garantizar que las mujeres migrantes venezolanas no sean discriminadas en el acceso a oportunidades laborales por su nacionalidad, género o situación administrativa. Además, se les debe garantizar el ejercicio pleno de sus derechos humanos, incluyendo el trabajo en condiciones justas, el acceso a la justicia laboral, la seguridad social y la libertad de asociación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha interpretado de manera amplia este artículo, señalando que los derechos fundamentales se aplican a todas las personas dentro del territorio nacional, incluso si su situación migratoria no está regularizada (EXP. N.º 05057-2013-PA/TC). Esta interpretación refuerza la idea de que la protección de los derechos laborales no puede estar supeditada a la documentación migratoria. Ante ello se revisaron los siguientes casos:

1. EXP. N.° 1124-2001-AA/TC (Caso INDECOPI): Protección del trabajo digno para todos los trabajadores, en el cual el Tribunal establece que “el trabajo humano debe ser protegido bajo el principio de dignidad, independientemente del régimen laboral o la condición jurídica del trabajador”.
2. EXP. N.º 0023-2003-AI/TC: Principio de igualdad y no discriminación, en el cual el TCP refuerza el principio de igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por cualquier motivo, incluyendo la nacionalidad.
3. EXP. N.º 05057-2013-PA/TC: en el cual se reconoce que la dignidad del trabajador no depende de su estatus migratorio. Aun sin contrato escrito, los derechos laborales deben respetarse.
4. Casación Laboral N.º 10522-2017-LIMA: En este mismo orden de ideas, la Corte Suprema – Sala Laboral reafirma que los trabajadores extranjeros pueden acceder a beneficios sociales y protección legal si se prueba la relación laboral, incluso en situación migratoria irregular.

Ante lo cual, es importante traer a colación la Ley de Migraciones (D.L. 1350, Art. 56), la cual establece que los ciudadanos extranjeros tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los peruanos.

Por su parte, el artículo 23 de la Constitución establece principios rectores del derecho laboral en el Perú. En particular, señala que:

1. "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado".
2. "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".
3. "Se garantiza igualdad de oportunidades sin discriminación".
4. "El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial a los sectores más vulnerables".

Este artículo tiene un carácter imperativo en relación con las mujeres migrantes venezolanas que enfrentan condiciones laborales marcadamente precarias, especialmente en el sector informal. El hecho de que muchas trabajen sin contrato, sin acceso a salud o sin derechos previsionales, contradice el mandato constitucional de proteger la dignidad del trabajo humano.

Asimismo, la protección que brinda el Art. 23 debe extenderse al derecho a no ser víctima de violencia, acoso, explotación o despido arbitrario, prácticas comunes en entornos laborales informales donde las migrantes, especialmente mujeres, son más vulnerables. La ausencia de regulación efectiva y de mecanismos de fiscalización propicia un entorno de impunidad y desprotección, lo que evidencia una omisión del Estado frente a este mandato constitucional.

Por tanto, este artículo también justifica la adopción de políticas públicas diferenciadas, con enfoque de género e interseccionalidad, orientadas a garantizar la inclusión laboral y la reducción de desigualdades para este grupo poblacional.

De modo que, tanto el artículo 2 como el artículo 23 de la Constitución Política del Perú constituyen pilares fundamentales para la protección de los derechos laborales de todas las personas en el país, incluyendo a las migrantes venezolanas. A través de estos artículos, se afirma que la nacionalidad o la situación migratoria no son barreras legales válidas para negar derechos laborales básicos ni la dignidad inherente a todo ser humano.

La aplicación efectiva de estos principios demanda no solo reconocimiento jurídico, sino acciones concretas del Estado para garantizar que las mujeres migrantes gocen de un entorno laboral justo, libre de violencia y con oportunidades reales de estabilidad. En este sentido, el marco constitucional peruano ofrece herramientas suficientes, pero su cumplimiento pleno sigue siendo un desafío en la práctica.

PRINCIPALES OBSTÁCULOS PARA LA ESTABILIDAD LABORAL

Las mujeres venezolanas enfrentan múltiples barreras para acceder a un empleo estable:

- Discriminación por nacionalidad: La xenofobia y los prejuicios sobre "los venezolanos" afectan negativamente su empleabilidad. Muchas mujeres denuncian ser rechazadas por su acento, apariencia o documentación (Defensoría del Pueblo, 2021).
- Estereotipos de género: A muchas se les reduce a roles tradicionalmente femeninos como el cuidado o el servicio, y son objeto de acoso sexual o explotación, especialmente en empleos informales.
- Falta de regularización migratoria: A pesar de esfuerzos estatales, muchas mujeres aún carecen de Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o Carné de Extranjería, lo que limita su acceso a empleos formales.
- No reconocimiento de títulos o experiencia previa: Profesionales en salud, educación o administración deben recurrir a trabajos informales o subempleo por la falta de homologación de estudios.

- Violencia laboral y acoso: La ausencia de regulación en sectores informales deja a muchas migrantes sin herramientas para denunciar agresiones o despidos injustificados.

La afectación por género en este contexto es especialmente grave, pues se combinan múltiples formas de desigualdad. Las mujeres migrantes venezolanas no solo sufren discriminación por su origen nacional o estatus migratorio, sino también por estereotipos de género que las encasillan en empleos mal remunerados, feminizados y sin protección. Además, están expuestas a formas de violencia laboral y sexual que no afectan de igual forma a los hombres migrantes, lo cual refuerza su vulnerabilidad estructural. Esta realidad exige que las políticas públicas y las interpretaciones constitucionales consideren el enfoque de género como elemento central para garantizar el derecho al trabajo digno y sin discriminación.

CONCLUSIONES

La estabilidad laboral de las migrantes venezolanas en Perú no puede entenderse sin considerar los factores de género, nacionalidad, informalidad y exclusión. Las mujeres enfrentan una precariedad estructural que limita su integración económica y social. No obstante, también construyen resistencias que deben ser reconocidas y apoyadas por el Estado y la sociedad civil.

La jurisprudencia nacional reconoce el derecho al trabajo digno sin discriminación, pero su aplicación efectiva aún es limitada. Apostar por la inclusión laboral de las migrantes venezolanas no es solo una cuestión de derechos humanos, sino también una oportunidad para el desarrollo económico y social del país. Una respuesta integral y con enfoque de género es indispensable para avanzar hacia una sociedad más justa, solidaria y equitativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CEPAL. (2021). *Mujeres migrantes: derechos, autonomía y cuidado*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://www.cepal.org/es/publicaciones/46893-mujeresmigrantes-derechosautonomia-cuidado.

Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución vigente con reformas*. Diario Oficial El Peruano.

Corte Suprema del Perú. (2017). Casación Laboral N.º 10522-2017-LIMA. https://www.pj.gob.pe Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review, 43*(6), 1241–1299. https://doi.org/10.2307/1229039

Defensoría del Pueblo del Perú. (2021). *Informe sobre la situación de derechos humanos de la población venezolana en Perú*. https://www.defensoria.gob.pe

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023). *Encuesta nacional sobre la población venezolana en el Perú (ENPOVE)*. https://www.inei.gob.pe

Ley de Migraciones, Decreto Legislativo Nº 1350. (2017). Diario Oficial El Peruano.

ONU Mujeres. (2020). *Mujeres migrantes en América Latina: Desafíos y oportunidades desde un enfoque de género*. https://www.unwomen.org/es/digitallibrary/publications

Organización Internacional del Trabajo. (2022). *Diagnóstico sobre condiciones laborales de población migrante venezolana en el Perú*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

https://www.ilo.org

Plataforma R4V. (2023). *Respuesta para refugiados y migrantes de Venezuela*. https://www.r4v.info/es

Tribunal Constitucional del Perú. (2001). Exp. N.° 1124-2001-AA/TC. https://www.tc.gob.pe

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. https://www.tc.gob.pe

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Exp. N.º 05057-2013-PA/TC. https://www.tc.gob.pe

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

EL CONTROL DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL ¿ES POSIBLE CELEBRAR AUDIENCIAS AL ESTILO DAUBERT EN URUGUAY?



Ignacio M. Soba Bracesco *

INTRODUCCIÓN

Ni el control de admisibilidad, ni el interrogatorio de peritos, ni la valoración de la prueba pericial se pueden tomar a la ligera. Todas estas actividades deben responder a criterios institucionalesprocesales, racionales y epistémicos. Este trabajo aborda los desafíos que plantea mejorar los controles de admisibilidad de la prueba pericial dentro del proceso penal uruguayo[152]. No podemos abordar estos problemas como un acto de fe al perito o a lo informado por el perito. Las pericias provienen del "mundo real", y —más allá de lo que podemos querer—, no son perfectas. La prueba pericial tampoco es prueba tasada [153], y la libre valoración o valoración racional no es una valoración arbitraria, que se pueda efectuar al margen de los conocimientos científicos.

Si bien el Código del Proceso Penal (CPP) uruguayo no prevé expresamente la realización de una audiencia específica para debatir la idoneidad de la pericia ni del perito (audiencias que, simplificando bastante, podríamos denominar como audiencias Daubert); su implementación, como se desarrollará a continuación, se podría fundamentar en un conjunto de principios y reglas procesales, conforme las necesidades de cada caso concreto.

Me refiero a aquellas disposiciones relativas a los poderes del juez para la dirección del proceso y la moderación del debate (esenciales para una gestión eficiente del caso tanto a nivel procesal como probatorio -CPP, arts. 12, 134, 137, 270.1); pasando por las normas de control de la prueba que permiten excluir prueba inconducente, innecesaria, sobreabundante, dilatoria (CPP, arts. 140.2, 268.2); hasta las disposiciones relativas a la propia audiencia intermedia (CPP, art. 268).

---

* Profesor Agregado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor del Master de Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Profesor invitado de Derecho Procesal en carreras de grado y posgrado en distintas universidades iberoamericanas. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).

Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la International Association of Procedural Law, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. Presidente honorario del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Co-Director del Anuario de Derecho Probatorio del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Contacto: @IgnacioSoba / ignacio.soba@fder.edu.uy

[152] Sin perjuicio de que, además, necesitamos debates más amplios por fuera de los procesos concretos. Me refiero a debates institucionales sobre el diseño de la prueba pericial (en sistemas de pericias de parte, sistemas de pericias oficiales y/o sistemas de designación judicial); debates éticos sobre la labor de los peritos; debates acerca de su eventual responsabilidad civil, administrativa, penal, etc.; debates epistemológicos más generales (por ejemplo, sobre problemas de demarcación de disciplinas, sobre métodos y técnicas empleadas en pericias "frecuentes", al estilo del informe PCAST relativo a las ciencias forenses), etc. En el caso uruguayo, estos debates podrían estar situados en el marco de un eventual Ministerio de Justicia o incluso de las direcciones o secretarías enfocadas en temas de ciencia y tecnología. Necesitamos anticiparnos a debates que se producen con cierta frecuencia en los procesos concretos. Para ello es necesario un abordaje estructural o sistémico. Por informe PCAST me refiero al siguiente documento (traducido al español): CONSEJO DE ASESORES DEL PRESIDENTE EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA (Estados Unidos de Norteamérica), "Informe al Presidente. Ciencia forense en los Tribunales Penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características", en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 3, 2022, pp. 75-480. Recuperado de: https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743.

[153] Por ejemplo, limitarse a dar mayor credibilidad a los peritos con adscripción oficial o al producto de laboratorios oficiales no tiene justificación epistémica. No se pueden transformar, por ese sólo hecho, en un símil de prueba tasada o legal por ser dictámenes o informes provenientes de peritos oficiales.

Esto, como se explicará, podría servir de base para establecer una instancia reforzada y focalizada de debate, para un mejor control institucional y epistémico previo al juicio (i.e., previo a la declaración del perito sobre el fondo del asunto, previo a la valoración de la prueba, y previo a la sentencia definitiva).

Tampoco existe una regulación expresa de estas audiencias en Estados Unidos de Norteamérica. Aunque sí existe un marco procesal más flexible, que permite celebrar conferencias, reuniones, audiencias para debatir distintos temas previos al juicio, conforme las necesidades de los casos concretos. En ese sentido, se pueden encontrar algunas referencias muy ilustrativas que hacen a la práctica y litigación en aquel país.

En ese sentido, se puede mencionar la regla 17.1 de las Federal Rules of Criminal Procedure –"Pretrial Conference. On its own, or on a party's motion, the court may hold one or more pretrial conferences to promote a fair and expeditious trial. When a conference ends, the court must prepare and file a memorandum of any matters agreed to during the conference…"; "Conferencia previa al juicio.

Por sí mismo, o a petición de parte, el tribunal puede celebrar una o más conferencias previas al juicio para promover un juicio justo y rápido. Cuando finalice una conferencia, el tribunal deberá preparar y presentar un memorando de los asuntos acordados durante la conferencia…" (traducción libre). La norma está redactada en términos amplios para dar cabida a todo tipo de audiencias previas al juicio. O lo dispuesto en la regla 104 de las Federal Rules of Evidence, sobre audiencias vinculadas a cuestiones preliminares (pretrial), que se realizan sin la presencia del jurado).

Ya sobre mociones, conferencias o procedimientos Daubert, véase a modo de ejemplo este extracto del sitio web de la *U.S. District Court for the Northern District of Illinois:* "The hearing shall be limited to the issues raised in the Daubert motion, unless the Court indicates otherwise. Although the expert at issue will testify, the hearing is not a forum to develop the expert's testimony for any purpose other than evaluating its admissibility. The parties should avoid inquiry into undisputed issues of admissibility. The Court encourages the parties, where possible, to stipulate to any uncontested issues of admissibility, such as the expert's qualifications, prior to the hearing. The proponent of the expert is responsible for procuring the expert's attendance at the hearing" [154].

En una traducción libre: "Principios generales: La audiencia se limitará a las cuestiones planteadas en la moción Daubert, a menos que el Tribunal indique lo contrario. Aunque el perito en cuestión testificará, **la audiencia no es un foro para desarrollar el testimonio del perito con ningún otro propósito que no sea el de evaluar su admisibilidad. Las partes deben evitar la indagación sobre cuestiones de admisibilidad** no controvertidas. El Tribunal alienta a las partes, cuando sea posible, a estipular sobre cualquier cuestión de admisibilidad no controvertida, como las calificaciones del perito, antes de la audiencia. El proponente del perito es responsable de procurar su asistencia a la audiencia" (énfasis agregado).

Conforme se puede apreciar, el experto puede ser llamado a declarar en esta audiencia, pero sólo respecto de cuestiones vinculadas a la admisibilidad (esto es, los criterios Daubert). La audiencia se limitará a las cuestiones planteadas en la eventual moción, objeción u oposición Daubert, a menos que el juez o tribunal indique lo contrario o la información disponible en estos otros sitios web estadounidenses: "Hearings to determine the admissibility of opinion testimony on experts must be heard prior to the pretrial and can be time consuming. By statutory definition these hearings will be evidentiary in nature. Testimony will probably be required"[155]; "Las

[154] Recuperado de: https://www.ilnd.uscourts.gov/judge-cmp-detail.aspx?cmpid=952 (consultado el 9 de marzo de 2025).

[155] Thirteenth Judicial Circuit - Hillsborough County (Florida). Recuperado de: https://www.fljud13.org/Portals/0/Forms/pdfs/judges/IsomDaubertHearingProcedures%20.pdf (consultado el 9 de marzo de 2025).

audiencias para determinar la admisibilidad de los testimonios de opinión sobre peritos deben celebrarse antes de la vista preliminar y pueden llevar mucho tiempo. Por definición La prueba en el ámbito judicial se presenta como un instrumento esencial para trabajar en la obtención de conocimiento confiable, para sustentar la legitimidad institucional de las decisiones, conformando una barrera contra la arbitrariedad.

EL CONTROL DE LA PRUEBA: UNA "COLECCIÓN DE FILTROS"

Los filtros que se le imponen a la prueba se deben aplicar con carácter restrictivo, considerando el principio o máxima pro probatione, en cuya virtud es preferible incurrir en un exceso en la admisión de pruebas que en su inadmisión[158].

Pero esto no quiere decir que no existan filtros. Los filtros existen, y no se los debe dejar de aplicar (de lo contrario caeríamos en algo así como una especie de desuetudo). Se debe reconocer su existencia e interpretar su alcance (pudiendo existir distintas posiciones sobre qué significa cada filtro, así como sobre su alcance). Y también se debe debatir acerca de su aplicación al caso concreto: de lo general a lo particular.

Los filtros pueden ser institucionalmente muy relevantes, pueden involucrar incluso cuestiones que hacen a derechos fundamentales (como en algunos temas relacionados con la prueba ilícita), así como otros temas que son muy importantes, además, para una buena administración y gestión del proceso. Lo que no podría pasar es, por ejemplo, transformar en filtro aquello que no es filtro o motivo de exclusión de prueba, mientras el legislador no lo eleve claramente a esa categoría. Por supuesto que el derecho a la prueba no tiene carácter ilimitado y que se debe acomodar a las condiciones de normatividad impuestas[159], pero como todo límite o excepción, conviene interpretarlo de modo cuidadoso, cauteloso, eventualmente con carácter restrictivo.

Por esta razón entiendo que cabe esperar, además, una motivación reforzada, cuando se decide el rechazo o exclusión de prueba. En el caso de la prueba pericial, creo que se podría conseguir una motivación de más calidad si antes se permite o habilita un debate de más calidad. No quiero decir que haya en esto una correlación necesaria, pero si mejoramos y enriquecemos los debates, tenemos más chances de mejorar las decisiones.

Entiendo que hay que estar alerta y evitar la tentación de crear filtros ad-hoc, en especial cuando se debate acerca de cuestiones que hacen al futuro ingreso de la prueba en la etapa de juicio. Pero al mismo tiempo pienso que se puede dotar a la preparación del juicio de cierta flexibilidad. En este caso, la flexibilidad vendría dada por la metodología del debate, focalizando la discusión en audiencias o etapas de audiencias pensadas para intercambiar sobre la prueba pericial (no sobre la valoración de su contenido, sino sobre su admisibilidad en sentido amplio).

AUDIENCIAS PARA DEBATIR SOBRE LA INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL (AUDIENCIAS DAUBERT)

Antes de referir a las audiencias cuyo objeto sería habilitar el debate en torno a distintos aspectos de la prueba pericial vinculados a su admisibilidad (en sentido amplio), conducencia, idoneidad, etc., vale hacer algunas consideraciones generales acerca de los criterios empleados en el caso Daubert (Corte Suprema – Estados Unidos de Norteamérica), *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals,* Inc., 509 U.S. 579, 1993) y continuadores (entre los cuales la doctrina ha destacado los casos *General Electric Co. et al. v. Joiner et ux. del año 1997 y Kumho Tire Co., Ltd., et al. v. Carmichael et al.* del año 1998) [160].

---

[158] Respecto de la máxima pro probatione: ABEL LLUCH, Xavier, Derecho probatorio, Barcelona: Bosch, 2012, pp. 293-296. Aunque el autor aclara que la máxima no podrá aplicarse cuando los medios de prueba son manifiestamente impertinentes, inútiles o se han aportado extemporáneamente. Porque en esos casos no hay una duda respecto a si admitir o no la prueba (ob. cit., p. 295).

[159] PICÓ I JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona: Bosch, 2012, p. 180.

[160] SOBA BRACESCO, Ignacio M., La prueba testimonial y pericial, México: CEJI, 2023, pp. 449-ss.; VÁZQUEZ, Carmen, De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 128-ss.

Es a partir de dichos criterios Daubert que surge la denominación de estas audiencias. Aunque se trata sólo de una denominación que sirve para ilustrar o identificar con mayor facilidad el objeto peculiar de lo que debería ser el debate de estas cuestiones. Pero, por supuesto, no se trata de una denominación oficial (más bien todo lo contrario), vinculante, ni un tipo preceptivo de audiencia. Sin querer ser demasiado pretencioso en este aspecto, considero que puede ser útil a modo de recordatorio, para identificar el tipo de debate que se podría dar en estas audiencias. En realidad, resulta necesario efectuar una aclaración adicional: que se haga referencia a audiencias Daubert no quiere decir que la discusión se vaya a limitar a analizar si la prueba se ajusta o no a criterios como los de Daubert, los continuadores de Daubert, o criterio de admisibilidad y/o valoración postulados en otras sentencias o trabajos de doctrina. Es simplemente un espacio para el debate acerca de la admisibilidad (en sentido amplio) de la prueba pericial, resultando los de Daubert nada más que algunos de los criterios más famosos que se utilizan en la actualidad cuando abordamos esta temática.

En el conocido como caso Daubert, "...los demandantes, dos niños pequeños nacidos con malformaciones graves y sus padres alegaban que los daños se debían a que las madres de aquellos habían consumido Bendectin durante el embarazo. El laboratorio demandado negaba la causalidad y, en primera instancia, el Tribunal de Distrito, vistos los peritajes presentados por ambas partes, aplicó el canon de Frye, resolvió que las tesis de los demandantes no cumplían con el requisito de la aceptación general y rechazó su reclamación. La resolución fue confirmada en la apelación y los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo federal, que aceptó el caso"[161].

¿Cómo ha visto la jurisprudencia uruguaya la utilización de criterios como los de Daubert? Pues, a nivel vernáculo se los ha considerado básicamente como pautas para una valoración racional de la prueba pericial (más que para debatir acerca de la admisibilidad).

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia (para un caso civil), en sentencia n° 1117/2024, de 1 de octubre de 2024, ha señalado lo siguiente:

> "En la sentencia Nº 561/2023, la Suprema Corte se refirió a la utilidad del test Daubert como insumo para medir el rigor científico de un informe técnico. A pesar de no tener recepción legal expresa en nuestro ordenamiento, los criterios Daubert operan como un elemento orientador a la hora de escrutar y valorar la prueba científica producida en autos. Así, en la referida sentencia, este Cuerpo expresó: "En cuanto a la admisión, es claro que este tipo de criterios orientadores que inciden en la calidad y rigor de los dictámenes periciales quedan comprendidos en el concepto general de la sana crítica como criterio racional de la valoración de la prueba. La jurisprudencia, en el Derecho comparado, en el afamado caso 'Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.', fijó estándares de admisibilidad de las teorías o técnicas usadas. La sentencia Daubert supone un llamamiento a los jueces para que miren más críticamente las pruebas científicas antes de atribuir valor probatorio a sus resultados (cf. Gascón Abellán, M., 'Valoración de las pruebas científicas', en Gascón Abellán, M. (coord.), Argumentación jurídica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 419). En puridad, los criterios Daubert se convierten en aquello que, en realidad, estaban llamados a ser: simples factores orientadores en los que apoyarse a la hora de inadmitir una prueba y que, naturalmente, van a ser útiles en la elaboración de la motivación como datos para reforzarla, ya que ciertamente pueden ser empleados por el juez en su valoración, pero solo en la medida en que resulten muy evidentes o destaque extraordinariamente la ausencia de su mención en el dictamen (cf. Nieva Fenoll, J., 'Repensando Daubert: elementos de convicción que debe tener un buen dictamen', en Picó I Junoy, J. (dir.), Peritaje y prueba judicial, Bosch Editor, Barcelona 2017, págs. 92-93). Estos criterios refieren a: i) que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores, ii) que la

[161] SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, "Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales", Revista InDret, 1/2008, Barcelona, 2008, pp. 30-31. Recuperado de: https://indret.com/riesgos-dedesarrollo-y-evaluacion-judicial-del-caracter-cientifico-de-dictamenes-periciales/

técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada, iii) que el perito indique el grado de acierto de la técnica, iv) la justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica y v) consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica. Son criterios que fueron inicialmente concebidos para ser aplicados en la fase de admisión de la prueba, pero también pueden ser utilizados en fase de valoración de la prueba (cf. Nieva Fenoll, J, ídem, págs. 89-90)". La pericia de autos no cumple, siquiera en forma mínima, con ninguno de estos estándares. Al no haber explicitado la técnica empleada, ni los elementos de análisis de los que se valió, no es posible determinar algo tan elemental como si la técnica utilizada fue la adecuada para el accidente –según los criterios preponderantes en la ciencia accidentológica– o cuál es el margen de error que presentan sus conclusiones. En consecuencia, el apartamiento de la Sala respecto de las conclusiones del dictamen pericial en modo alguno puede ser calificado de ilegítimo ni apartado de las reglas de la lógica y la razón".

En la sentencia n° 561/2023, de 15 de junio de 2023 (que aparece citada por la propia Corte en el fallo que se viene de transcribir), la Suprema Corte de Justicia señala algunos matices entre los Ministros que la integran. Así, para la Ministra Martínez: "corresponde poner de manifiesto que el test Daubert es un insumo más para analizar el rigor científico del informe elaborado"; mientras que "En una posición gradualmente diferente, los Sres. Ministros Dres. Minvielle, Morales, Pérez y el redactor consideran que, aunque no tenga una recepción legislativa expresa, el estándar Daubert comprende criterios orientadores que sirven de base para un mayor escrutinio judicial de la calidad de la prueba científica con incidencia en la fase de admisión y de valoración de la prueba. En cuanto a la admisión, es claro que este tipo de criterios orientadores que inciden en la calidad y rigor de los dictámenes periciales, quedan comprendidos en el concepto general de sana crítica como criterio racional de valoración de la prueba" [162].

La implementación de audiencias tipo Daubert para determinar la admisibilidad de la prueba pericial es una opción viable para mejorar el control epistémico en los procesos judiciales. Como he dicho, esto permitiría excluir prueba pseudopericial antes del juicio, evitando la contaminación del acervo probatorio con información de baja calidad o conocimientos poco fiables.

Las Daubert hearings se emplean para debatir acerca de la admisión de la prueba pericial. Bajo este marco, el juez actúa como un gatekeeper que debe evaluar si deja pasar, de cara al juicio, la prueba que introducirán los expertos ofrecidos por las partes (o eventualmente la víctima). Para tomar la decisión de qué conocimiento experto se deja ingresar resulta necesario discutir, debatir. Porque la otra opción sería tomar la decisión de la admisibilidad (en sentido amplio), con carácter acrítico (más bien, sería una no-decisión, o un diferir los problemas para más adelante, cuando en realidad se podrían llegar a resolver antes).

Aun entendiendo que hay que actuar con mucha cautela en torno a la inclusión – exclusión de la prueba (ya que estos deben ser abordados con carácter restrictivo, para no afectar, por ejemplo, el derecho de defensa del imputado); en realidad sí se pueden dar algunas discusiones bastante razonables acerca de lo que se deja ingresar a juicio.

[162] No son muchas las referencias jurisprudenciales uruguayas a los criterios Daubert (al menos, si se consideran las sentencias que se pueden consultar en la Base de Jurisprudencia Nacional). La primera referencia se puede encontrar en la sentencia n° 1097/2019, de 25 de abril de 2019, de la Suprema Corte de Justicia. Aunque se podría considerar que se trata de una mención tangencial a los mencionados criterios, resulta significativa su inclusión en la jurisprudencia de la Corte.

[163] Aunque hay que tener cuidado con algunos criterios, que no es que sean del todo inútiles pero que pueden llevarnos a equivocaciones. Por ejemplo, el criterio vinculado a las credenciales del experto, que en otras ocasiones he considerado como bastante relevante, y que también la Suprema Corte de Justicia en su sent. n° 296/2021, de 14 de septiembre de 2021 (relativa a una pericia psicológica oficial, vinculada a un caso de delitos sexuales), destacó del siguiente modo: "Las condiciones personales del perito son relevantes porque, en buena medida, a mayor cualificación del experto, la calidad técnica del informe pericial seguramente será mayor". Ahora bien, de acuerdo con lo que se indica en el Informe PCAST: "ni la 'experiencia' ni el 'juicio personal' pueden utilizarse para establecer la validez científica y la fiabilidad de un método metrológico, como lo es un método de comparación de características forenses"; se puede considerar una falacia de confiar en la experiencia. Incluso suponer la validez o fiabilidad sobre la base de considerar aisladamente la capacitación del experto puede ser todavía un fundamento incluso más débil. Estoy de acuerdo con esto. Cfme., CONSEJO DE ASESORES DEL PRESIDENTE EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA (Estados Unidos de Norteamérica), "Informe al Presidente. Ciencia forense en los Tribunales Penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características" (Informe PCAST), en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 3, 2022, pp. 354 y 361, entre otras. Recuperado de: https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743.

Para eso es que pueden ser útiles los criterios Daubert o similares [163]. No para valorar lo que el perito puede aportar con su declaración en juicio respecto del caso; sino para discutir si la ciencia o la técnica en la que se basa la pericia ha sido probada y puede ser falsable[164]; si ha sido sometida a revisión y publicación en revistas científicas revisadas por pares; si posee una tasa de error conocida y estándares de control adecuados; o conocer el grado de aceptación general dentro de la comunidad o comunidades científica, técnicas, institucionales relevantes[165].

Ese conocimiento, además, debe ser fit, es decir, un conocimiento ajustado al caso: directamente relevante y concretamente útil para decidir sobre los hechos en debate.

En esta línea, la regla 702 de las Federal Rules of Evidence prevé, en lo pertinente, que un testigo que esté calificado como experto por su conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o educación, puede testificar si la parte proponente demuestra ante el tribunal que es más probable que no que:

(a) el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado del experto ayudará al juzgador a entender la prueba o a determinar un hecho en cuestión; (b) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes; (c) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables; y

(d) la opinión del experto refleja una aplicación confiable de los principios y métodos a los hechos del caso.

Destaco la diligencia ab initio que se les exige a los litigantes, la carga de probar la idoneidad epistémica (prueba de calidad y fiable), bajo un estándar específico para esta discusión: que es más probable que no (more likely than not) que se cumple con los requisitos que exigen las reglas de evidencia, de cara a la incorporación de esta prueba en juicio.

Quizás, para algunos, todo esto nos puede conducir a exigir demasiado a los litigantes, o nos puede llevar a asumir una perspectiva demasiado epistemológica, pero ¿por qué no exigir cierta diligencia a la parte que ofrece la prueba que acredite que se cumple con ciertos extremos? , ¿existe otro modo de controlar su admisibilidad y/o valorar de modo serio, responsable y racional las pericias?

¿Podemos tomar nuestras decisiones en el proceso a espaldas de una perspectiva epistemológica? Todo parece indicar que no. Que al menos en algún punto el abordaje epistemológico es necesario.

Esto, a mi entender, se relaciona también con la discusión de la conducencia [167].

---

[164] No pretendo desarrollar aquí todos estos temas que he tratado en otras oportunidades, y que ameritan un análisis especial, pero que escapa del objeto del presente trabajo. Sin embargo, vale advertir que la definición de ciencia no es única, sino que es un concepto contextual, un fenómeno también histórico. Todo conocimiento, incluido el científico, está situado en el tiempo y en el espacio. Hay conocimiento derivado de las ciencias que pierde su estatus de "conocimiento científico" debido al progreso científico.

[165] En el caso del consenso, la aceptación general, también estamos ante un criterio o factor importante, pero no excluyente ni determinante por sí sólo de la validez o fiabilidad. Se puede tomar como una guía (como también sucede con los otros criterios), pero no es suficiente por sí solo ya que además de la existencia de un eventual consenso tenemos que acceder, conocer y entender el respaldo empírico de lo afirmado por los expertos (el consenso, por sí solo, no es sinónimo de fiabilidad, y eso se ve claramente cuando son muchos los que se equivocan en algo). El respaldo empírico no surge de sumar opiniones o puntos de vista, surge de experimentos e investigaciones llevados a cabo bajo ciertos estándares científico-técnicos.

[166] Sobre la diligencia que se espera de los litigantes en materia de prueba (aunque vinculado a la prueba electrónica o digital): SOBA BRACESCO, Ignacio M., "Prueba electrónica ¿debemos exigir más diligencia a los litigantes?", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/2024, Montevideo: FCU, 2024, pp. 115-118. Recuperado de:

https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudp/article/view/4823

[167] Véase TARUFFO, Michele, La prueba, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 283. Haack, en tanto, recuerda que luego de la decisión Daubert una vez devuelto el expediente por parte de la Corte Suprema, el Juez Federal Kozinski revisó la lista de indicios (flexible) de fiabilidad de la Corte Suprema y propuso un nuevo "factor Daubert": "...si el testimonio experto ofrecido se basa en investigación emprendida en el curso normal de la actividad científica o en investigación realizada específicamente con orientación al litigio..." (ob. cit., p. .269). Kozinski entendió que la ciencia realizada en forma independiente a las necesidades procesales resultaría más fiable que la ciencia orientada al litigio (aunque excluye al ADN), porque es menos probable que las investigaciones se encuentren sesgadas hacia una (pre)determinada conclusión, dada una promesa de remuneración; y porque la investigación independiente normalmente se autoexige y cuenta con exigencias que vienen dadas de la necesidad de obtención de financiamiento y apoyo institucional (ob. cit., p. 270 - aunque en este punto, agrego, habría también que estar muy atentos a los conflictos de interés). Precisamente, esto del financiamiento fue alegado por los abogados de los demandantes en el caso Blum también contra Merrell Dow (la farmacéutica del Bendectin), señalando que el supuesto consenso científico que planteaban los expertos de la demandada había sido creado artificialmente a través de la financiacióny de la publicación en revistas con referato cuestionable (ob. cit., p. 273). Cfme., HAACK, Susan, Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas, Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 263 y ss. (capítulo titulado: ¿Qué hay de malo enciencia orientada al litigio?).

Es que la conducencia se vincula a cuestiones de idoneidad de la prueba. En casos de manifiesta inidoneidad se podría llegar a excluir la prueba si se considera que esto se encuentra relacionado, además, con evitar actividades probatorias inútiles, el ingreso de prueba innecesaria o dilatoria al juicio. Para poner un ejemplo (adicional a lo que será considerado en el capítulo siguiente): que se pretenda la declaración de un experto que hubiese realizado una pericia de tipo grafológico para acreditar ciertos hechos vinculados con la personalidad de una determinada persona[169]. Esto se podría llegar a considerar manifiestamente inconducente, en tanto inidóneo, porque nada podría aportar acerca de esa cuestión. Y por esa misma razón, se podría tratar también como prueba innecesaria o dilatoria.

No en todos los procesos tendríamos que tener audiencias de este tipo. La gestión especial de problemas atinentes a la prueba pericial se podría reservar para casos excepcionales, o especialmente complejos, como forma de reforzar la discusión de ciertos tópicos en audiencias que focalicen o centralicen el debate pericial. Esto puede permitir a las partes un mejor control en la etapa intermedia del proceso, evitando el ingreso de pseudopericias o pericias pseudocientíficas, minimizando las chances de que estas puedan influir en la decisión final (con el impacto que esto puede tener en temas como el error judicial). No sólo permitiría excluir prueba de baja calidad, sino que fortalecería la calidad de la prueba pericial aceptada en el proceso.

ALGUNOS EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

Referiré a dos casos. Uno en el que la prueba es ofrecida por la defensa de los imputados y otra en la cual la prueba fue ofrecida por la fiscalía.

En el caso del **Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno, la sentencia interlocutoria n° 63/2024** (con una interesante discordia del Ministro Alberto Reyes), nos deja un pronunciamiento sumamente ilustrativo, acerca de una pericia a cargo de un médico legista mediante la cual se pretende determinar la edad de la víctima a través de fotografías.

Si bien surge del texto de la sentencia que existió debate (precisamente, la apelación se ubica durante la audiencia intermedia de control de acusación), entiendo que se podría haber focalizado mucho más, incluso citando a declarar al perito acerca de cuestiones vinculadas con los criterios Daubert. A continuación transcribiré algunos pasajes de la sentencia de segunda instancia.

> Allí se dice que en primera instancia la resolución, que se recurre, dispuso lo siguiente: "Ante la oposición de la Fiscalía y Defensas de las víctimas, escuchadas a las partes en el debate respectivo, por los fundamentos que se han expuesto oralmente y lo previsto en los artículos 140.2, 144, 178 y 268.2 del CPP, es que DISPONGO: Admítese la siguiente prueba pericial ofrecidas por las Defensas de los acusados J.J., G.G., I.I., L.L., O.O., P.P., Ñ.Ñ. y F.F.. Declaración del Dr. G.L, médico legista, domiciliado en ..., quien depondrá desde su experticia acerca de la pericia que realizó sobre la apariencia física de las víctimas a efectos de determinar su edad al momento de los hechos. Exclúyese expresamente del objeto de la declaración del perito todos los demás aspectos de su informe de fecha 11/2/2023 ajenos a su experticia y a lo que ha determinado en la presente resolución como objeto de la misma". [168]

[168] Esto es, la idoneidad (o inidoneidad) de la prueba desde un punto de vista material, para acreditar determinados (enunciados sobre) hechos en un caso concreto. En esa línea: ABAL OLIÚ, Alejandro, "Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesariedad de los medios probatorios", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 3-4/2010, Montevideo: FCU, pp.781785.

[169] Sobre este tipo de pericias: CANDO SHEVCHUKOVA, "La prueba grafotécnica: fundamentos, validez y fiabilidad", en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 4, 2023, pp. 275-303. Recuperado de: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22841.

El Tribunal, en tanto, cita los argumentos de la fiscalía y abogados de las víctimas que se oponen al peritaje: "El perito hace un análisis de cuestiones que se encuentran en la carpeta investigativa, cuestiones que hacen parte al proceso o a causas ya concluidas vinculadas a la investigación, que no tienen relación con una idoneidad específica, sacando conclusiones de todo ese material, ajenas por completo al objeto de la pericia y a su función específica. A vía de ejemplo, algunos de los elementos que analizó fueron los sobreseimientos dispuestos y los aspectos que Fiscalía tuvo en cuenta para ello.

Analiza criterios que tuvo en cuenta la Fiscalía al investigar o sobreseer, al punto que hasta hace una valoración de la ley (que el perito cuestiona). Lo que hace por tanto es una análisis de la prueba que no le corresponde, pero además hace un análisis de temas y situaciones incluidas en la carpeta investigativa que no pueden ingresar a juicio, lo que hace que por vía oblicua con su declaración o los anexos que indica en su informe pericial. Incluso, siendo médico, analiza los perfiles psicológicos de las víctimas, haciendo una suerte de metapericia de sus pericias psicológicas, para lo cual no está calificado, siendo que es Doctor en Medicina. A fs. 42 establece el Dr. G. L. en su informe que para pronunciarse tuvo en cuenta: 'declaraciones anticipadas de las presuntas víctimas, fotografías y videos extraídos de redes sociales u obrantes en celulares periciados, chats o conversaciones de presuntas víctimas con acusados, otros imputados, terceros o entre las mismas jóvenes. Información de las redes sociales o páginas web para mayores de edad donde contrataban los acusados, otros imputados o condenados y otras personas que participaban en esas redes'.- Asimismo, en las pp. 43 a 58 del informe, señala: 'Analizaré el objeto del peritaje solicitado, el comportamiento de las jóvenes desarrollado en redes sociales para mayores de edad, como las imágenes obrantes en fotos y videos de la época de los hechos para evaluar su apariencia física y gestual. Los mensajes de texto y chats intercambiados con acusados, imputados, terceros y amistades de ellas, contrastada con sus declaraciones anticipadas, así como con sus perfiles psicológicos relevados'.- A partir de allí -sin ser psiquiatra ni psicólogo- hace referencias y aborda temas que son netamente psicológicos, valorando los informes psicológicos realizados a las víctimas y los trastornos límites de personalidad que padecen, donde incluye el examen de la autopsia psicológica de A.A., naturalmente que sin poseer idoneidad alguna en dicha materia. Aparte de incursionar en temas que no le corresponde valorar o extraer conclusiones, como ser la declaración anticipada de la víctimas, sino -en exclusiva- al juez de juicio, haciendo incluso mención a testimonios que brindó una de las víctimas (C.C.) en Fiscalía, las que, por ende, no pueden ingresar al juicio, como oblicuamente así se lo pretende, en infracción de lo dispuesto por los arts. 59 y 271 NCPP.- En igual sentido se pronuncia cuando analiza y valora las conversaciones a que se alude (algunas que solo obran en la carpeta investigativa y no están ingresadas), para lo cual ciertamente tampoco tiene la menor experticia. En ese afán -entre muchos otros- llega al extremo de valorar la declaración de C.C., analizando si hubo adiestramiento a su respecto. Lo que nada tiene que ver con la apariencia de las víctimas o su comportamiento (aquello para lo que fue propuesto), incursionando en un análisis que solo al juez corresponde. Entre un sinfín de interpretaciones y conclusiones personales que extrae de valorar a su modo las distintas evidencias que examina. Culminado este extenso introito, en el que aborda cuestiones en las que no es especialista, que son claramente ajenas al objeto del proceso y a la pericia, o que sencillamente no le corresponde analizar o valorar y que debería ser excluido de plano por impertinente, inidóneo e inconducente, recién en la pág. 70 aborda el tema de la apariencia física de las víctimas. En este capítulo, el perito formula conclusiones indicando que se muestran mayores por cuanto hace años que emplean técnicas de embellecimiento que lo permiten, pero sin constatación alguna que así lo hubieran hecho. Pero el empleo de estos tratamientos tampoco demuestra que ello haya influido en el accionar de los imputados. No hay un solo elemento que permita concluir que hubo algún examen personal, alguna entrevista, algún contacto con las víctimas, con los cuales el perito haya podido realizar una pericia o aplicar técnicas para llegar a determinar si las víctimas podían demostrar una apariencia de mayor edad ante los imputados. Además, en el

informe se estarían incorporando imágenes (fotografías) de la carpeta investigativa, valorando e ingresando en forma oblicua al juicio parte de su contenido. Empleando imágenes de dos de ellas cuando eran mayores de edad, partiendo así de postulados erróneos. Tampoco señala cual es la metodología empleada para llegar a sus conclusiones, solo hace mención a fotos incluidas en distintos anexos, pero no realiza ninguna operación o técnica para determinar como médico cual era la apariencia física de las víctimas, sino que se basa en todo lo anterior y hace una comparación de fotografías, sin periciar a las víctimas o hacerle algún estudio de los que el médico forense requiere para determinar la edad de una persona. Limitándose a hacer referencia a una bibliografía que formó parte del anexo que incorpora, que hace mención a que cuando en España, dada la situación de emigración, no se puede determinar la edad de los migrantes, se estableció la manera de cómo debería proceder el médico forense para establecer su edad, estableciendo las técnicas que deben emplearse para ello por los médicos y no los imputados. Así hace referencia a distintos métodos, a saber: estudio radiográfico de la mano izquierda (edad ósea), estudios radiográficos de molares (edad dental), observación de vello púbico, u otros parámetros similares. Pero el perito no desarrolló ninguna de esas técnicas por cuanto nunca perició a las víctimas. Por ende, no hay una pericia, sino un análisis de la carpeta investigativa, la formulación de conclusiones de un perito que no tiene idoneidad alguna en los temas en los que incursiona, pues se limita a plantear simples pareceres subjetivos en tal sentido, a los que llega luego de comparar y valorar fundamentalmente fotos y videos de las víctimas. En la pág. 77 expresa sus conclusiones, donde llega a inferencias subjetivas sin respaldo, a todas luces prejuiciosas, estigmatizantes y prohibidas por la Ley No. 19.580 (art. 46), a la vez que ajenas -por completo- a su especialidad. En suma, la prueba propuesta es ilegal, pero sobre todo inconducente, por su inidoneidad para acreditar lo que la Defensa pretende".

Esta extensa transcripción marca a las claras que se trataba de una pericia o supuesta pericia que había que considerar con mucha cautela, dado los términos en que había sido planteado el debate.

De todo lo expresado, emergen lo que serían omisiones y excesos del perito. Se pueden mencionar algunos relativos a la inidoneidad, a problemas metodológicos y a cómo el perito habría excedido su rol en el proceso. Todo esto fue considerado de forma ajustada como parte de los agravios.

Por otro lado, también se resume en la sentencia comentada lo señalado por los abogados defensores de los imputados al contestar estos agravios.

Basándome para esta reflexión únicamente en lo que surge de la sentencia de segunda instancia (lo que podría significar una visión parcial de algo mucho más extenso y complejo), entiendo que no surge claro que se haya logrado explicar algunas cuestiones vinculadas a la idoneidad, a la especialidad del perito y a la metodología. Se dice, en la argumentación de los defensores, que la idoneidad es clara, y algo así como que se bastardea el concepto de medicina forense, o que la idoneidad del perito estaría ínsita en la labor de un médico forense. Se expresa, además, que el perito se basó en imágenes de las víctimas que emergen de distintos lugares (teléfonos, de prueba ingresada, de la carpeta investigativa, redes sociales, etc.).

Pienso que estos argumentos estarían dando por sentado algunos de los tópicos que justamente hay que debatir, y que se quedan de algún modo en la superficie (repito: por lo menos, de lo que surge de la sentencia). Asumen que la medicina forense es una disciplina que permite hacer este tipo de pericias, pero no surge claro el fundamento de por qué sería así. También, y esto me parece más relevante aún, se hace referencia a una supuesta metodología, pero no se habría desarrollado, por ejemplo, ningún aspecto relevante vinculado a su supuesta validez y fiabilidad.

El Tribunal, en tanto, comparte lo expresado en primera instancia, o sea: comparte que se excluya una parte de la pericia y que se admita otra. Señala el Tribunal al decidir la apelación: "...es valor entendido, el perito (un médico legista en este caso) que auxilia a la parte que lo

propone en la materia de su especialidad, debe limitarse a describir los datos o rastros que su ciencia le permite percibir, o dejar constancia de la inexistencia de elementos anómalos, con las consideraciones científicas que pudieran corresponder, pero dejando al juez la valoración de esas conclusiones en el conjunto del material probatorio incorporado al proceso. Pues, como es sabido, la pericia no debe versar sobre cuestiones jurídicas, en tanto el perito no es quien define la cuestión, sino quien aporta su saber para que el Juez pueda llegar a una definición (...). En este marco, a la luz de las resultancias del intenso debate argumentativo producido, el Tribunal no puede más que coincidir en la exclusión resuelta por la Sede de instancia, de todas aquellas consideraciones que aborda el informe pericial y que no le corresponde hacer a él sino al juez. Así como con la exclusión de todos aquellos tramos en los que el Dr. López ingresa e implican una clara intromisión en aspectos y tópicos ajenos a su experticia, en los que formula consideraciones, valoraciones y alegaciones que nada tienen que ver con la función concreta y específica para la cual habrá de ser llamado a exponer durante el juicio..."

Más adelante agrega: "Finalmente, en lo que toca a la parte que admitió el ingreso de la pericia con la exclusiva finalidad de que el perito pueda deponer 'desde su experticia acerca de la pericia que realizó sobre la apariencia física de las víctimas a efectos de determinar su edad al momento de los hechos', con la amplitud de miras que es necesario mantener en la evaluación de este tipo de cuestiones, en tanto dicho tópico gira en torno a la teoría del caso de las Defensas y la causa de inculpabilidad invocada (existencia de un error de hecho, art. 22 CP), la Sala no advierte razón para cuestionar lo que de manera prudente y sensata aceptó la anterior instancia, que la consideró pertinente y conducente.

Más allá de las obvias dificultades que en el caso se verifican para su realización (por el tiempo transcurrido, la prohibición legal de someter a las víctimas a exámenes o constataciones que directa o indirectamente traigan consigo algún grado de revictimización, u otros factores análogos), la pericia, en este aspecto, desde que se realizó en base a la comparación de imágenes de las víctimas, corresponde verla como un insumo de valor para el juez de juicio, que no admite el cercenamiento liminar por el que aboga la parte apelante".

De todo lo señalado surge que el debate sí existió. Pienso que fue planteado, pero que no fue abordado de manera integral y en toda su complejidad por el Tribunal. Este caso deja a la luz que quizás el debate podría haber sido de otra naturaleza, todavía más focalizado y profundo, si se hubiese aceptado lo que aquí se propone: esto es, que antes del juicio el perito sea interrogado y contrainterrogado acerca de los temas propios de la admisibilidad (en sentido amplio) de la prueba. No sobre los temas de fondo o sustancia de la pericia, sino acerca de las cuestiones, por ejemplo, atinentes a la especialidad del perito, la metodología (u otras cuestiones propias de criterios como Daubert). Esto se podría dar, como he dicho, en la propia audiencia intermedia (de control de acusación).

También, porque no, y lo digo al pasar, se podría llegar a plantear el ofrecimiento y diligenciamiento de una metapericia para descartar la admisibilidad de un peritaje pseudocientífico, en esta etapa previa al juicio. No una metapericia de juicio (que se podría realizar, sin duda); más bien una metapericia de admisibilidad.

Entiendo que la posición correcta es la explicitada en la discordia del Ministro Alberto Reyes, donde se menciona la cuestión de la conducencia y de la relevancia de los filtros para dejar pasar únicamente prueba de calidad al juicio. Dice la discordia: "Esta pericia admitida es manifiestamente inconducente, de acuerdo con el principal insumo tomado en cuenta para el informe, destinado precisamente a ponderar su admisibilidad en sede de pertinencia. El sentido común o la experiencia indican que por más calificado que esté el legista, la Medicina legal no es idónea para detectar apariencias de edad en base a fotos y comportamientos, distinguiendo si la víctima tenía 17 o 18 años al momento de los hechos. No se reserva el pronunciamiento experto a una pericia antropométrica sino a las impresiones subjetivas del profesional ofrecido, cuya experticia refiere a otros ámbitos del conocimiento médico. Por esta misma consideración,

esto es, imposibilidad de objetivar un resultado empírico como se pretende, la Sala no autorizó el ingreso de fotografías a cotejar por el juez de juicio, diciendo en una que pertenece al mismo redactor de la presente: '...no se entiende cómo el ingreso de la toma fotográfica identificada con letra C, donde la joven, ya mayor, aparece junto al hoy condenado B.B. participando de un festejo de cumpleaños, tiempo después de que cesara su vínculo con P.P. (siendo menor), pueda mantener alguna relación, siquiera ínfima, con el thema decidendum. A la vez que tampoco se la puede considerar conducente. Desde que es evidente su falta de idoneidad para probar aquello que se pretende (desacreditar las afirmaciones que brindó la joven cuando declaró anticipadamente), imponiendo al juez de juicio la obligación de realizar una comparación en base a imágenes tomadas en épocas y circunstancias distintas, para la cual no está llamado, ni capacitado'...".

Esta discordia permite considerar como el debate sí se puede dar en términos de conducencia. Algunas de las preguntas que nos podemos hacer en este caso y otros de similar naturaleza son: ¿hay una especialidad que —mediante una metodología de calidad, válida y fiable— pueda calibrar las expectativas sociales sobre ciertos tipos de apariencias de las personas? ¿cuál es la base empírica que sustenta la calidad, validez y fiabilidad de esa metodología concreta? ¿hay márgenes de error? ¿hay un estándar social o cultural de asignación de edad? ¿cuál es, cómo se determina, quién lo determina, etc.?

Como surge del citado Informe PCAST, los estudios de "unicidad", los estudios "comparativos", que se centran en las propiedades y características en sí mismas, no aportan nada más que una comparación fruto de una opinión sin base metodológica. Por ejemplo, decir que "m" únicamente puede adjudicarse a "f" no dice nada acerca del método utilizado. Es que el método, cualquiera sea (pero que se tiene que identificar), siempre se tiene que respaldar en estudios empíricos: "la afirmación de que dos objetos tras ser comparados presenten las mismas propiedades (longitud, peso o patrón dactiloscópico) carece de sentido si no existe información cuantitativa sobre la fiabilidad del proceso de comparación"[170].

Creo que todo esto, además, se relaciona con la cuestión (que ya fue planteada en el capítulo anterior), de qué diligencia mínima le exigimos a la parte que ofrece la prueba pericial en cuanto a la validez y fiabilidad de los métodos. Como dice la regla n° 702 de las Federal Rules of Evidence, será carga de quien ofrece el testimonio del experto acreditar que es más probable que improbable que se cumplen las exigencias de admisibilidad.

Hay que tener mucho cuidado con aquellas pseudopericias meramente opinativas[171], que se basan en suposiciones sin respaldo empírico. Es a este tipo de pericias que van dedicadas muchas de las preocupaciones manifestadas a lo largo del presente trabajo, en la búsqueda de fortalecer ciertos debates, y de mejores insumos para que los jueces puedan tomar decisiones sin incurrir en errores. Dejar pasar prueba de calidad (y, por tanto, no dejar pasar aquella que no cumple ciertos estándares mínimos), también es un mecanismo de prevención del error judicial.

La otra sentencia a considerar es de la **Suprema Corte de Justicia. Se trata del pronunciamiento n° 1371/2024,** de 7 de noviembre de 2024. Un caso doloroso, por cierto, pero que conforme plantea la defensa (creo que con acierto), muy cuestionable desde el punto de vista de las resultancias de la condena penal.

En el caso se condena a dos personas por el delito de homicidio. Se discute si existió o no vida extrauterina o si se trató más bien de una emergencia de tipo obstétrico.

---

[170] CONSEJO DE ASESORES DEL PRESIDENTE EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA (Estados Unidos de Norteamérica),"Informe al Presidente. Ciencia forense en los Tribunales Penales: asegurando la validez científica de los métodos forensesbasados en comparación de características" (Informe PCAST), en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 3, 2022, p. 363. Recuperado de: https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743.

[171] El art. 17 de la Ley N° 19.286 (Código de Ética Médica) establece: "El médico debe distinguir los hechos científicamente aceptados, de sus opiniones o convicciones personales, dada su importante influencia en el pensar y el sentir social". Me parecemuy ilustrativo, aunque —conforme lo dicho en otros pasajes del presente trabajo— también hay espacio para debatir sobre qué se entiende por hechos científicamente aceptados.

La defensa interpone el recurso de casación cuestionando la prueba de cargo en la que se basó la fiscalía. Si en el caso anterior el cuestionamiento recae en la declaración de un experto propuesto por las defensas, aquí se cuestiona lo que se dice es prueba pseudocientífica propuesta por la fiscalía. En realidad, no importa tanto quien proponga las pruebas. Este caso y el anterior sirven para centrarnos en las discusiones, más allá del nexo de "pertenencia" original de la prueba con alguna de las partes. Volviendo a lo señalado en el recurso de casación, se dice que: *"La Sala basó la prueba del tipo objetivo del delito de homicidio en dos docimasias (hidrostática e histológica). No se adecuó la valoración de la prueba a las reglas de la sana crítica en cuanto al supuesto nacimiento con vida. Es irracional que la Sala reconozca que es un procedimiento conocido por Galeno –que falleció en el siglo III- y, al mismo tiempo, no repare que desde entonces transcurrieron 1800 años. Se trata de una técnica que la comunidad científica desacreditó en el Siglo XX. Aunque se realice correctamente, igualmente, no permite llegar al resultado pretendido. El Tribunal valoró arbitrariamente la prueba pericial y testimonial de los dos médicos especialistas, Dres. DD y EE, quienes fueron interrogados durante el juicio respecto a la técnica empleada. Expresamente, los profesionales afirmaron que la docimasia hidrostática es rudimentaria, sin rigor científico, con falsos positivos, falsos negativos y que no refleja si el recién nacido respiró"*[172].

Más adelante se reseña la conclusión de la defensa: *"...las docimasias hidrostática e histológica son las pruebas que se utilizaron como fundamento y no alcanzaron el umbral de certeza o suficiencia probatoria. La evidencia introducida al debate puso en tela de juicio la certeza sobre el nacimiento con vida y, sin embargo, fue ignorada en algunos casos y absurdamente valorada en otros. A BB se la condenó a pesar de que las pruebas no eran plenas y existen dudas razonables".*

La Corte, en tanto, rechaza la casación a partir de argumentos que entiendo no ofrecen solidez desde el punto de vista de la validez y fiabilidad de la técnica empleada.

Se cita al Fiscal de Corte, que dictaminó en el caso, para expresar que si bien la técnica no ofrece certeza absoluta, "su aplicación es válida y se sigue utilizando en la medicina forense, tanto en nuestro país como en otros". Dos o tres comentarios respecto de esto: no ofrece certeza absoluta y, al mismo tiempo, no indica el margen de error (que quizás pueda ser desde muy significativo a mínimo, pero no se indica y mucho menos se respalda en datos); luego, parece que se infiere del uso en el país la validez de la técnica. La validez de una técnica se sustenta en estudios empíricos, no en el uso. El uso indica frecuencia, pero nada más. Y que sea en el país, indica que tampoco se sabe que sucede a nivel de las distintas comunidades regionales e internacionales de medicina (forense, obstétrica, vinculadas a la anatomía patológica, etc.).

Añade la Corte: "Las conclusiones probatorias se basaron en técnicas empleadas en el concierto científico nacional e internacional y el nivel de fiabilidad debe enmarcarse en el conjunto del acervo probatorio reunido en obrados. Es más, las conclusiones no desatienden los procedimientos y consensos alcanzados en la disciplina por la comunidad científica". A mi entender, este tipo de manifestaciones no pasa de la generalidad de su expresión, sin señalar nada concreto.

---

[172] La defensa entiende que —según el fallo casatorio— que "el Tribunal concluyó sobre la existencia de vida extrauterina, teniendo en consideración el estudio de la anatomía patológica que se introdujo en juicio oral mediante el testimonio de la Dra. DD. Pese a ello, el órgano de alzada no advirtió que la anatomía patológica de fecha 1º de julio de 2022, 101 días después de los hechos, carece de garantías sobre la cadena de custodia (quién, cuándo y dónde se entregó el material, las condiciones de conservación para el estudio microscópico). Con lo cual, la prueba es de baja calidad y resta certeza para establecer el nacimiento con vida. Tampoco se advirtió que hubo una ventana de 19 horas en las que habría permanecido el cuerpo en el piso de la cabaña, lo que genera una duda razonable sobre la descomposición, aunque microscópica, del cadáver que pudiera haber afectado el resultado de la prueba. Esta prueba de baja calidad sirvió de sustento para elaborar las conclusiones a la Dra. DD para la ampliación de su informe, donde afirmó que existió muerte por asfixia. Sostuvo que la docimasia histológica mediante anatomía patológica es una técnica que no permite probar la vida extra uterina y lo que acredita son circunstancias que podrían atribuirse a causas distintas del nacimiento con vida". Según surge de los resultandos del pronunciamiento, la defensa habría realizado lo que a mi criterio es un examen bastante cuidadoso y contundente de las declaraciones aportadas por los médicos DD y EE.

Es, además, cuestionable, y posiblemente equivocada la inversión de la carga de la prueba a la que refiere la Corte en un párrafo: "Razón por la cual, de más está decir que si la recurrente pretendía demostrar la nula fiabilidad o eficacia probatoria de los procedimientos técnicos utilizados por el profesional interviniente debió –y no lo hizo demostrar qué procedimientos en la materia son los más idóneos y rigurosos para arribar a dicho resultado y que, en el caso, se hubieren omitido". Si volvemos a lo referido en la regla 702 de las Federal Rules of Evidence, es carga o deber del sujeto que ofrece el testimonio del experto, probar que es más probable que improbable que el conocimiento que se pretende volcar al proceso cumple con los estándares mínimos de calidad para ser considerado como prueba.

Por su parte, el Ministro Pérez señala: "La técnica utilizada por la perito, fue la realización de una docimasia pulmonar hidrostática como histológica. Tal técnica consiste en colocar en agua, los órganos de la caja torácica (corazón, timo, pulmones) a los efectos de establecer si hubo respiración, dando en el caso concreto un resultado positivo. A su vez, en forma coadyuvante se realizó por parte de la perito un 'examen táctil de los pulmones', que permitió acreditar la existencia de crepitaciones que son comunes en un pulmón que llego a respirar. Si bien el agravio articulado refiere a que las técnicas empleadas son rudimentarias y brindan falsos positivos, de la declaración de DD surge que su aplicación es válida y se sigue usando en la medicina forense de nuestro país y de otros. La tesis de la Defensa, en cuanto a criticar la técnica utilizada por la perito, no es de recibo. Sobre lo medular, la Corte ha sostenido que 'no puede obviarse que no existe un modelo normativizado de buenas prácticas ni horas de formación curricular exigible para determinar la idoneidad del perito a la hora de realizar su trabajo. Es correcto que la idoneidad del perito se encuentra relacionada estrechamente con la cuestión de la fiabilidad del peritaje y puede, también, repercutir en la valoración de la prueba (cf. SOBA BRACESCO, Ignacio M.: Estudios sobre la prueba testimonial y pericial, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, pág. 319)...".

No pretendo reiterar lo que ya he expresado antes, sin embargo entiendo pertinente un comentario adicional, ya que allí se hace mención a algunas consideraciones efectuadas por mi parte hace algunos años. Efectivamente eso que se dice en el fallo lo señalé en la obra citada; no obstante creo que admite ser complementado por comentarios y consideraciones adicionales.

La idoneidad del perito incide en la fiabilidad. Obviamente que en alguna medida sí, pero no tiene el papel determinante o protagónico que se puede creer inicialmente. Así, tener personas sin ningún tipo de formación y/o capacitación puede hacer del peritaje algo con chances más remotas de fiabilidad. Pero no estamos ante una cuestión que sea en ese sentido definitiva. Todo lo contrario: no es suficiente valorar sólo la idoneidad del perito. Podemos estar ante peritos que en otros casos han demostrado ser muy idóneos, o que tienen una gran trayectoria, se han capacitado y tienen experiencia, pero eso no nos dice nada acerca de la técnica o método empleado (en esta línea también se expresa el informe PCAST conforme lo ya mencionado – en particular, nota al pie n° 11). Entiendo es necesario analizar, independientemente del perito que la aplique, la validez y la fiabilidad de la técnica o de la metodología empleada.

REFLEXIONES FINALES

El proceso judicial debe equilibrar (o intentar neutralizar) la deferencia al conocimiento experto con una vigilancia epistémica y un control que a la vez puede resultar riguroso y cauteloso. Un abordaje mínimamente epistemológico es necesario.

En ese sentido, hay que tratar de evitar el ingreso al proceso de pseudociencias, ciencia basura (junk science), pseudoconocimiento, conocimiento de baja calidad, charlatanería, etc. En el caso de la pseudociencia hablamos de un conjunto de creencias que se enmascaran bajo el aparente uso de un método científico, pero que a pesar de su apariencia científica, no son verificables, contrastables, no se sustentan en evidencia empírica de calidad.

Por estos motivos es relevante identificar criterios para evaluar los contenidos y la fiabilidad de lo informado. Por ejemplo, para comprobar si las afirmaciones hechas por el experto han sido sometidas a pruebas o verificaciones empírica; para apreciar el margen o tasa de error (y así tomar precauciones ante errores significativos, o directamente enfrentarnos al problema que realmente significa no conocer márgenes de error). También debemos discutir y analizar si lo que pretende explicar el perito en juicio cuenta con la aceptación general —dentro de la comunidad o comunidades cognitivas relevantes— (sin que esto sea un criterio determinante, como tampoco lo son los otros); considerar la cantidad y calidad de las publicaciones revisadas por pares en las que el experto basa su informe, etc.

Estos debates se podrían dar sobre la base de una buena oralidad argumentativa, un contradictorio serio, profundo, pero aquí se propone dar un paso más e instrumentar en el ordenamiento jurídico uruguayo audiencias (o etapas específicas dentro de la audiencia intermedia) para discutir la admsibilidad (en sentido amplio) o conducencia de la prueba pericial. A esto lo he denominado audiencias Daubert. Se trata de convocar a los peritos no para que declaren lo que deberían declarar en juicio, sino para que declaren sobre aspectos vinculados a la idoneidad epistémica de su pericia.

Estas instancias específicas podrían incrementar la calidad de los controles, y contribuir de ese modo a fortalecer la fiabilidad de la prueba pericial de cara a su posterior utilización en juicio. Podrían ayudar a mitigar errores que se pueden llegar a dar cuando se confía en prueba pericial de baja calidad o en el informe de pseudoexpertos. Como se puede apreciar, este tema también hace a la prevención del error judicial, por su impacto en las decisiones judiciales que se toman en los distintos procesos penales que requieren el aporte de información extrajurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ABAL OLIÚ, Alejandro, “Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesariedad de los medios probatorios”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 3-4/2010, Montevideo: FCU, pp.781-785.

ABEL LLUCH, Xavier, Derecho probatorio, Barcelona: Bosch, 2012.

CANDO SHEVCHUKOVA, “La prueba grafotécnica: fundamentos, validez y fiabilidad”, en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 4, 2023, pp. 275-303. Recuperado de: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22841.

CONSEJO DE ASESORES DEL PRESIDENTE EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA (Estados Unidos de Norteamérica), “Informe al Presidente. Ciencia forense en los Tribunales Penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características” (Informe PCAST), en Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 3, 2022, pp. 75-480.

Recuperado de: https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743.

ENGELHARDT, Jennifer y ENGELHARDT, Chad, “Daubert challenges to expert testimony: Legal overview and best practices”, en Michigan Bar Journal, State Bar of Michigan, 2022. Recuperado de: https://www.michbar.org/journal/Details/Daubert-challenges-to-expert-testimony-Legaloverview-and-best-practices?ArticleID=4449 (consultado el 9 de marzo de 2025).

HAACK, Susan, Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas, Madrid: Marcial Pons, 2020.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier y SUNSTEIN, Cass R., Ruido. Un fallo en el juicio humano. Barcelona: Penguin Random House.

PICÓ I JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona: Bosch, 2012.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni, "Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales", Revista InDret, 1/2008, Barcelona, 2008, pp. 30-31.
Recuperado de: https://indret.com/riesgos-de-desarrollo-y-evaluacion-judicial-del-caractercientifico-de-dictamenes-periciales/

SOBA BRACESCO, Ignacio M., La valoración imparcial y racional de la prueba, Montevideo: FCU, 2024.
- "Prueba electrónica ¿debemos exigir más diligencia a los litigantes?", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/2024, Montevideo: FCU, pp. 115-118, 2024. Recuperado de: https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudp/article/view/4823
- La prueba testimonial y pericial, México: CEJI, 2023.

SOUTO ETCHAMENDI, Marcelo, "El rol del juez de primera instancia en el descubrimiento de la prueba en el proceso penal. El control del descubrimiento y los recursos", en SOBA BRACESCO, Ignacio M. y SOUTO ETCHAMENDI, Marcelo (Directores), El descubrimiento de prueba en el proceso penal. Distintas miradas y experiencias, Montevideo: La Ley Uruguay, págs. 103-212.

TARUFFO, Michele, La prueba, Madrid: Marcial Pons, 2008.

VÁZQUEZ, Carmen, De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid: Marcial Pons, 2015.

I CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO
"DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

ULTRACTIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ANÁLISIS COMPARADO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL PERÚ

Javier Huancahuari Moya



RESUMEN

La presente investigación examina los efectos de la falta de regulación expresa sobre la ultractividad de los convenios colectivos en el ordenamiento jurídico peruano y su impacto en la estabilidad de los derechos laborales y en la eficacia de la negociación colectiva. A diferencia de otras jurisdicciones, como España o Argentina, el Perú no cuenta con normas claras que reconozcan la vigencia de los convenios colectivos tras su vencimiento formal. Este vacío legal ha generado incertidumbre, debilitando la protección de los derechos adquiridos y la función negociadora de los sindicatos. A través de un enfoque interdisciplinario y comparado, se analizan experiencias extranjeras y el marco teórico doctrinario que sustenta la ultractividad como una garantía de continuidad normativa. Se revisan también los principales problemas derivados del modelo hiperdescentralizado peruano, y se propone incorporar la ultractividad como principio subsidiario en el sistema normativo, a fin de fortalecer la seguridad jurídica, proteger los derechos laborales y promover una negociación colectiva efectiva y sostenida.

Palabras clave: Ultractividad, negociación colectiva, derechos laborales, , reforma laboral

INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva constituye un instrumento fundamental para garantizar condiciones de trabajo dignas, consolidar el diálogo social y promover la justicia laboral. Uno de los aspectos más debatidos en esta materia es la vigencia de los convenios colectivos una vez vencido su plazo de duración. La figura de la ultractividad, entendida como la posibilidad de que los efectos de un convenio subsistan hasta que sea reemplazado por otro, ha sido reconocida en varias jurisdicciones como una garantía de continuidad normativa y protección de derechos adquiridos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación expresa al respecto, lo que genera incertidumbre, conflictividad y una notoria debilidad en el sistema de relaciones laborales colectivas. Esta investigación parte de una pregunta central: ¿Cómo incide la falta de reconocimiento legal de la ultractividad en el sistema jurídico laboral peruano, y qué propuestas pueden derivarse de los modelos normativos extranjeros para fortalecer la seguridad jurídica en las relaciones colectivas de trabajo en el Perú? A partir de esta pregunta, se analiza el estado actual del sistema de negociación colectiva en el país, su comparación con experiencias como las de España y Argentina, y se plantean propuestas para incorporar principios garantistas que fortalezcan el marco normativo.

I. MARCO CONCEPTUAL

La figura de la ultractividad, aunque no siempre recogida expresamente en la legislación, constituye un pilar fundamental del derecho colectivo del trabajo moderno. Su relevancia se

intensifica en contextos donde el marco normativo no brinda claridad respecto a la vigencia de los convenios colectivos una vez vencido su plazo, como es el caso del Perú. En este apartado se desarrollan los aspectos esenciales del concepto, su fundamento jurídico y doctrinario, así como los principios laborales que respaldan su reconocimiento normativo.

1.1. DEFINICIÓN DE ULTRACTIVIDAD

La ultractividad de los convenios colectivos se refiere a la posibilidad de que los efectos normativos de un convenio colectivo de trabajo se mantengan vigentes una vez vencido su plazo formal de duración, en tanto no sea reemplazado por un nuevo instrumento negocial. En otras palabras, actúa como una prolongación tácita de la eficacia del convenio anterior, a efectos de garantizar la continuidad de los derechos colectivos adquiridos por los trabajadores.

Doctrinariamente, esta figura ha sido concebida como una expresión de estabilidad y garantía de protección frente al debilitamiento de la autonomía colectiva, especialmente en contextos de desequilibrio entre las partes negociadoras. Como señala Jesús Cruz Villalón, "la ultractividad no responde a un simple automatismo legal, sino a una necesidad estructural de preservar la vigencia normativa en ausencia de nuevos acuerdos colectivos" (Cruz, 2022).

Es importante destacar que la ultractividad no implica una prórroga indefinida del convenio colectivo, sino una vigencia transitoria, subsidiaria y excepcional, cuyo objetivo es mantener la cohesión normativa hasta que un nuevo convenio entre en vigor. Esta figura ha demostrado ser fundamental para evitar vacíos normativos que, en la práctica, terminan siendo utilizados por ciertos empleadores como mecanismos de presión o regresividad.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO Y DOCTRINARIO

La ultractividad encuentra sustento tanto en la doctrina del derecho del trabajo como en los marcos normativos internacionales y en los principios constitucionales de protección del trabajo.

2.1 Fundamento doctrinario

Desde el punto de vista doctrinario, la ultraactividad ha sido justificada en base a tres argumentos principales:

- Eficacia de la autonomía colectiva: Para que la autonomía colectiva —como forma de autorregulación normativa entre trabajadores y empleadores— sea efectiva, debe contar con mecanismos que aseguren su permanencia en el tiempo, aun frente a la falta de acuerdo en nuevos convenios. La ultractividad se convierte, así, en un mecanismo de garantía de dicha eficacia.
- Equilibrio en la negociación: Dado que los empleadores tienen una posición estructuralmente más fuerte en la relación laboral, la ultractividad protege a los trabajadores de negociaciones forzadas bajo amenaza de pérdida de derechos adquiridos.
- Función normativa del convenio colectivo: En tanto el convenio colectivo genera normas jurídicas aplicables a las partes, su desaparición sin norma sustitutoria implicaría una disrupción del ordenamiento laboral. La doctrina sostiene que la norma colectiva, como cualquier norma jurídica, debe tener mecanismos de transición.

2.2 Fundamento jurídico

En el plano normativo, la ultractividad se relaciona con diversos instrumentos del derecho internacional y comparado:

- Carta Social Europea (1996): Establece en su artículo 6° el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, cuyo contenido debe ser interpretado de manera amplia e integral.
- Convenios de la OIT: El Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva establece la obligación de promover mecanismos eficaces de negociación, lo que supone evitar que el vacío normativo debilite los derechos previamente pactados.

En todos estos casos, la ultractividad es vista como una condición necesaria para que el derecho a la negociación colectiva no sea ilusorio o meramente formal.

III. PRINCIPIOS LABORALES RELACIONADOS

La ultractividad no es solo una técnica jurídica de conservación normativa, sino una manifestación concreta de varios principios fundamentales del derecho del trabajo, especialmente en sistemas jurídicos con fuerte raigambre garantista, como el latinoamericano.

3.1 Principio de seguridad jurídica

Este principio, reconocido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y en diversos instrumentos internacionales, garantiza la previsibilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas. En el ámbito laboral, la seguridad jurídica se traduce en la necesidad de mantener estables las condiciones laborales mientras no exista una nueva regulación que las sustituya. La ultractividad cumple con este propósito al impedir la ruptura abrupta del marco normativo colectivo, protegiendo a trabajadores y empleadores frente a la incertidumbre legal.

3.2 Principio de continuidad de los derechos laborales

Este principio parte de la premisa de que los derechos adquiridos por los trabajadores no deben verse afectados por motivos puramente formales, como el vencimiento de un convenio colectivo. La ultractividad permite que tales derechos permanezcan vigentes hasta que se llegue a un nuevo acuerdo, respetando así la progresividad de los derechos sociales y su carácter de conquistas históricas del movimiento obrero.

3.3 Principio de progresividad y no regresividad

Reconocido en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), este principio prohíbe a los Estados adoptar medidas regresivas injustificadas en materia de derechos sociales. En contextos donde la expiración del convenio implica pérdida de beneficios, la falta de ultractividad puede constituir una medida regresiva. Por ello, su reconocimiento normativo se convierte en una garantía de cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado.

3.4 Principio de autonomía colectiva y promoción del diálogo social

La autonomía colectiva es uno de los pilares de las relaciones laborales democráticas. Supone la capacidad de los trabajadores y empleadores de autorregular sus relaciones mediante el convenio colectivo, sin interferencia indebida del Estado. La ultractividad fortalece esta autonomía, al evitar que la falta de acuerdo o la voluntad unilateral de una parte termine vaciando de contenido la negociación.

Asimismo, fomenta el diálogo social al garantizar un clima de estabilidad que facilita acuerdos duraderos y sostenibles.

IV. ANÁLISIS COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA COMO REFERENTES PARA EL CONTEXTO PERUANO

4.1. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: ENTRE EL RETROCESO Y LA RESTAURACIÓN DE LA ULTRACTIVIDAD

La reforma laboral española de 2012 (Ley 3/2012) limitó la ultractividad de los convenios colectivos a un año tras su vencimiento, lo que generó un impacto regresivo evidente: debilitó la capacidad negociadora de los sindicatos y permitió a los empleadores presionar por condiciones menos favorables. Esta medida fue ampliamente criticada por vulnerar el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37 de la Constitución Española y por romper el equilibrio entre las partes.

Frente a estos efectos adversos, la reforma de 2021 (Real Decreto-Ley 32/2021) restauró la ultractividad indefinida, disponiendo que los convenios mantengan su vigencia mientras no se firme uno nuevo. Este cambio, respaldado por el consenso entre sindicatos, empleadores y el gobierno, fue interpretado como un fortalecimiento del diálogo social y una garantía de estabilidad normativa. Además, el Tribunal Constitucional español ha reafirmado que la ultractividad es esencial para preservar la seguridad jurídica y el contenido esencial de los derechos laborales.

4.2. EL MODELO ARGENTINO: RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y PRINCIPIOS PROTECTORES

En Argentina, la ultractividad no está regulada de forma expresa, pero ha sido reconocida a través de la doctrina y la jurisprudencia. La Corte Suprema ha sostenido, en casos como “ATE c/ Ministerio de Trabajo” o “González c/ Tellez”, que los convenios vencidos mantienen su vigencia mientras no sean reemplazados, en resguardo del principio de continuidad de las condiciones laborales y la buena fe negocial.

La Ley de Contrato de Trabajo (Ley N.º 20.744) ha sido interpretada en ese mismo sentido: los beneficios colectivos se integran al contrato individual de trabajo mientras subsista la relación laboral.

Este reconocimiento implícito de la ultractividad ha sido clave para evitar regresiones automáticas de derechos laborales y consolidar un marco jurídico protector.

Estas experiencias comparadas pueden servir como base para una reforma legal o interpretación judicial evolutiva que incorpore la ultractividad en el ordenamiento peruano, conforme a los principios constitucionales de seguridad jurídica, progresividad, autonomía colectiva y promoción del diálogo social.

V. APORTES DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: HACIA UNA INTERPRETACIÓN GARANTISTA DE LA ULTRACTIVIDAD

A pesar de la falta de regulación expresa sobre la vigencia de los convenios colectivos vencidos en el ordenamiento peruano, la jurisprudencia nacional ha comenzado a desarrollar una línea interpretativa que reconoce la subsistencia de los derechos colectivos pactados, en atención a los principios de seguridad jurídica, continuidad de los derechos laborales y progresividad. Este enfoque resulta compatible con los estándares internacionales y con la experiencia comparada de países como España y Argentina, que han consolidado la ultractividad como una garantía de estabilidad normativa en las relaciones laborales colectivas.

5.1. CASACIÓN N.º 20956-2022-LIMA

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia del Perú reafirma que los derechos colectivos adquiridos a través de convenios colectivos se integran automáticamente al contrato individual de trabajo, aun cuando haya expirado formalmente el plazo de vigencia del convenio. Esta integración contractual no está sujeta a renovación expresa ni depende de la voluntad unilateral del empleador, constituyendo así una manifestación de la ultractividad implícita en la jurisprudencia nacional.

La Sala sostiene que el contenido normativo del convenio colectivo no puede ser despojado por la sola expiración del plazo, pues esto implicaría una afectación a la buena fe negocial y una regresión ilegítimade derechos, lo cual está prohibido por el artículo 26 de la Constitución y el artículo 2 del PIDESC. Esta posición judicial fortalece el entendimiento de que el vencimiento del convenio no extingue sus efectos normativos, salvo que exista pacto en contrario debidamente consensuado.

5.2. CASACIÓN N.º 24304-2019-LIMA

En este precedente, la Corte reafirma la exigencia de respeto al principio de estabilidad de las condiciones laborales, al establecer que las cláusulas normativas de un convenio colectivo no pueden ser modificadas de manera unilateral por el empleador. La Corte reconoce que la extinción automática de los beneficios colectivos tras el vencimiento del convenio sería contraria al principio de seguridad jurídica, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

Asimismo, la sentencia hace eco de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo vs. Perú (2017), donde se reconoce que el derecho a la negociación colectiva tiene un contenido sustantivo que debe ser garantizado de forma efectiva, incluyendo la estabilidad de los beneficios pactados. De este modo, la Corte Suprema proyecta una interpretación armonizada con los estándares interamericanos en materia de derechos laborales.

5.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL CONFORME AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El reconocimiento jurisprudencial de la ultractividad también responde a una lectura conforme del artículo 23° de la Constitución, que establece el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, así como del artículo 26° sobre la primacía del principio de igualdad y no discriminación en el trabajo.

Desde una perspectiva constitucional, la pérdida automática de beneficios colectivos por la sola expiración de un convenio, sin mediar acuerdo o reemplazo, constituiría una medida regresiva, incompatible con los estándares de la Corte Constitucional y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que exigen que toda medida que implique una disminución de derechos laborales debe ser excepcional, razonable y debidamente justificada.

5.4. DIÁLOGO CON LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Este desarrollo jurisprudencial encuentra respaldo en la doctrina comparada. Tal como señala Cruz Villalón, “la ultractividad no es un privilegio sindical, sino un mecanismo de defensa mínima ante el desequilibrio estructural de poder en la negociación colectiva” (2022). De igual manera, los instrumentos internacionales como el Convenio 98 de la OIT y la Carta Social Europea reconocen que el contenido de la negociación colectiva debe ser protegido frente a vacíos normativos o prácticas regresivas.

En ese sentido, las decisiones de la Corte Suprema peruana permiten avanzar hacia un modelo jurídico que, sin necesidad de una reforma legal inmediata, reconozca judicialmente la ultractividad como una garantía subsidiaria, asegurando la continuidad de los derechos laborales adquiridos hasta que un nuevo convenio los sustituya.

5.5. RECOMENDACIÓN PARA SU CONSOLIDACIÓN NORMATIVA

A partir de estos desarrollos, se propone que el legislador peruano incorpore de manera expresa la figura de la ultractividad en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, siguiendo el ejemplo del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores español o el artículo 6 de la Ley 14.250 argentina, los cuales reconocen que los convenios colectivos mantienen su vigencia hasta ser reemplazados.

Dicha incorporación normativa debería establecer:

- Que los convenios colectivos mantendrán su eficacia mientras no sean sustituidos por uno nuevo;
- Que solo podrán cesar anticipadamente si así lo dispone expresamente el convenio;
- Que se garantizará la aplicación de cláusulas normativas ultraactivas al contrato individual;
- Que se establecerán mecanismos de revisión periódica para evitar la cristalización de condiciones obsoletas.

CONCLUSIONES:

En suma, la falta de una regulación expresa sobre la ultractividad en el Perú representa una debilidad estructural que compromete la estabilidad de los derechos laborales y la eficacia de la negociación colectiva. Este vacío legal ha permitido que, en la práctica, los empleadores puedan desconocer unilateralmente los beneficios colectivos pactados tras el vencimiento formal de los convenios, debilitando el equilibrio negocial y generando incertidumbre jurídica.

La ultractividad, entendida como la vigencia transitoria de los convenios colectivos vencidos hasta su sustitución por uno nuevo, constituye una herramienta esencial para garantizar la continuidad normativa, proteger los derechos adquiridos y reforzar el principio de autonomía colectiva. Lejos de ser una prórroga automática e indefinida, opera como un mecanismo subsidiario que impide la regresividad injustificada de condiciones laborales.

La experiencia comparada demuestra que la ultractividad puede ser regulada de manera expresa, como en el caso de España, o reconocida jurisprudencialmente, como sucede en Argentina. En ambos modelos, su existencia ha contribuido a preservar el equilibrio de las relaciones laborales y evitar vacíos normativos perjudiciales para los trabajadores. Esta figura ha sido también respaldada por el derecho internacional del trabajo, en especial por el Convenio N.° 98 de la OIT y la Carta Social Europea.

En el contexto peruano, recientes pronunciamientos de la Corte Suprema han reconocido de forma implícita los efectos ultraactivos de los convenios colectivos, al considerar que sus cláusulas normativas pueden integrarse al contrato individual de trabajo y mantenerse vigentes hasta que un nuevo convenio las reemplace. Las casaciones N.° 20956-2022-Lima y N.° 24304-2022-Lambayeque marcan un avance significativo hacia una interpretación jurisprudencial garantista, coherente con los principios constitucionales de progresividad, seguridad jurídica y continuidad de derechos laborales.

Frente a este escenario, resulta urgente que el legislador peruano incorpore de forma expresa la ultractividad en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, estableciendo reglas claras sobre su aplicación, límites razonables y mecanismos de revisión. Tal incorporación permitirá no solo proteger los derechos colectivos ya alcanzados, sino también promover una cultura de diálogo social sostenido, equitativo y alineado con los compromisos internacionales del Estado en materia laboral.

Reconocer la ultractividad en el ordenamiento peruano no es solo un asunto técnico, sino una apuesta por consolidar un modelo laboral más justo, previsible y democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cruz Villalón, J. (2022). El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva. LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, 3(1), 134-152.

https://doi.org/10.20318/labos.2022.6849

Monereo Pérez, J. L. (2024). "Modernización" del sistema de negociación colectiva desde un enfoque garantista. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 14(1), 1–146.

https://doi.org/10.46661/lexsocial.9223

Poder Judicial del Perú. (2017). Casación Laboral N.º 20956-2017-Lima. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Poder Judicial del Perú. (2019). Casación Laboral N.º 24304-2019-Lima. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Villavicencio Ríos, A. (2015). La negociación colectiva en el Perú: la hiper descentralización y sus múltiples inconvenientes. Derecho PUCP, (75), 333-353.

https://doi.org/10.18800/derechopucp.201502.015









PRIMER SEMESTRE DE GESTIÓN 2025-2026

El presente informe semestral, que abarca de enero a agosto de 2025, refleja el inicio de una gestión orientada al cambio con visión estratégica, compromiso institucional y vocación de servicio. Las acciones desarrolladas durante este periodo responden a un enfoque integral que busca consolidar una justicia pronta, honesta e inclusiva.



INICIO DE GESTIÓN Y APERTURA DEL AÑO JUDICIAL 2025

En ceremonia oficial, el jueves 2 de enero, el Dr. Ricardo Corrales Melgarejo asumió la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Junín, para el periodo 2025–2026 y dio por aperturado el Año Judicial 2025. El acto contó con la presencia de jueces de distintas instancias, autoridades regionales, provinciales y distritales, así como de servidores judiciales e invitados.

Durante su discurso de instalación, el presidente destacó los pilares que guiarán su gestión, organizados en tres ejes estratégicos, jurisdiccional, institucional y proyección social.

Descarga aquí el
Discurso de Apertura por el
Dr. Ricardo Corrales Melgarejo

El Dr. Corrales subrayó que su gestión se basará en principios de cultura democrática constitucional, ética judicial, lucha contra la corrupción y un modelo de gobierno judicial participativo y moderno. Además, enfatizó la importancia del trabajo articulado con el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Colegio de Abogados, universidades y demás instituciones del sistema de justicia.

• Actividades académica



Se dictaron 53 ponencias de alto impacto, con la participación de expositores nacionales e internacionales, en diversas materias como derecho civil, constitucional, penal y laboral, las cuales formaron parte del Seminario Anual de Actualización Jurídica 2025, organizado por la Comisión de Capacitación y la Presidencia.

Esta actividad fortaleció las capacidades del personal jurisdiccional y administrativo, promoviendo el intercambio de conocimientos y buenas prácticas. El evento reafirma el compromiso institucional con la formación continua y la mejora del servicio de justicia.



PROGRAMA DE VOLUNTARIADO JUDICIAL 2025



Tras seis años de pausa, se reactivó el programa de Voluntariado Judicial 'Jóvenes al Servicio de la Justicia', incorporando a 166 estudiantes de diversas carreras profesionales en su primera convocatoria y a 200 voluntarias y voluntarios en su segunda etapa. "Con este programa, renovamos nuestro compromiso de abrir las puertas del sistema de justicia a las nuevas generaciones, promoviendo en ellas una cultura de legalidad, ética pública y vocación de servicio", expresó el presidente de la Corte, Dr. Ricardo Corrales Melgarejo.

• DESPACHO ITINERANTE DE LA PRESIDENCIA

Durante este periodo, la Presidencia de la Corte de Junín realizó despachos itinerantes en la provincia de Tarma y Jauja, con el objetivo de fortalecer la confianza ciudadana en el sistema de justicia. En ambas jurisdicciones se desarrollaron ferias de servicios judiciales, mesas multisectoriales, reuniones con jueces y personal jurisdiccional, encuentros con medios de comunicación y capacitaciones sobre integridad, a cargo de la Unidad Funcional de Integridad. Estas acciones acercaron la justicia a la población, promoviendo la transparencia y la articulación con actores locales.





105 AÑOS DE HISTORIA JUDICIAL: MEMORIA, RECONOCIMIENTO Y COMPROMISO





"Nuestra historia nos inspira a seguir construyendo una justicia, pronta, honesta, inclusiva y al servicio de la ciudadanía"

El 15 de mayo de 2025, la Corte Superior de Justicia de Junín conmemoró su 105.º aniversario institucional con una ceremonia presidida por el Dr. Ricardo Corrales Melgarejo, quien resaltó los principales hitos históricos de la Corte, su compromiso con la justicia y la ciudadanía, y reafirmó la defensa de los derechos humanos y las libertades. Durante su discurso, rindió homenaje a magistrados fallecidos en funciones, reconoció la labor de los jueces en todas las instancias, y destacó la trayectoria de los doctores César Proaño Cueva, Pércida Luján Zuasnabar y Eduardo Torres Gonzáles.

Primer Concurso de Juegos Florales Judiciales

En el marco del 105º aniversario, se llevó a cabo el Primer Concurso de Juegos Florales, que se desarrolló en tres fechas e incluyó las disciplinas de pintura, canto y declamación. La actividad fomentó la participación artística de los servidores judiciales, fortaleciendo el sentido de identidad y pertenencia institucional.





Desfile institucional y Concurso interno de danzas





V KUSKACHAKUY RAYMI – FIESTA DE LA JUSTICIA EN LA PROVINCIA DE CONCEPCIÓN

Se atendieron directamente a 1,497 personas y beneficiamos indirectamente a más de 2,000 ciudadanos a través de:

1	Feria informativa interinstitucional	608 personas atendidas
2	Cultura jurídica en centros educativos	723 estudiantes capacitados
3	Charla informativa a madres de familia de programas sociales y otros ciudadanos en situación de vulnerabilidad.	95 personas atendidas
4	Audiencia descentralizada	18 vistas de causa resueltas
5	Juzgado de paz letrado itinerantes	13 atenciones en proceso de alimentos
6	Entrega de depósitos judiciales	27 beneficiarios





- El programa Kuskachakuy Raymi – Fiesta de la Justicia, es una destacada buena práctica implementada por la Corte Superior de Justicia de Junín, ganador en el Primer Concurso Nacional de Buenas Prácticas sobre la Aplicación de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2024.

INAUGURA CUNA "MI ANGELITO JUDICIAL"

Reactivación e inauguración del servicio de la cuna "Mi Angelito Judicial", un espacio renovado, seguro y acogedor destinado al cuidado de los hijos e hijas del personal judicial, con el objetivo de contribuir al bienestar familiar y laboral. Este servicio esencial fue reabierto con ambientes mejorados, mobiliario especializado y materiales lúdicos para niños de 6 meses a 3 años, beneficiando a los menores y brindando tranquilidad a sus padres.





Esta acción refleja el compromiso de la gestión con una justicia más humana, inclusiva y centrada en el desarrollo integral de su talento humano.

ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Campaña Nacional Simultánea de Entrega de Depósitos Judiciales de Alimentos

La Corte de Junín desplegó la campaña en las ocho provincias judiciales de su jurisdicción: Tarma, Jauja, Concepción, La Oroya, Junín, Chupaca, Huancayo y Pampas (Tayacaja). Para maximizar el alcance, se coordinó estratégicamente con jueces de paz letrado y autoridades municipales locales, lo que facilitó la identificación de beneficiarios y permitió una adecuada difusión de la campaña. Asimismo, se aprovechó la realización de ferias interinstitucionales de servicios públicos como espacios de contacto directo con la ciudadanía, donde se llevaron a cabo entregas simbólicas y efectivas de los depósitos judiciales.

Se logró más de **S/ 1'507,508.31** en beneficio de niñas, niños, adolescentes y personas vulnerables, en la Campaña Nacional Simultánea de Entrega de Depósitos Judiciales de Alimentos.



JUSTICIA DE PAZ ESCOLAR

A través de la Comisión de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, se juramentó a 40 jueces de paz escolar y 37 secretarios escolares de paz.

El programa, desarrollado en coordinación con instituciones educativas, incluye capacitación continua a lo largo del año y promueve la elección democrática de estudiantes de 3.º, 4.º y 5.º de secundaria, quienes asumen la función de mediar en situaciones conflictivas dentro del ámbito escolar.



INCORPORACIÓN DE ORIENTADORAS JUDICIALES

La incorporación de veinte nuevas orientadoras judiciales, representa un importante avance en la mejora del acceso a la justicia para poblaciones vulnerables. Las orientadoras, provenientes de distintas localidades como Pampas Tayacaja, Chupaca, Huancán, Yauli La Oroya, Junín, Acraquia, El Tambo y Huancayo, fueron debidamente capacitadas y acreditadas para brindar orientación legal básica y acompañamiento a usuarios del sistema de justicia. Esta acción fue posible gracias al apoyo de International Justice Mission, reforzando el enfoque colaborativo e inclusivo de la gestión institucional.



PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL "DERECHO, PROCESO Y JUSTICIA"

Este encuentro académico se consolidó como una plataforma privilegiada de diálogo jurídico, al reunir a 17 expositores regionales, 21 nacionales y 13 internacionales, todos comprometidos con el propósito común de enriquecer el debate jurídico desde diversas perspectivas disciplinares, territoriales y metodológicas.

Durante este magno evento, se contó con la participación de distinguidos ponentes provenientes de países como Italia, España, México, Venezuela, Colombia, Ecuador, Chile, Uruguay y Argentina, quienes intervinieron de manera presencial y virtual, fortaleciendo el carácter plural, inclusivo y transcontinental del Congreso.



ESPACIO DE REFLEXIÓN JURÍDICA Y DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO



PODCAST INSTITUCIONAL

Justicia en Debate

Con 16 episodios publicados, este espacio sonoro reúne voces expertas nacionales e internacionales, para abordar los temas más relevantes del derecho contemporáneo.

Escanea el QR y accede al canal oficial de la Corte Superior de Justicia de Junín.



Cada miércoles, se estrena una nueva conversación que invita a la reflexión jurídica desde enfoques interdisciplinarios, fortaleciendo el diálogo académico y el pensamiento crítico.

CINE FÓRUM

La Corte Superior de Justicia de Junin a través de la comisión Distrital de Justicia de Género, continúa desarrollando el programa "Tardes de cine con enfoque de género", con el objetivo de utilizar el cine como una herramienta educativa para fomentar la igualdad y la no discriminación.

Integra perspectivas jurídicas, filosóficas y sociológicas para un entendimiento integral de los desafíos contemporáneos.





La actividad se enmarca en el compromiso institucional de generar espacios de reflexión y diálogo crítico sobre la representación de la mujer en la sociedad.

DONACIÓN DE TERRENO

Formalización para un futuro proyecto de inversión en Junín



La Corte Superior De Justicia De Junín instaló una mesa de trabajo con la Municipalidad Provincial de Junín y la Comunidad Campesina Villa Junín para formalizar la donación de un terreno de 600 m²,que reúna las condiciones de accesibilidad y permitir así la ejecución de un proyecto de inversión.



AVANCES EN EL PROYECTO JUDICIAL DE TARMA

Garantizan viabilidad técnica de la obra



El consorcio COUNTRY ROAD, tras ejecutar un estudio geofísico y sostener reuniones con el Gobierno Regional y la Corte Superior de Justicia de Junín, se comprometió a realizar un estudio adicional de suelos para el planteamiento de pilotes, garantizando así la viabilidad técnica de esta obra que mejorará la futura infraestructura judicial en la provincia.



IMPLEMENTACIÓN DE LA BUENA PRÁCTICA:

Sentencias con motivación en serie

Ingrese al repositorio digital

Esta práctica, impulsada por el presidente, Dr. Ricardo Corrales Melgarejo, acelera los procesos y optimiza recursos mediante una "sentencia fuente" con fundamentación jurídica completa, evitando repetir argumentos en casos análogos.

Para su consulta, se ha creado un repositorio digital con todas estas sentencias.



APLICATIVO YACHAY

Innovación digital al servicio de la justicia de paz

La Corte Superior de Justicia de Junín ha implementado el aplicativo *"Yachay"*, un sistema digital de gestión para jueces de paz que incluye libros notariales digitales. Su nombre, que en quechua significa "saberes", refleja su objetivo de poner el conocimiento al servicio de la ciudadanía.



Este esfuerzo de innovación ha sido reconocido con el Premio Nacional Democracia Digital 2023 y una distinción especial del CEPLAN en 2024. Actualmente, postula al Concurso Nacional de Buenas Prácticas en Calidad de Servicios 2025.



JUSTICIA PRONTA, HONESTA E INCLUSIVA

Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Junín



Oscar O. Chávez, en su libro Huancayo, afirma que hacia 1813 esta ciudad poseía una gran población "compuesta de españoles y criollos capaces de apreciar la conquista de la libertad, cuando en su plaza principal se juró solemnemente la Constitución de Cádiz del año 1812".

Además, agrega que en ese mismo año y fecha del tan magno acontecimiento se colocó una placa, hasta hoy visible, que dice: "Plaza Constitución – Año 1813".

Aquilino Castro Vásquez certifica que el personaje que organizó todo el acto fue don Joaquín Castro, funcionario de entonces, quien más tarde se unió al ejército de José Ignacio Moreno. Ese día, la población se reunió en la plaza frente a la iglesia, se leyó la Constitución y se hizo el juramento.

Además, se resolvió honrar a los correspondientes (el cura, el alcalde, el subdelegado y el juez) y brindar por el acontecimiento.

En su libro Historia de la Provincia de Huancayo, Ricardo Tello Devoto sostiene que en memoria de este acontecimiento se inauguró posteriormente en la antigua Plaza Comercio —actualmente denominada Plaza Constitución— un monumento en honor a este día de carta fundamental.

Considera que:

"La proclamación de la Constitución de Cádiz en Huancayo, el 29 de marzo de 1813, fue un acontecimiento de gran importancia que permitió prever ya la Independencia del Perú y para que ésta se realizara. Ramón Castilla y muchos de los que participaron en la proclamación fueron luego próceres de la Independencia".

Finalmente, debemos destacar que Huancayo de un Pueblo de Indios (1572) en el Virreinato español, gracias al fértil Valle de El Mantaro, el desarrollo de su comercio e industrias, y el empuje de los así llamados "fenicios del Ande", logró a pulso hacerse de la capital del Departamento de Junín en 1931. De ahí, el refrán popular que dice: "Mientras Jauja danza, Tarma reza, Huancayo avanza". Auguramos a esta noble e incontrastable ciudad, muchos éxitos y proezas en su desarrollo sostenido en el siglo XXI, libre de racismo y machismo, contribuyendo la Corte Superior de Justicia de Junín en tal hermoso porvenir en la garantía y tutela de los derechos fundamentales de su ciudadanía, e impartiendo siempre una ¡Justicia pronta, honesta e inclusiva!