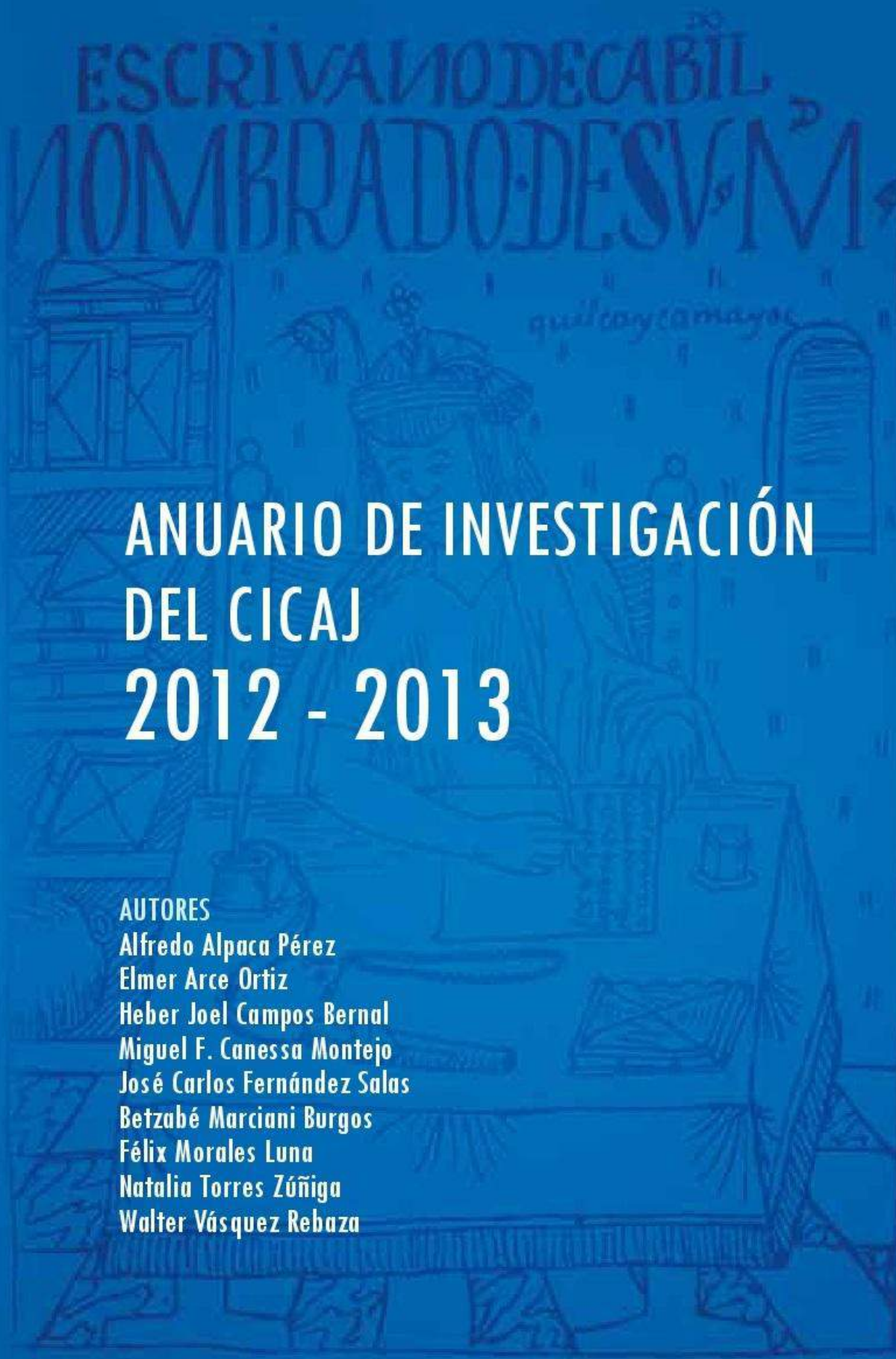


I
S
S
N
2
4
4
1
5
-
0
2
7
4



ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2012 - 2013

AUTORES

Alfredo Alpaca Pérez
Elmer Arce Ortiz
Heber Joel Campos Bernal
Miguel F. Canessa Montejo
José Carlos Fernández Salas
Betزابé Marciani Burgos
Félix Morales Luna
Natalia Torres Zúñiga
Walter Vásquez Rebaza





**ANUARIO DE INVESTIGACIÓN
DEL CICAJ
2012 - 2013**



ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2012 - 2013

AUTORES

Alfredo Alpaca Pérez

Elmer Arce Ortiz

Heber Joel Campos Bernal

Miguel F. Canessa Montejo

José Carlos Fernández Salas

Betzabé Marciani Burgos

Félix Morales Luna

Natalia Torres Zúñiga

Walter Vásquez Rebaza

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

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

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ

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

Equipo de Trabajo

Aarón Verona Badajoz
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Patricia Bravo Valderrama
Nadia Lazo Rivera
Edison Vásquez Fernández
Teresa López Espejo

Anuario de Investigación del CICAJ 2012-2013

Primera edición: noviembre 2015

Tiraje: 500 ejemplares

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

Corrección de estilo: Rocío Reátegui

Impresión: Heral Mol S.R.L.

Jr. Castrovirreyna 174 Breña - Lima - Perú

Central Telefónica: (511) 626-1200

heralmol@heralmol.com.pe / presupuestos@heralmol.com.pe

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-16312

ISSN: 2415-0274

Impreso en el Perú – Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
SECCIÓN I: FILOSOFÍA DEL DERECHO	
Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza <i>Félix Morales Luna</i>	15
Comentarios	41
<i>Eduardo Hernando Nieto</i> <i>Rocío Villanueva Flores</i>	
Respuesta del autor	51
Justicia y paz en la era global: reflexiones a partir de <i>El derecho de gentes</i> de John Rawls <i>Betzabé Marciani Burgos</i>	57
Comentarios	75
<i>Fidel Tubino Arias</i> <i>René Ortiz Caballero</i>	
Respuesta de la autora	81
SECCIÓN II: DERECHO PENAL	
<i>Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional</i> <i>Alfredo Alpaca Pérez</i>	89
SECCIÓN III: DERECHO CONSTITUCIONAL	
¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho <i>Heber Joel Campos Bernal</i>	131

Comentarios <i>Elena Alvites Altés</i>	153
Respuesta del autor	157
El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Natalia Torres Zúñiga</i>	161
Comentarios	215
<i>César Landa Arroyo</i> <i>Patricio Rubio Correa</i>	
Respuesta de la autora	223
SECCIÓN IV: DERECHO CIVIL	
El derecho real de superficie como modalidad del derecho de propiedad <i>José Carlos Fernández Salas</i>	231
Comentarios	279
<i>Jorge Ortiz Pasco</i> <i>Rómulo Morales Hervías</i>	
Respuesta del autor	285
Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano <i>Walter Vásquez Rebaza</i>	289
Comentarios	331
<i>Rómulo Morales Hervías</i> <i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
Respuesta del autor	335
SECCIÓN V: DERECHO LABORAL	
Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano <i>Elmer Guillermo Arce Ortiz</i>	339

Comentarios <i>Luis Vinatea Recoba</i>	359
Respuesta del autor	363
La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana <i>Miguel Canessa Montejo</i>	365
Comentarios	409
<i>Alfredo Villavicencio</i> <i>Elmer Arce Ortiz</i>	
Respuesta del autor	415
SOBRE LOS AUTORES	419



PRESENTACIÓN

A finales de 2012 el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho (DAD) asumió el desafío de relanzar la serie de Cuadernos de Trabajo que hasta ese momento eran editados directamente por el DAD. Estos constituían la principal producción editorial del Departamento; de hecho, entre los años 2006 y 2012 se publicaron 21 cuadernos.

El desafío exigió desarrollar un proceso editorial con estándares internacionales, los que incluyeron la revisión por evaluadores nacionales e internacionales, un sistema de evaluación de doble ciego y la aprobación de la publicación una vez que el autor hubiese subsanado las observaciones de los árbitros. De esta forma, en un contexto en el cual el propio CICAJ se encontraba en el umbral de una nueva etapa luego del nombramiento de su primer director, se lanza la primera convocatoria abierta para la publicación de la serie, en un nuevo formato y en tres categorías: profesores, egresados y alumnos.

Los textos publicados en la Nueva Serie de Cuadernos de Trabajo del CICAJ se caracterizan por ser arbitrados y razonados. La primera evaluación, a cargo del director y del Comité Asesor del CICAJ. La segunda la realizan dos especialistas en la materia, uno nacional y otro internacional, de acuerdo a una ficha con criterios de calidad a considerar. Además, son *razonados* porque incluyen el texto original revisado a la luz de los aportes de los evaluadores, los comentarios de dos profesores invitados a presentarlos públicamente y, finalmente, la réplica del autor.

El año 2013 se publicaron los nueve primeros números de la nueva serie; cinco pertenecientes a profesores, tres a egresados y uno a un alumno. Estos fueron publicados individualmente y pese a ser el fruto de un exigente proceso de edición, se cuestionó su denominación, por lo que ahora el CICAJ los ofrece integrando el primer número de sus Anuarios de Investigación. El anuario ha sido dividido en cinco secciones. La primera sección, sobre **Filosofía del Derecho**, agrupa las investigaciones de los profesores Félix Morales y Betzabé Marciani: *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*, y *Justicia y paz en la era global: reflexiones a partir de El derecho de gentes de John Rawls*, respectivamente.

La segunda sección, sobre **Derecho Penal**, contiene el trabajo *Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional*, elaborado por el egresado Alfredo Alpaca. Por su parte, la tercera sección, sobre **Derecho Constitucional** recoge los trabajos del profesor Heber Joel Campos, *¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho*, y de la egresada Natalia Torres, *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

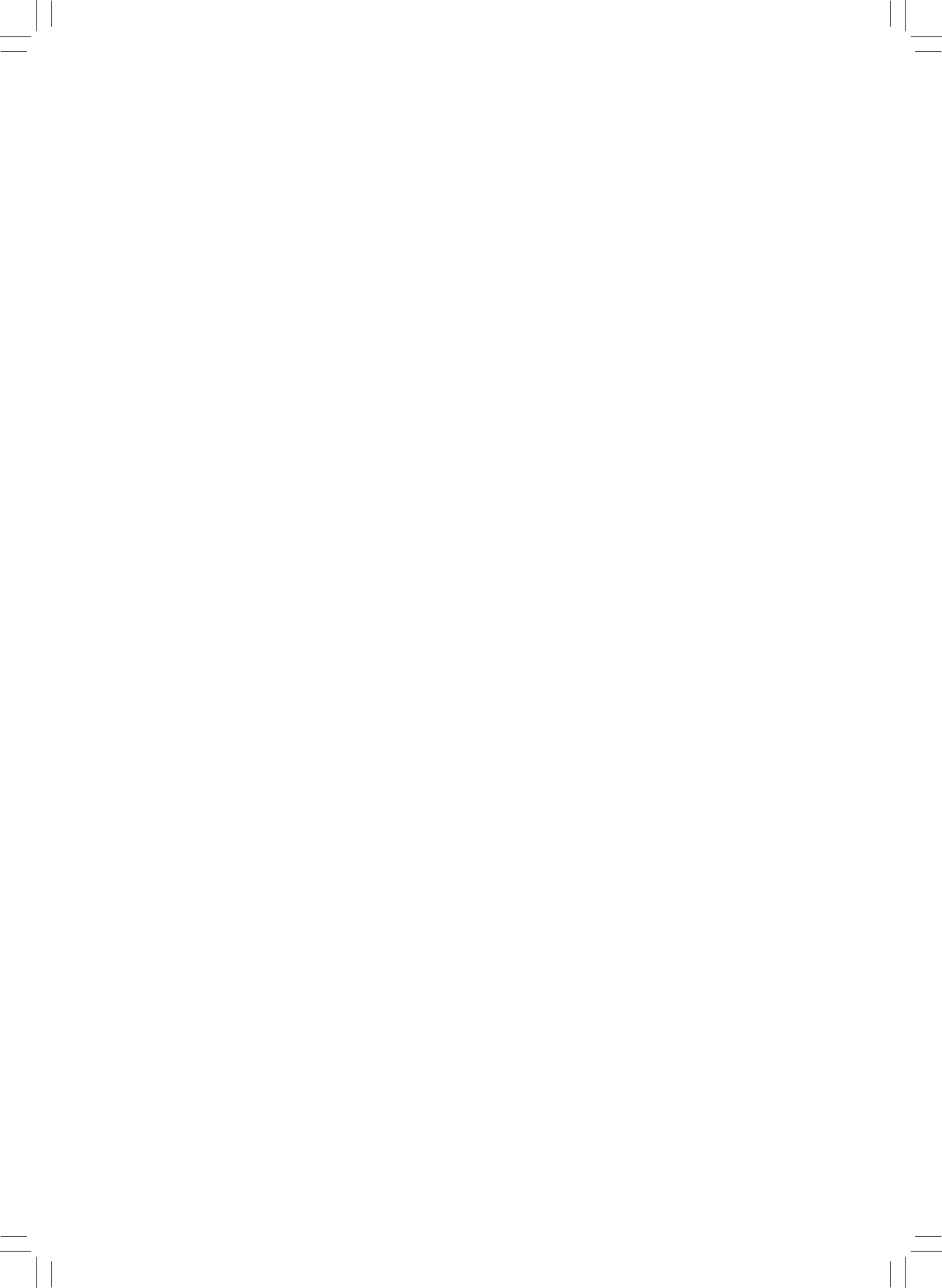
La cuarta sección, sobre **Derecho Civil**, da cuenta de la primera investigación de un alumno publicada por el CICAJ, *El derecho real de superficie como modalidad del derecho de*

propiedad de José Carlos Fernández; y del trabajo del egresado (y ahora profesor) Walter Vásquez, *Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano*. Finalmente, la quinta sección, dedicada al **Derecho Laboral**, contiene los trabajos de los profesores Elmer Arce, *Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano*, y del profesor Miguel Canessa, *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*.

Para el CICAJ resulta muy grato presentar su primer anuario y espera que este contribuya significativamente al debate jurídico sobre los temas tratados por los autores y las autoras.

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

SECCIÓN I
FILOSOFÍA DEL DERECHO



UN ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LAS CONCEPCIONES METAÉTICAS EN LAS TEORÍAS DE LUIGI FERRAJOLI Y MANUEL ATIENZA

Félix F. Morales Luna

Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante y profesor asociado del
Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

El objeto de este trabajo es contribuir a esclarecer una discusión entre dos referentes de la Filosofía del Derecho actual: Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. A pesar de las extendidas coincidencias entre ambos, discrepan sobre la mejor concepción que pueda dar cuenta de los Estados Constitucionales de Derecho: si el positivismo jurídico o un paradigma post-positivista. El origen de la discusión es identificado con algo previo: su rechazo o aceptación, respectivamente, del objetivismo moral; es decir, que sus discrepancias teóricas son un reflejo de sus distintas concepciones metaéticas. En esta línea, se aborda la posición de cada uno de los autores sobre el punto discutido, identificando los argumentos en los que se sostienen. Una vez sistematizados, tales argumentos son sometidos a una evaluación analítica para determinar si se trata de una discrepancia tan solo aparente o, más bien, de una genuina controversia que ha de ser resuelta argumentativamente. El análisis de este debate permite suministrar criterios para esclarecer las exigencias metaéticas que subyace al trabajo con el Derecho en los actuales Estados Constitucionales.

I. Introducción

Las transformaciones ocurridas en el Derecho, desde la segunda mitad del siglo pasado, han sido notables. Los niveles de barbarie que conoció la civilización obligaron a reinventar los mecanismos de protección de la persona humana. Entre tales transformaciones, tal vez la más destacada sea el redimensionamiento del rol normativo de la Constitución y, con ello, de las categorías sustantivas que reconoce. Desde entonces, el Derecho ha asumido una innegable carga moral cuyo contenido y realización exige remitirse a razones sustantivas y no solo formales.

En el ámbito de la teoría del Derecho, estas transformaciones han dado lugar a intensos debates en relación con la mejor reconstrucción teórica posible que dé cuenta de los cambios verificados en la práctica jurídica. La trascendencia de los debates determinan que estemos ante

un cambio de paradigma en el modo como asumimos el Derecho. En estricto, la discusión ha girado en torno a la necesidad de superar el positivismo jurídico para asumir una concepción más idónea para los sistemas constitucionales actuales.

Los principales cuestionamientos al paradigma positivista recaen sobre una de sus tesis definitorias: la separación conceptual entre el Derecho y la moral. A entender de sus críticos, una concepción que asume la separación conceptual entre el Derecho y la moral, resulta inadecuada para dar cuenta de sistemas jurídicos como los actuales, definidos por los elementos morales que reconoce. Es por ello que los esfuerzos de quienes reclaman la superación del paradigma positivista se han orientado a desarrollar categorías conceptuales que este desconoce o que no es capaz de explicar, y que enfatizan la dimensión moral y sustantiva de los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, destacan trabajos sobre los principios jurídicos, la ponderación, la derrotabilidad o la argumentación jurídica.

En este nuevo escenario, donde aún se percibe la tensión entre los defensores de un paradigma que se resiste a ser superado y quienes pugnan por su superación, los juristas buscan posicionarse en el debate, sea ratificándose en el positivismo jurídico y sus tesis, sea superándolas. Este debate impacta incluso sobre temas clásicos de la discusión iusfilosófica, que se prestan a ser analizados bajo nuevos argumentos. En esta línea, considero de particular interés un debate suscitado entre dos innegables protagonistas de la filosofía del Derecho actual: Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza.

Ambos constituyen referentes en las discusiones actuales, y sus obras son constantemente citadas tanto en debates académicos como en las decisiones de los operadores jurídicos, con particular acogida en los países latinoamericanos. Son reconocidos por su importante aporte para dar cuenta del Derecho en los sistemas constitucionales, sin perjuicio de los desarrollos que han realizado en el ámbito de los derechos fundamentales o de la democracia.

Lo que llama la atención en relación con ellos es que pretenden dar cuenta del Estado Constitucional del Derecho desde paradigmas teóricos distintos, lo que ha supuesto el principal tema de sus debates. En efecto, mientras que Ferrajoli se reconoce como positivista, Atienza considera necesario superar esta concepción. Avanzando hacia el detalle de qué tesis específicamente es la que funda la discrepancia, considero que es la referida a la concepción metaética asociada a cada una de estas posiciones. Mientras que el positivismo jurídico ha sido comúnmente asociado con el rechazo al objetivismo moral, quienes reclaman asumir un nuevo paradigma postpositivista consideran imprescindible que para dar cuenta del Derecho actual se requiere asumir un objetivismo moral, aunque sea mínimo.

Así planteado el desencuentro, el objetivo de esta investigación es presentar las razones sostenidas por estos autores en la discusión para intentar esclarecerla y, confiando en la utilidad de un análisis argumentativo, plantear algún nivel de acercamiento entre sus posiciones.¹ Se espera que el aporte de este trabajo, trascendiendo el concreto debate entre ambos, contribuya a esclarecer las tesis metaéticas que subyacen a las posiciones en las discusiones de la teoría del Derecho y permita tomar conciencia de las profundas implicancias éticas —que usualmente pasan inadvertidas— del trabajo con el Derecho actual.

¹ Una compilación de trabajos en los que se debate sobre el constitucionalismo, a partir de un trabajo de Luigi Ferrajoli, y del que he tomado gran parte de los argumentos presentados en este estudio se encuentra en el número 34 de la Revista Doxa, editada en Alicante, el 2011.

2. El planteamiento de Luigi Ferrajoli y la crítica de Manuel Atienza

Luigi Ferrajoli es uno de los más importantes e influyentes filósofos del Derecho de la actualidad. Heredero y partícipe de la tradición analítica italiana, ha producido una obra vasta y profunda, que ha sido muy difundida en el mundo latino.

En su producción destaca *Principia iuris*, obra culminante de profundo rigor intelectual en la que sistematiza y condensa su teoría del Derecho y la democracia. En ella, si bien desarrolla una teoría pretendidamente general del Derecho, los conceptos más elaborados y complejos adquieren toda su fuerza explicativa sólo a la luz del modelo constitucionalista (Prieto 2008: 326).

El modelo normativo del que principalmente se ocupa Ferrajoli es el Estado Constitucional del Derecho que se caracteriza por la introducción y encumbramiento de categorías sustantivas (principalmente los derechos fundamentales) que trastocan el modo como se produce y valida el Derecho. De ahí que en este modelo de Estado no existan poderes soberanos «pues el ejercicio de todos ellos viene sometido a requisitos formales acerca del *quién* y del *cómo* se manda y, sobre todo, a requisitos materiales o sustantivos acerca de *qué* puede o debe mandarse» (Prieto 2008: 328).

Para Ferrajoli, el Estado Constitucional, la democracia o los derechos fundamentales no solo son objetos de estudio o meros temas de preocupación académica. En él se advierte un genuino compromiso con tales categorías y sus garantías de protección. Exigiendo tomarlas en serio, construye un modelo sumamente denso y vigoroso de constitución normativa, oponiéndose, por ejemplo, al modelo de constitución propuesto por Kelsen, que presenta extremas cautelas sobre la incorporación de principios o derechos, que constituyan límites materiales a la acción del legislador (Prieto 2008: 326).² En el constitucionalismo, según la reconstrucción de Ferrajoli, por el contrario, «para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar *normas sustanciales sobre la producción* [...] Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares» (2003: 230).

No obstante, un punto que ciertamente le vincula a Kelsen y que le ha supuesto un gran frente de críticas, es el del paradigma teórico desde el que intenta reconstruir conceptualmente las categorías del Estado Constitucional: el positivismo jurídico. En efecto, la teoría del Derecho de Ferrajoli intenta conciliar dos tradiciones pretendidamente enfrentadas: el positivismo jurídico y el constitucionalismo. Lejos de pensar que el constitucionalismo conlleva inevitablemente el abandono y superación del paradigma positivista considera, más bien, que el constitucionalismo puede y debe ser visto como la más sofisticada y plena realización del paradigma positivista. A su entender, el impacto del constitucionalismo en los sistemas jurídicos habría determinado únicamente la superación del denominado positivismo clásico o *paleopositivismo* (asociado al Estado Legislativo de Derecho), caracterizado por la reducción de la validez normativa a un aspecto formal. Por el contrario, el neopositivismo o positivismo crítico, que para Ferrajoli sería

² Recuérdese, por ejemplo, la siguiente afirmación de Kelsen: «Las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como "libertad", "igualdad", "justicia", etc.» (1999:33). Al respecto, véase también Kelsen (2001: 79 y ss).

propio del Estado Constitucional de Derecho, complementa la noción formal de validez con una de carácter sustantivo. Desde este nuevo enfoque positivista, la plena validez de una norma en un sistema jurídico constitucionalizado no la determina su simple vigencia o existencia sino que requiere satisfacer, adicionalmente, criterios sustantivos incorporados principalmente en los derechos fundamentales.

Su vinculación con el positivismo jurídico le compromete con una de sus tesis centrales como es la separación conceptual entre el Derecho y moral, postulado que a entender de muchos no resultaría idóneo para reconstruir y trabajar con sistemas jurídicos plenamente cargados de contenidos morales característicos del constitucionalismo. Si a ello le sumamos el carácter formal, estipulativo y axiomatizado de su teoría, tendríamos como resultado una divergencia entre un objeto de estudio con una inmensa carga sustantiva (el constitucionalismo) y los instrumentos formales con los que se le pretende explicar.

Aunque el compromiso de Ferrajoli con los derechos fundamentales y con los valores reivindicados por el constitucionalismo ha sido compartido y celebrado por los juristas neoconstitucionalistas, lo que genera las mayores resistencias a sus postulados es su empeño en anclar la reconstrucción teórica del constitucionalismo en el positivismo jurídico. Las siguientes líneas de Atienza resumen las críticas que le dirige a la teoría del Derecho de Ferrajoli: «la teoría sería mejor –más completa y más coherente- si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) Derecho natural. Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos» (2008b: 165).

Es el costo que estaría pagando Ferrajoli, por el empleo del método axiomático para dar cuenta de categorías sustantivas que se resisten a ser definidas en términos puramente formales pues tales definiciones presentarían una versión empobrecida, debilitada o artificial de éstas. Por ello, concluye Atienza, «la obra de Ferrajoli (en especial, *Principia Iuris*) se asemeja a una máquina formidable en la que, de una forma un tanto sorprendente, se han utilizado algunas piezas obsoletas y que dificultan su buen funcionamiento» (2008c: 213).

El insatisfactorio tratamiento de los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli lleva a Atienza a plantear una crítica de fondo. Dado que Ferrajoli afirma que los derechos fundamentales no son más que convenciones jurídicas desligadas de cualquier pretensión de objetividad de carácter moral, se pregunta Atienza «¿se puede, a partir de una concepción relativista y no cognoscitivista de la ética, fundamentar que la noción ético-política de “derechos fundamentales” se identifica con los valores de igualdad, paz, democracia y tutela de los más débiles? ¿No tienen esos valores un carácter objetivo y universal?» (2008c: 213).

La crisis del positivismo jurídico ha puesto en cuestión la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, así como la concepción metaética que le subyace. Si antes la separación entre Derecho y moral aseguraba un conocimiento cierto y pretendidamente científico de los sistemas jurídicos, hoy dicha tesis dista mucho de ser defendible. La extendida presencia de conceptos valorativos en las constituciones de nuestros actuales sistemas jurídicos, y la centralidad e importancia que se les asigna en la aplicación del Derecho a los casos concretos, ha hecho realidad los mencionados temores de Kelsen.

¿Hemos de asumir irremediamente que ante estos términos valorativos solo cabe el subjetivismo del aplicador pues sobre ellos no podría darse un conocimiento objetivo y racional que permitiera, por ejemplo, preferir alguno de ellos en caso de conflicto? Preguntas como ésta han merecido extensos desarrollos por parte de los juristas quienes se empeñan en acreditar

que la presencia de los valores en el Derecho, antes que problemas a ser evitados, constituyen garantías de justicia en los sistemas jurídicos pues sobre ellos sería posible un debate racional que permita arribar a soluciones justificadas y no meramente a posiciones subjetivas y relativas.

Lo que empezó como una discusión metateórica sobre qué teoría da mejor cuenta de las prácticas jurídicas actuales se ha trasladado a una discusión metaética sobre cuál es la concepción ética que ha de ser asumida para dar cuenta de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Quienes, como Ferrajoli, reivindican el positivismo jurídico, suelen rechazar el objetivismo moral y el cognoscitismo ético. Por el contrario, quienes como Atienza exigen superar el positivismo jurídico como paradigma teórico desde el cual dar cuenta de los estados constitucionales, reivindican el objetivismo moral —al menos, en sentido mínimo— y el cognoscitismo ético.

El debate que enfrenta a Atienza y Ferrajoli resulta desconcertante, principalmente, por el amplio elenco de coincidencias que media entre ambos autores al punto que, señala Atienza, «mi acuerdo con Ferrajoli es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar “sustantivas”. Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las “promesas” constitucionales se conviertan en realidades» (2011: 85). Sin embargo, le exige asumir una teoría moral que, sin tener que construirse sobre bases absolutistas, tendría que ser una teoría objetivista de la moral pues sería lo más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como instrumento indispensable para concretar los valores de la igualdad y solidaridad (2008b: 165).

Está fuera de toda duda el genuino compromiso de ambos autores con los derechos fundamentales y con los valores que el constitucionalismo reconoce, protege y realiza. Por ello, habrá que atender detenidamente a sus posiciones en el debate para identificar de qué se discute exactamente y si es una genuina controversia que pudiera resolverse de forma argumentativa. Las interrogantes en torno a las cuales planteo el siguiente análisis argumentativo serán las siguientes: ¿en qué consiste la discusión en el nivel metaético entre Atienza y Ferrajoli? ¿Qué se entiende por objetivismo moral y cognoscitismo ético? ¿Es coincidente o no la concepción metaética de estos autores?

3. Análisis argumentativo de las concepciones metaéticas de Ferrajoli y Atienza

3.1. El anti-objetivismo y no-cognoscitismo ético de Ferrajoli

En su obra, Ferrajoli no define con precisión una determinada concepción metaética con la que se identifique.³ Ésta, más bien, puede ser caracterizada a partir de su teoría jurídica, es decir, el positivismo jurídico y, en particular, su tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Su defensa de esta tesis explica su decidido rechazo al objetivismo y al cognoscitismo en materia ética, pues estas posiciones promueven, a su entender, una conexión intrínseca entre Derecho y moral, en el sentido fuerte del término.⁴

3 No obstante, la posición metaética de Ferrajoli se suele identificar con el relativismo axiológico (lo que será puesto en cuestión más adelante) y el no cognoscitismo ético. Al respecto, véase Atienza 2008b: 161 y 2008c: 216.

4 Aunque no media una relación conceptual entre el positivismo jurídico y el no objetivismo ético, la asociación entre el positivismo jurídico y el rechazo al objetivismo ha sido asumida como esencial en la Filosofía del Derecho italiana. Así, distinguiéndose de los iusfilósofos anglosajones, destacaba Bobbio que al menos como era entendido el objetivismo

En efecto, destaca Ferrajoli que un objetivista no se limita a suscribir tesis triviales que podrían darse por descontadas en la relación entre Derecho y moral (como que toda ley es susceptible de calificación moral, que toda ley lleva aparejada una subjetiva pretensión de justicia, que es justo que las leyes tengan contenidos que consideramos apreciables o que en la interpretación jurídica intervienen elecciones orientadas por elecciones morales). Su posición va mucho más allá para sostener «que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan ya no *una* determinada moral, aunque compartida por nosotros, sino *la* moral o *la* justicia en algún sentido objetivo de la palabra» (201 Ib: 338).

Con ello, el objetivismo desconoce aportes fundamentales legados por la modernidad a la cultura jurídica como es el principio positivista de la legalidad y el principio liberal de la no interferencia del Derecho en la esfera moral de las personas. Entiende Ferrajoli que estos principios solo están garantizados si se asume la tesis de la separación entre Derecho y moral.

Para ello precisa que por separación entre Derecho y moral se entienden dos pares de tesis, uno descriptivo y otro prescriptivo, que definen la relación entre estas esferas. Según las tesis descriptivas: *a)* la validez de una norma jurídica no implica su justicia, por lo que puede haber normas válidas consideradas extremadamente injustas; y *b)* la justicia de una norma no implica su validez, por lo que una norma, aun siendo extremadamente justa, podría no existir válidamente. Según las tesis prescriptivas, por su parte, en el plano ético político no se justifica: *a)* la producción de normas dirigidas únicamente a afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de una determinada moral; ni *b)* imponer a los ciudadanos la adhesión moral o la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional (201 Ib: 337).

Estas tesis prescriptivas de la separación entre el Derecho y la moral constituyen postulados del principio de laicidad y un corolario del liberalismo político. De ahí que Ferrajoli suscriba la posición de Chiassoni para quien:

[L]a separación entre Derecho y moral representa un precioso legado de la ilustración jurídica y permanece como un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano del término, debido a que fundamenta la autonomía del Derecho de los juicios morales y de los juicios morales del Derecho positivo, y confía las elecciones morales no ya a la adhesión a una supuesta ontología objetiva y heterónoma sino a la autodeterminación espontánea y a la responsabilidad individual. (Ferrajoli 201 Ib: 337)

De este modo, antes que suscribir una determinada concepción metaética de tipo intuicionista o emotivista, Ferrajoli reivindica, más bien, el objetivismo lógico y la antimetafísica. Esta posición, según señala, se basa en las siguientes dos tesis:

- a)* Los principios o los valores morales no son cosas, fenómenos o entidades en algún sentido objetivas. Por ello, reserva la calificación de verdadero únicamente a las tesis lógicas y empíricas.
- b)* Las elecciones morales y juicios políticos no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racional y responsablemente argumentados en coherencia con los fundamentos y con los valores de la libertad, la igualdad, el respeto a la persona, la paz, la democracia, los derechos de libertad y los derechos sociales.

en el continente, uno no podía coherentemente ser al mismo tiempo positivista jurídico y creyente en la objetividad de reglas morales. Al respecto, véase Falk y Shuman (1961).

Ahora bien, Ferrajoli distingue dos sentidos —fuerte y débil— en el que se emplean las categorías *objetivismo moral*, *cognoscitivismo ético* y *verdad moral*; sin embargo, no comparte ninguna de ellas pues considera que la versión fuerte es «inaceptable y ciertamente incompatible con la tesis de la separación», mientras que la versión débil, aunque llegue a ser compatible con la tesis de la separación, «resulta fuertemente equivocada, errónea y engañosa en el plano filosófico» (2011b: 338).

En su versión fuerte, el objetivismo moral asume la hipótesis metafísica de la existencia empírica de un mundo de valores morales objetiva o naturalmente vinculante. Así, esta versión del objetivismo moral: a) alude a una suerte de ontología de los valores con referencia a la cual; b) es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso los expresados por los principios constitucionales. La primera de estas tesis contradice la separación en sentido asertivo, derivando de ella la tesis anti-iuspositivista según la cual la extrema injusticia de una norma excluye su validez jurídica. La segunda tesis, por su parte, contradice la separación en sentido prescriptivo, pues implica no aceptar ni tolerar, por falsos, los juicios contrarios a los que se corresponden con tales valores.

Un ejemplo de esta versión fuerte de objetivismo moral, para Ferrajoli, lo representa la ética católica basada justamente sobre la idea de que existe un sistema objetivo de valores que es establecido y querido por Dios. En un escenario así, ninguna tesis ético-cognoscitivista está en capacidad de impugnar una tesis ético-cognoscitivista distinta pues ambas tesis son propuestas como verdaderas, es decir, como objetivas en el sentido *fuerte* de la expresión. En la base de tal discusión subyacen valores opuestos, pero asumir una de las dos tesis como *verdadera* implica asumir la tesis opuesta como *falsa* y, por ello, como intolerable.

Ferrajoli advierte que no es posible asumir simultáneamente esta versión del objetivismo moral y una posición liberal sin incurrir en una evidente aporía. En efecto, asumir la existencia de verdades morales que pueden ser conocidas implica el absolutismo moral y la intolerancia con las posiciones morales distintas. Lógicamente, si se rechaza el absolutismo moral —tesis liberal— no es posible adherirse al objetivismo en sentido fuerte. De ahí que, a su entender, quienes le critican desde el objetivismo ético, como sustento metaético del constitucionalismo principalista, y que reivindican los principios liberales y la tolerancia, no podrían decirse objetivistas en este sentido.

Por ello desarrolla un segundo sentido —débil— en el que puede ser entendido el objetivismo moral: como sinónimo de racionalismo ético, es decir, de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas. De ahí que, destaca, sus partidarios no por casualidad le denominan *objetivismo moral mínimo* aunque le parece mejor una terminología como la de Chiasonni quien le denomina *objetivismo ético racional*. Este objetivismo ya no hace referencia a una razón sustancial en sentido fuerte que procure un conocimiento objetivo y por ello verdadero de los principios y los juicios morales sino a una razón instrumental en sentido débil acerca de la relación de medio a fin en el ámbito moral en el que se insertan nuestras acciones (2011b: 339).

Esta versión débil del objetivismo, precisa Ferrajoli:

[E]s exactamente compartida con mi anticognoscitivismo ético que no se identifica para nada con el puro emotivismo sino que exige que las tesis éticas, incluso no siendo ni verdaderas ni objetivas, se sustenten en argumentaciones racionales basadas sobre las lecciones de la historia y sobre la experiencia en torno a qué valores merecen ser perseguidos, así como los fines y la idoneidad de las acciones recomendadas o de las normas establecidas para realizarlos. (2011b: 340)

Lo anterior le permite sostener que la obviedad de una tesis moral como «es moralmente inaceptable torturar niños por diversión» no la convierte en verdadera sino que es trivialmente justa precisamente por las razones obvias que cualquiera estaría en capacidad de ofrecer como fundamento. Estas razones, enfatiza, sustentan su justicia, mas no su verdad.

En esta versión débil del objetivismo ético, el desacuerdo de Ferrajoli con los objetivistas resulta ser meramente terminológico. Así, apelando a la riqueza del vocabulario para usar en cada ocasión el término apropiado, se cuestiona:

¿[D]iremos que son verdaderas, o bien, con mayor corrección, que son justas porque racionalmente argumentadas o bien fundamentadas respecto a nuestros valores morales, las tesis que la paz es preferible a la guerra, o que es intolerable que los seres humanos sean torturados o, incluso, en relación con los valores estéticos, que la Capilla Sixtina de Miguel Ángel es una obra maestra del arte? (2011b: 343)

En suma Ferrajoli exige no confundir el objetivismo y el cognoscitismo con la fundamentación racional de la ética. A su entender, ello se daría por asumir erróneamente que la única alternativa al cognoscitismo y al objetivismo moral es el relativismo emotivista o que el único modo de superar el irracionalismo en la ética fuera el tener que fundamentar la moral en criterios de verdad de sus tesis. En sus términos: «la verdad no coincide para nada con la argumentación racional: aquella es el valor en sustento de las cuales son argumentadas racionalmente las tesis asertivas, pero la argumentación racional puede tener como objeto también tesis preceptivas o valorativas, de tipo moral, estético o de cualquier otro tipo» (2011b: 343).

Ferrajoli admite sin reparos el carácter racional de las discusiones en torno a posiciones que involucren juicios de valor o categorías morales. Como ejemplo de ello pone la propia discusión generada en torno a su obra en el que ha alternado con objetivistas éticos. Al respecto, dice Ferrajoli:

[C]ada uno de nosotros piensa, obviamente, que las tesis que sostienen son argumentables racionalmente y nadie piensa que no lo son las tesis distintas y tal vez opuestas a las sostenidas por los propios interlocutores. De ahí se sigue que ninguno de nosotros puede calificar las propias tesis como verdaderas y las tesis opuestas como falsas, sino afirmar que estas últimas no son argumentables racionalmente. (2011b: 343)

Todo esto le lleva a identificar el origen del desencuentro en las distintas concepciones de verdad que tendrían los participantes en el debate pues, si cada uno reconoce que las posiciones distintas a las propias son también racionalmente argumentables, señala, corresponde renunciar a la identificación entre verdad y justificación racional. Así, concluye:

[E]n el origen de nuestras discrepancias está la diversidad de nuestras asunciones de base, que en este caso son nuestras concepciones de la verdad: de un lado, la idea ético-cognoscitivista de la justificación racional de las tesis morales como verdad; de otro, una concepción de la verdad más restringida, como valor solo predicable de las aserciones lógicas o empíricas, por lo cual, son excluidas, aunque sean racionalmente justificadas, las tesis morales. (2011b: 343)

Por lo expuesto, la posición de Ferrajoli se puede resumir en las siguientes ideas:

- a) Distingue dos sentidos (fuerte y débil) de objetivismo moral.
- b) En su versión fuerte, el objetivismo ético asume una tesis ontológica (existen los valores morales) y semántica (pueden ser calificados como verdaderos o falsos).
- c) En su versión débil, el objetivismo ético es sinónimo de racionalismo ético, es decir, de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas.
- d) Rechaza la versión fuerte del objetivismo porque es incompatible con la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, que garantiza el principio de legalidad y la autonomía de las personas. Conlleva el absolutismo y la intolerancia.
- e) Rechaza la versión débil del objetivismo porque es engañosa pues los acuerdos racionales no son verdaderos.
- f) Advierte los dos siguientes errores argumentativos: a) asumir que la única alternativa al cognoscitivismo y al objetivismo moral es el relativismo emotivista, y b) asumir que el único modo de superar el irracionalismo en la ética es fundamentar la moral en supuestos criterios de verdad.

3.2. El objetivismo moral (mínimo) y el cognoscitivismo ético de Atienza

El objetivismo moral, concepción metaética reivindicada por Manuel Atienza como condición necesaria para dar cuenta cabal y trabajar con el Derecho de los Estados constitucionales, ha de verse necesariamente en relación con su conocida exigencia de superación del positivismo jurídico. Aunque constituye un proceso intelectual complejo, centraré el análisis en su ensayo «Dejemos atrás el positivismo jurídico», escrito con Juan Ruiz Manero, en el que sintetiza los argumentos en los que justifica la exigencia de superación del paradigma positivista.

Este ensayo constituye el gran sustento metateórico de los autores. En él saldan cuentas con el positivismo jurídico, paradigma que asumieron y del que reconocen su importancia y utilidad. Sin embargo, preguntándose por la teoría del Derecho que vale la pena elaborar en los actuales sistemas constitucionales, constatan que:

[E]l positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico [...]. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional [...] porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social. [...] [E]l Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico para que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. (Atienza y Ruiz Manero, 2009: 152)

Recuerdan los autores que, en todas sus variantes, el positivismo jurídico se define por la tesis de las fuentes sociales del Derecho («el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos») y la tesis de la separación entre el Derecho y la moral («el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma»). Así planteadas, a su entender, ambas tesis no sólo son irrelevantes sino que constituyen un obstáculo para el desarrollo de una teoría y dogmática adecuada a las condiciones del Estado Constitucional. Consideran que el carácter descriptivista de esta teoría y su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta producto de actos prescriptivos inhabilitan al positivismo jurídico para intervenir en discusiones hoy

centrales como la que suscitan los conflictos entre los principios o las excepciones implícitas en las reglas.

Aunque en este ensayo los autores no se refieren explícitamente a la necesidad de asumir un objetivismo moral como concepción metaética que permita trabajar con las categorías morales reconocidas en los estados constitucionales en el marco de una teoría del derecho postpositivista, esta exigencia es desarrollada en otros trabajos de los autores. Así, por ejemplo, en el ensayo *¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?*, Atienza, tras caracterizar al positivismo y fundamentar la necesidad de su superación, esboza algunas consideraciones sobre cómo, en su opinión, debería encararse la construcción de una nueva teoría (o filosofía) del Derecho para los países latinos de Europa y América.

Señala Atienza que un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países:

[B]ien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho. (2008a: 311)

De este modo, intentando rescatar ciertos elementos útiles de cada una de las grandes tradiciones en torno a cuyos postulados se ha intentado definir el Derecho, Atienza recupera del iusnaturalismo, su concepción metaética: el objetivismo moral. Sin embargo, sobre la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, advierte que:

[S]i bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso –añade– las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero no obviamente como posición descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. (2008a: 312)

Por ello, concluye que la alternativa debería ser:

[U]n objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles. (2008a: 312)

Este planteamiento se ve de algún modo detallado en el pequeño ensayo «Cuento de Navidad», en el que Atienza presenta un hipotético diálogo entre un objetivista y un no cognoscitivista. Asumiendo el rol de objetivista, aclara algunos aspectos de su concepción metaética. Refiere que el objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser fundamentados de un modo objetivo, no del mismo modo que los juicios científicos o descriptivos, pero sí mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos.

Se presume que quien defiende unos principios lo hace de un modo sincero, con una genuina pretensión de corrección en cuanto a tales principios o valores. Sin embargo, tal actitud favorable a la corrección de los principios que alguien asume no impide que tal persona esté abierta a discutir sobre ellos y a considerar cualquier argumento que pudiera hacerle cambiar de posición sobre tales principios.

De ahí que este objetivismo es uno de tipo *mínimo* porque no asume certezas definitivas en materia moral, únicamente considera correctos ciertos valores o principios por las razones en las que se fundamenta y que todos quienes participen en una discusión en torno a ellos pudieran considerar como aceptables. Sin embargo, es un objetivismo derrotable si en la discusión se presentan mejores argumentos que aquellos en los que se fundaba la corrección de tales valores. Sería análogo al falibilismo popperiano en relación con las teorías científicas: serán aceptadas en tanto no se acredite su error o sea refutada, por lo que su aceptación nunca puede ser plenamente acreditada, solo presuntivamente admitida. Al igual que este falibilismo, que considera posible que todo conocimiento podría, en principio, ser erróneo, el objetivismo moral en sentido mínimo considera que toda asunción moral podría, en principio, no ser correcta. Sin embargo, ello solo se daría tras una discusión racional en la que argumentativamente pudiera concluirse dicha incorrección. Hasta entonces, rige la pretensión de corrección que asume quien defiende tales principios.

El objetivismo de Atienza tampoco se identifica con la imposición de valores o principios a quien pudiera no compartirllos. Ello, pues la tolerancia es uno de los principios morales que considera objetivamente fundados. La discusión en torno a tales principios siempre debe estar abierta, descartando cualquier posibilidad de imponerlos autoritativamente sin que medien argumentos de corrección. Sin embargo, ello no excluye que, estando objetivamente fundados, se puedan imponer las reglas que garantizan la protección de tales valores. Para ello recurre al ejemplo de la tortura: aunque hubiera alguien que no considerase incorrecta dicha práctica, salvo algún caso extremo, no podría impedírsele expresar su posición, sin embargo, ello no impide imponer jurídicamente la prohibición de la tortura.

Finalmente, Atienza considera que la resistencia al objetivismo no sería sino consecuencia de un eventual problema con los términos empleados en la discusión. Así, al intentar refutar el argumento del no cognoscitivista cuyo rechazo al objetivismo estriba en el empeño de hablar de principios verdaderos y falsos y no, simplemente, de principios correctos e incorrectos, señala el objetivista que solo sería un desacuerdo de palabras. Lo esencial, a criterio del objetivista:

[E]s aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que, por ejemplo, cuando tú dices que la tortura es peor que el comportamiento que consiste en no torturar o que cuando yo afirmo que la tortura es moralmente mala y que no puede justificarse una norma que permita la tortura, nuestros juicios no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones. (2009: 116)

Tal es la seguridad en su posición, que el objetivista, a modo de singular autocrítica, sentencia «yo diría que los objetivistas en materia de moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial» (2009: 116).

Por lo expuesto, la posición de Atienza se puede resumir en las siguientes ideas:

- a) Entiende el objetivismo ético como alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral y no como un recurso al Derecho natural.
- b) Rechaza el relativismo (salvo en su tesis descriptiva) y el no cognoscitivism ético porque:
 - i) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); y ii) es autofrustrante.
- c) A diferencia del relativismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan una pretensión de corrección. A diferencia del absolutismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico) pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.
- d) El objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser fundamentados de un modo objetivo, mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos.

Refiriéndose a la concepción metaética de Ferrajoli, Atienza destaca las siguientes ideas:

- a) Para Ferrajoli, el objetivismo moral es indistinguible del absolutismo moral y conduce inevitablemente a la intolerancia.
- b) Que el constitucionalismo no anti-positivista reivindique el objetivismo moral termina por convertirle en la versión actual del legalismo ético en la forma de un constitucionalismo ético, según el cual la validez constitucional de una norma equivaldría a su justicia, de manera que, según los constitucionalistas no positivistas, no podría haber normas constitucionales injustas.

Atienza replica estas críticas con los siguientes argumentos:

- a) Si Ferrajoli tuviese razón en cuanto a que el objetivismo conduce al absolutismo y este a la intolerancia, la crítica no solo le afectaría a Atienza sino que le enfrenta a autores *constructivistas* como Rawls, Habermas o Nino, a *prescriptivistas* como Hare, a *utilitaristas* como Singer, etc. Por ello, se pregunta Atienza «¿es razonable pensar que todos ellos, al apartarse del relativismo moral, han sido tan ingenuos como Ferrajoli parece suponer? ¿No será quizás que, al afirmar lo que afirma, Ferrajoli está en realidad desconociendo lo que ha sido la filosofía moral de los últimos cuarenta o cincuenta años?» (Atienza 2011: 77).
- b) Atienza no incurre en el imputado constitucionalismo ético, pues ha admitido la posibilidad de que puedan darse normas constitucionalmente válidas pero injustas. En concreto cita el caso de dos normas constitucionales españolas como la del tratamiento dado a la religión católica (pues discrimina a los creyentes de otras religiones y a los ateos) y la del principio de igualdad ante la ley (que al estar referido a los españoles desfavorece en relación con ciertos derechos a los extranjeros).

Así, a pesar de las grandes coincidencias, Atienza discrepa de Ferrajoli en la forma como este reconstruye muchas instituciones de la práctica jurídica actual, pues ofrecerían una visión distorsionada y empobrecida del nuevo paradigma del que se pretende dar cuenta. En términos de Atienza:

[P]ara la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado Constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de Ferrajoli, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque Ferrajoli se queda a mitad de camino: da el paso del «paleo-positivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. (2011: 85)

4. Propuesta de aproximación de las posiciones

4.1. Ordenando la ética

Las cuestiones morales, de por sí complejas, aumentan su dificultad con el extendido número de confusas categorías, escuelas y etiquetas con las que se identifican a los autores y posiciones en los debates. Aunque las categorías resultan útiles para identificar con una mayor precisión las posiciones en un desencuentro, el poco rigor en su empleo añade una innecesaria complejidad al análisis de los problemas. Por ello, a fin de determinar si este debate entre Ferrajoli y Atienza es genuino o meramente terminológico, conviene definir con la mayor precisión posible algunas de las categorías recurrentes en el debate.

El debate se centra en la asunción o el rechazo del objetivismo moral. A partir de esta categoría será posible definir otras tantas asociadas a ella como el relativismo, el absolutismo, el escepticismo o el cognoscitivismo.

A pesar de que el objetivismo moral es un lugar común en los debates éticos, no es sencillo encontrar una precisa definición de su significado. Tomemos como una definición de partida la propuesta por Abbagnano, quien entiende por objetivismo «cualquier doctrina que admita la existencia de objetos (significados, conceptos, verdades, valores, normas, etc.) válidos independientemente de las creencias y de las opiniones de los diferentes sujetos» (1998: 865). En el ámbito específico de la teoría del Derecho, Bulygin identifica el objetivismo moral con «la posición según la cual los juicios morales son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos» (2007: 83).

Así planteadas, estas definiciones no son funcionales para una precisa caracterización del objetivismo moral, por lo que será necesario afinar la definición. Para ello me valdré de una distinción propuesta por Álvarez para las teorías morales. Esta autora distingue los siguientes tres niveles desde los que es posible evaluar una tesis moral:

- a) El nivel ontológico, referido a la existencia (y de qué tipo) de las entidades morales y los juicios de valor (por ejemplo, si dependientes o independientes de nuestras creencias);
- b) El nivel epistemológico, referido a la posibilidad de conocer tales entidades o los juicios de valor en los que se expresan; y,
- c) El nivel semántico, referido a las posturas acerca del significado de los juicios morales, su función y su condición de verdad (2002: 48).

A partir de lo anterior, Moreso (2011: 185 y ss.) plantea la siguiente definición del objetivismo moral, distinguiendo sus tesis ontológicas, epistemológicas y semánticas:

- a) *Tesis ontológica*: «Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)».
- b) *Tesis epistémica*: «Los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas».
- c) *Tesis semántica*: «Los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad».

Por oposición, las antítesis de estas tesis son, respectivamente, las siguientes:

- a) *Subjetivismo moral*: Los principios morales y juicios de valor son dependientes de las creencias, actitudes y sentimientos de cada persona que los expresa.⁵
- b) *Escepticismo moral*: «No hay un modo justificado de acceder al contenido de un conjunto privilegiado de pautas morales válidas».
- c) *No cognoscitivismo moral*: «los juicios morales no son aptos para la verdad y la falsedad».

No obstante lo expuesto, si bien estos planos pueden delimitarse analíticamente, en la práctica mantienen muchas relaciones y superposiciones lo que hace difícil asociar de modo definitivo cierta teoría con tal o cual nivel. Es el caso, por ejemplo, del relativismo moral que se define tanto en el nivel ontológico como epistémico. Ontológicamente, diluye la objetividad de las posiciones morales en distintos contextos de evaluación, de tal forma que ya no podríamos hablar de una objetividad fuerte sino disminuida, en mayor o menor medida, según el ámbito contextual en el que serán evaluadas las posiciones morales. No obstante, salvo que dicho contexto sean las convicciones personales de cada agente participante en un debate moral, el relativismo llega a ser una expresión del objetivismo.

Como tesis epistémica, el relativismo se define más bien como equivalente al escepticismo moral, es decir, como un corolario epistémico del subjetivismo. Según esta tesis, si los juicios morales son dependientes de las creencias de cada sujeto, lo que puede ser bueno o correcto para alguien no tiene por qué serlo para otro, por lo que no es posible contar con un criterio que permita universalizar las posiciones morales a fin de trascender la subjetividad.

Otra categoría recurrente en el debate que no se advierte en las definiciones propuestas es el absolutismo moral, posición objetivista según la cual la convicción sobre la existencia y el carácter verdadero de ciertos valores, implica asumir que los juicios morales son inviolables (por lo que sería moralmente incorrecto admitir excepciones a la prohibición de violar los propios juicios) y absolutos (es decir, que el carácter inviolable de los propios juicios morales es racionalmente incuestionable) (Fishkin 1986: 80-81).

Ahora bien, la mencionada interrelación entre los niveles ontológicos, epistémicos y semánticos hace que la asunción de alguna concepción en alguno de estos niveles condicione

5 A entender de Moreso, la antítesis de la tesis ontológica del objetivismo moral sería el *relativismo moral*, entendido como la teoría que «asume la existencia de varios conjuntos de pautas morales, válidas según el contexto de evaluación en el que se sitúen». Considero que esta definición es compatible con el objetivismo, pues predica una objetividad contextual de los valores morales. Más bien sería antónima del absolutismo, posición objetivista que no admite límites o restricciones determinadas, por ejemplo, por algún contexto. Por ello, asumo que, en el nivel ontológico, el objetivismo es opuesto al subjetivismo, y dentro del objetivismo puede distinguirse, a su vez, un objetivismo absoluto (absolutismo) y uno relativo (relativismo). Es decir, lo objetivo como opuesto a lo subjetivo y lo absoluto como opuesto a lo relativo.

Eventualmente podría darse un relativismo que, no dependiendo de mayor contexto que la propia subjetividad de cada individuo, equivaldría al subjetivismo; sin embargo, ello no es el caso a partir de la definición propuesta por Moreso.

la posición en relación con los demás. Ello puede explicar muchos de los problemas en torno al uso del término *objetivismo moral* pues este se suele asociar a una cierta concepción moral en el plano ontológico: el realismo moral. En efecto, como tesis ontológica, el realismo moral afirma la existencia en el mundo de hechos morales que son los que permiten afirmar la verdad de las normas morales. Así pues, el realismo como objetivismo ontológico conlleva el cognoscitivismo ético (los enunciados referidos a tales entidades son aptos para la verdad). Sin embargo, aclara Moreso, de ello no necesariamente se sigue que rechazar el realismo implique asumir el no cognoscitivismo (pues, como dice, tampoco los colores integran la concepción absoluta del mundo y, en cambio, los enunciados acerca de los colores son aptos para la verdad) o que rechazar el realismo o el no cognoscitivismo implique rechazar el objetivismo moral (Moreso 2002: 98-99).

Por ello, afirma que la objetividad moral es compatible con un amplio espectro de posiciones filosóficas sustantivas, de tal forma que nada obliga a aceptar las cosas como pares dicotómicos, creando falsos dilemas en los que la negación de uno de ellos implicaría necesariamente afirmar su opuesto, o viceversa.

4.2. El objetivismo moral mínimo

En cada uno de los distintos niveles del objetivismo moral es posible plantear matices a las tesis estándar sin por ello incurrir en la asunción de la antítesis. Así, por ejemplo, en el plano ontológico, es posible rechazar una metafísica de entidades morales (como predicaría el realismo naturalista), sin por ello asumir que todo depende de los sentimientos y creencias de cada sujeto que emite un juicio de valor, como predicaría el subjetivismo. Entre una posición y otra es posible asumir la objetividad de ciertas pautas morales que toda persona que intervenga en un debate sobre cuestiones morales elegiría en determinadas condiciones ideales.

En esta posición, los valores son algo objetivo pero no como entidades que existan naturalmente y que deban ser descubiertas sino como el producto de alguna elección entre los participantes de un debate sobre cuestiones morales. Como dice Moreso, será el contexto de evaluación el que determine cuáles han de ser tales valores, y que dichos contextos pueden venir dados por distintas circunstancias como las creencias y actitudes de una persona en concreto, las creencias y actitudes de un grupo humano determinado, o por las tesis que sostienen diversas teorías morales (2011: 187).

Sin embargo, advierte Mackie, decir que existen valores objetivos no equivale a decir sencillamente que existen ciertas cosas que todo el mundo valora ya que el que varias personas coincidan en sus apreciaciones o valoraciones subjetivas solo da por resultado principios convencionales o valores intersubjetivos mas no valores objetivos, ya que la intersubjetividad no equivale a la objetividad. La objetividad tampoco se reduce a la simple posibilidad de universalizar algo pues habría quien se sintiese muy dispuesto a universalizar sus juicios o sanciones prescriptivas reconociendo al mismo tiempo que tales prescripciones y sanciones no son más que decisiones suyas (2000: 25-26).

La objetividad, afirma Mackie, habría de residir en tipos de cosas, acciones o estados de cosas, de forma tal que los juicios que dieran cuenta de ellos pudieran ser universalizables (2000: 26). Así, el objetivismo defiende la existencia de juicios morales con valor prescriptivo intrínseco (Álvarez 2002: 77).

Por lo expuesto, en el nivel ontológico, es posible rechazar el objetivismo en sentido fuerte (asociado al realismo o naturalismo) y asumir un objetivismo (que podría decirse mínimo) entendido como la posibilidad de dirimir los desacuerdos morales apelando a algún criterio común que, considerado racionalmente, pudiera ser universalizado. Esto se correspondería con un constructivismo ético que, en el plano ontológico, afirma que lo correcto es el resultado de un consenso racional entre una serie de participantes (García Figueroa 2009: 38). Es lo que Bayón denomina la pretensión de objetividad, es decir, «que quien sostiene un juicio moral pretende o presupone que los demás, si consideraran la cuestión «de un modo razonable», si llegaran a adoptar lo que denominamos «la perspectiva adecuada», llegarían a la misma conclusión que nosotros» (1991: 213).

El empeño de Ferrajoli por rechazar el objetivismo se debería a que considera que este solo puede ser entendido de una única manera (como realismo moral), prefiriendo emplear una categoría distinta para dar cuenta del acuerdo racional en cuestiones morales que comparte plenamente.

A entender de Fishkins (1986: 80-81), el objetivismo moral mínimo se caracteriza por asumir que los juicios morales son objetivamente válidos (es decir, que su aplicación coherente a todos se apoya en consideraciones que todos deberían aceptar, si contemplan el problema al que se enfrentan desde la perspectiva moral adecuada), se aplican universalmente (es decir, que se aplican coherentemente a todos, de forma que los casos relevantes similares se tratan similarmente) y que los propios juicios morales se aplican a otros como a uno mismo. Lo que distingue esta concepción del absolutismo es que en el objetivismo mínimo, los propios juicios morales no son absolutos (por lo que su inviolabilidad no es racionalmente incuestionable) ni inviolables (por lo que sería objetivamente correcto exceptuarlos en alguna ocasión).

La posibilidad de arribar a acuerdos racionales en torno a principios y valores aceptados como correctos dadas unas determinadas condiciones ideales, expresa una tesis epistémica que es corolario de la tesis ontológica del objetivismo moral en sentido mínimo. En efecto, en el nivel epistémico, el objetivismo moral también es compatible con una multitud de distintas epistemologías como el intuicionismo o el constructivismo, que proponen distintos modos de aproximarse al conocimiento ético. Son todas ellas posiciones objetivistas en tanto que comparten la convicción en torno a algún procedimiento que permita conocer o justificar posiciones morales, por tanto, rechazan el escepticismo moral.

Como señala Moreso, algunas veces el objetivismo moral es aceptado solamente en el interior de un sistema moral y, considerando que hay muchos sistemas morales, la elección de los axiomas (de los principios y valores básicos del sistema) de dichos sistemas es una cuestión que puede ser planteada desde una estrategia epistemológica de tipo coherentista. En sus términos, «si se adopta una estrategia coherentista en moral, entonces ya no hay valores y principios últimos en un sistema y todos los principios están, por lo tanto, sujetos a revisión a la luz de nuevos y mejores argumentos» (2002: 99).

Esto se corresponde con la tesis epistémica del constructivismo que afirma que el consenso racional es el medio para conocer lo correcto (García Figueroa 2009: 38). Bajo este planteamiento, la objetividad ya no se presupone dada por el *punto de vista universal* sino por la referencia a un *punto de vista adecuadamente construido*.

Esta epistemología puede decirse también mínima, como su tesis ontológica correspondiente, porque no postula un procedimiento de tipo empírico que se correspondería con la existencia de entidades naturales de índole moral. La epistemología propuesta por el constructivismo es mínima porque emplea la razón para justificar un acuerdo entre los participantes, pero no

tiene carácter definitivo o absoluto porque siempre es posible revisar los acuerdos en caso se planteen mejores razones que aquellas en la que estos se sustentan.

Por lo hasta aquí expuesto, es posible analizar si las recíprocas imputaciones hechas entre Ferrajoli y Atienza se pueden justificar. Como se recordará, para Ferrajoli, el que Atienza asuma el objetivismo podría hacer de él un absolutista y, con ello, un intolerante. Por su parte, para Atienza, el que Ferrajoli rechace el objetivismo le haría un relativista. De lo expuesto considero inconsistentes ambas imputaciones. Me explico.

Resulta insostenible asociar a Atienza con el absolutismo o con la intolerancia. La declarada adhesión de Atienza al objetivismo mínimo (en el nivel ontológico), tal como ha sido definido, implica que no comparte rasgos determinantes del realismo o del absolutismo como el atribuirle a los juicios de valor el carácter de inviolables y absolutos. Atienza no descarta el poder exceptuar la aplicación de ciertos principios en casos concretos si las circunstancias así lo exigen, sin incurrir por ello en alguna incorrección ética. En el ámbito de la filosofía del Derecho, el Derecho natural es la más clara expresión de este absolutismo y es frontalmente rechazado tanto por Atienza como por Ferrajoli.

En cuanto al relativismo, el análisis puede ser planteado bien desde la ética descriptiva o bien desde la normativa. Desde un plano descriptivo, de ética sociológica, el relativismo ético consiste en sostener que distintas sociedades, grupos humanos o personas difieren o han diferido en lo que consideran bueno o justo, y en las pautas morales que observan. En este plano, el relativismo es trivialmente verdadero aunque en muchos casos, dice Nino, las diferencias en los juicios morales no se deben a diferencias en los principios valorativos básicos que se adoptan, sino a diferencias en las circunstancias fácticas relevantes o en las creencias acerca de cuál son esas circunstancias fácticas (Nino 2003: 377). Ni Ferrajoli ni Atienza (quien lo señala expresamente) cuestionan la veracidad del relativismo descriptivo.

En el plano de la ética normativa, el relativismo ético consiste en afirmar que lo que es bueno y justo para un individuo o sociedad, puede no serlo para otro, aun cuando se encuentren en las mismas circunstancias relevantes (Nino 2003: 377). Se expresa mediante frases como *esta acción es buena para mí, pero no necesariamente para otro* y llega a plantear un problema relevante que, de no ser resuelto, deviene irremediablemente en el escepticismo en cuanto a que no hay forma racional de determinar cuál de dos juicios morales enfrentados es válido. Ello, dice Atienza, además de ser autofrustrante, imposibilita reconstruir aspectos relevantes de la práctica jurídica en el constitucionalismo.

Sin embargo, destaca Nino, en la filosofía moral contemporánea hay un cierto acuerdo en que la razón tiene un papel relevante en el discurso moral. Esto se expresa, por ejemplo, en el hecho que muchos juicios morales dependen de creencias fácticas cuya verdad o falsedad es empíricamente demostrable; en que una de las formas de ofrecer razones en contra de un juicio moral consiste en mostrar que, una vez universalizado, tiene consecuencias que el que formula tal juicio no está dispuesto a aceptar; o que muchas proposiciones morales que la gente sostiene están determinadas por confusiones conceptuales y lógicas que pueden ser racionalmente esclarecidas. Esto permite engarzar el objetivismo ontológico, basado en la coherencia, con el objetivismo epistémico, basado en la racionalidad (2003: 377-382).

Tanto Atienza como Ferrajoli coinciden en la posibilidad de que los debates sobre cuestiones morales se sustenten sobre argumentaciones racionales; es decir, que no son escépticos sobre el rol que la razón pueda cumplir para esclarecer los desacuerdos éticos ni sobre la posibilidad de lograr acuerdos compartidos sobre lo que es moralmente correcto en específicos debates sobre cuestiones éticas.

Por ello, no considero que a Ferrajoli se le deba calificar de relativista, salvo que se aluda la tesis descriptiva que, como se ha señalado, es trivialmente verdadera y definitivamente no si se asocia el término al puro escepticismo epistémico en la moral. Por ello coincido con Moreso, cuando exige distinguir dos significados de relativismo para determinar con cuál de ellos podríamos identificar a Ferrajoli. En un primer significado, relativismo equivale a escepticismo, es decir, a la ausencia de juicios de valor para justificar cualquier juicio de valor frente a su opuesto. En un segundo significado, realismo equivale a prudencia epistémica, es decir, «a la disposición a revisar nuestros juicios a la vista de las razones de otros, apertura de miras, sensibilidad hacia la evidencia empírica». Este segundo significado es el que mejor caracteriza a Ferrajoli pues, por ejemplo, como se pregunta Moreso «¿cómo argumentar a favor de la democracia si no hay ningún criterio que haga preferible tomar las decisiones de modo democrático que hacerlo de otro modo?» (2011: 191).

De lo hasta aquí expuesto puede decirse que tanto Atienza como Ferrajoli pueden decirse objetivistas, en un sentido mínimo, tanto en el plano ontológico como epistémico. Ontológicamente, su opción es objetivista en sentido mínimo en tanto que opuesta al puro subjetivismo o al realismo naturalista, mientras que en el nivel epistémico, el término más adecuado sería el racionalismo. Esto implica que lo que se asume como pautas morales válidas en las que se sustenta un cierto sistema moral son asumidas como correctas desde una compleja fundamentación coherentista y tanto ellas como las posiciones que de ellas se deriven están sujetas a una constante revisión ante el cotejo de mejores argumentos que aquellos en los que se sustentan. De ambos podría decirse, pues, que asumen un *objetivismo ético, en sentido mínimo, racionalista*.

4.3. Verdad y justificación

Llegados a este punto, resta analizar la tesis semántica del objetivismo (que equivale al cognoscitivismo ético) según la cual, los juicios morales son aptos para la verdad o falsedad. En la línea de identificar versiones mínimas del objetivismo, en este plano dicho planteamiento implicaría sustituir la calificación de verdadero o falso por categorías que hagan las veces, en correspondencia con el objetivismo ontológico y epistémico mínimo de los niveles anteriores.

Antes bien, es posible asumir criterios distintos de la verdad como correspondencia para asumir un criterio de verdad como coherencia, como consenso o como corrección procedimental. Sin embargo, destaca Pintore, si bien estas nociones resultan relevantes y útiles, no sirven para dotar al Derecho de un valor de verdad, contribuyen a proveerlo de valores y, con ello, a su justicia. En el caso de la coherencia y de la corrección procedimental, tales valores conciernen especialmente a su constitución interna y, en el caso del consenso, a su valor externo que exige el enraizamiento del Derecho en el principio democrático (2005: 223). Por todo ello, a diferencia de los niveles anteriores, es posible afirmar que el nivel epistémico del término *objetivismo moral* es el que menos se presta a una *minimización*.

En esta línea, Habermas afirma que mientras que la verdad de una proposición expresa un hecho, no hay, en el caso de los juicios morales, nada equivalente a que un estado de cosas «sea el caso». Las pretensiones de validez morales carecen de la referencia al mundo objetivo, característica de las pretensiones de verdad. De esta forma, están privadas de un punto de referencia que trascienda la justificación (2007: 283).

Al respecto, señala Hare que no es que los enunciados evaluativos que expresan juicios de valor no sean aptos para la verdad sino que este criterio no agota su significado. En efecto, refiere que los enunciados puramente descriptivos presentan los siguientes elementos:

- a) Un elemento sintáctico, que a su vez determina
- b) Su fuerza ilocucionaria (el que sean enunciados descriptivos), que a su vez requiere
- c) Que tengan condiciones de verdad, y tienen
- d) Estas condiciones de verdad particulares

Los enunciados que expresan valores cuentan, por su parte, con un elemento adicional: el evaluativo. Así, al igual que los descriptivos, estos presentan:

- a) Un elemento sintáctico, que a su vez determina
- b) Su fuerza ilocucionaria (el que sean enunciados evaluativos), que a su vez requiere
- c) Que tengan condiciones de verdad, y tienen
- d) Estas condiciones de verdad particulares

Sin embargo, además de eso, la fuerza ilocucionaria requiere:

- a) Que sean evaluaciones; y esto, a su vez, significa que deben poder seguir teniendo esa fuerza ilocucionaria evaluativa aun cuando las condiciones de verdad cambien (Hare 1999: 66).

Es por ello, concluye, que:

[D]escribir es diferente que evaluar. Como el evaluar se hace siempre de acuerdo con unos criterios, siempre habrá condiciones de verdad; pero las condiciones de verdad no agotan el significado y, por consiguiente, lo que queda del significado (el elemento evaluativo) es suficiente para ocasionar una contradicción entre las dos partes aun cuando estén usando las palabras con significados descriptivos distintos. (1999: 66)

Así, en el caso de los juicios morales, en el plano semántico es posible decir de ellos que están o no justificados, mas no que sean verdaderos o falsos, salvo que nos valgamos de alguna teoría de la verdad, tan alejada de la verdad como correspondencia, que termine desdibujándola. De ahí que, a menos que se asuma un objetivismo moral de tipo realista, cualquier otra versión del objetivismo que no se base en hecho habrá de ser una de tipo no cognoscitivista en el nivel semántico.

No obstante, como bien señala Hare, «los términos “cognitivista” y “no cognitivista” son engañosos porque parecen implicar que uno puede saber o no que un enunciado moral es verdadero». Por ello, concluye que:

[L]a cuestión importante es si uno puede pensar racionalmente acerca de las cuestiones morales. Dicho de otro modo, ¿existen modos correctos e incorrectos de realizar nuestro razonamiento moral? Esta importante cuestión queda escondida por quienes hablan de cognitivismo y no cognitivismo, y de saber si los enunciados morales son verdaderos o no. (1999: 62-63)

4.4. La ética sin verdad

Lo anterior nos permite completar el perfil de nuestros autores en relación con el objetivismo. Tanto Atienza como Ferrajoli asumirían el objetivismo ontológico (en un sentido mínimo, como opuesto al puro subjetivismo, mas no en el sentido realista o naturalista) y epistémico (que he denominado como racionalista) mas no semántico, por lo que en este nivel serían no cognoscitivistas. El que Atienza se considere un cognoscitivista ético, y que más bien le reproche a Ferrajoli el no serlo, se debería a que no está asociando esta categoría con los criterios de verdad o falsedad (pues expresamente ha señalado que no afirma la verdad de los juicios morales) sino más bien con los de justificación, en tanto que resultado de un acuerdo racional sobre alguna cuestión ética.

A pesar de lo plausible de esta convicción por la justificación de las cuestiones morales, no resulta conveniente emplear la expresión «cognoscitivismos» que está asociada a la verdad. En efecto, la persistencia de Ferrajoli por defender la asociación del término con la verdad como correspondencia y, con ello su rechazo a la posibilidad de asociar a la ética con la verdad, se basa en los sólidos fundamentos desarrollados por la escuela analítica italiana y, en particular, por Uberto Scarpelli.

Evocando el título de uno de los principales libros de Scarpelli, *L'etica senza verità*, Ferrajoli destaca el no cognoscitivismos scarpelliano como:

[U]na herencia preciosa y actual en la sociedad de nuestros días; de un lado, por el carácter de ésta cada vez más complejo, pluralista y multicultural, y, del otro, por las nuevas formas de dogmatismo, de intolerancia y casi de racismo que en ella se manifiestan a causa de las pretensiones fundamentalistas de algunas éticas y culturas que se proponen como la «verdadera» ética, o la «verdadera» religión o la «verdadera» cultura, superior a todas las demás. (2007: 111)

El no cognoscitivismos de Scarpelli está asentado en la gran división entre proposiciones descriptivas y prescriptivas, garantizadas por la Ley de Hume, a la que asume como una tesis de afirmación de la libertad en cada situación existencial. Así, del expreso conocimiento con que cuenta cada persona en una determinada situación no se deriva, de manera lógicamente vinculante, un curso de acción a seguir, el que sólo puede ser asumido como un compromiso subjetivo. Por ello, afirma Scarpelli, «ningún principio directivo vale para el hombre si el hombre no lo hace suyo con una elección» (1980: 110). De ahí que la Ley de Hume debe ser aceptada «no ya porque el hombre es libre (y la Ley de Hume respeta su libertad) sino porque queremos hacerlo libre», es decir, «porque consideramos en nuestra ética el valor de la libertad» (Scarpelli 1980: 110). En suma, asentar la metaética en la libertad de las personas sirve para fundar la conciencia y la responsabilidad de las decisiones morales.

En Scarpelli, la fundamentación lógica de proposiciones prescriptivas depende siempre de proposiciones prescriptivas iniciales que no pueden ser fundamentadas de forma lógica, es decir, la racionalidad de la ética descansa en principios que no pueden ser, a su vez, asumidos racionalmente. La fundamentación de la ética sólo podría darse de forma relativa, condicionada bien a la aceptación de las reglas iniciales de justificación de sus normas o a la existencia de ciertas actitudes del interlocutor en el modelo argumentativo. Por ello, destacaba Scarpelli, la decisión inicial de aceptación de un sistema de lenguaje prescriptivo, aunque sustentado en razones y argumentos, depende siempre de las preferencias y aspiraciones del sujeto.⁶

⁶ Esta dependencia de la justificación de las cuestiones morales en las elecciones personales es advertida por Guastini para quien, aunque los juicios morales puedan ser racionalmente argumentados sobre la base de principios que

Sin embargo, esta apelación a las elecciones personales no deber ser entendida como un rechazo de todo valor, desprecio por la razón o un abandono al escepticismo cognoscitivo o al nihilismo moral; evidencia, más bien, el deber moral e intelectual de explicitar los propios fundamentos y asumir posiciones éticas de forma coherente con ellos.⁷ Tal posición, recuerda Jori, es el fruto del reconocimiento de los límites objetivos de las capacidades de la razón, cuyo desconocimiento no sólo produce errores epistemológicos sino también monstruosidades morales (1994: 183, 189). Se trata de una ética que coloca en el ápice del razonamiento práctico la responsabilidad y la elección individual (Pintore 1990: 97).

5. Conclusiones

- a) No existe un significado unívoco de la expresión *objetivismo moral*. Es un concepto que se expresa en distintos niveles de análisis y, en cada uno de ellos, admite una gradualidad de posiciones. La falta de distinción entre ellos origina muchos problemas en el uso de la expresión.
- b) Siguiendo a Moreso, el objetivismo moral expresa una posición metaética en el plano ontológico (existe un conjunto privilegiado de principios morales válidos con independencia de cualquier contexto), epistémico (los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas), y semántico (los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad).
- c) Tanto Ferrajoli como Atienza coinciden en que las cuestiones morales pueden ser sometidas y resueltas mediante una discusión racional. Para ambos, los debates éticos son genuinos y pueden ser racionalmente discutidos y acordados pues expresan algo más que meras preferencias subjetivas.
- d) Considerando los niveles y gradualidad del objetivismo moral, Ferrajoli y Atienza serían objetivistas morales en el plano ontológico y epistémico mas no en el plano semántico.
- e) Semánticamente, asumirían posiciones que conllevarían la justificación racional de los debates y decisiones sobre las cuestiones morales, mas no su verdad.
- f) Hay buenas razones para reservar el cognoscitvismo moral a una concepción de verdad como correspondencia. El que la ética no tenga verdad pone el énfasis en la libertad y responsabilidad individual, evitando las imposiciones de dogmatismos que reivindicuen una ética pretendidamente verdadera.
- g) Entre Ferrajoli y Atienza no hay desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas, salvo en la terminología. Por ello, estipulando categorías que se correspondan con sus posiciones

pueden, a su vez, ser argumentados en referencia con otros principios, se llegará a un punto en el que estarán los principios últimos. Estos, destaca, no podrán ser argumentados racionalmente pues son dependientes de emociones. Al respecto, véase Atienza (2004). Sobre el rol de la subjetividad de las personas en un modelo ético constructivista de tipo dialógico, véase Habermas(2003: 15-32).

7 Ello explica un llamado como el de Zagrebelsky a instaurar lo que denomina una «ética de la duda» que apele a la responsabilidad del sujeto. En sus términos:

[L]a duda contiene [...] un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será *realmente* verdad?» [...]. La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás.(2010: 9-10)

en el debate, de ambos podría decirse que son objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico; racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivistas en el plano semántico. En suma, asumen un objetivismo ético, mínimo, es decir, racionalista.

6. Bibliografía

ABBAGNANO, Nicola

1998 *Diccionario de Filosofía*. Traducción de Alfredo N. Galletti. Tercera edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

ÁLVAREZ, Silvina

2002 *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, Manuel

2011 «Dos versiones del constitucionalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 73-88.

2009 «Cuento de Navidad». *Analisi e Diritto*, número 29, pp. 115-118.

2008a *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

2008b «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y Juan José MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 133-165.

2008c «Tesis sobre Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 213-216.

2007 «Argumentación y Constitución». En AGUILÓ, Josep, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, pp. 113-181.

2004 «Entrevista a Riccardo Guastini». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 27, pp. 457-473.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2009 «Dejemos atrás el positivismo jurídico». En ATIENZA Manuel y Juan RUIZ. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 127-156.

BAYÓN, Juan Carlos

1991 *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BULYGIN, Eugenio

2007 *Il positivismo giuridico*. Milán: Giuffrè.

CELANO, Bruno

2009 «Jusnaturalismo, positivismo jurídico y pluralismo ético». En CELANO Bruno *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*. Traducción de Andrea Greppi y Francisco Laporta. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 127-150.

CHIASSONI, Pierluigi

2011 «Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 101-120.

FALK, R. y S. SHUMAN

1961 «The Bellagio Conference on Legal Positivism». *Journal of Legal Education*, XIV, pp. 213-228.

FERRAJOLI, Luigi

2011a *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. I. Teoría del Derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.

2011b «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 311-361.

2008a «Principia iuris. Una discusión teórica». Traducción de Maximiliano Aramburo, Ali Lozada y Félix Morales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 393-433.

2008b «La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y José Juan MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 25-69.

2007 «Ética y metaética laica en el pensamiento de Uberto Scarpelli». Traducción de Adrián Rentería Díaz. En: SCARPELLI, Uberto. *Ética jurídica sin verdad*. México D.F.: Fontamara, pp. 111-129.

2005 «Pasado y futuro del Estado de Derecho». Traducción de Pilar Allegue. En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Madrid: Trotta, pp. 13-29.

2003 «Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero». *Isonomía*, número 19, pp. 227-240.

2000 *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FISHKIN, James

- 1986 «Las fronteras de la obligación». Traducción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, pp. 69-82.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

- 2009 *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

HARE, R.M.

- 1999 *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*. Traducción de Joan Vergés Gifra. Barcelona: Ariel.

HABERMAS, Jürgen

- 2007 *Verdad y justificación*. Traducción de Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Trotta.

- 2003 *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Traducción de Ramón Vilà Vernis. Barcelona: Paidós.

HABERMAS, Jürgen y Hilary PUTNAM

- 2008 *Normas y valores*. Traducción de Jesús Vega y F. Gil Marín. Madrid: Trotta.

JORI, Mario

- 1994 «Uberto Scarpelli, giurista e filosofo». *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. Giuffrè. Abril / Junio, IV Serie. LXXI, pp. 181-199.

KELSEN, Hans

- 2001 *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- 1999 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie. Segunda edición. Madrid: Tecnos.

MACKIE, J. L.

- 2000 *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*. Traducción de Tomás Fernández Aúz. Barcelona: Gedisa.

MORESO, José Juan

- 2011 «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 183-199.

- 2002 «En defensa del positivismo jurídico inclusivo». En NAVARRO, Pablo E. y María Cristina REDONDO (comps.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.

NINO, Carlos Santiago

2003 *Introducción al análisis del Derecho*. Undécima edición. Barcelona: Ariel.

PINTORE, Anna

2005 *El Derecho sin verdad*. Traducción de Garrido Gómez y Del Hierro. Madrid: Dykinson.

1990 *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2008 «Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 325-353.

SCARPELLI, Uberto

1980 «La meta-etica analitica e la sua rilevanza ética». *Rivista di Filosofia*, LXXI, pp. 319-353.

1954 «Ética e linguaggio». *Rivista di Filosofia*, XLV, pp. 170-195.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2010 «Contra la ética de la verdad». Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta.



COMENTARIOS

Eduardo Hernando Nieto

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

La modernidad y el individualismo se inician junto con el método científico basados en la tesis de la separación hecho – valor y la neutralidad valorativa (*free value*), esto con la finalidad de acabar con cualquier visión teleológica como las que se podrían encontrar en la filosofía política clásica y en el derecho natural. Pero, ¿qué peligros trae este subjetivismo valorativo?, ¿acaso no podría también relativizar mis propios valores? El siglo XX, especialmente después de la segunda guerra mundial, trajo a la luz este problema que impedía emitir juicios de valor y donde la democracia liberal, por ejemplo, no podría afirmar su superioridad frente al socialismo o cualquier forma de totalitarismo, precisamente por esta subjetividad valorativa. En este sentido, autores como Perelman. Habermas, entre otros, empezaron a proponer una moral constructivista que pudiera generar un mínimo ético capaz de superar estas dificultades y afirmar, ahora sí, la superioridad de la democracia liberal y el constitucionalismo. Esto, sin abandonar su crítica a la metafísica antigua y al iusnaturalismo.

Precisamente, los autores evaluados por el profesor Morales (Atienza y Ferrajoli) son herederos de este contexto y por ello aparece claro su compromiso con cierto objetivismo ético, el cual será materia de su análisis.

Un párrafo inicial de este análisis llamó mi atención, «El intento de integrar positivismo y constitucionalismo es la gran apuesta de Luigi Ferrajoli». Ciertamente, este no es el objetivo del texto, pero ya que se menciona, una justificación sería necesaria; sin embargo, esto no es claro al final del texto. Desde mi punto de vista, el llamado positivismo crítico con el que también se conoce a tal propuesta es en el fondo más crítico que positivista, precisamente porque en la práctica lo constitucional antecede a lo positivo. Algo así como el famoso dogma liberal que afirma la prioridad de la justicia sobre el bienestar.

Así pues, en sintonía plena con autores como Guastini o Commanduci, por la forma en que Ferrajoli define la Teoría del Derecho, su postura no solo es similar a la de un neoconstitucionalista, sino que es todavía más afín con la de un neoconstitucionalista ideológico, y lo es porque resulta un deber moral obedecer la Constitución o todo lo que se encuentre en la Constitución porque es justo, y lo es porque es constitucional.

Ferrajoli afirma que el propósito de la Teoría del Derecho es corregir las antinomias y las lagunas del Derecho, teniendo por consiguiente un sentido normativo o prescriptivo. En este sentido, es claramente similar a las tesis neoconstitucionalistas que tienen la misma lectura normativa del Derecho. Justamente, para un auténtico positivista, un modelo de Teoría del Derecho debe ser explicativo, no normativo, ya que lo normativo corresponde a lo ideológico o doctrinario, como diría Guastini.

Por otro lado, es interesante el aporte analítico con el que se construye el argumento del profesor Morales: conceptualizar y precisar términos que nos puedan aclarar las perspectivas y propuestas de estos dos filósofos contemporáneos. Pero, ¿cuál sería el impacto práctico de tal análisis? Es decir, ¿los desarrollos que encontramos aquí expresados nos pueden ayudar a conocer mejor el objeto de estudio, el pensamiento iusfilosófico de Ferrajoli y Atienza? La respuesta es que sí, pero si es cierto lo que dicen los no positivistas hoy, que el derecho es una actividad práctica, ¿cuál sería entonces la relevancia del análisis que nos propone el profesor Morales respecto a la aplicación del derecho a un caso concreto?, ¿diferirían en sus resultados si fuese un caso que cae en manos del juez Ferrajoli o del juez Atienza?

Por lo conocido por la obra de estos autores, y por lo expuesto por el propio profesor Morales, existe una convergencia entre ambos respecto a su concepción ética, identificada desde el auge del liberalismo contemporáneo con la famosa moral kantiana y el aún más famoso consenso sobre el mal (fundamento del «coto vedado» de Garzón Valdez o la propia esfera de lo indecible en el lenguaje Ferrajoliano). Un liberal, como diría la filósofa política Judith Skhlar, sería aquél que no puede causar ni aceptar que se cause dolor a otro ser humano. Si partimos de esta definición es obvio que Ferrajoli, Atienza y muchos otros más (pienso en el recientemente fallecido Ronald Dworkin o Robert Alexy) jamás tolerarían excepciones a este «mínimo moral», vale decir, no podrían aceptar una regla que diga «No se puede torturar a menos que se trate de un terrorista con información privilegiada cuyo conocimiento evitaría la muerte de miles de personas».

¿Que se podría decir de tal enunciado?, ¿puede calificarse como justo, como falso o verdadero, o como justificable? Por otro lado pregunto, respecto al objetivismo moral (mínimo) que se plantea en distintos niveles (ontológico, epistemológico y semántico) y que se afirma que es compartido por ambos autores analizados, exceptuando el caso del nivel semántico, ¿hasta qué punto lo semántico puede separarse de lo ontológico y lo epistemológico? Entiendo que la idea es precisamente reconocer el mínimo ético, pero al mismo tiempo no imponer en los hechos una verdad única o una única respuesta correcta. Así, respecto al enunciado antes señalado, obviamente Ferrajoli y Atienza considerarían inaceptable tal disposición, precisamente por no ser compatible con el mínimo ético. Entonces, el enunciado «No se puede aceptar una norma que permita la tortura», ¿no sería acaso calificada por ellos como verdadero?, y por tanto sería pertinente preguntarse, ¿es factible realmente esta distinción que parece un intento por acomodar el discurso a sus propias intenciones?

Rocío Villanueva Flores

Directora Académica de Relaciones Institucionales y profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Sobre el constitucionalismo argumentativo o principialista y el constitucionalismo normativo o garantista

En varios países de América Latina se advierten interesantes cambios en los ordenamientos jurídicos que permiten afirmar que estos están transitando del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. A la experiencia jurídica de las actuales democracias

constitucionales se le conoce como constitucionalismo o neoconstitucionalismo.¹ Estos cambios no tienen que ver necesariamente con la aprobación de una nueva Constitución, como en el caso peruano, sino con la forma de entenderla y de «practicarla».

La discusión filosófico-jurídica iniciada hace algún tiempo -pero aún vigente- es si el positivismo jurídico puede dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo o si se requiere de un nuevo paradigma: el postpositivismo (Aguiló 2010). Los autores a los que se refiere el texto de Félix Morales sostienen posiciones distintas al respecto. Por un lado, Ferrajoli afirma que el constitucionalismo es la versión acabada del positivismo jurídico (Ferrajoli 2002: 8), mientras que Atienza sostiene que el positivismo jurídico ya agotó su ciclo histórico y que para dar cuenta del constitucionalismo es preciso cambiar de paradigma jurídico (Atienza y Ruiz Manero 2009: 151-152). A los autores que defienden esta última posición se les conoce como postpositivistas, constitucionalistas o neoconstitucionalistas. En las siguientes páginas me referiré a ellos como postpositivistas.

Ferrajoli entiende que el positivismo jurídico es aquel modelo o paradigma que reconoce «como Derecho a todo un conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia» (Ferrajoli 2011c: 16). En opinión del profesor italiano los postpositivistas brindan una noción restringida del positivismo jurídico, identificándolo con la idea de primacía de la ley estatal, antes que con la idea de positividad del Derecho. Por eso es que presentan al constitucionalismo, no como un paradigma de un positivismo más desarrollado, sino como una negación del positivismo jurídico (Ferrajoli 2011c: 19-21).

El positivismo de Ferrajoli, que él denomina constitucionalismo garantista o positivismo reforzado, rechaza los siguientes tres elementos que caracterizan al postpositivismo o, como él lo denomina, al constitucionalismo principialista o argumentativo:

- a) La conexión necesaria entre el Derecho y la moral
- b) La contraposición entre principios y reglas como normas estructural y cualitativamente diversas
- c) El rol asignado a la ponderación de principios, en contraposición a la subsunción, en la actividad jurisdiccional (Ferrajoli 2011c: 21-28)

Según Ferrajoli, su rechazo a estos elementos obedece a que dan lugar a los siguientes peligros:

- a) Al absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitismo ético
- b) Al debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por lo tanto, de la jerarquía de las fuentes
- c) Al activismo judicial así como al debilitamiento tanto de la sujeción de los jueces a la ley cuanto de la certeza del Derecho (Ferrajoli 2011c: 28)

El texto de Félix Morales se centra en el primero de los peligros mencionados por Ferrajoli.

¹ Luigi Ferrajoli está en contra del uso de esta última expresión pues considera que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho (2011c: 18). Un texto ya clásico que ilustra la serie de cambios o hechos que se dan en los ordenamientos jurídicos «constitucionalizados» o «en proceso de constitucionalización» es el de Riccardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» (2003: 49-73).

2. La propuesta de Félix Morales para conciliar las posiciones metaéticas de Atienza y Ferrajoli

Lo primero que quiero resaltar es que tanto Atienza como Ferrajoli son autores liberales. Sin embargo, el primero de ellos defiende una concepción objetiva de la moral y, a diferencia del segundo, considera que hay una relación necesaria entre el Derecho y la moral. En opinión de Ferrajoli, la posición de Atienza es antiliberal y conduce a la intolerancia (Ferrajoli 2011c: 30-31).

Félix Morales, a través de una aproximación analítica centrada en la estipulación de las categorías morales en juego, sostiene que las posiciones de Atienza y Ferrajoli están más cerca de lo que ellos consideran. Para demostrarlo, parte de su texto está dedicado a establecer qué debe entenderse por «objetivismo moral», habida cuenta de que, por un lado, no existe un significado unívoco de esa expresión y que, por el otro, es posible plantear «grados» de objetivismo moral. El desacuerdo entre Atienza y Ferrajoli sería, según Morales, meramente terminológico pues no existirían desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas.

Ambos autores serían objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico, racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivistas en el plano semántico (Morales 2013: 24). De forma muy resumida, ello sería así porque «tanto Atienza como Ferrajoli coinciden en la posibilidad de que los debates sobre cuestiones morales se sustenten sobre argumentaciones racionales; es decir, que no son escépticos sobre el rol que la razón pueda cumplir para esclarecer los desacuerdos éticos ni sobre la posibilidad de lograr acuerdos compartidos sobre lo que es moralmente correcto en específicos debates sobre cuestiones éticas» (Morales 2013: 22).

Ambos autores aceptarían que los valores morales no corresponden a entidades que existen naturalmente, sino que más bien son el resultado de un consenso o acuerdo racional entre una serie de participantes. Asimismo, concordarían en que los juicios morales son susceptibles de justificación racional, que no son absolutos (Morales 2013: 18), que pueden ser calificados como correctos o incorrectos y que existe algún procedimiento –que no es empírico– que permitiría justificar posiciones morales (Morales 2013: 18).

Por lo tanto, Morales plantea que Atienza no es un absolutista ni Ferrajoli un relativista moral (Morales 2013: 19-20). Coincido con la primera afirmación de Morales; sin embargo, considero que Ferrajoli no es un objetivista moral en sentido mínimo y que sus planteamientos conducen al relativismo moral.

Para sustentar mis afirmaciones tengo que referirme, aunque sea de manera breve, al concepto de objetivismo moral mínimo así como a los planteamientos de Atienza y Ferrajoli en torno al Derecho y a la relación entre éste y la moral.

3. El objetivismo moral mínimo y la relación entre el Derecho y la moral

Los defensores del objetivismo moral mínimo consideran que hay un «conjunto privilegiado (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)» (Moreso 2011, Atienza 2008a).² Dado que se trata de un objetivismo moral mínimo, es compatible «con que

² Según este autor para los objetivistas morales, en atención a la tesis de la unidad de la razón práctica, es contradictorio afirmar que conforme al Derecho uno debe hacer *p* y, conforme a la moral, uno debe abstenerse de hacer *p*.

esas pautas sean aquellas que elegirían personas en determinadas condiciones ideales, por ejemplo, y no suponen necesariamente ninguna metafísica de entidades no-naturales» (Moreso 2011: 188).

Atienza defiende un objetivismo moral mínimo porque sostiene que los juicios morales pueden ser fundamentados de un modo objetivo, a través criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos, categorías equivalentes en el terreno moral, a verdadero y falso en el campo de la ciencia (Atienza 2009b: 115-118). Tales juicios morales incorporan una pretensión de corrección y son razones últimas (en el razonamiento práctico) «abiertas a la crítica y, por tanto, falibles» (Atienza 2008a).

Además, el constitucionalismo principialista o argumentativo de Atienza plantea que la relación entre el Derecho y la moral es necesaria. En efecto, para los postpositivistas no cualquier contenido –como decía Kelsen- puede ser Derecho (Kelsen 2001 [1934]: 83). Si el Derecho debe tener un determinado contenido (Aguiló 2011: 61), debe reconocer derechos fundamentales, entonces es preciso defender una relación necesaria entre el Derecho y la moral. Como se sabe, la tesis contraria, es decir la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral es una de las ideas centrales del positivismo jurídico (Hart 1980) y ello explica que sea asumida tan fervorosamente por Ferrajoli.

Según Atienza, el Derecho no sólo tiene una dimensión autoritativa sino una dimensión de valor o contenido de justicia «que se plasma en las notas de interdicción de la arbitrariedad y de garantía de los derechos fundamentales» (Atienza 2011: 82). En esa medida, de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, cuando las constituciones «reconocen» derechos, la autoridad normativa –el constituyente- «no pretende autoridad, sino que afirma que se trata de dominios en los que ella misma no puede intervenir legítimamente mediante actos de autoridad» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 150). Para conocer lo que son los derechos fundamentales (y no sólo para identificar cuáles son) se necesita tanto el concepto de norma como el de valor, asumiéndose que los derechos se tienen para dar cumplimiento a valores de especial importancia (Atienza 2008b: 215-216).

De otro lado, y a diferencia de los positivistas, para Atienza el Derecho de los estados constitucionales no puede verse sólo como un sistema de normas sino como una práctica social compleja, es decir, el Derecho no es «simplemente una realidad que está ya de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 152). Esta práctica social (constitucional) consiste «en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 152). Esa práctica no se reduce sólo a la actividad judicial pues también incluye «la de los abogados, legisladores, la administración, los particulares o incluso las prácticas teóricas de los dogmáticos o filósofos del Derecho» (Atienza 2001: 76). Para los postpositivistas, los valores y fines han sido incorporados en la Constitución «en la forma de principios regulativos de la acción política legítima» (Aguiló 2001: 451) y, por ello, la práctica social debe estar orientada a la garantía de los derechos fundamentales.

Aunque la práctica social no incluye sólo a los jueces, los postpositivistas sostienen que en los estados constitucionales aquéllos tiene un rol fundamental porque tienen en sus manos la solución de los casos difíciles, por ejemplo, en relación a los límites del derecho a la vida o a la libertad personal. Esto «remite necesariamente a la justificación de los derechos y, por tanto, a un discurso de tipo moral» (Atienza 2009a: 177). Citando a Nino, Atienza afirma que el razonamiento jurídico está abierto a razones morales (Atienza 2008b: 215).

Por su parte, Ferrajoli sostiene que el constitucionalismo principialista o argumentativo de Atienza es antiliberal y conduce a la intolerancia. En su opinión, «paradójicamente, acabará por debilitar al constitucionalismo en el plano moral y jurídico» (Ferrajoli 2011c: 30), pues traerá como resultado el absolutismo moral, es decir la imposición una supuesta moral verdadera (Ferrajoli 2011c: 30-31).

Como se ha dicho, el constitucionalismo garantista es para Ferrajoli un positivismo reforzado porque los derechos fundamentales estipulados en las constituciones determinan que la producción jurídica no sólo deba respetar requisitos formales sino sustanciales. En el positivismo reforzado se positiviza el «deber ser» (Ferrajoli 2011c: 24-25).

Para Ferrajoli el principio de la separación entre el Derecho y la moral «no quiere decir en absoluto que las normas jurídicas no tengan un contenido moral o “alguna pretensión de corrección”» (Ferrajoli 2011c: 28). La tesis de la separación entre el Derecho y la moral tampoco supone negar «que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral» (Ferrajoli 2011c: 28).

Sin embargo, a pesar de las aparentes coincidencias con Atienza, Ferrajoli no puede ser considerado como un objetivista moral en sentido mínimo porque no admite que haya un conjunto privilegiado de pautas morales en virtud de las cuales puedan, por ejemplo, evaluarse los contenidos de los sistemas jurídicos. Como afirma Moreso, aunque en Ferrajoli haya un espacio para la argumentación racional, no hay un criterio para establecer cuáles son las mejores razones (Moreso 2011: 191). Si bien es posible ser un objetivista moral en sentido mínimo y un positivista jurídico,³ ése no parece ser el caso de Ferrajoli, quien afirma:

También las normas y los juicios (a nuestro parecer) más inmorales e injustos son considerados «justos» por quien produce tales normas y formula tales juicios, y expresan por ende, contenidos «morales», que, aunque (a nosotros nos) parezcan desvalores, son considerados valores por quien los comparte. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, al menos para su legislador, una (subjetiva) «pretensión de corrección» (Ferrajoli 2011c: 28, 2011b: 338).

Un planteamiento como éste es incompatible con el objetivismo moral en sentido mínimo.⁴ Aunque Ferrajoli desarrolla un concepto de Constitución que contempla una noción estructural y una noción axiológica, en la que incluye una serie de condiciones, como el reconocimiento de derechos (Ferrajoli 2011a); en ausencia de tales condiciones materiales la Constitución seguirá siendo Constitución, antidemocrática, pero Constitución (Ferrajoli 2011b: 332).

Los postpositivistas no calificarían como justa una norma constitucional que negara, por ejemplo, la igualdad, por más que la mayoría de la población estuviera de acuerdo con ella. No obstante, debo señalar que los postpositivistas admiten que las constituciones pueden tener normas injustas (Atienza 2001: 77) o que los jueces en ocasiones dictan decisiones injustas. No podría ser de otra manera puesto que no se trata de ordenamientos jurídicos perfectos, cuya práctica es –sin excepción– correcta. Eso sería imposible porque las constituciones son obra de los seres humanos, imperfectos, y porque los involucrados en la práctica social también lo son (humanos e imperfectos). Por ello, es que se refieren a la «pretensión de

³ Ver el caso de Hart (Atienza 2008a).

⁴ Soy totalmente consciente de la diferencia entre la tesis descriptiva del relativismo moral y la tesis conceptual, que es la que aquí interesa: «hay varios conjuntos de pautas morales y no hay criterio para elegir entre ellos» (Moreso 2011: 187).

corrección» del Derecho, una pretensión de corrección objetiva (Alexy 2005), que se plasma en el reconocimiento de los derechos fundamentales. De ahí que, podamos pensar en normas jurídicas o decisiones judiciales injustas que no pierden por ello su carácter jurídico.⁵

La noción de Constitución postpositivista es más exigente que la del positivismo inclusivo, en el que podría ubicarse a Ferrajoli (Moreso y Vilajosana 2004: 199-200). En efecto, las constituciones del Estado Constitucional (Aguiló 2001) tienen –como se ha señalado– un «determinado contenido», no cualquier contenido. De ahí que se sostenga que contienen normas necesarias e inderogables porque no es posible concebir un Estado Constitucional que no reconozca, por ejemplo, los derechos a la dignidad personal, a la igualdad o a la libertad de expresión (Aguiló 2010: 27, 2011: 61).

Otra diferencia, aunque menos relevante para el debate entre Atienza y Ferrajoli, tiene que ver con los sistemas jurídicos que estudian positivistas y postpositivistas. Como señala García Figueroa, los postpositivistas se ocupan sólo de los sistemas normativos de los estados constitucionales y por eso no están comprometidos con la búsqueda de un concepto universal de Derecho, a diferencia de los iusnaturalistas y positivistas jurídicos (García 2011: 126-127, Atienza 2008a: 305).

Los postpositivistas no se ocupan de los ordenamientos normativos de las dictaduras y me parece que tampoco de lo que ocurre en países como Hungría, cuya constitución no cumple las exigencias del constitucionalismo.⁶ Probablemente estén dispuestos a aceptar que estos sistemas son jurídicos en los términos del positivismo jurídico. En cambio, como he señalado al iniciar este comentario, plantean que el positivismo debe ser superado porque no es útil para dar cuenta de los ordenamientos jurídicos de las actuales democracias constitucionales, cuyas constituciones reconocen derechos fundamentales y en las que hay una práctica constitucional orientada a la garantía de esos derechos. Dado que Ferrajoli cuestiona tres rasgos definitorios del constitucionalismo principalista o argumentativo resulta difícil conciliar su posición con la de Atienza.

Para terminar, quiero aludir a quienes en el Perú participan de lo que los postpositivistas llaman «práctica social», la misma que debe tender a consolidar una práctica política y jurídica respetuosa de los derechos fundamentales (Aguiló 2008: 74). Lo quiero hacer para recordar que los involucrados en esa práctica social no suelen estar familiarizados con la metaética ni con los debates entre positivistas y no positivistas.

Aunque por razones distintas, coincido con Ferrajoli en que es necesario tener cierta cautela para evitar los peligros de regresión a una concepción premoderna del Derecho y de la cultura jurídica. En los pocos debates que se están desarrollando en el ámbito universitario sobre el postpositivismo, éste suele ser rápidamente confundido con el iusnaturalismo. No siempre resulta fácil hablar de objetivismo moral mínimo, de moralización del Derecho o de la relación necesaria entre el Derecho y la moral, sin ser tildados de iusnaturalistas. Esa dificultad constituye un desafío para los teóricos o filósofos del Derecho postpositivistas, involucrados en la práctica constitucional del país.

Por eso es que trabajos como el de Félix Morales son indispensables para esclarecer conceptos claves de este debate. Creo indispensable, asimismo, que quienes estamos de acuerdo con los planteamientos postpositivistas insistamos tanto en la dimensión valorativa del Derecho –y sus implicancias en el razonamiento y en la práctica constitucional– cuanto en el carácter artificial del Derecho (el Derecho es puesto por los seres humanos). De este

5 Alexy, siguiendo a Radbruch, señala que sólo la injusticia extrema no es Derecho (2008).

6 Sobre la Constitución de Hungría véase el Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de julio de 2011, C 33 E/17.

modo, reforzaremos la idea de que el constitucionalismo no supone un rechazo al liberalismo político ni una vuelta al iusnaturalismo y que no supone negar, como afirma Atienza, el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas (Atienza 2008a: 313).

4. Bibliografía

AGUILÓ, Josep

2011 «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 55-72.

2010 «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras». En LINFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 13-35.

2008 «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 28, pp. 67-86.

2001 «Sobre la constitución del Estado constitucional ». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 24, pp. 429-458.

ALEXY, Robert

2008 «Una defensa de la fórmula de Radbruch». *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, número 5, pp. 75-96.

2005 *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2011 «Dos versiones del constitucionalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 73-88.

2009a «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y Juan José MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 157-182.

2009b «Cuento de Navidad» *Analisi e Diritto*, número 29, pp. 115-118.

2008a «¿Es el positivismo una teoría aceptable del Derecho?». *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

2008b «Tesis sobre Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 213-216.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

- 2009 «Dejemos atrás el positivismo jurídico» *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 126-156.

FERRAJOLI, Luigi

- 2011a *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. I. Teoría del Derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.
- 2011b «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 311-361.
- 2011c «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 15-54.
- 2002 «Juspositivismo crítico y democracia constitucional» *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 16, pp. 7-20.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

- 2011 «Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo de Luigi Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 121-138.

GUASTINI, Riccardo

- 2003 «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 152-183.

HART, Herbert L.A.

- 1980 «El nuevo desafío del positivismo jurídico» Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo. *Sistema*, número 36, pp. 3-18.

KELSEN, Hans

- 2011 [1934] *Teoría pura del derecho*. Traducción de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez. Trotta: Madrid.

MORALES LUNA, Félix

- 2013 *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.

MORESO, José Juan

- 2011 «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 183-199.

MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María

- 2004 *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons: Madrid.



RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco los comentarios de la profesora Rocío Villanueva y del profesor Eduardo Hernando a mi trabajo pues permiten enriquecer el debate, destacando aspectos que pudieron ser obviados o que requieren ser precisados y a los que me referiré en esta réplica. Antes de ello, creo pertinente explicitar la motivación que orientó mi trabajo, que servirá de marco para las respuestas a mis comentaristas.

El trabajo se origina en una inquietud respecto a si el nuevo paradigma del postpositivismo exige asumir una determinada concepción metaética. De ser así, ello implicaría otro elemento de superación del paradigma positivista asociado al no cognoscitivismo ético. La complejidad de este objetivo hacía recomendable centrar el análisis en algún autor con una posición definida en el tema que, además, se prestase a la polémica. Atendiendo a sus razones y a la de sus críticos, sería posible identificar las posiciones y argumentos relevantes con los que dar respuesta al problema original.

Luigi Ferrajoli resultaba ser la mejor opción para el análisis. La complejidad de su teoría le vuelve un autor inclasificable y su intento por asumir las categorías sustantivas reivindicadas por el constitucionalismo, pero manteniéndose fiel a las categorías conceptuales de la tradición positivista, le ha abierto no pocos frentes de crítica. No obstante, su disposición y capacidad para el debate de sus planteamientos le vuelve un autor imprescindible en este contexto.

Manuel Atienza, del otro lado, constituye la perfecta contraparte en el debate. Su declarada superación del positivismo jurídico le evita los problemas de compatibilizar dicha tradición jurídica con el constitucionalismo, a los que se enfrenta Ferrajoli. Esta conversión le permite contar con una perspectiva privilegiada desde la que expresa con claridad y contundencia sus argumentos en defensa de las tesis centrales del nuevo paradigma y de rechazo a las del positivismo jurídico.

Adicionalmente, este modo de encarar el problema planteado pretende mostrar lo fructífero de un análisis de tipo argumentativo para comprender un debate, identificando los puntos específicos del desencuentro. En el caso de los autores trabajados, consideré de particular utilidad el análisis argumentativo por lo desconcertante que resultaba constatar un supuesto desacuerdo metaético en medio de grandes acuerdos en otros niveles del discurso. Suponía que dicho desacuerdo podía ser solo aparente, lo que se evidenciaría explicitando las tesis sostenidas por cada uno de ellos.

Antes de referirme a las observaciones planteadas por los comentaristas, creo necesario destacar también que el desacuerdo metaético entre Ferrajoli y Atienza guarda relación con muchos otros temas en los que ambos polemizan que, sin embargo, no llegaron a ser abordados en el trabajo comentado.¹ Como bien lo han destacado mis comentaristas, no he pretendido (ni me hubiera sido posible) analizar en el trabajo todos los desacuerdos entre ambos autores. Tomé este particular desencuentro como banco de ensayo para el análisis argumentativo,

¹ Como la integración entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo, la distinción entre principios y reglas, la importancia de la argumentación jurídica y el recurso a la ponderación, o la separación entre Derecho y moral.

confiando en que las conclusiones sobre el tema puntualmente abordado (¿existe entre ellos un desacuerdo metaético?) contribuya al análisis de los otros. Me centraré por ello en las observaciones que guardan directa relación con el problema analizado.

En el trabajo destaco las amplias coincidencias que, en el plano metaético, existen entre Atienza y Ferrajoli, a pesar de reconocerse en posiciones distintas. En efecto, al atender a las razones en las que fundamentan sus posiciones, las diferencias se desvanecen, revelándose como solo aparentes, dando paso a significativas convergencias en torno a lo que identifico como el objetivismo moral en sentido mínimo. A mi entender –y esto no fue suficientemente explicitado en el texto– este objetivismo moral mínimo sería la opción metaética requerida por la práctica de los estados constitucionalizados.

Sobre este punto, Rocío Villanueva discrepa en mi calificación de Ferrajoli como un objetivista moral en sentido mínimo. En sus términos: «Ferrajoli no es un objetivista moral en sentido mínimo y (...) sus planteamientos conducen al relativismo moral». Añade que “Ferrajoli no puede ser considerado como un objetivista moral en sentido mínimo porque no admite que haya un conjunto privilegiado de pautas morales en virtud de las cuales puedan, por ejemplo, evaluarse los contenidos de los sistemas jurídicos».

Entiendo que nuestra discrepancia se origina en una noción distinta de objetivismo moral. Villanueva se apoya en una definición de objetivismo planteada por Moreso de la que también parto, aunque luego la preciso para entender el objetivismo (en el plano ontológico) en un sentido mínimo, es decir, como opuesto al subjetivismo. Aun así, manteniéndonos en la definición de Moreso, es necesario destacar que la primacía de los derechos fundamentales, así como su justificación axiológica, no es un concepto ajeno a la Teoría del Derecho de Ferrajoli (2001) que, incluso, le han supuesto no pocas críticas desde los postulados iuspositivistas (Pintore 2001). Al justificar axiológicamente la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli rechaza, por ejemplo, los argumentos del relativismo cultural por considerarlos falaces (2001: 362 y ss.).

Debo reconocer, ciertamente, que la posición metaética que atribuyo a Ferrajoli contrasta con la extendida calificación de relativista que le dan muchos autores. Tal vez una desventaja de asumir posiciones en relación con autores vigentes es que estos pueden definir con una declaración todo un análisis externo y previo en relación con sus postulados. Así, consultando una estupenda y extensa conversación entre Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero (2012), el autor italiano explicita, ante los requerimientos del contertulio, su opción metaética, a la que llega a calificar como un relativismo racionalista (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73). Esto, sin embargo, requiere una mayor explicación.

Preguntado por el fundamento de sus valoraciones ético-políticas, Ferrajoli es enfático en subrayar su no cognoscitismo como la posición metaética que le define, y que no considera «en absoluto incompatible con el reconocimiento de los valores ético-políticos sobre los que se fundamentan los ordenamientos de nuestras democracias constitucionales» (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 59). Añade que «mi metaética anticognoscitivistista entraña solo que esos valores no consisten en la “verdad” sino en fundamentos ético-políticos o de “justicia”: fundamentos, por lo demás, que he tenido muchas veces ocasión de identificar con la paz, la igualdad, la dignidad de la persona y la protección de los más débiles».

Hasta este punto, Ferrajoli destaca solo su rechazo a la existencia de una única moral que pueda decirse, por tanto, verdadera; de ahí su rechazo del cognoscitismo y objetivismo moral. Esto no le impide afirmar la defensa de los valores en los que cada persona fundamenta su

noción de justicia. Si algo es descartado en su opción metaética sería la posición de quien considera que los valores éticos son o bien el fruto de preferencias inmotivadas (que denomina el relativismo emotivista) o bien entidades metafísicas con alguna realidad natural (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 67).

Tras de ello, Ferrajoli admite su incomodidad ante expresiones como «relativismo moral» por considerarla «altamente equívoca», por lo que solo se reconoce en la ya indicada expresión «anticognitivismo (o anticognoscitivismo) ético» por la que entiende «la fundamentación, racionalmente motivada y argumentada, aunque no “verificada”, de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto normativas, en base a [nuestra concepción de] la justicia, más bien que en base a la verdad» (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 67).

No obstante, tras la estipulación de las expresiones «objetivismo» (posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundamentables o justificables y, en segundo lugar, que la afirmación de que un juicio moral está racionalmente justificado excluye la justificabilidad racional del juicio opuesto) (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 69-70) y «relativismo» («posición que, o bien negara la posibilidad de justificación racional de los juicios morales, o bien definiera “justificación racional” de tal modo que la justificación racional de un determinado juicio moral no implicara la no justificabilidad racional del juicio opuesto») (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 70) que le propone Ruiz Manero, Ferrajoli se reconoce como objetivista en lo referido a la primera parte de la definición, mas no en lo referido a la segunda parte. En cambio, niega ser relativista en lo referido a la primera parte de la definición, aunque sí se considera como tal en relación con la segunda parte (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73).

Convendría, por lo tanto, prescindir por un momento de las categorías, para atender a las tesis metaéticas en las que se reconoce Ferrajoli. Así, asume el autor las siguientes dos tesis:

- a) Los juicios morales están racionalmente justificados, porque resultan derivables de asunciones morales, a su vez argumentables racionalmente.
- b) Las tesis morales opuestas a las propias son racionalmente justificables, solo que no lo son respecto a las asunciones morales primitivas.

En contra, Ferrajoli rechaza las siguientes afirmaciones:

- a) Los juicios morales no son racionalmente justificables.
- b) La justificación racional de un juicio moral propio excluye la justificabilidad racional del juicio opuesto sostenido por otros (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73).

De ahí que, retomando las categorías, se reconozca en una posición intermedia entre el relativismo y el objetivismo ético, es decir, el ya mencionado relativismo racionalista.

Está claro que el acuerdo en torno a expresiones como «objetivismo» o «relativismo», para calificar una determinada posición metaética, dependerá de lo que entendamos por cada una de ellas. Mi calificación de Ferrajoli, como objetivista en sentido mínimo, tanto en el plano ontológico como epistémico, mas no en el semántico, termina siendo coincidente con la que el propio autor expresa en la comentada entrevista, y la eventual diferencia de términos se explica en la diferente estipulación que se hace de ellos. Lo que define la opción metaética de Ferrajoli es que considera a las opciones éticas como algo más que meras preferencias subjetivas de quien las sostiene, sin llegar a asumirlas como entidades de una realidad natural. Considera

que dichas opciones se pueden justificar y debatir racionalmente, razones que están expuestas a una constante revisión, y rechaza que las mismas sean susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas.

¿Es este relativismo racionalista de Ferrajoli, compatible con la opción metaética de Atienza? Como está dicho en el trabajo comentado, considero que sí. Ambos sitúan las opciones éticas más allá del relativismo emotivista y del realismo naturalista, asumen la justificación racional de las opciones éticas y niegan que dichas opciones puedan ser calificadas como verdaderas o falsas. De ahí nuestra coincidencia con Chiassoni cuando afirma que el constitucionalismo garantista de Ferrajoli es una postura objetivista (aunque lo es en forma débil). Por lo que «la teoría moral defendida por Atienza no es, paradójicamente, tan diferente de la adoptada por Ferrajoli, de forma que su crítica del no-objetivismo ferrajoliano parece infundada» (Chiassoni 2011: 108 y 120).

No obstante, sí es posible advertir una diferencia en la metaética de ambos autores, que tiene que ver con la actitud que cada uno de ellos tiene hacia la razón y su capacidad para lograr acuerdos sobre problemas éticos. La confianza de Atienza en este punto, contrasta con las reservas de Ferrajoli quien, advierte Chiassoni, «manifiesta, sin recelos una visión realista, desilusionada, de los alcances y límites de esta forma débil de racionalismo ético» (Chiassoni 2011: 108 y 120).

Con este panorama quiero referirme a algunos de los comentarios planteados por Eduardo Hernando a mi trabajo. Básicamente, me cuestiona por el efecto práctico que tendría el análisis que realizo. Resulta ser una observación muy pertinente. En lo personal no tengo dudas que, si Atienza y Ferrajoli integrasen un tribunal que tuviera que decidir sobre casos difíciles, ambos resolverían en idéntico sentido, aunque muy probablemente con fundamentos distintos. Lo primero expresaría las coincidencias de sus respectivas opciones metaéticas y lo segundo sería producto de su actitud hacia la razón.

Ciertamente ambos autores rechazan el absolutismo moral, por lo que no veo por qué, ante eventuales razones que así lo sugieran, no puedan admitir alguna excepción a la norma propuesta por Hernando sobre la tortura. Negarse a revisar las propias posiciones morales, incluso las más sólidas, es una actitud contraria al racionalismo que les caracteriza. Es claro que el caso planteado es uno excepcional y, de concurrir alguna razón, tendría que ser parte de aquél mínimo moral sugerido por Hernando.

Avanzando sobre los efectos prácticos del análisis realizado, más allá de la puntual posición metaética de estos dos autores, es posible inferir del debate ciertos rasgos necesarios para actuar en la práctica jurídica de un estado constitucionalizado. Esta práctica jurídica, como lo sugiere Moreso, exige asumir el objetivismo moral que le permita contar con el diseño institucional más apto para la defensa de los derechos humanos, lo que no se garantizaría en un modelo asentado sobre bases escépticas o relativistas (Moreso 2009: 92). Pero este objetivismo lo debe ser en un sentido mínimo, lo suficiente para hacer posible el debate racional en torno a problemas éticos, que no persiga la búsqueda de una verdad moral que termine excluyendo las distintas posiciones en el debate, sino que permita lograr acuerdos aceptables con base en razones revisables en función de nuevas circunstancias.

El modelo de Estado Constitucional de Derecho exige repensar todas las posiciones y categorías diseñadas en función de los modelos precedentes, bien para reafirmarlas, superarlas o reformularlas. El reto, ciertamente compartido por Atienza y Ferrajoli, es que el Derecho se constituya como un instrumento eficaz de la defensa y realización de los derechos de la

persona, en el marco de las garantías institucionales que definen al Derecho. Este trabajo pretende ser un aporte puntual en esta dirección, explicitando las coincidencias entre autores situados en paradigmas aparentemente opuestos, lo que nos permite identificar un mínimo común en torno al cual construir los fundamentos que exige el actual modelo de los estados constitucionales.

Bibliografía

CHIASSONI, Pierluigi

2011 «Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 101-120.

FERRAJOLI, Luigi

2001 «Los fundamentos de los derechos fundamentales». En DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 287 – 381.

FERRAJOLI, Luigi y Juan RUIZ MANERO

2012 *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.

MORESO, José Juan

2009 *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

PINTORE, Anna

2001 «Derechos insaciables». En DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 243 – 265.



JUSTICIA Y PAZ EN LA ERA GLOBAL: REFLEXIONES A PARTIR DE EL DERECHO DE GENTES DE JOHN RAWLS

Betzabé Marciani Burgos

Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y profesora asociada del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

Los trascendentales cambios producidos en el mundo durante los últimos treinta años en los ámbitos de la política, la economía y la cultura, a raíz del fenómeno de la globalización, han renovado el interés por las tesis propuestas por la Filosofía Política y Jurídica en torno al llamado *pacifismo jurídico* y la justicia global.

Si bien la globalización ha permitido mostrar al mundo situaciones de injusticia local y ha contribuido a sacar de la pobreza a muchas personas, ha afirmado también profundas iniquidades económicas, situaciones de exclusión y una sensación de ansiedad frente a un Estado cada vez más cuestionado y disminuido en sus posibilidades de acción. En este contexto de inseguridad general las preguntas acerca de cómo lograr una paz duradera y una justicia global vuelven la vista a algunas propuestas tradicionales de la filosofía política, como la de la tolerancia prudencial moderna entre naciones o culturas, o las teorías cosmopolitas que tienen como base la tesis kantiana de la *paz perpetua*.

El derecho de gentes de Rawls pretende ser una reformulación de la propuesta kantiana en un mundo plural, formado por sociedades liberales y no liberales. No obstante el tiempo transcurrido entre su publicación (1999) y los cambios producidos en el panorama internacional en los años recientes, sigue siendo un pilar en la discusión actual sobre la justicia y la paz mundial. El presente trabajo es un primer acercamiento a la tesis rawlsiana, a la luz de los retos que supondría su aplicación en el contexto del mundo globalizado de hoy.

I. Propuestas para lograr la justicia y la paz en un mundo globalizado

El modelo constitucionalista (o *neoconstitucionalista*), propio de los Estados Constitucionales de Derecho,¹ el proceso de *internacionalización* de los derechos humanos y la globalización

¹ El Estado constitucional se desarrolla en el contexto de los cambios políticos y sociales producidos tras la Segunda

de las comunicaciones (caracterizada por la ruptura de las fronteras físicas, traspasadas por la comunicación a través de Internet, y por la eliminación progresiva de las fronteras culturales) han contribuido al desarrollo de una conciencia mundial sobre la importancia de la justicia y los derechos humanos. Sin embargo, mientras el constitucionalismo ha permitido afianzar internamente estos valores y consolidar sus garantías jurídicas dentro del Estado Constitucional, la globalización ha provocado respuestas ambivalentes. En su faz económica, la globalización ha contribuido al desarrollo económico, pero también ha sustraído de la regulación legal aspectos vinculados a derechos colectivos e individuales, ha provocado un déficit democrático y ha acrecentado la brecha económica entre pobres y ricos globales.²

Como advierte Luigi Ferrajoli, mientras que en un *nivel interno* se ha consolidado el modelo de Estado de Derecho como garantía del cumplimiento de las normas jurídicas y del respeto de los derechos fundamentales –de manera que dentro de un Estado Constitucional de Derecho no existen poderes o sujetos absolutos–, en un *nivel externo* se ha conservado el *estado de naturaleza* en el que prima la *ley del más fuerte*. De este modo, hoy existen Estados que si bien en el ámbito interno cumplen con los requisitos de un Estado Constitucional de Derecho, en el externo imponen su voluntad y se sustraen a toda forma de control (2001: 314-319). Ferrajoli alude también al *vacío de Derecho Público* que existe en el plano internacional y que se traduce en la ausencia de normas e instituciones (o su subordinación a los nuevos poderes transnacionales –públicos o privados– en detrimento de los poderes estatales), que impide afrontar los problemas de alcance mundial (2005a: 90).

La tesis de Ferrajoli sigue la línea del llamado *globalismo o cosmopolitismo jurídico* y defiende la idea de que es necesario construir un orden jurídico global que garantice la paz, la seguridad y la justicia; y al que denomina *esfera pública mundial* (2005a: 85). La actualidad del cosmopolitismo jurídico y político parte de la verificación del debilitamiento del modelo de Estado-nación, provocado por el fenómeno de la globalización, y su actual incapacidad para cumplir con sus fines y funciones tradicionales. Por ejemplo, en lo que respecta a su capacidad de control sobre el crimen organizado, su capacidad organizativa y de planificación interna (principalmente en lo relativo a la planificación económica), su capacidad normativa o reguladora, y *al déficit en la legitimación de los procesos de toma de decisiones o déficit de legitimación democrática*, pues muchas de las decisiones que conciernen a los ciudadanos de los Estados se toman fuera del propio Estado, a través de negociaciones interestatales, tratados y acuerdos sujetos a la lógica del mercado (Habermas 2001: 5-6).

Guerra Mundial. Dichos cambios han influido en el replanteamiento de las funciones y fines tradicionales del Derecho y en una nueva configuración de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales. Esencialmente, se ha producido un cambio en la conformación, función y valor normativo de la Constitución, debido a la consagración constitucional –con carácter normativo y fuerza vinculante– de los derechos fundamentales.

2 Como señala Tony Judt, en los últimos treinta años se han producido diferencias económicas internas sin precedentes en la historia. El capitalismo del mercado desregulado y el retroceso del Estado social en los Estados Unidos y Europa han terminado *normalizándose* como una condición natural e incuestionable que no permite ver los problemas de distribución que subyacen al modelo capitalista (Judt 2011: 25-50). En relación con las diferencias entre pobres y ricos globales, siguen siendo actuales las dramáticas cifras citadas por Pogge (2005: 14-15) o Nussbaum (2007: 227) y que aluden, por ejemplo, a que: «La diferencia de renta entre el quinto de la población mundial que vive en los países más ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 74 a 1 en 1997, en aumento con respecto al 60 a 1 en 1990 y al 30 a 1 en 1960. [Antes] la diferencia de renta entre los países en la cima y los del final había crecidos desde 3 a 1 en 1820 a 7 a 1 en 1870 y a 11 a 1 en 1913». «Existe una tendencia duradera hacia una cada vez mayor desigualdad de renta internacional» (Pogge 2005: 133).

El globalismo jurídico es un tipo de propuesta cosmopolita³ que aboga por la creación de instituciones políticas y jurídicas globales. Admite una diversidad de enfoques que van desde iniciativas ambiciosas de creación de un gobierno o Estado mundial (por ejemplo, en el caso del modelo de Estado federal mundial propuesto por Kelsen, siguiendo a Kant);⁴ hasta sugerencias más moderadas, como la implantación de tribunales internacionales sobre derechos humanos y que juzguen crímenes contra la humanidad, o la creación de organismos de control del uso de los recursos naturales mundiales (como la propuesta de creación de una *fiscalidad mundial* y de un impuesto aplicable a las empresas multinacionales que explotan recursos naturales considerados como patrimonio de la humanidad).⁵ Otras propuestas incluyen la modificación estructural de instituciones internacionales ya existentes, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Habermas 1999: 161-179; Held 2001: 48; Pisarello 2001: 258); la creación de parlamentos u órganos de administración de tipo regional (como el Parlamento Europeo); entre otros.

El cosmopolitismo político y jurídico ha sido criticado principalmente por el realismo político y por los enfoques *contextualistas* y *conflictualistas* de la moral y la política.

Para el realismo político, las tesis cosmopolitas representan una visión ingenua de la forma en que se ordenan las fuerzas políticas en el ámbito internacional. Para Danilo Zolo, por ejemplo, tales propuestas orientadas a una unificación política del mundo suponen dejar en manos de *alguien* la construcción y garantía del gobierno del mundo que defienden. Estas teorías, explica el autor, siguen un modelo ya conocido que considera que existen algunos Estados (coincidentalmente las grandes potencias mundiales) que, debido a su expreso compromiso con ciertos ideales democráticos, cumplen el papel de ser los guardianes del orden mundial: son los llamados *señores de la paz*. Por ello, estos modelos que buscan minimizar la soberanía de los Estados y transferirla a un gobierno o Estado mundial lo único que provocan es la legitimación del poder, prácticamente absoluto, de ciertos Estados (Zolo 2005: 12-17).⁶ El error del cosmopolitismo tendría su origen en la analogía que suelen establecer sus autores entre el orden interno y el orden externo (la llamada *domestic analogy*). Según Zolo:

3 El ideal cosmopolita considera al ser humano como miembro de una comunidad mundial con la cual se encuentra comprometido. Así pues, el compromiso social, político, ético o jurídico del individuo no se circunscribe únicamente a su Estado, nación o comunidad, sino que abarca a toda la comunidad de seres humanos. Se puede hablar de cosmopolitismo en varios sentidos (cosmopolitismo jurídico, cosmopolitismo moral, etcétera), pero, como sostiene Thomas Pogge, todos los enfoques cosmopolitas comparten tres características: 1) individualismo («las unidades básicas de preocupación moral son los seres humanos, o las personas»); 2) universalidad («la condición de ser unidad básica de preocupación corresponde a cada ser humano *vivo por igual*»); y 3) generalidad («Las personas son unidades básicas de preocupación *para todos los seres humanos* –y no sólo para sus compatriotas, correligionarios u otras personas por el estilo») (Pogge 2005: 216).

4 Para un desarrollo de esta y otras propuestas cosmopolitas, desde una visión muy crítica, véase Zolo 2005.

5 Ferrajoli se refiere a este tipo de tasas para los casos de explotación de recursos mineros de los fondos oceánicos, de las órbitas de los satélites en torno a la tierra y de las bandas de éter, las cuales «podrían compensar ampliamente, si se permitiese su utilización en forma de concesión limitada en el tiempo y con una adecuada remuneración pecuniaria, la deuda exterior de los países más pobres, cotitulares de los correspondientes derechos» (Ferrajoli 2005b: 380, nota 143).

6 Contra el globalismo jurídico, el profesor italiano defiende un «derecho supranacional mínimo» y de carácter subsidiario respecto de las competencias normativas de los Estados soberanos, y un «pacifismo débil» que conceda una cantidad limitada de poder a los órganos centralizados (Zolo 2005: 123-133; 2005b: 100).

Si es cierto que la centralización jurídica y política ha dado buenos resultados desde el punto de vista de la reducción de la violencia dentro de los Estados nacionales, entonces, se dice, puede considerarse que la concentración del poder en manos de una autoridad supranacional es el camino a seguir para construir un mundo más ordenado y pacífico. El supuesto implícito es la relación de analogía que se establece entre la «sociedad civil» interna de un Estado nacional (occidental) y la llamada «sociedad mundial» contemporánea. (2005: 17)

Esta crítica ha sido tomada en cuenta por ciertas teorías cosmopolitas que buscan proponer un enfoque alternativo. Ulrich Beck, por ejemplo, se ha referido al *nacionalismo metodológico* que subyace a las propuestas cosmopolitas de varios autores (entre ellos Rawls). Según esta visión, el orden internacional reproduciría la estructura y legitimidad del Estado nacional: «El nacionalismo metodológico presupone un Estado nacional constante y absoluto como fuente de legitimidad de las normas y organizaciones supranacionales. Una autolegitimación del orden global [como la que él propone sobre la base del reconocimiento internacional de los derechos humanos], sea pragmática, conforme a la razón filosófica o al positivismo jurídico, queda excluida» (Beck 2004: 42).

Las críticas al cosmopolitismo provenientes de las teorías contextualistas y conflictualistas se han centrado, principalmente, en los peligros que supondría para el pluralismo ético y cultural. Desde esta óptica, el cosmopolitismo adolecería de los mismos problemas de cualquier universalismo moral.⁷ Fuera de esta coincidencia, la diversidad de posturas incluidas bajo el término *contextualistas*, al que se refiere Chantal Mouffe, representa también una diversidad de concepciones políticas y éticas y, por tanto, una diversidad de críticas al cosmopolitismo que no necesariamente son unánimes (por ejemplo, habría que decir que no todos los contextualistas son por ello relativistas en términos morales y, por tanto, no necesariamente críticos radicales de la idea de derechos humanos universales).

Para las visiones conflictualistas de la política —como la de Mouffe— la aspiración al consenso moral universal de Kant (y sus herederos cosmopolitas) es contraria a la real naturaleza de lo político. La política es el espacio de la confrontación, el poder entendido como violencia y el conflicto, producto de una distinción entre *nosotros* y *ellos*, o de una relación de pertenencia o ajenidad usualmente propuesta en términos de *amigos* y *enemigos* (Mouffe 1999: 11-25, 161-181). Trasladado este punto de vista de la política interna al orden global, podría deducirse que para la autora las teorías cosmopolitas (universalistas) distorsionarían el verdadero sentido de lo político, legitimarían la autoridad de los poderes globales de *facto* y socavarían las bases del pluralismo.

A partir de las críticas reseñadas y frente a las alternativas cosmopolitas, algunos autores proponen un retorno a la tolerancia prudencial moderna, la cual es revalorada como una forma más realista y adecuada de lograr la paz en el mundo globalizado de hoy.

⁷ El debate entre *contextualistas* y *universalistas* ha sido descrito, en esos términos, por Chantal Mouffe. Los *universalistas*, como Jürgen Habermas, John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Scanlon o Karl Otto Apel, consideran que es posible llegar a ciertos consensos morales universales —reales o hipotéticos— que son independientes del contexto histórico-cultural. En cambio, los *contextualistas* (comunitaristas, multiculturalistas, pluralistas, etnocentristas, algunos pensadores posmodernos y hermenéuticos, entre otros), como Richard Rorty, John Gray, Michael Walzer, Jean François Lyotard o Michel Foucault, critican las pretensiones universalistas de las propuestas liberales deliberativo-consensuales que para ellos representan un tipo más de *juego de lenguaje*, el cual no puede estar al margen de los usos e instituciones de una cultura determinada y, además, puede conducir a un forma de imposición cultural (Mouffe 2003: 76-91).

2. La tolerancia como alternativa de paz entre naciones

Durante la modernidad, la tolerancia fue uno de los temas centrales del pensamiento filosófico-político. Las guerras de religiones que se produjeron en Europa hacia el siglo XVI y XVII provocaron un cambio en la mentalidad dominante hasta ese momento y un importante desarrollo en torno a la idea de tolerancia religiosa y –más tarde– de libertad de conciencia.

Los primeros trabajos sobre la tolerancia moderna coinciden históricamente con el surgimiento del pensamiento liberal. De este modo, puede establecerse un claro recorrido evolutivo, cuyo punto de partida serían los escritos filosóficos de John Locke, todavía deudor de una concepción estratégica de la tolerancia (por razones de seguridad y mantenimiento de la paz), y cuyo punto final estaría en la obra de John Stuart Mill (*Sobre la libertad*), en la que la tolerancia obedece a razones epistemológicas y, principalmente, morales (identificadas con la autonomía y la autorrealización del individuo) (Giner 1998: 121-126).

Actualmente, algunos autores defienden la idea de una evolución en el concepto de tolerancia, la cual habría pasado de ser una mera herramienta estratégica de convivencia pacífica a una forma de razonamiento moral. De este modo, tolerar ya no significaría únicamente soportar por razones pragmáticas⁸ sino que implicaría un juicio sobre la justificación moral de sus razones (tendría una nueva dimensión positiva: la de *comprender*) (Thiebaut 1999: 37, 62). No obstante, el nuevo concepto de tolerancia positiva ha sido criticado por quienes lo consideran una distorsión injustificada de una noción ya asentada en la filosofía política y defienden una reivindicación de la dimensión prudencial de la tolerancia.⁹

En este último sentido, John Gray sostiene que pueden distinguirse dos tendencias en los orígenes de la tolerancia liberal moderna: «De un lado, la tolerancia es la persecución de una forma de vida ideal; del otro, es la búsqueda de un compromiso de paz entre diferentes modos de vida. Según el primer punto de vista, las instituciones liberales se conciben como aplicaciones de principios universales. Según el segundo, son un medio para lograr la coexistencia pacífica» (2001: 12). Al primer grupo –en el que la tolerancia se relaciona con la búsqueda de un consenso racional universal– pertenecerían las propuestas de John Locke e Immanuel Kant y, más recientemente, las de John Rawls (como veremos no con toda razón, pues él se encontraría, más bien, en un punto medio) y Hayek. En la segunda versión de la tolerancia liberal –basada en la constatación fáctica del pluralismo determinado por los distintos modos de vida, cuyos valores o concepciones del bien son muchas veces inconmensurables entre sí– estarían Thomas Hobbes y David Hume; y, entre los autores más contemporáneos, Isaiah Berlin y Michael Oakshott. Como se puede advertir, Gray se inscribe en lo que Mouffe denomina una visión contextualista, no universalista, de la política y la ética.

Según el autor, es necesario retomar la idea de tolerancia como *modus vivendi*,¹⁰ esto es, la que defiende el valor instrumental de la tolerancia como una forma de lograr la convivencia

8 Como recuerda Thiebaut: «“tolerancia” es [una] (...) palabra moderna, del siglo quince o dieciséis, y procede del término latino “tollere” que significa soportar, aguantar» (1999: 40).

9 Según Del Águila: Lo que podríamos denominar elementos de una «tolerancia positiva» (disposición a aprender de lo diferente, respeto hacia de lo distinto, tratamiento diferencial respecto de lo excluido y marginado, ámbitos de autoorganización para permitir a lo discriminado desarrollarse en sus términos, voluntad de diálogo con lo diferente tendente a la transformación mutua), acaso todos estos elementos den lugar a políticas tolerantes, pero la verdad es que parecen mucho más vinculados a cosas muy *diferentes a la tolerancia*: al reconocimiento, al respeto, a la amistad o amor políticos, a la solidaridad, a la reciprocidad, a la ayuda al desfavorecido, etcétera. (Del Águila 2002: 18)

10 Con relación al *modus vivendi*, Gray dice: «El *modus vivendi* expresa la creencia de que hay muchos modos de vida

pacífica entre grupos con hondas diferencias que han sido la causa de enfrentamiento y conflicto, y que hacen difícil cualquier posibilidad de acuerdo –incluso de diálogo– sobre valores o principios morales o políticos. Es gracias a la tolerancia que estos grupos que mantienen formas de vida, valores y concepciones comprehensivas del bien no sólo distintas e incommensurables entre sí, sino incluso antagónicas, acuerdan mantener una convivencia basada en el respeto –o, más bien, la indiferencia– de sus diferencias y en su autonomía para resolver sus propios asuntos.

Gray defiende un *pluralismo de valores* sobre la base del *modus vivendi*. Este pluralismo de valores supone que «(n)o hay una respuesta que sea la correcta para toda persona o para cada circunstancia, pero lo que yo haga aún puede ser correcto o no» (2001: 57). La tesis pluralista rechaza la idea de que existe una única respuesta moral correcta (verdadera), pero se distancia del escepticismo ético en la medida que considera que sí se puede dar razones para descartar cierto tipo de soluciones consideradas equivocadas. En ese sentido, Gray advierte: «Mi decisión no tiene por qué ser arbitraria o sin fundamento, un acto gratuito para el cual no pueda darse ninguna razón. Tampoco necesita ser la expresión de una mera preferencia. *Dado el contexto de mi historia y de las circunstancias, mi elección puede ser correcta o incorrecta*» (2001: 57; las cursivas son nuestras). Según este autor, la tesis pluralista de los valores debe ir acompañada de una concepción irrealista del bien, que entiende que aunque no existe una única noción de bien sí se puede juzgar como equivocadas algunas de ellas (2001: 77-79).

Gray sostiene que el suyo no pretende ser un proyecto moral sobre la tolerancia, sino político, y considera que las razones prudenciales basadas en la convivencia y la paz no constituyen valores universales. Por eso afirma: «La persecución del *modus vivendi* no es la búsqueda de algún tipo de supervalor. (...) El fin del *modus vivendi* no es ningún bien supremo, ni siquiera la paz. Es la reconciliación de bienes contradictorios. Ésta es la razón por la que el *modus vivendi* puede ser el objetivo de modos de vida con visiones opuestas del bien» (2001, 36). Así pues, el *modus vivendi* no es un valor trascendente, pero, según Gray, los diferentes modos de vida que existen tienen ciertos intereses «que hacen que valga la pena intentar llegar a una coexistencia pacífica» (2001: 155).

El problema de la tesis de Gray es que, aunque suena más realista que las teorías consensuales que él critica, es demasiado radical cuando rechaza la idea de que es posible referirnos a un consenso moral que sustente el reconocimiento de los derechos humanos. De hecho, el autor parece contradecirse cuando, por un lado, es tajante al referirse a la imposibilidad fáctica del consenso moral universal y alude a las bases absolutamente prudenciales (no morales) de su teoría; y sin embargo establece ciertos límites éticos al *modus vivendi* (2001: 30), que bien podrían ser la base de algunos acuerdos morales mínimos.¹¹ Esta situación queda claramente reflejada en el siguiente párrafo de su obra:

en los que los humanos pueden desarrollarse. Entre ellos hay algunos cuyo valor no puede compararse. Allí donde esos modos de vida son rivales, ninguno de ellos es mejor que el otro. Las personas que pertenecen a diferentes modos de vida no necesitan estar en desacuerdo. Pueden, sencillamente, ser diferentes» (2001: 15). Además, en cuanto a los requisitos de este concepto, Gray aclara que «[l]os modos de vida deben ser practicados por cierto número de personas, no por una sola, deben extenderse a través de varias generaciones, tener una conciencia de sí mismos y ser reconciliables con otros, excluir a algunas personas y tener algunas prácticas, creencias y valores propios, entre otras condiciones» (2001: 21). El autor se distancia expresamente del concepto de pluralismo como diversidad de creencias éticas individuales —tradicionalmente estudiado por el pensamiento liberal—, pues entiende que no es este el principal problema que deberán afrontar las sociedades actuales, sino el planteado por los diversos modos de vida grupal.

¹¹ Gray se refiere a *bienes* que perfectamente podrían corresponder a la lista de capacidades básicas que propone Nussbaum (e.g. 2012: 37-65); autora que, como veremos, combina el pluralismo de valores con cierto tipo de universalismo. De hecho, sigue a Rawls al sostener que es posible afirmar que existe un consenso global entre personas

Hay bienes y males humanos universales. Algunas virtudes son necesarias para cualquier tipo de florecimiento humano. Sin coraje y prudencia ninguna vida puede ir bien. Sin compasión por el que sufre y sin alegría por la felicidad de los demás el artefacto de la justicia no puede mantenerse. Las formas de vida que son deficientes en estas virtudes carecen de las condiciones necesarias para el bienestar humano. Dado que son virtudes universales, pueden usarse para evaluar cualquier modo de vida particular. (2001: 18) (Las cursivas son nuestras)

3. El modelo de tolerancia en dos niveles de Rawls

En Rawls se presentan tanto elementos del universalismo moral (debido a su ascendencia kantiana), como del pluralismo de valores. De hecho, el dato del pluralismo, determinado por la existencia de diferentes concepciones del bien, constituye una preocupación muy marcada en lo que se considera la segunda parte de su obra (desde el *Liberalismo Político* en adelante). En esta línea de ideas, la tolerancia surge como una herramienta de la propia filosofía que permite lograr ciertos consensos –en el contexto de un *pluralismo razonable*¹²– por medio de la evasión de la discusión o de la búsqueda de un acuerdo sobre aspectos profundamente condicionados por las particulares concepciones del bien (o *doctrinas razonables*) de los sujetos o de los grupos humanos. Aunque para Rawls la tolerancia no se basa en un simple recurso estratégico que puede variar en el tiempo y que por ello adolecería de la fragilidad del *modus vivendi*,¹³ tampoco representa la búsqueda de una verdad en materia moral.

La idea de tolerancia en Rawls surge en un principio para referirse a las relaciones que se producen entre sujetos que mantienen distintas –o incluso opuestas– concepciones o doctrinas comprensivas del bien, pero que se sitúan dentro de una misma comunidad política o, como dice el autor, en la misma sociedad doméstica de tipo liberal. En su *Teoría de la justicia* (publicada en 1971), Rawls hace un esbozo de esta tesis al referirse al modo en que personas con diferentes convicciones morales pueden llegar a acuerdos sobre principios de justicia comunes, siendo ésta una idea que nace con la tolerancia religiosa durante la modernidad (1995b: 209-210).

En *Justicia como imparcialidad: política, no metafísica* (de 1985), Rawls propone aplicar el principio de tolerancia a la filosofía. Así pues, la teoría de la justicia como imparcialidad (que sigue la línea de lo que Rawls llama *constructivismo kantiano*), no busca arribar a conclusiones verdaderas sobre los valores morales y políticos o sobre las concepciones del bien, sino llegar a acuerdos sobre *principios políticos* de convivencia social. Para ello, la aplicación del principio de tolerancia a la filosofía supone un *método de evitación* en la discusión dirigida al acuerdo sobre aspectos filosóficos discutibles, como las cuestiones morales y las creencias religiosas

con visiones diferentes de la vida (Lukes 2011: 180-188).

12 El concepto de *tolerancia razonable* de Rawls significa lo siguiente: 1) No todas las personas razonables afirman la misma doctrina global. [...] 2) Se sostienen muchas doctrinas razonables pero no todas pueden ser verdaderas o justas desde la perspectiva de alguna doctrina general. 3) No es irrazonable sostener alguna de las doctrinas generales razonables. 4) Quienes sostienen doctrinas razonables diferentes de la nuestra también son razonables. 5) Al afirmar nuestra fe en una doctrina que consideramos razonable, no somos irrazonables. 6) Las personas razonables consideran irrazonable emplear el poder político para reprimir otras doctrinas razonables diferentes de la nuestra. (2001: 28, nota 8)

13 Así, por ejemplo, señala que el consenso al que se llegue en la sociedad de los pueblos conllevará la aceptación de la existencia de un orden justo, lo cual garantizaría una estabilidad basada en la fidelidad al derecho de gentes (por las razones correctas) y no en meros acuerdos circunstanciales (2001: 58).

(1990: 197-199). Esta será también la lógica que se aplique al modelo del *overlapping consensus* (consenso traslapado o superpuesto, como se ha traducido) del *Liberalismo Político* (1993) y que consiste en el consenso sobre ciertos principios políticos de convivencia al que arriban los sujetos, independientemente de que sus razones correspondan a diferentes concepciones o doctrinas comprensivas del bien.¹⁴

Aplicar el principio de tolerancia a la filosofía política y al concepto de justicia como imparcialidad supone, entonces, dejar de lado el debate sobre cuestiones metafísicas (como las referidas a la naturaleza de la verdad y de los valores, las afirmaciones sobre la constitución de la identidad y la naturaleza de las personas, las concepciones filosóficas referidas a la verdad de un orden moral metafísico e independiente, los temas de la psicología filosófica, entre otras), así como el aspecto de los valores morales (no políticos) al que se refieren las doctrinas morales comprensivas (Rivera 2003: 30). Como dice Rawls, «Aplicar los principios de la tolerancia a la filosofía misma es dejar que los ciudadanos mismos resuelvan las cuestiones de la religión, de la filosofía y de la moral en concordancia con los puntos de vista que ellos profesan libremente» (1995a: 154).

En el ámbito de las relaciones internacionales, Rawls hace frente al escepticismo de las teorías realistas y califica su propuesta de un derecho de gentes como una *utopía realista* (2001: 15, 23-30, 57). Pero también se distancia de las opciones cosmopolitas: tanto de las que defienden un gobierno mundial, que puede conducir a formas de despotismo global (2001: 49), como de las que aspiran a un consenso universal y a una justicia entre individuos, que él considera poco realista (2001: 97-98). En cambio, Rawls propone la construcción de un *derecho de gentes* basado en la idea de una *tolerancia razonable*, no ya entre individuos sino entre pueblos¹⁵ (lo que llama la *sociedad de los pueblos*) que hacen uso de la razón pública en sus relaciones mutuas (2001: 28-30).

En *El derecho de gentes* (publicado en 1999), Rawls se refiere a un acuerdo en dos niveles o a dos usos de la *posición original*.¹⁶ El primer nivel corresponde al acuerdo producido al interior de las sociedades democráticas; se trata del modelo, bien conocido, de los individuos racionales expuestos al *velo de ignorancia* que arriban a acuerdos justos de cooperación para regular la estructura de la sociedad, y que, como afirma Rawls, es un modelo de representación para el caso de las sociedades liberales. El segundo nivel se sitúa en el ámbito internacional y representa los acuerdos a que llegarían los pueblos liberales, y que más tarde extiende al caso de las *sociedades jerárquicas decentes*.

14 Respecto al *overlapping consensus*, Rawls sostiene: «En un consenso semejante, cada una de las doctrinas morales, religiosas y filosóficas comprensivas acepta la justicia como imparcialidad a su propio modo; esto es, cada doctrina comprensiva, desde su propio punto de vista, es llevada a aceptar las razones públicas de la justicia especificadas por la justicia como imparcialidad. Podríamos decir que reconocen sus conceptos, sus principios y sus virtudes como si fueran teoremas en los que coinciden sus diversas visiones» (1990: 223-224).

15 Para una aclaración de por qué Rawls se refiere al derecho de gentes entre pueblos, en vez de entre Estados, ver el capítulo 2 «¿Por qué pueblos y no Estados?» de *El derecho de gentes* (2001: 35-41). Para una crítica de este concepto un tanto vago y confuso, véase Nussbaum (2007: 244-247).

16 En *Teoría de la justicia*, Rawls ya había esbozado esta idea de posición original en dos niveles. En este primer acercamiento al tema, Rawls habla de una segunda interpretación de la posición original, esta vez referida a los Estados y sus representantes y dirigida a determinar los principios políticos que regulan las relaciones internacionales, y que le otorgan base moral al derecho internacional (1995b: 343-347). Para una crítica a este primer modelo, ver: Nussbaum 2007, 234-239.

En el acuerdo de segundo nivel los participantes ya no son los individuos o sus representantes, sino los pueblos liberales o sus representantes, que buscan establecer un derecho de gentes y que actúan racionalmente. En este nivel, el *velo de ignorancia* significa que los pueblos implicados desconocen aspectos como su extensión territorial, población, nivel de desarrollo económico o los recursos con los que cuentan, aunque saben que representan a sociedades liberales y se ven como libres e iguales entre sí (2001: 43-48, 77). Según Rawls, el éxito de este derecho de gentes reside en la creencia de que los pueblos, así como las personas, pueden experimentar un proceso psicológico de aprendizaje moral que los lleve a entender las ventajas de adoptar un derecho que rija sus relaciones, al contrario que en el caso del mero *modus vivendi* (2001: 57-58).

4. Los problemas de Rawls: ¿una teoría de la justicia global poco justa?

El aporte de Rawls a la discusión actual sobre la justicia en el contexto mundial es innegable. Las tesis de *El derecho de gentes* todavía son discutidas cuando se habla de globalismo jurídico, de derecho cosmopolita o de cualquier propuesta de un orden jurídico-político mundial. Sin embargo, su aproximación resulta insuficiente para explicar la manera en que se desarrollan las relaciones internacionales y se manifiesta el poder económico, militar o político en el mundo globalizado de hoy; así como para ofrecer una alternativa de justicia acorde a esta realidad.

Probablemente el principal problema de la tesis de Rawls obedezca a lo que Beck llama su *nacionalismo metodológico o filosofismo nacional*.¹⁷ Esta visión de las relaciones internacionales provoca que Rawls proponga una alternativa de orden mundial en términos de un derecho internacional conformado por acuerdos entre Estados soberanos o *pueblos*, sin advertir la incidencia del complejo entramado de actores que actualmente participan en ese espacio (empresas multinacionales, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, la llamada *sociedad civil global* y, en ocasiones marginalmente, los Estados).¹⁸ Esto hace que la propuesta de Rawls no solo resulte poco explicativa de la realidad, sino que incurra en varios defectos.

En primer lugar, cabe recordar que la teoría de Rawls es deudora de la tesis de Kant (cfr. Rawls 2001: 19 y 49) y, en ese sentido, está más orientada a la búsqueda de la paz entre los pueblos que a la justicia. Pero ese propósito –que ya en sí mismo puede ser problemático desde el punto de vista de una justificación moral– tampoco puede alcanzarse con los recursos que propone Rawls. Por ejemplo, en relación con el problema de la guerra y la violencia en general, es interesante advertir que la globalización ha provocado una variación en la configuración de los actores del conflicto y en las formas de violencia tradicionales.¹⁹ Estos

17 Sobre *El derecho de gentes*, Beck dice: «El filosofismo nacional tiene una vertiente internacional. Los peoples [pueblos] se piensan como la unidad del Estado, territorialidad, moralidad y memoria. Sólo así, según Rawls, es posible la justicia. Al observador de los debates filosóficos de nuestro tiempo le sobreviene por así decir un asombro filosófico genuino al ver cuán profunda e irreflexivamente prisionero de la mirada nacional está el hábito del pensamiento filosófico, aparentemente universalista» (2004: 51, nota 11).

18 En ese sentido van las críticas de Nussbaum (2007: 240) o de Benhabib, quien considera que Rawls incurre en la ficción de la «sociedad cerrada, que no sirve para describir la situación de las sociedades democráticas en el actual contexto mundial de desarrollo industrial, financiero, de las comunicaciones, el turismo y la industria armamentística» (2006, 271-272).

19 Así, por ejemplo, puede resaltarse el llamado fenómeno de la *individualización de la guerra*, al que se refieren Beck

cambios, producto de la globalización, han generado que las alternativas al problema de la violencia ya no puedan proponerse solo en términos de políticas estatales, pero quizá tampoco únicamente en términos de políticas inter-estatales.

En segundo lugar, debido quizá también a su *nacionalismo metodológico* y a su opción por el pacifismo –y no por la justicia– mundial, Rawls no se refiere al problema de las injusticias globales y su influencia en el retraso de ciertos pueblos; sino que, más bien, aborda este problema desde el punto de vista del desarrollo interno de esos pueblos (Nussbaum 2007, 241).²⁰

Pero, sin duda, el principal problema de su tesis es la peligrosa consecuencia antiliberal de la misma y, por tanto, la profunda contradicción en que incurre respecto de su propia –y muy reconocida– propuesta filosófica. Para entenderlo, debemos analizar la participación de las llamadas *sociedades jerárquicas decentes* en su *derecho de gentes*.

Rawls extiende el acuerdo de segundo nivel al caso de las llamadas *sociedades jerárquicas decentes*.²¹ Este tipo de pueblos no liberales debe cumplir con ciertas condiciones de justicia política que le permita garantizar la participación de sus ciudadanos (aunque no desde una idea liberal de ciudadanía) a través de su pertenencia a uno o más grupos, como la familia, las corporaciones, o asociaciones etc. (de ahí su dimensión «asociacionista», en términos de Rawls 2001: 78). Por eso, señala que estas sociedades deben contar con una *jerarquía consultiva decente*. Además, deben cumplir con dos requisitos esenciales para ser consideradas como parte de la sociedad de los pueblos: por un lado, debe tratarse de sociedades sin propósitos agresivos respecto de los otros pueblos y, por otro lado, deben reconocer ciertos derechos humanos a sus miembros. Rawls se refiere a una lista de derechos humanos básicos –los llama *derechos urgentes* y no representan el catálogo extenso de derechos reconocidos en los pueblos liberales (2001: 93)–, que deben estar garantizados y que son: el derecho a la vida (a través de la garantía de los medios de subsistencia y de seguridad); la libertad frente a la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado; la libertad de conciencia, pensamiento y religión; la propiedad; y la igualdad formal: «casos similares deben ser tratados de manera similar» (2001: 79).²²

Lo complicado de la propuesta de Rawls es cómo hacer compatible la garantía de los derechos humanos con la estructura interna de una *sociedad jerárquica decente*. Según Rawls,

(2004: 35-37) o Lipovetsky (2011: 182-183).

20 Lo contrario de lo que otros autores han hecho para enfatizar las causas externas (las injusticias en las relaciones globales) y no sólo internas de la pobreza, la desigualdad, la violencia y otros males. Ver, por ejemplo, el excelente libro de Thomas Pogge, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos* (2005).

21 Rawls propone una clasificación de las sociedades domésticas que hay en el mundo e identifica las siguientes: pueblos liberales, pueblos decentes, Estados criminales, sociedades afectadas por condiciones desfavorables y absolutismos benévolos. En el caso de los pueblos decentes, Rawls hace referencia a las *sociedades jerárquicas decentes*, pero no cierra la posibilidad de que existan otro tipo de sociedades no liberales aunque decentes, con estructuras que no se ajusten a su descripción y que deban ser admitidas en la sociedad de los pueblos (2001: 7).

La vocación de la sociedad de los pueblos es ir incorporando al resto de sociedades del mundo. Aunque esa es la intención también en el caso de los pueblos proscritos, se pueden admitir sanciones o intervenciones cuando se presente un atentado grave a los derechos humanos, pues «los pueblos liberales y decentes tienen el derecho, conforme al derecho de gentes, de no tolerar a los Estados criminales» (Rawls 2001: 95). En el caso de las sociedades menos favorecidas (podríamos imaginar supuestos de Estados fallidos, como Haití), existe un deber de asistencia por parte de la sociedad de los pueblos (Rawls 2001, 125-132).

22 Existen también otros requisitos importantes en relación con el funcionamiento de las instituciones internas de las sociedades decentes y la conciencia de los deberes morales que tienen sus miembros respecto de los otros miembros que forman esa sociedad (cfr. Rawls 2001: 79-80).

en este tipo de sociedades los ciudadanos actúan en la vida pública como miembros de grupos «y cada grupo está representado en el sistema jurídico por un sector de la jerarquía consultiva decente» (2001: 78). El enfoque *asociacionista* que propone Rawls es problemático en relación con los derechos individuales de sus miembros. El propio Rawls es consciente de eso y por esa razón no sitúa en pie de igualdad a una sociedad liberal y a una sociedad jerárquica decente. Más bien, el caso de las sociedades no liberales decentes marcaría el límite de la tolerancia en el ámbito internacional, desde el punto de vista liberal (Turégano 2009: 255). La tolerancia, en ese sentido, significaría que los pueblos liberales no sólo se abstendrían de imponer sanciones económicas, diplomáticas, políticas o militares a los pueblos no liberales decentes, sino que incluso los reconocerían como miembros iguales de la sociedad de los pueblos, con derechos y obligaciones (Rawls 2001: 73). En palabras del propio Rawls:

Una sociedad jerárquica decente respeta un razonable y justo derecho de gentes aunque no trate de manera razonable o justa a sus propios miembros como ciudadanos libres e iguales, puesto que no tiene la idea liberal de ciudadanía.

Una sociedad jerárquica decente cumple los suficientes requisitos morales y legales como para desvirtuar las razones políticas que podamos tener para imponerle sanciones a su pueblo o intervenir por la fuerza sus instituciones y su cultura. [...] las sociedades jerárquicas decentes tienen ciertas características institucionales que merecen respeto, incluso si sus instituciones no son suficientemente razonables desde el punto de vista del liberalismo político o del liberalismo en general. Las sociedades liberales pueden diferir ampliamente en muchas formas: por ejemplo, algunas son mucho más igualitarias que otras. Pero estas diferencias se toleran en la sociedad de los pueblos liberales. ¿No pueden ser igualmente tolerables las instituciones de algunas sociedades jerárquicas? Creo que sí. (2001: 98-99)²³

La tesis de Rawls, en este extremo, sería nuevamente poco explicativa, en la medida que no se corresponde con lo que ocurre en la realidad. Como afirma Nussbaum, la influencia del derecho internacional en el ámbito interno y en la estructura básica de una sociedad ya se produce cuando, por ejemplo, se ratifica un tratado de derechos humanos que requiere la modificación de la legislación interna (por ejemplo, la adhesión a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, puede exigir la modificación de la legislación interna relativa a la violación conyugal, el matrimonio o el divorcio). Sin embargo, Rawls sólo restringe esta influencia al caso de los derechos urgentes, muy limitados, a los que se refiere (Nussbaum 2007: 244).

Pero el problema más grave no radicaría en el aspecto descriptivo (o supuestamente descriptivo) de la teoría de Rawls, sino en lo que podríamos calificar como su aspecto normativo (o su recomendación de lo que debería ser el orden internacional): La inclusión de las *sociedades jerárquicas* decentes en su propuesta de un derecho de gentes podría vulnerar derechos individuales y, por tanto, ser profundamente antiliberal.

La configuración del orden global en términos de pueblos, que incluyen pueblos jerárquicos decentes, no toma en cuenta la voluntad de los individuos, sino de los pueblos de los que ellos son parte. En el caso de los pueblos liberales este problema se salvaría en la medida que entendamos

23 Ante la pregunta de si es incoherente tratar por igual (en la sociedad de los pueblos) a las sociedades jerárquicas decentes, aun cuando ellas no tratan por igual a todos sus miembros, Rawls advierte que se presentan situaciones similares al interior de los pueblos liberales, donde ciertas instituciones —como las iglesias, por ejemplo— reciben un trato igual en ciertas materias, aun cuando algunas de ellas tienen una estructura jerárquica y otras no (2001: 83).

que esa comunidad política es el resultado del acuerdo de primer nivel entre individuos (o primer estadio de la *posición original*), pero ello no es así en el caso de los pueblos no liberales.

Para Nussbaum, el salto que hace Rawls de la tolerancia interna (la que se produce entre individuos dentro de los Estados liberales) a la tolerancia externa supone un uso cuestionable de la analogía entre Estado y persona, y no toma en cuenta los problemas de injusticia que pueden estar ocurriendo dentro de los pueblos jerárquicos decentes: «el contrato de segundo nivel no cuestionará en ninguna medida la asignación de libertades y oportunidades, ni tampoco un elemento tan importante como la ordenación económica de ninguno de estos Estados» (2007: 243-244). De este modo, Rawls ignora en su teoría de la justicia internacional un aspecto que era central en su teoría de la justicia interna (que, como sabemos, surgió como una respuesta al utilitarismo) y que es el *principio de inviolabilidad del individuo*. En palabras de Nussbaum:

En el nivel nacional, el principio de tolerancia de Rawls es un principio centrado en la persona: implica respeto por las personas y por sus concepciones del bien. En el nivel transnacional, Rawls aplica un principio muy distinto, por más que pretenda aplicar el mismo: respeta a los grupos más que a las personas, y muestra un respeto deficiente por las personas al permitir que sus derechos sean dictados por el grupo dominante local, les guste o no. Rawls sigue concediendo un lugar central a las personas en la medida en que insiste en una lista reducida de derechos humanos inmediatamente exigibles. Pero admite que los grupos adquieran un poder en el nivel transnacional que no poseen en el nivel de la teoría interna. (Nussbaum 2007: 254)

Lo que finalmente agrava el problema de la tesis de Rawls es que termina legitimando la actuación de las sociedades jerárquicas decentes dentro del orden internacional, independientemente de su justicia interna. Ello debido a que Rawls afirma que su derecho de gentes se sustenta en razones morales y no meramente instrumentales (de ahí su crítica al *modus vivendi*) y debido a que sostiene que la tolerancia de los pueblos no liberales pero decentes (que respeten los principios que conforman el derecho de gentes) no solo implica un abstenerse de sancionar o intervenir en dichos pueblos, sino incluso su reconocimiento como miembros de la sociedad de los pueblos, en condición de igualdad.

5. Conclusiones y propuestas

En *El derecho de gentes*, Rawls propone una teoría de un orden jurídico-político de las relaciones entre Estados o pueblos del mundo, a fin de lograr la paz. Su teoría es deudora de la filosofía kantiana, tanto en su orientación pacifista, como en la concepción racional y moral que respalda su propuesta. Por eso, Rawls sostiene que, aun cuando los pueblos que conforman la *sociedad de los pueblos* puedan ser diversos y no compartan los valores democráticos en su organización interna (pudiendo admitirse a pueblos no liberales pero decentes), en la medida que cumplan con un estándar mínimo de respeto a los derechos de sus miembros (su lista de derechos urgentes) y no tengan una actitud agresiva frente al resto de los pueblos que conforman la sociedad —esto es, en la medida que se comporten *racionalmente*— deberán ser tolerados e incluso reconocidos como iguales dentro de la sociedad de los pueblos.

Su teoría tiene una base moral, pues no apuesta por un acuerdo basado en el mero cálculo político y contextual, esto es, en el *modus vivendi*. Siguiendo la misma lógica que utilizó al referirse al overlapping consensus (*Liberalismo Político*, 1993), Rawls sostiene que los acuerdos

a los que lleguen los miembros de la sociedad de los pueblos representan principios políticos de convivencia, que aunque pueden basarse en razones morales plurales –sobre las que no existe ni se busca consenso–, convergen en un consenso que resulta racional y provoca una convicción moral sobre su conveniencia y necesaria estabilidad.

Lamentablemente, el valioso propósito de Rawls de construir formas de acuerdo y de estabilidad mundial a través de un derecho de gentes, resulta hoy en día insuficiente. La globalización ha supuesto un cambio radical no sólo respecto a la visión tradicional del Estado –incapaz de resolver por sí solo los problemas que usualmente eran parte de su agenda de gestión–, sino también respecto de los actores y poderes que conforman el orden global, ya no sólo representado por los Estados y los organismos internacionales, sino también por agentes privados pero transnacionales.

Pero además de no tomar en cuenta el cambio en la configuración del orden mundial, algunas de las tesis de *El derecho de gentes* hacen incurrir a su autor en una contradicción mayúscula respecto de lo que constituyen las bases de su filosofía moral y política: el reconocimiento del individuo y de sus derechos como elemento fundamental de un pensamiento auténticamente liberal. Esto quizá sea el resultado de los intentos que hace por conciliar su ambición universalista y racionalista con las reivindicaciones pluralistas, derivadas de las críticas comunitaristas y multiculturalistas a su obra.²⁴ O quizá, también, sea la influencia del ambiente intelectual que se vivió a mediados de la década de los ochenta y principios de los noventa –en los inicios de la globalización–, cuando las concepciones *culturalistas* dominaban el escenario de la discusión sobre política internacional. Por ejemplo, a partir de los famosos trabajos de Samuel Huntington sobre el «choque de civilizaciones».²⁵ Sea cual sea la razón, el resultado es que la propuesta de Rawls termina *invisibilizando* al individuo que forma parte de un grupo (de las *sociedades jerárquicas decentes*) e invisibiliza también las injusticias al interior de dichas sociedades.

Por esa razón, parece coherente sostener que –incluso advirtiendo la pertinencia de las críticas realistas y escépticas sobre la posibilidad de arribar a acuerdos de justicia duraderos– una verdadera propuesta moral acerca de la justicia y la paz mundial debe partir de una forma de cosmopolitismo que coloque en el centro de la discusión a los individuos y sus derechos (sin perjuicio de que se extienda también esa protección a los derechos de ciertos grupos, principalmente cuando se trata de minorías vulnerables). Y esto no tiene por qué entenderse como una forma de *imperialismo cultural*, sino, más bien, como la convivencia armónica y dialógica de la dimensión cosmopolita (de la *humanidad* de las necesidades y sufrimientos del individuo) y local (respetuosa del pluralismo cultural y ético, de la identidad construida sobre bases sociales y de las diferentes *concepciones del bien* de los individuos y los grupos humanos).²⁶

En ese sentido, por ejemplo, Nussbaum considera que el consenso superpuesto en el ámbito internacional que propone Rawls puede alcanzarse con el tiempo si descansa en una idea de derechos humanos ya arraigada mundialmente. En efecto, nos dice que, en las condiciones modernas, estamos ante «un mundo caracterizado por una cultura mundial de los derechos

24 Sobre este punto, véase, por ejemplo, el libro de Roberto Gargarella (1999).

25 El trabajo más conocido y exhaustivo de Huntington sobre este tema es, sin duda, su libro *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (1997), pero sus principales ideas sobre esta cuestión se encuentran en un trabajo anterior, más breve, que fue publicado en 1993 por la revista *Foreign Affairs* bajo el título «The clash of civilizations?», y del que hay una versión en español (véase Huntington 2002).

26 Esta es la inquietud que, por ejemplo, se presenta en el cosmopolitismo pragmático y dialogante de Kwame Anthony Appiah (véase Appiah 2007).

humanos» (2007: 300). Desde una concepción claramente cosmopolita, para Nussbaum: «Las personas sólo tienen que recurrir a las ideas inherentes a la cultura propia de este mundo, tenga o no su país la estructura de una democracia liberal constitucional» (2007: 300-301).

En relación con la construcción de una forma de organización política y jurídica global, parece ser que hoy en día la mejor opción es apostar por un sistema de coordinación entre distintos niveles de organización. Así pues, las más recientes propuestas cosmopolitas asumen también una dimensión realista y sostienen que no es posible pensar una forma de orden jurídico o político mundial que no tome en cuenta a todos los actores involucrados en todos los niveles: internacional, regional, estatal e incluso sub-estatal.²⁷

La pretensión de un proyecto cosmopolita realista, hoy en día, no puede olvidar la importancia de las fidelidades locales (no necesariamente *estatales*, sino incluso más reducidas). En relación con el Estado, lejos de mantenerse el discurso inicialmente triunfalista de una muerte anunciada, debe reconocerse que aun cuando la globalización ha debilitado sus capacidades, no lo ha eliminado como forma de organización política ni ha ofrecido una alternativa que compita con él para hacer frente a las funciones que le corresponden (y probablemente no podrá hacerlo). Así, por ejemplo, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos; en la creación de lazos de identidad nacional,²⁸ que sería muy difícil de proponer en términos globales; y en la enorme dificultad de hacer viable el mecanismo democrático en contextos tan amplios.²⁹

Finalmente, una mirada cosmopolita realista no puede dejar de reconocer la importancia que tiene la tolerancia prudencial como último recurso de paz. Así pues, la tolerancia del *modus vivendi* será siempre un mecanismo útil al que se pueda recurrir en los supuestos en los que optar por cualquier otra medida –una sanción militar o económica, por ejemplo– provocaría un costo social demasiado alto o peores consecuencias desde un punto de vista humanitario.³⁰

6. Bibliografía

APPIAH, Kwame Anthony

2007 *Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños*. Buenos Aires: Katz.

BECK, Ulrich

2004 *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós.

BENHABIB, Seyla

2006 *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz.

²⁷ Véase, por ejemplo, las propuestas multinivel de Pogge (2005: 227) o Twining (2003: 121-124).

²⁸ Más allá de la verificación de la no necesaria coincidencia entre los conceptos de Estado y de nación, que, como sabemos, ha conducido a situaciones tan dramáticas como las guerras étnicas de la década de los noventa.

²⁹ De esa opinión son, por ejemplo, Vitale (2005: 469-472), Córdova (2005: 457-459), Sartori (2001). De igual forma piensa Pedro de Vega, cuando se manifiesta contrario a las propuestas cosmopolitas de ciudadanía universal, y señala que: «[d]ifuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (que es a la postre donde radica la esencia de la ciudadanía) ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia» (De Vega 2001: 170).

³⁰ Véase, por ejemplo, el caso de Gujarat en la India y otros a los que se refiere Martha Nussbaum (2007: 259-263).

CÓRDOVA, Lorenzo

2005 «Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli». En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, pp. 447-461.

DE VEGA, Pedro

2001 «Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 165-219.

DEL ÁGUILA, Rafael

2002 «Tolerancia y multiculturalismo». *Claves de razón práctica*, número 125, septiembre, pp. 10-19.

FERRAJOLI, Luigi

2005a «Por una esfera pública del mundo». En SORIANO, Ramón, Carlos ALARCÓN y Juan Jesús MORA (comps.). *El nuevo orden americano. ¿La muerte del Derecho?* Córdoba: Almuzara, pp. 77-100.

2005b «Los fundamentos de los derechos fundamentales». En DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO (comps.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2º ed., pp. 287-381.

2001 «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global». En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 313-324.

GARGARELLA, Roberto

1999 *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.

GINER, Salvador

1998 «Verdad, tolerancia y virtud republicana». En CRUZ, Manuel (comp.). *Tolerancia o barbarie*. Barcelona: Gedisa, pp. 119-139.

GRAY, John

2001 «Las dos caras del liberalismo». *Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Barcelona: Paidós.

HABERMAS, Jürgen

2001 «El valle de lágrimas de la globalización». *Claves de razón práctica*, número 109, enero-febrero, pp. 4-10.

1999 *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.

1998 [1996] «"Razonable" versus "verdadero", o la moral de las concepciones del mundo».

En HABERMAS, Jürgen y John RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, pp. 147-181.

HELD, David

2001 «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política». En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 33-51.

HUNTINGTON, Samuel

2002 [1993] *¿Choque de civilizaciones?* Madrid: Tecnos.

1997 *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós.

JUDT, Tony

2011 *Algo va mal*. Madrid: Taurus Pensamiento, 5° ed.

KANT, Immanuel

2005 *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 7° ed.

LIPOVETSKY, Gilles y Hervé JUVIN

2011 *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama. Colección Argumentos.

LUKES, Steven

2011 *Relativismo moral*. Barcelona: Paidós Contextos.

MOUFFE, Chantal

2003 *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa Punto Crítico.

1999 *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.

NUSSBAUM, Martha

2012 *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.

2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

PISARELLO, Gerardo

2001 «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico». En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 239-268.

POGGE, Thomas

2005 *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.

- RAWLS, John
2001 [1999] *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*. Barcelona: Paidós.
- 1995a [1993] *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- 1995b [1971] *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed.
- 1990 [1985] «Justicia como imparcialidad: política, no metafísica». En GÓMEZ, Carlos (ed.). *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*. Madrid: Alianza, 2002, pp. 187-229.
- RIVERA, Faviola
2003 «Rawls, filosofía y tolerancia». *Isonomía*, número 19, octubre, pp. 19-45.
- SARTORI, Giovanni
2001 *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- THIEBAUT, Carlos
1999 *De la tolerancia*. Madrid: Visor.
- TURÉGANO, Isabel
2009 «Un constitucionalismo mundial». En MARCILLA, Gema (ed.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 221-256.
- TWINING, William
2003 *Derecho y globalización*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre.
- VITALE, Ermanno
2005 «Ciudadanía, ¿último privilegio?». En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, pp. 463-480.
- ZOLO, Danilo
2005 *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 3º ed.



COMENTARIOS

Fidel Tubino Arias-Schreiber

Profesor de la Escuela de Posgrado y del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú

A pesar de los reparos que se puedan tener al analizar un texto incipiente e incompleto, en contraste con el resto de la obra de Rawls, en realidad, es un acierto de la profesora Marciani haber elegido *El derecho de gentes*, ya que este texto le da relevancia a ciertos temas que han sido puestos en agenda por el proceso de globalización.

Dicho esto, es necesario aclarar que Rawls es un hombre que se nutre de la tradición kantiana, por lo que tengo la impresión de que en esta obra se sentía obligado a hacer un ajournalamiento de *La paz perpetua*. Trabajo escrito en un contexto en el que el derecho de gentes se entendía como algo referido a los estados nacionales y el Derecho político tenía que ver, como se formula en *La paz perpetua*, con el derecho interno de cada Estado.

En su obra, Rawls invita a interpretar este derecho de gentes no solo como derecho entre estados nacionales, sino entre pueblos. A propósito de esto último, él da una definición muy inexacta de lo que entiende por *pueblo*, pero que se aproxima a la idea de etnos, con contenido cultural, más que a la idea de *demos* moderno, de la comunidad política y culturalmente indiferenciada. En ese sentido, Rawls entra a otro terreno, aunque tibiamente. Esto es particularmente relevante respecto del contexto mundial actual porque uno de los grandes focos de violencia a nivel mundial son los escenarios en donde hay pueblos sin estados, varios pueblos en un solo Estado o que ocupan territorios de dos o tres estados. El Derecho, de alguna manera, tendría que ponerse al día y proponer soluciones a estas situaciones. Es a partir de este nuevo derecho de gentes que hay que repensar el Derecho estatal. Por eso, reitero, es un acierto que el trabajo de la profesora Marciani analice la obra en cuestión.

De otro lado, Rawls afirma que este nuevo derecho de gentes no puede estar encapsulado en la tradición liberal, sino que debe ser para pueblos liberales y no liberales, lo cual, por cierto, podría incluso enmarcarse dentro de una tradición comunitarista. A partir de esto, el *consenso entrecruzado* que sugiere Rawls puede ser una idea orientadora. Con este no se busca imponer valores culturales de la tradición liberal (pues no funcionaría), lo que se busca es un consenso traslapado, un consenso sobre normas básicas, mínimos de convivencia que aseguren la paz entre los pueblos. A propósito, si bien Rawls se preocupa más por la paz, no es que la justicia esté ausente en su discurso, ambos conceptos van de la mano. De hecho, los autores que lo estudian hacen explícita esta relación.

Ahora bien, quisiera resaltar esta idea de imposición de la democracia liberal en contextos no liberales. Una perspectiva de este tipo conduce a conflictos y confrontaciones interculturales que hacen inviable la convivencia democrática. El caso de Irak es claro. Hay que tomar en cuenta a todos los elementos que permiten preguntarnos cómo se integra el etnos en el *demos*. Incluso Rawls dice una frase que luego no desarrolla, pero que es interesante, dice que

deberíamos dirigirnos a una visión no etnocéntrica de los derechos humanos. De esto no se desprende, por cierto, que acuse a los derechos humanos de ser etnocéntricos; en realidad, él siempre resalta la importancia de los derechos individuales dentro de su argumentación; su frase es más bien un llamado al diálogo con otras maneras de entender los derechos en escenarios culturales diversos.

De otro lado, a pesar de lo positivo que es ampliar la noción de pueblo para abarcar la idea de cultura, a veces esta noción puede tener una connotación estática, que simplifica el etnos en perjuicio de su complejidad intrínseca. Rawls sabe esto y lo manifiesta, por ejemplo, cuando se refiere al Islam, en donde reconoce distintas tendencias además de las fundamentalistas. Por ello, el problema no es conocer si una cultura es o no fundamentalista, eso se da en cualquier grupo, cultural o no. El tema está en cómo lidiar con ellos. Ese es el límite de la tolerancia con el que Rawls no quiere chocar.

Al respecto, cuando él habla de su utopía dice que no es idealista, sino realista. Pero, ¿qué tan realista puede ser si presupone un *pluralismo razonable*?¹ En el desarrollo de su obra hay una suerte de autoreconocimiento de que su propia propuesta parte de una doctrina comprensiva, es decir, de una concepción del bien. Por eso es que finalmente tiene que llegar a este *consenso entrecruzado*, ya que no se propone formular la verdad, sino crear condiciones para propiciar un acuerdo. El objetivo es comunicarse con los otros y generar reglas que nos reflejen a todos.

Así, toda la propuesta de Rawls busca alcanzar este *pluralismo razonable*; sin embargo, el problema se plantea con aquellas que no son razonables. Esto es algo que él no aborda, ya que incluso las sociedades jerárquicas decentes que menciona, si bien no tienen un sistema de elecciones democrático, tienen un respeto mínimo de derechos, es decir, no son estados fallidos ni dictaduras.

El gran problema, reitero, es saber qué hacemos con aquellas visiones fundamentalistas (religiosas, étnicas, políticas). Eso es algo que nos deberíamos plantear más allá de Rawls.

Quisiera finalizar diciendo que el trabajo de la profesora Marciani es valioso no solo porque expone, sino porque critica la obra rawlsiana. El lector se puede formar una idea de los alcances y límites de El derecho de Gentes, pero no solo de esta obra, sino de las posturas más generales de Rawls.

René Ortiz Caballero

Secretario General, profesor de la Escuela de Posgrado y del
Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Soy particularmente consciente de que la naturaleza del comentario es paradójica, ya que se debe hablar sobre el contenido del texto, pero también se suele hablar sobre temas que no están en el trabajo. Ponderar ambos aspectos me lleva a hacer, primero, unas observaciones someras referidas al contenido del trabajo comentado, para luego realizar comentarios de fondo sobre lo que el texto me dice implícitamente. El trabajo lo permite, ya que tiene la particularidad de propiciar varias discusiones.

El primer punto que quisiera tratar es que la autora señala como tema central de su trabajo al pacifismo jurídico, por lo que debo entender que recurre a Norberto Bobbio para referirse

¹ Por cierto, su definición de lo razonable en el liberalismo político es muy buena. Él dice que un sujeto razonable es aquel que está dispuesto a poner entre paréntesis su concepción del bien en función de un principio que le permita dialogar con otros que no tengan la misma concepción.

a la contribución del Derecho al establecimiento de la paz en el escenario internacional. Ese sería el norte de la autora. Para ello nos propone un escenario circunscrito a la tesis de Luigi Ferrajoli sobre el globalismo o cosmopolitismo jurídico. Reconoce, no obstante, que tal tesis ha sido objeto de críticas, se la califica de ingenua y se la acusa de significar un peligro para el pluralismo ético y cultural.

Ahora bien, estas críticas a la tesis cosmopolita han tenido la virtud de conducirnos a un escenario en el cual se hace indispensable el tema de la tolerancia. Para tratar dicha alternativa, la profesora Marciani acude a John Gray y a la tesis del *modus vivendi*, la que, aunque tenga una perspectiva de carácter estratégico-político, rescata un pluralismo de valores (si bien la misma tesis sostiene que no pretende ser un proyecto moral, sino político). Esto lleva a nuestra autora a señalar que Gray incurre en una contradicción, pues él mismo introduce elementos morales en su teoría cuando plantea límites al *modus vivendi*, como es el caso de los bienes y males humanos universales.

En este contexto, la autora describe cómo es que en *El derecho de gentes*, Rawls plantea elementos del universalismo moral, de inspiración kantiana, pero también del pluralismo de valores; y cómo es que termina postulando su tolerancia razonable. A esto se suma el hecho de que Rawls trabaja el tema de la tolerancia a dos niveles: al interior del país y al exterior (entre las naciones); y que en el segundo incluye a las llamadas *sociedades jerárquicas decentes*, cuyo requisito es que no tengan propósitos agresivos y respeten ciertos derechos humanos. Asimismo, nos dice, para hacer más complicado el escenario, que estas últimas se centran en asociaciones, es decir, en grupos en donde no se privilegia al individuo sino en la medida que está incorporado en la colectividad.

Frente a lo anterior, hacia el final de su trabajo, la autora se pregunta si es que lo que realmente está planteando Rawls es «una teoría de la justicia global poco justa», lo que la lleva a señalar que una de las falencias de la teoría rawlsiana es que no considera la variable de las injusticias globales, sino solo las internas. Esto se daría porque Rawls hace una analogía entre el individuo y el Estado, lo que evita que se percate de las injusticias globales evidentes y pase de una tolerancia interna, hacia una externa. Para realizar esta crítica, la autora apela a Martha Nussbaum.

No obstante todo lo expuesto, la profesora Marciani concluye su trabajo reconociendo el aporte positivo de Rawls, cuya teoría apuntaría a una paz global antes que a un esquema de justicia global, sobre una base moral constituida por principios políticos de convivencia que provoquen convicción moral sobre su conveniencia.

Tal era el crescendo desde Bobbio, Ferrajoli y Gray; todo nos anticipaba un Rawls en la cúspide. Pero no, Rawls aparece tibio, positivo pero cuestionado. Por esta razón fui a hablar personalmente con la autora, para preguntarle por qué había elegido esta obra en particular, en donde Rawls propone cosas que a mi parecer no terminan de funcionar como una respuesta a los problemas que plantea en su trabajo. Un ejemplo es, precisamente, el hablar de una paz global basada en principios políticos de convivencia de carácter moral.

Al respecto, la perspectiva que me proporciona trabajar en derecho comparado hizo que me asaltara una duda, ¿de qué hablan Gray (inglés) y Rawls (norteamericano) cuando hablan de justicia o de principios del Derecho? Hay que recordar que la concepción anglosajona no es la nuestra. Por ejemplo, para nosotros uno ejerce el derecho de propiedad a través de sus atributos, como el uso, pero para los ingleses y norteamericanos el usar un objeto es

simplemente un ejercicio de poder físico. Solo si yo me defendiese de alguien que pretenda quitarme mi propiedad estaría empezando a ejercer un derecho.

Ahora, se podría objetar que ni Rawls ni Gray son juristas, pero así como un abogado ingresa en la Filosofía Política para hacer Filosofía del Derecho, lo mismo sucede por parte de los filósofos políticos que hablan sobre justicia. Entonces, creo que es necesario hacer una indagación formal previa sobre el sentido de estos términos. Se podría encontrar mayor sentido a las cosas si tomamos como patrón de partida que nos estamos moviendo en dos tradiciones jurídicas distintas.

De otro lado, me generaba curiosidad la confusión de elementos formales y sustantivos en el texto de la autora (lo que no significa que el texto sea confuso), por lo que le hice a la autora una segunda pregunta, ¿por qué en su discurso no estaba presente la palabra posmodernidad?, un concepto que me parece importante. Y no es que la profesora Marciani esté en contra del uso de este concepto, lo que sucede es que no ha tomado partido, lo cual reconozco como una opción válida. Pero creo que en el escenario global del que hablamos hoy, como resalta el texto comentado, el concepto de posmodernidad pone en evidencia, entre otros aspectos, la crisis del Estado-nación, patrón de referencia de lo que conocemos como Derecho moderno y fuente formal única del mismo.

Cuando eso está en absoluto cuestionamiento, incluso antes del artículo 149 de nuestra Constitución (sobre la pluralidad jurídica), asumir que puede haber fuentes alternativas de juridicidad además de la estatal deriva en el reconocimiento de un nuevo escenario jurídico, que a la vez ya no es solo jurídico. A propósito de esto, por ejemplo, nuestra facultad debería pensar en ajustar su nombre, porque ya no solo basta el Derecho para analizar un contexto como el descrito.

Se ha pasado así de un escenario de autonomía a uno de heteronomía, donde el tema de los valores, lo resalta el texto de la profesora Marciani, es insoslayable. Este coincide con un escenario de desregulación en donde las cosas no están claras, porque finalmente, como ha señalado el profesor Tubino, no puede haber paz sin justicia. Y aquí hay otro punto importante, hablar de justicia no es hablar de seguridad jurídica, algo que la modernidad nos vendió como el gran derrotero del Derecho, como algo con lo que podíamos conformarnos. Hoy los abogados no nos conformamos con eso y buscamos la justicia en función de temas específicos que generen discusión, prueba de ello es que la ley está siendo reemplazada por la jurisprudencia como primera fuente del derecho; aunque nunca la reemplace del todo, ya que tienen naturaleza distinta.

Creo que el trabajo de la profesora Marciani resalta la existencia de este escenario que considero posmoderno, con todos sus defectos (caótico, irracional), pero con el cual tenemos que lidiar porque es así como se presentan las cosas. Esto es sin duda un reto al que nos conduce el neoconstitucionalismo y el postpositivismo, y por lo que no basta con conformarse con un, por ejemplo, positivismo ético. En ese sentido, si tuviera que situarme en una de las categorías propuestas en el texto de la autora, yo me reconocería como contextualista.

Finalmente, la propuesta que la profesora Marciani nos hace al final de su investigación es correcta, responsable, preocupada, ya que busca el lugar del ser humano, lo cual es algo que se pierde en la tesis rawlsiana y es materia de crítica de este trabajo. Pero yo diría que no basta con eso. Conuerdo por Peter Häberle cuando dice que detrás de toda concepción jurídica siempre hay una concepción de la naturaleza humana, pero esto no se termina de reconocer

y por tanto no se desarrolla. Esto produce a su vez, por ejemplo, que se reclame la defensa de la persona humana pero con un resabio liberal individualista. Creo que las cosas ya no son así.

Creo, más bien, que tenemos una responsabilidad política en incorporar el discurso ético en el ejercicio jurídico. El Derecho no es una cosa que haya que moldear, sino más bien una experiencia, una actividad que practicamos constantemente. En ese sentido, se trata de regresar a ciertas bases, por ejemplo, a la idea romana de justicia: «dar a cada quien lo que le pertenece»; en donde esta no es un sustantivo, sino un verbo; es dar, repartir, administrar (por eso seguimos hablando de administración de justicia). Hay que mirar *la actividad* del Derecho, la cual es evidentemente moral. El trabajo de Betzabé Marciani brinda un ejemplo complejo de esa relación entre derecho y ética.



RESPUESTA DE LA AUTORA

Se me ha pedido hacer una breve réplica a los comentarios presentados por los profesores René Ortiz y Fidel Tubino, a propósito del presente trabajo.

Antes de iniciar este breve diálogo con los autores, quisiera aprovechar la ocasión para hacer los públicos y merecidos agradecimientos a quienes correspondan. En primer lugar, quisiera agradecer la oportunidad que el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho (CICAJ) nos viene brindando a los profesores del Departamento de Derecho para generar productos y espacios de discusión académica, a través de la iniciativa del concurso para la publicación de cuadernos de trabajo.

Como se puede advertir en este cuaderno en particular, esta iniciativa pretende no sólo promover la producción académica desde el Derecho (a partir de la siempre bienvenida y valiosa investigación jurídica dogmática), sino también desde una perspectiva interdisciplinaria que pueda promover el diálogo con otras áreas del conocimiento, con reconocidos profesores e investigadores de las distintas especialidades con las que cuenta nuestra universidad. Por tanto, agradezco y felicito esta iniciativa, promovida por el actual director del CICAJ, el doctor Armando Guevara, y que ha sido llevada adelante gracias a su equipo de trabajo (mi gratitud en especial a Aaron Verona) y al apoyo del Departamento de Derecho (debiendo hacerse extensivos los reconocimientos al actual Jefe de Departamento, el doctor Guillermo Boza, pero también a la doctora Elvira Méndez Chang, en cuya gestión se originó la idea de publicar estos cuadernos).

Asimismo, no puedo sino agradecer la gentileza y generosidad de los profesores René Ortiz y Fidel Tubino, quienes no sólo se tomaron el trabajo de revisar mi texto, sino también de asistir al acto de presentación del mismo, haciendo de éste –gracias a sus valiosos, comentarios y críticas, y a los del público asistente– un acto de alto nivel académico. Ellos me han hecho llegar algunas de sus observaciones, que ahora pasaré a comentar. Es probable que mis respuestas no dejen del todo satisfechos a mis distinguidos comentaristas ni al lector, pues –como expliqué en el acto de presentación– sus comentarios abren más interrogantes de las que este texto pretendía responder o incluso imaginar. Que sirvan, en cualquier caso, para promover en el lector la actitud cuestionadora que resulta indispensable para seguir discutiendo sobre los temas que aquí se proponen.

I. ¿Un texto poco justo con Rawls?

Quiero regresar a uno de los subtítulos de mi cuaderno, aquel en el que, como recuerda el profesor René Ortiz, me cuestiono si *El derecho de gentes* termina presentando «una teoría de la justicia global poco justa». Vuelvo sobre esto a propósito de la observación que me formulara él mismo sobre la pertinencia de trabajar un tema tan poco desarrollado por Rawls y por ello, quizá, a la posible injusticia en que incuriría al hacer decir a Rawls más –o menos– de

lo que quiso o incluso pudo decir en su momento.¹ Tal vez algo de este reproche se advierta también en las palabras finales del profesor Tubino (no obstante su reiterada opinión acerca de la pertinencia de analizar esta obra).

¿Por qué trabajar entonces este tema, en contraste con lo que ha sido la importante obra de Rawls sobre la justicia de las sociedades liberales, o lo que podríamos denominar la justicia interna de una sociedad bien ordenada? ¿Por qué trabajar sus tal vez incipientes propuestas acerca del derecho de gentes, cuando hoy en día resultan ciertamente insuficientes para explicar u ofrecer alternativas de justicia en el orden global actual?

Cuando hace ya algún tiempo leí *El derecho de gentes*, me pareció interesante el modo en que el autor —que había dedicado su obra a construir una teoría de la justicia para las sociedades liberales— intentaba hacerle frente al problema de la justicia —o de la paz, en opinión de Martha Nussbaum—² en el marco de las relaciones internacionales; contexto signado ya por el fenómeno de la globalización y el pluralismo.

Para la década de los noventa, el discurso acerca de la justicia y la paz ya no podía circunscribirse a las fronteras del Estado-nación o al interior de las sociedades liberales. Hacia 1989, Francis Fukuyama había propuesto su tesis sobre el fin de la historia, y para 1993, Huntington ya hablaba del choque de civilizaciones. Como explica Pierre-Henri Tavoillot, esas dos grandes tesis en competencia encuadraron las discusiones acerca del nuevo paradigma de la globalización.³ Por tanto, resulta bastante lógica la motivación de Rawls por atender a este tema —a no muchos años de su muerte—, a la luz de los retos que parecía presentar el nuevo orden global.

De otro lado, el dato del pluralismo que había motivado la preocupación de Rawls por proponer alternativas de consenso al interior de las sociedades liberales (de ahí su idea de consensos traslapados, superpuestos o entrecruzados), debía ahora enfrentarse al contexto de las relaciones internacionales o globales.

De esta forma, sin perjuicio de sus tensiones internas, la obra de Rawls ha significado un aporte fundamental —y punto de partida también— para evidenciar la gran complejidad de aspectos que deben tomarse en cuenta al hablar de orden o de justicia globales. Su obra ha dado pie para pensar en propuestas que intenten dar soluciones a problemas vinculados a la paz mundial (en la línea de un pacifismo jurídico ya buscado en Kant, a quien sigue Rawls), al reconocimiento y garantía de los derechos humanos (básicos o extendidos), a la injusticia derivada de la pobreza y la riqueza extrema en el mundo (por ejemplo, en los importantes trabajos de Beitz y Pogge), a las propuestas de globalismo jurídico o de cierto tipo de institucionalidad internacional (como las de Ferrajoli, Zolo y tantos otros), y al diálogo entre pueblos (ciertamente en un sentido más amplio que el pensado por Rawls).⁴ Todos ellos signados por el pluralismo, pero también por el desafío de la convivencia.

1 Recordemos que *El derecho de gentes* fue publicado en 1999 y Rawls murió en 2002, con lo cual fue muy poco el tiempo que tuvo para revisar su teoría sobre el orden global y la paz mundial.

2 Véase los comentarios de Nussbaum en este sentido (Nussbaum 2007: 243). Para Tubino, en cambio, no es posible escindir justicia y paz, pues «ambos conceptos van de la mano».

3 Tavoillot, Pierre-Henri. «Introducción». En: Lipovetsky y Juvin 2011: 7-10.

4 En ese sentido, resulta muy interesante el comentario del profesor Tubino sobre la necesidad de especificar la idea de pueblo como etnos y no como demos, que podría resultar más útil para lograr un verdadero consenso entrecruzado, tomando en cuenta la configuración real de los actuales actores globales y los conflictos a los que el Derecho debe dar respuesta. Como refiere Tubino: «Esto es importante precisamente porque uno de los grandes focos de violencia a nivel mundial son los escenarios en donde hay pueblos sin estados, varios pueblos en un solo Estado o que ocupan territorios de dos o tres estados».

Su obra es un punto de partida, quizá insuficiente, pero ciertamente necesario al hablar de estos temas. De ahí, creo, la relevancia de volver sobre la misma, procurando ser críticos, pero también justos con el autor (como bien demandan mis comentaristas).

2. El problema de los pueblos no razonables: la alternativa de la tolerancia prudencial

El profesor Tubino alude al concepto de utopía realista con el que el propio Rawls describe su tesis sobre el derecho de gentes. Se pregunta entonces, «¿qué tan realista puede ser si presupone un *pluralismo razonable*?» Lo razonable choca con la realidad del fundamentalismo religioso, étnico o político. Tubino echa de menos en Rawls un tratamiento del problema de la existencia de grupos no razonables, por eso sostiene que este asunto nos conduce inevitablemente «más allá de Rawls».

Como hemos visto —y como advierten también mis comentaristas—, *El derecho de gentes* no propone una teoría acabada sobre la justicia global, más bien propone una aproximación inicial a algunos de los problemas que presenta el nuevo orden mundial y que provocaron la inquietud del autor por extender los alcances de su teoría de la justicia al ámbito internacional, para lo cual recogió también el aporte de la tradición kantiana sobre la paz perpetua.

Ahora bien, hay que reconocer, sin perjuicio de la falta de profundidad de Rawls sobre varias cuestiones, que nuestro autor sí propone soluciones muy concretas al problema del *pluralismo no razonable*. De hecho, lo que hace es excluir del consenso superpuesto (y del derecho de gentes) a este tipo de pueblos no decentes. No entiendo, por tanto, si lo que el profesor Tubino le recrimina a Rawls es su falta de opinión sobre el tema (cosa que creo, no es exacta) o, más bien, la respuesta que él ofrece y que podría resultar insatisfactoria.

En *El derecho de gentes*, Rawls admite la posibilidad de que la sociedad de los pueblos (compuesta por pueblos liberales y no liberales decentes, lo que llama *sociedades jerárquicas decentes*) pueda establecer sanciones a aquellos Estados criminales (Rawls 2001: 95; se indica también en la nota al pie 21). Como dice Isabel Turégano, el caso de las sociedades no liberales decentes marcaría el límite de la tolerancia en el ámbito internacional (Turégano 2009, 255). En este caso, la tolerancia propuesta por Rawls podría entenderse en términos no meramente estratégicos (como tolerancia negativa, que implica soportar), sino como tolerancia positiva, vinculada a la acción de comprender, e incluso reconocer, al otro (ver acápite 2 del texto principal).

A partir de su propuesta, la tolerancia del *modus vivendi* (la tolerancia estratégica que surge con la modernidad) seguiría siendo una forma de enfrentar los conflictos provocados por el *pluralismo no razonable*, ante los cuales cualquier medida que adopte la comunidad internacional (la sociedad de los pueblos, en términos de Rawls) debería ser analizada no sólo desde un punto de vista moral, sino también prudencial. Ese también es el sentido de mis reflexiones finales en el texto principal.

3. Sobre una necesaria mirada posmoderna al Derecho actual

Quiero referirme, finalmente, al comentario que hace el profesor René Ortiz sobre la relevancia que tendría la referencia al concepto de posmodernidad en mi trabajo. Ortiz echa de menos

este concepto, pues cree que sería útil para explicar la situación actual del Derecho globalizado, caracterizado por el pluralismo jurídico y el retroceso del Estado-nación como máximo garante y fuente de producción del Derecho.

Según el profesor Ortiz, el discurso de la posmodernidad permitiría ofrecer una visión del Derecho más acorde con la realidad actual; esto es, de un Derecho no centrado únicamente en el sistema normativo y las instituciones jurídicas, sino abierto al diálogo con la ética («tenemos una responsabilidad política en incorporar el discurso ético en el ejercicio jurídico», dice Ortiz) y con otras disciplinas. Por eso dice que es necesario reconocer «un nuevo escenario jurídico, que a la vez ya no es solo jurídico», y advierte luego que «nuestra facultad debería pensar en ajustar su nombre, porque ya no solo basta el Derecho para analizar un contexto como el descrito».

No podría estar más de acuerdo, especialmente respecto a esto último. No tanto por el aspecto formal del posible cambio de nombre (que creo, es un recurso retórico que usa el comentarista), sino por la idea que representa, la cual, bien meditada y tomada en serio, debería llevarnos a reflexionar sobre el norte que debería seguir cualquier cambio que se proponga al plan de estudios de nuestra facultad.

Creo que en el fondo, el profesor Ortiz y yo coincidimos más en nuestra visión del Derecho actual de lo que inicialmente pensábamos. La diferencia está en el recurso que empleamos para explicar una realidad que ambos percibimos del mismo modo. Mientras que él considera fundamental retomar el enfoque posmoderno, yo creo que el neoconstitucionalismo recoge las preocupaciones que él expresa y, por eso, permite describir de manera más óptima la realidad del Derecho constitucionalizado, plural (tanto desde el punto de vista jurídico como ético). Derecho que está necesariamente condicionado por el discurso moral, debido a la incorporación de contenidos materiales en la Constitución (principalmente derechos fundamentales), e inevitablemente abierto a la contingencia (determinada por la llamada *textura abierta* de los principios y la incapacidad de anticipar todas las posibles excepciones a dichas normas).

De hecho, el propio profesor Ortiz reconoce que la explicación de este nuevo escenario jurídico es un reto que le corresponde hoy en día a las teorías neoconstitucionalistas y postpositivistas. En ambos casos, el estudio del Derecho ofrece una apertura a otras disciplinas que le brindan herramientas para explicar esta nueva realidad. Como dice García Figueroa:

Actualmente, bajo el ascendente paradigma jurídico del neoconstitucionalismo, se impone la integración de amplias áreas de la reflexión jurídica: dogmática constitucional y teoría del derecho, filosofía política y moral y teoría del sistema jurídico y de la argumentación. (García Figueroa 2010: 270)

Lo dicho hasta aquí no desmerece el aporte que pueda ofrecer la posmodernidad como enfoque crítico del Derecho. Me parece que, como ha ocurrido con el realismo jurídico o la filosofía pragmatista –cuyos aportes han sido recogidos por algunos autores neoconstitucionalistas–, la posmodernidad puede resultar una perspectiva útil para explicar la realidad actual del Derecho globalizado. Mantengo, sin embargo, mis reservas sobre lo que creo, es su limitada capacidad propositiva.

En cualquier caso, considero que la relevancia del enfoque posmoderno en el Derecho, y su eventual influencia en las actuales teorías neoconstitucionalistas o postpositivistas, puede

resultar un tema de investigación interesante que ojalá nuestro comentarista –ciertamente más informado que yo sobre estas cuestiones– se anime a trabajar en un futuro no muy lejano.

4. Bibliografía

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

2010 «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica». En: CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (eds). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 249-271.

LIPOVETSKY, Gilles y Hervé JUVIN

2011 *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama. Colección Argumentos.

NUSSBAUM, Martha

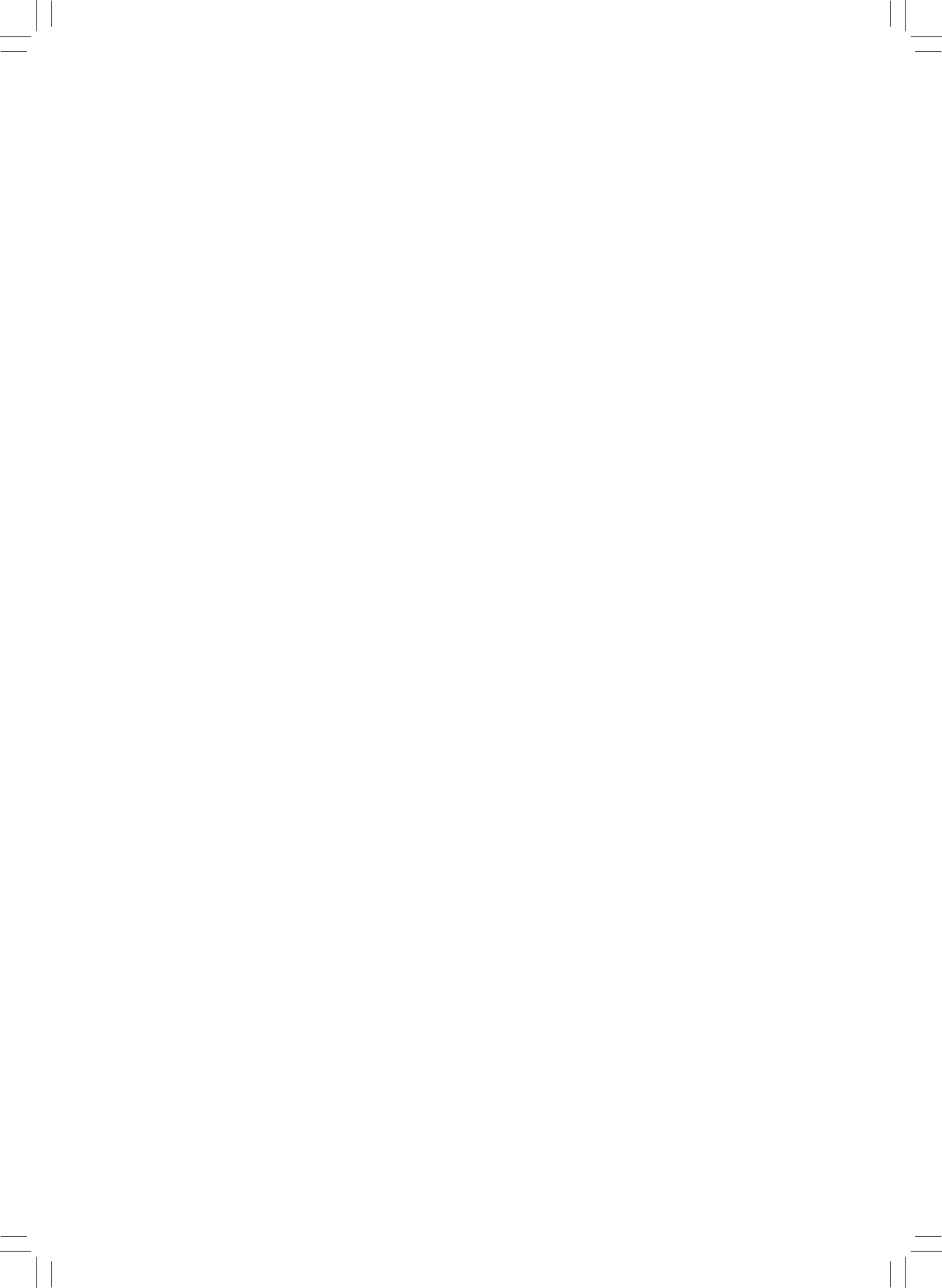
2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

RAWLS, John

2001 *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»* (texto original en inglés de 1999). Barcelona: Paidós.

TURÉGANO, Isabel

2009 «Un constitucionalismo mundial». En MARCILLA, Gema (ed.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 221-256.



SECCIÓN II
DERECHO PENAL



MACROCRIMINALIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Alfredo Alpaca Pérez

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magister en Derecho Penal y doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca

Categoría Egresados

Los crímenes de derecho internacional —genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra— comprenden la realización de atrocidades masivas por parte de individuos que actúan en *grupos*. En efecto, tales acontecimientos lesivos de gran magnitud— frecuentes en América Latina hasta hace algunos años— son cometidos generalmente por unidades militares, cuerpos de seguridad del Estado, grupos paramilitares, entidades que operan con el apoyo del poder público o por otros grupos de individuos que actúan conforme a un plan o una política determinada.

Entonces, al reconocer la estrecha relación entre los referidos crímenes y la posibilidad de que la estructura estatal facilite su materialización, esta investigación analiza el concepto de *macrocriminalidad* como fenomenología subyacente a los crímenes de derecho internacional. Este concepto no solo evidencia los alcances de las situaciones excepcionales socioestatales de índole criminógena concurrentes en casos concretos, sino que, al abarcar la realización de diversos sucesos delictivos ordenados, iniciados, alentados u ocultados por la autoridad de los gobiernos, sirve como categoría para clasificar a las más graves violaciones de los derechos humanos que interesan al derecho penal internacional.

I. Introducción¹²

El derecho penal estatal puede resumirse en un tradicional bosquejo: la imposición de una sanción generalmente caracterizada como una legítima restricción de la libertad sobre individuos que hayan realizado una conducta considerablemente distanciada de los intereses comunes propios del orden social. Este bosquejo, sin embargo, no abarca el escenario en el que la actuación lesiva emana del poder desplegado por el propio Estado, actuación que generalmente se concreta a través de «actos ideados, organizados y llevados a la práctica

1 El presente trabajo es una versión revisada y ampliada del primer capítulo de la tesis de licenciatura del autor, titulada *Acerca de la teoría de la empresa criminal conjunta como mecanismo de imputación a superiores jerárquicos en escenarios macrocriminales según la jurisprudencia del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*.

2 El presente trabajo constituye el único que no se encuentra razonado, debido a que el autor se encontraba siguiendo sus estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca (España).

mediante una pluralidad de agentes [...] con una estructura que supuso una coordinación operativa y funcional en los niveles más altos de mando» (Montoya 2003: 24). Como es evidente, la criminalidad propia del referido escenario se asocia con el monopolio del poder del Estado y se refleja históricamente en hechos que involucran graves violaciones de los derechos humanos (Montoya 2010: 79).

Así las cosas, aunque aquella criminalidad no es desconocida en la realidad, debe admitirse que es nueva en el ámbito de la investigación científica (Zaffaroni 2007: 22). Por ello, analizarla significa reconocer que se trata de un fenómeno complejo y no abordable con herramientas generalmente utilizadas para el estudio de las manifestaciones delictivas tradicionales. En efecto, su valoración implica aceptar que no se está ante, por ejemplo, un suceso caracterizado por una relación de fácil identificación entre agresor y víctima. En realidad, aquí se verifican circunstancias que implican una mayor sofisticación y cuya realización supone un cierto nivel de conocimientos especiales o una posición o cargo particular dentro de algún sistema o estructura determinada.

Ferrajoli parece reconocer este tipo de criminalidad denominándola *criminalidad del poder público*, que sería una especial manifestación de *violencia institucionalizada* caracterizada por una «fenomenología compleja y heterogénea» (2005: 76), sostenida por intereses políticos, sociales y, en ocasiones, estrechamente vinculada a objetivos específicamente económicos, propios de las condiciones impuestas por el mundo moderno. Esta criminalidad del poder público es, según el autor citado, «un signo de la patología del ordenamiento, y a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de Derecho y de la democracia misma» (2005: 77).

Como complemento, se puede decir que este tipo de criminalidad se caracterizaría por ser un fenómeno asociativo de gran complejidad organizativa (Faraldo 2003: 19); es decir, para su ejecución intervendrían de manera coordinada una multiplicidad de sujetos, quienes se regirían por los principios de *jerarquía* y *división de trabajo*. Además, estarían sostenidos y protegidos por entidades en posiciones de dominio (Ferrajoli 2005: 77). Al ser esto así, ¿cómo podría el derecho enfrentarse al desafiante escenario descrito? Nuevamente, Ferrajoli sostiene que, ante la fenomenología criminal expuesta, la alternativa «[...] debería ser una mutación del paradigma del Derecho Penal [...]» (2005: 78), a través de cambios que se caractericen por ostentar la misma magnitud y trascendencia que la especial gravedad en la afectación de intereses comunes, que permite la criminalidad del poder público.

Sin embargo, siendo este un fenómeno que atraviesa fronteras y cuyas consecuencias lesivas pueden manifestarse de diferentes maneras, parecería que en algún momento el derecho penal —por definición, la más parroquial de las disciplinas jurídicas— (Ambos 2007c: 73) se agotaría por su eventual insuficiencia en los casos concretos. Por ello, debido a la necesidad de protección de diversos intereses que este tipo de criminalidad inevitablemente afecta, se habla en la actualidad de una *internacionalización* de esta rama del derecho (Hirsch 2006: 166 y ss.), cuyo paulatino desarrollo se fundamenta en una síntesis de los intereses de la comunidad internacional. En ese sentido, la trascendencia de aquellos intereses se hace evidente al introducir, de manera subsidiaria, mecanismos de justicia supranacionales que otros casos (relativos a intereses sectoriales limitados a un grupo de Estados) no ameritarían. En definitiva, aquella internacionalización se manifiesta, especialmente,³ a través del derecho penal internacional (DPI).

3 Dentro del fenómeno de la internacionalización del derecho penal se ubica no solo el *derecho penal internacional* sino también el *derecho penal transnacional*. Sobre este último, véase Boister (2003: 955 y ss.).

El DPI, al permitir la atribución de una responsabilidad individual directa de derecho internacional como producto de la comisión de crímenes proclamados en este ámbito (*core crimes*), tiene como función primaria la tutela de la comunidad internacional frente a formas de delincuencia totalitaria que ponen en peligro la paz mundial. Por ello, si bien ante un suceso delictivo de gran magnitud —y debido a que el DPI opera de manera subsidiaria— deberá actuar la justicia interna; al alcanzar ciertas dimensiones deberá actuar el DPI, siempre que la justicia interna, ante imposibilidades fácticas o normativas, no persiga a los responsables del suceso delictivo (Vest 2001: 464).

Desde esta perspectiva, debe señalarse que el DPI se manifiesta a través de dos formas importantes: una *material* y una *institucional*. La manifestación material apunta al concreto análisis del acontecimiento calificado como lesivo o de gran magnitud, lo que implica realizar un enjuiciamiento valorativo con respecto a lo que se vulnera, tanto en la *forma* (por cuanto debe tratarse de un hecho realizado en virtud de un proyecto previo de participación plural, con un orden táctico establecido y con el fortalecimiento político del Estado o de alguna o algunas de sus instituciones) como en el *fondo* (tal ejecución masiva, extendida y sistematizada debe infringir fundamentos esenciales que lo adjudican a un desvalor particular). De esta manera, el DPI abarca los escenarios en los que se afecten intereses vinculados al mantenimiento y protección de núcleos rectores esenciales —humanidad, dignidad— de toda la comunidad internacional (Ambos y Steiner 2006: 63).

En cuanto a la manifestación institucional, esta se expresa a través del establecimiento de la sede con autoridad suficiente para asumir la jurisdicción y deliberar, finalmente, sobre la concreta responsabilidad penal de quienes intervinieron en la materialización del suceso lesivo. Como es claro, esta determinación jurisdiccional debe ceñirse al *principio de complementariedad*,⁴ que proclama la aplicación de la justicia internacional cuando la jurisdicción nacional, en el ámbito de sus competencias, no quiera o no pueda perseguir y castigar los crímenes de derecho internacional (Jescheck 2001: 58). La más importante demostración de esta segunda vía constituye la creación y puesta en marcha de la Corte Penal Internacional (CPI), cuya instauración deja en claro la voluntad de la comunidad internacional respecto a no dejar sin castigo la perpetración de los delitos más graves contra el derecho internacional (Jescheck 2001: 53).

Ambas manifestaciones, la material y la institucional, poseen como componente común la referencia al rol que desempeña el poder público en el problemático escenario descrito. Por esto, al erigirse como sujeto primario y originario del derecho internacional, el Estado no podría ser un factor que se deje de lado en esta investigación. Al respecto, aquí se hace una aclaración metodológica importante: el análisis jurídico que se realizará en estas líneas se circunscribe a las conductas criminales que son organizadas, fomentadas, promovidas y fortalecidas por el Estado. Por ello, los argumentos planteados reflejan, concretamente, la referencia a un *Estado criminal*, una *entidad estatal pervertida criminalmente* (fuerzas armadas, cuerpos de seguridad o fuerzas policiales —en su totalidad o parcialmente—, por ejemplo) o a *agrupaciones u organizaciones paramilitares sostenidas por el poder público*. Así, esta investigación se concentra en los crímenes de genocidio, contra la humanidad o de guerra —los cuales son cometidos por agentes estatales o por individuos que actúan bajo su amparo—, por ser estos los supuestos más recurrentes en

4 Véase el artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

la historia de la humanidad y que, lamentablemente, hasta el día de hoy parece ser un elemento obligatorio en estos casos.⁵

2. El Estado: de ser el más firme garante al más vil agresor

El Estado es la forma de orden social dotada de la capacidad para ejercer y controlar el uso monopólico de la fuerza sobre un pueblo y territorio determinados (Baca 2000: 222). Constituye una sociedad política autónoma, independiente y organizada a través de un conjunto de instituciones, que además posee la autoridad y potestad de emitir las normas dentro de un determinado espacio territorial. En ese sentido, tiene una doble *obligación*: a) una obligación negativa, consistente en que la orientación política manifestada a través de sus disposiciones debe corresponderse con la directa prohibición a la violación de derechos humanos; y b) una *obligación positiva*, en tanto el ostentar una posición de supremacía fundada en el ordenamiento jurídico implica la adopción de medidas en el ámbito interno para garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos y prerrogativas que se declaren.⁶ Esta especial posición del Estado se ha manifestado claramente en nuestra región, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que en su desarrollo jurisprudencial ha proclamado la obligación que tienen los Estados de *prevenir, juzgar y sancionar* las violaciones de estos derechos.⁷

La seguridad que garantiza el Estado a sus ciudadanos se hace posible en tanto el Estado actúe de acuerdo a normas y principios jurídicos de justicia «conocidos de tal manera que los mismos resulten en todo caso comprensibles» (Bacigalupo 1999: 231). Es decir, que ante alguna conducta que infrinja una determinada disposición de la normativa jurídico-penal, la reacción represiva del Estado se ceñirá también a ciertos criterios limitadores, como los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y de *Ne bis in idem* (Bacigalupo 1999: 232), acordes con los principios propios de un Estado de derecho (Mir Puig 2002: 109). Se establece, así, una favorable previsibilidad en la respuesta institucionalizada (Bacigalupo 1999: 231). Asimismo, en

5 Al respecto, en el ámbito nacional cabe destacar la sentencia en la que se condena al expresidente del Perú Alberto Fujimori por los hechos (crímenes contra la humanidad) cometidos en Barrios Altos y La Cantuta. Cf. Fujimori (EXP. N.º A.V. 19-2001), sentencia del 7 de abril de 2009 (en adelante, Sentencia de la Sala Penal Especial del caso Fujimori). En el ámbito internacional, pueden revisarse las resoluciones emitidas en el marco del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, principalmente, en los siguientes casos: *Prosecutor vs. Krstić* (IT-98-33), sentencia de la Cámara de Juicio, 2 de agosto de 2001 y sentencia de la Cámara de Apelaciones, 19 de abril de 2004; *Prosecutor vs. Stakić* (IT-97-24), sentencia de la Cámara de Juicio, 31 de julio de 2003 y sentencia de la Cámara de Apelaciones, 22 de marzo de 2006; *Prosecutor vs. Brđanin* (IT-99-36), sentencia de la Cámara de Juicio, 1 de setiembre de 2004 y sentencia de la Cámara de Apelaciones, 3 de abril de 2007; *Prosecutor vs. Karadžić* (IT-95-5/18-I), tercera acusación corregida, 27 de febrero de 2009; *Prosecutor vs. Mladić* (IT-09-92), cuarta acusación corregida, 16 de diciembre de 2011; y *Prosecutor vs. Hadžić* (IT-04-75), segunda acusación corregida, 23 de marzo de 2012. En lo que respecta a la Corte Penal Internacional, puede revisarse, de entre todos los casos existentes, los siguientes (ambos enmarcados en la situación de Darfur, Sudán): *Prosecutor vs. Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), segunda orden de arresto contra Omar Al Bashir, 12 de julio de 2010; *Prosecutor vs. Harun & Kshayb* (ICC-02/05-01/07), orden de arresto contra Ahmad Harun, 27 de abril de 2007 (ambos casos resultan de interés pues se tratan de investigaciones contra un jefe de Estado y un exministro de Estado —es decir, agentes oficiales del poder público y encumbrados en el vértice del aparato estatal—, por la supuesta comisión de crímenes de derecho internacional).

6 Por ejemplo, la CIDH, en sus artículos 1.1. y 2, parece reconocer en el Estado estas obligaciones especiales.

7 Véase caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), § 166; y caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo), § 41.

cuanto a su estructura, el Estado es reconocido como una entidad de carácter organizado. Por esto, se señala que «para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división de trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado» (Blancas y otros 1999: 145).

Por otro lado, el Estado se caracteriza por el ejercicio de un poder soberano, cuya titularidad «abstracta, despersonalizada y permanente» (García 2005: 54) se manifiesta a través de un poder de mando pleno, el cual se despliega dentro de las fronteras del territorio en el que se asienta. El modo de hacer patente este dominio no puede ser otro que el del uso del derecho como el medio de expresión más eficaz del poder público. Por ello, se reconoce que «el Estado crea, reconoce y aplica el denominado Derecho vigente: monopoliza su sanción y centraliza bajo la hegemonía de la ley las diversas fuentes o formas de manifestación del Derecho» (García 2005: 141).

De lo enunciado *supra*, se concluye que son tres las características que definen al Estado contemporáneo. Primero, en su *aspecto institucional*, este alberga a las instancias que monopolizan la creación e instauración de las normas en el interior de su territorio, las cuales, además, deberían hacer referencia a una expresión política común compartida por los ciudadanos y ser afines a las obligaciones —positivas o negativas— asumidas por el Estado, cuya vulneración conllevaría directamente a la atribución de una responsabilidad internacional. Segundo, en su *aspecto ideológico*, el Estado ostenta como base intelectual la promoción de condiciones para la libertad de los individuos, lo cual tiene como inmediata consecuencia que aquel se encuentre al servicio de estos; incluso en aquellos escenarios en donde aquella libertad se vea legítimamente limitada —una sanción punitiva impuesta por la autoridad judicial competente—. El programa de acción del Estado en ese caso concreto continuará siendo un instrumento al servicio de la persona, lo cual se evidencia a través de la comprensibilidad, razonabilidad y calculabilidad de las decisiones que la autoridad judicial adoptará. Tercero, en su *aspecto organizacional*, el Estado se constituye a través de un conjunto de entidades ubicadas en un territorio geográficamente definido y regidas por el propio personal estatal, entre las que sobresalen particularmente aquellas encargadas de los medios de violencia y coerción.

Ahora bien, es preciso señalar que el fenómeno criminal moderno requiere de estructuras organizadas para satisfacer sus propósitos delictivos, las que suponen la presencia de una multiplicidad de sujetos que, independientemente de su posición en aquellas, comparten, se adaptan o se adhieren a un mismo objetivo. Por ello, el Estado, como se dijo antes, al ser por naturaleza una entidad conformada por múltiples ámbitos con funciones determinadas y por estar jerárquicamente estructurado, sin duda alguna aparece como un mecanismo útil, propicio y favorecedor para la realización de hechos criminales. Por ello, de concretarse tal utilización, habría que reconocer al Estado como una estructura que infringe todas las nociones que en un primer momento se le habían reconocido: ya no tendría como función el afirmar la libertad, la igualdad, la propiedad y el desarrollo individual de los ciudadanos, sino que su verdadera razón sería aplicar medidas legislativas opresivas, intervenir sobre decisiones judiciales y emplear políticas de excepción para asegurar la impunidad de los hechos cometidos por sus agentes y la perpetuidad en el poder de los dirigentes.

Un escenario como el descrito, donde es factible la presencia de sujetos que, amparados por el poder público y siguiendo una política fijada por las más altas esferas de dirección

institucionales, utilicen la maquinaria estatal para la comisión de hechos lesivos de gran magnitud, adquiere importancia no solo a nivel interno —en la relación entre el Estado y sus ciudadanos—, sino que se convierte en un incidente relevante para el derecho internacional, pues afecta en gran medida «los valores que están en la base de la convivencia y supervivencia de la humanidad» (Lirola y Martín 2001: 2). En ese sentido, tales hechos delictivos de carácter político-estatal, se caracterizan, en primer lugar, por tratarse de afectaciones a la capacidad de existencia de un grupo de características generales abstractas (por ejemplo, un grupo político, racial, religioso, etcétera) en el plano jurídico-internacional, cuya magnitud y gravedad conmueve a la humanidad en su conjunto. En segundo lugar, por la sistematicidad con la que se llevan a cabo tales hechos y la conexión entre el agente individual y el aparato estatal en la realización de estos. En tercer lugar, por la imposibilidad de represión de tales acontecimientos por parte del propio Estado, pues quienes ordenan la comisión de tales crímenes a sus subordinados garantizan su impunidad y el mantenimiento de sus identidades fuera del conocimiento público (Faraldo 2003: 201 y ss.).

Precisamente, visualizar al propio Estado como entidad que favorece o contribuye activamente a la vulneración de bienes e intereses valorados por la sociedad hace que otros tipos de criminalidad sean percibidos con una menor gravedad. Así, Naucke resalta la especial fortaleza que ostenta el perpetrador de un determinado hecho criminal por su pertenencia al Estado, el agente que lleva a cabo el suceso delictivo fortifica su conducta en aquella energía conferida por la organización estatal, la que se hace perceptible a través de, por ejemplo, los uniformes distintivos, los títulos, la cadena de mando, el equipamiento técnico, la organización administrativa o el control sobre las masas (1996: 20). Asimismo, el autor citado reconoce que aquellos hechos delictivos cometidos bajo el amparo de la autoridad del Estado se caracterizan especialmente por la facilidad con la cual pueden adquirir legitimación (1996: 21). En otras palabras, las decisiones políticas que proyecta el Estado buscan justificarse a través de discursos oficiales o de artificios normativos que permitan ubicar tales decisiones en el umbral de lo públicamente admisible.

A partir de lo expuesto, entonces, es posible percibir al Estado como una entidad sobre la que está latente una eventual transfiguración en la peor de las maquinarias de destrucción o en el más penoso mecanismo de impulso a operaciones clandestinas de eliminación y desaparición de personas. De confirmar tal hipótesis, su autoridad respaldaría tal perpetración de programas institucionalizados de violencia sistemática. Sin embargo, y esto es lo fundamental, no se debe pasar por alto que *son finalmente los individuos que integran sus estructuras los que serán penalmente responsables por tales hechos delictivos.*

Lo anterior permite visualizar un escenario en el que interactúan dos protagonistas: el Estado y los individuos que bajo su amparo realizan actividades criminales. La valoración jurídica que se haga sobre cada uno de ellos tiene como fuente disciplinas que en su origen son independientes; y en su contenido, disímiles; aunque, finalmente, las dos buscan ocuparse de la *responsabilidad* de ambos protagonistas. Así, es de vital importancia asumir que en un escenario delictivo como el que aquí se describe, se produce una intersección entre dos subclases de la «responsabilidad» como institución jurídica: la *responsabilidad estatal* y la *responsabilidad individual*; cada una de ellas con naturaleza diferente, pero coincidentes en el hecho que da pie a su existencia.

En efecto, como precisan Fletcher y Ohlin, ambos tipos de responsabilidades parecen complementarse cuando los individuos cometen hechos delictivos con la aquiescencia o

permisividad del Estado, demostrando así una complicidad oficial del poder público (2005: 543). De esta manera, a pesar de la coincidencia factual o normativa que permite reconocer la conexión entre ambos tipos de responsabilidades, no se afecta el carácter autónomo de cada una; mientras que la responsabilidad internacional del Estado es de carácter *reparatorio* (restitución, indemnización y satisfacción),⁸ la responsabilidad del individuo es, además, de naturaleza penal (Lirola y Martín 2001: 14).

Ahora, la responsabilidad penal internacional del individuo se halla reconocida plenamente (Werle 2005: 43) y se confirma a través de la infracción de aquellas normas que implican una responsabilidad personal de índole punitiva, determinada por el ámbito internacional. Pero esto no impide que el Estado por el que dicho individuo ha actuado en calidad de órgano incurra también, por los mismos sucesos, en responsabilidad internacional.⁹ En lo que a esta obra respecta, el interés está en analizar aquella responsabilidad de naturaleza penal que explica la reacción punitiva aplicable a un individuo por su intervención en un suceso ilícito de trascendencia para el orden público internacional.

Sin embargo, la utilización de aparatos organizados de poder, la multiplicidad de redes a través de las cuales se canalizan las directivas, la posible intermitencia de los participantes en los hechos delictivos, el debido reparto de las funciones concedidas a raíz de la pertenencia a la estructura organizada y, sobre todo, la no intervención material de quienes ostentan la autoridad sobre los hechos a llevarse a cabo, son elementos que hacen difuso y complejo el panorama de la imputación de responsabilidad penal.

3. La complejidad como característica fundamental

La imputación de responsabilidad penal en un escenario como el hasta ahora expuesto aparece como una empresa complicada, teniendo en cuenta la gran cantidad de sujetos intervinientes en los hechos y su especial ubicación dentro del aparato estatal organizado bajo cuya autoridad se desenvuelven. Sin embargo, a pesar de reconocer la especial dificultad que entraña la naturaleza colectiva de estos eventos criminales, no debe entenderse que aquella constituye un pretexto para absolver el compromiso dogmático de determinar la responsabilidad penal de quienes hacen posibles tales hechos delictivos. En efecto, este complejo escenario sobre el cual se despliegan sistemáticamente una serie de actos de carácter lesivo y que representaría un ámbito reactivo a los tradicionales criterios de imputación, debe entenderse, desde nuestro punto de vista, como un desafío a las categorías dogmáticas del derecho penal, permitiendo así el desarrollo de estas dentro de los principios que moldean nuestra disciplina. Así, más que una posible demostración de la insuficiencia del derecho penal ante los fenómenos criminales contemporáneos y organizados a gran escala, se debe considerar a estos contextos un duro reto por vencer.

Por otro lado, la reconocida complejidad se manifiesta en dos importantes ámbitos: el *criminológico* y el *dogmático*. Hassemer y Muñoz ya habían dado a conocer la importancia que tiene la vinculación de estas dos manifestaciones jurídicas, ya que si el objeto del derecho penal

8 Véase, entre otros, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), § 25; y caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia del 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), § 23.

9 Véase caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo), voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 13.

es la criminalidad, sería imprescindible no solo conocer las normas jurídico-penales que aquella vulnera, sino también tener una interpretación de los conceptos de *criminalidad* y de *delito* (1989: 27). Hacer referencia a estos dos campos jurídicos hará posible conocer y entender a cabalidad no solo el entorno teórico-metodológico propio que caracteriza a la dogmática, sino también la base empírica obtenida a partir de conjeturas propias de la observación de la realidad que propone la criminología.

3.1. La complejidad desde la perspectiva criminológica

Aquí, el punto de partida consiste en admitir una realidad innegable: la conducta individual se ha constituido, hasta ahora, en el fenómeno central de toda reflexión teórica o investigación empírica. De hecho, la criminología se ha destacado como área interesada en prestarle a tal fenómeno una exclusiva atención, la que se manifiesta a través del estudio de categorías como la *criminalidad* (entendida como el producto estadístico a partir de la suma de todos los delitos, atendiendo además a los factores que favorecen su existencia) (Hassemer y Muñoz 1989: 27) o la *conducta desviada* (basada en factores extrajurídicos que determinan la configuración de un comportamiento orientado a la infracción de normas que necesitan de una estabilización *contrafáctica*) (Hassemer y Muñoz 1989: 51). Sin embargo, la comprensión de la criminalidad en un sentido colectivo —a pesar de haber sido considerada un *fenómeno marginal*— (Jäger 1989: 11) alcanza significación al constituirse como la modalidad más perniciosa de violencia, caracterizándose además por los graves efectos destructivos que puede llegar a generar. En efecto, al concentrarse en la conducta delictiva individual, la criminología no le otorga el suficiente interés al análisis de comportamientos llevados a cabo en el marco de una agrupación, los cuales deben ser reconocidos como la manifestación *más peligrosa* de criminalidad.

De esta manera, cuando se alude a la complejidad de la actividad llevada a cabo por grupos, se obvian importantes temas como la motivación individual en el seno del grupo, el poder que poseen los grupos en momentos de necesidades emocionales, la identificación de los miembros con la colectividad o la obediencia hacia las finalidades supraindividuales del grupo (Jäger 1989: 132 y ss.). Más aún, cuando aquel colectivo se encuentra subordinado a la autoridad de un representante del Estado y este emite órdenes de naturaleza antijurídica, la función motivadora de la norma recae en los supuestos de existencia de una relación institucional jerarquizada donde, definitivamente, la influencia y seguridad que despliega el vértice dirigencial de la estructura pueden considerarse fundamentos que respaldan una determinada acción, en detrimento de lo dispuesto por cualquier disposición normativa general y ordinaria.

Asimismo, es importante dejar en claro que el paradigma de la criminalidad como propia de las denominadas *clases peligrosas* ha sido abatido, por lo que ya no serían únicamente las clases pobres el objeto de asignación de un «*status* de violador de normas» (Baratta 2004: 135), sino que la realidad demuestra que son las clases altas y dirigentes, especialmente las ubicadas en importantes posiciones políticas, las que orientan sus recursos hacia propósitos delictivos. Sin embargo, a estos individuos situados en los escalafones superiores del Estado, difícilmente se les podría considerar criminales, puesto que llevan a cabo conductas estereotipadas y conformes a las expectativas propias de la sociedad a la que pertenecen.

En ese sentido, tratar de considerar desviada a una conducta de alguno de estos dirigentes solo podría explicarse si se tiene como referencia un *estándar superior* —por ejemplo, el

derecho internacional o normas de carácter universal— y no las normas que ellos mismos crean para amparar o justificar la creación de mecanismos cuyo fundamento esencial es el recurso a la violencia sistemática (Tallgren 2002: 575). Puede percibirse entonces el hecho de que «la tradicional delincuencia de subsistencia es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada» (Ferrajoli 2005: 77), debiendo ser esta última uno de los más importantes objetivos intelectuales de los nuevos estudios a llevarse a cabo en la criminología.

3.2. La complejidad desde la perspectiva dogmática

Desde Núremberg se había afirmado ya que «los crímenes son cometidos por individuos y no por entidades abstractas» (Osiel 2009: 18). Así, debajo del manto permisivo o de la contribución activa del poder público, se encuentran los individuos que forman parte de su estructura y que son los que actúan conjuntamente: seleccionan a las víctimas, planean los actos que se llevarán a cabo, organizan su ejecución, implementan la fuerza contra quienes opongan resistencia y despliegan diversos mecanismos de impunidad normativos e institucionales. Sobre todos ellos se pretende dilucidar una concreta responsabilidad penal según la magnitud de sus contribuciones (Bogdan 2006: 63 y ss.).

Sin embargo, el papel que desempeñan aquellos líderes políticos o jefes militares que no se encuentran físicamente en el momento de la comisión de los hechos, sino que cuya función se limita a la planificación de estos, a la estructuración del programa que se realizará, a la preparación y emisión de directivas o a la facilitación de los medios y elementos necesarios para llevar a cabo la multiplicidad de eventos delictivos, debe suponer también la atribución de un grado de responsabilidad penal, que —intuitivamente— es inclusive comparable a la de los mismos perpetradores.

Así, en la búsqueda de la determinación de responsabilidad penal de estos líderes civiles o jefes militares ubicados en estos especiales escenarios delictivos, es imprescindible tener en cuenta que el grado de responsabilidad penal no se diluye por la distancia entre un sujeto y el suceso concreto, sino que —como se señala en la doctrina—, «esta es mayor» (Ambos 2005: 78; Van Sliedregt 2003: 15).

Esta afirmación no es más que el reconocimiento implícito de uno de los principios rectores del derecho penal, a saber, el principio de culpabilidad, cuyo fundamento radica en el juicio que recae sobre un hecho ilícito concreto decidido por el autor. Siendo esto así, este principio —por la necesidad de evitar la responsabilidad objetiva y de determinar la concreta responsabilidad individual— debería ser confirmado a pesar del complejo escenario que supone la realización masiva de hechos delictivos en el marco de las estructuras del Estado. Sin embargo, tal pretensión podría verse desbaratada en el caso concreto, ya que la teoría del delito, como construcción teórica que abarca los presupuestos generales de la conducta punible (Roxin 1997: 192), se edificó sobre la base de modalidades de criminalidad convencional (Ambos 2005: 39 y ss.).

Así, la responsabilidad penal personal, objeto de la dogmática penal, se estructura a través de elementos como el *injusto personal* y la *culpabilidad individual* (Zúñiga 2009: 160). La complejidad en el ámbito dogmático es entonces evidente, debido concretamente a la respuesta, que en los casos propios del escenario problemático que se propone, puedan

otorgar el principio de responsabilidad individual y la propia teoría del delito, abstracciones elaboradas desde la perspectiva del paradigma del autor individual (Maljević 2011: 19).

4. El concepto de macrocriminalidad

Dado que en esta breve investigación debemos ceñirnos a la exploración profunda del fenómeno que se reconoce como el escenario ideal para la realización sistemática y programada de hechos delictivos especialmente graves —es decir, dejaremos de lado los asuntos dogmáticos para concentrarnos en los criminológicos—¹⁰, es preciso delimitar los contornos de aquel escenario a partir de la idea básica de que los eventos criminales acaecidos en su interior gozan del amparo del Estado o, inclusive, que se fortalecen a través del rol activo que la misma institución estatal despliega sobre aquellos hechos lesivos antes, durante o después de su concretización. En otras palabras, en este escenario el propio Estado es el que, de *manera activa*, contribuye a la comisión de hechos criminales, al mantenimiento de una determinada situación antijurídica o a garantizar la impunidad de los ejecutores materiales del suceso ilícito (Spinellis 2001: 683 y ss.).

Pues bien, el concepto con el que se abarca el complejo escenario expuesto es el de *macrocriminalidad* (*Makrokriminalität*), propuesto y desarrollado por Jäger (1989: 11). Este autor sostiene que aquella expresión brinda cobertura a un fenómeno estrechamente vinculado con la guerra, el genocidio, los asesinatos colectivos, la destrucción nuclear, el terrorismo de Estado y de organizaciones, la persecución a grupos minoritarios, los conflictos religiosos y culturales, las medidas contrarrevolucionarias y agudas situaciones políticas, cuyos efectos destructivos lo convierten en la forma más grave y peligrosa de violencia colectiva (Jäger 1989: 11).

La macrocriminalidad, según Jäger, puede hacer referencia o bien a la amplia dimensión cuantitativa de la lesividad que genera un determinado suceso criminal o bien al alto nivel operativo en el que se sitúa el colectivo de autores de tal suceso (Jäger 1989: 12).¹¹ El autor citado, optando por la segunda acepción, define la macrocriminalidad a partir de la verificación de acciones que no pueden entenderse aisladamente, sino que tienen sentido en la medida que están integradas en un *contexto de acción colectiva* (Jäger 1989: 11). Los acontecimientos delictivos generados a partir de tal contexto, al tener una repercusión macrosocial o estructural —y al implicar en su realización la utilización, por parte de los autores, de estructuras organizativas, aparatos organizados de poder u otras formas de organización colectiva—, evidencian un fenómeno delictivo de otra calidad y dimensión (Jäger 1989: 11). En ese sentido, para Jäger, la cuestión que determina que un suceso criminal genere conmoción en la comunidad internacional consiste en que se identifique una dinámica delictiva estructural, esto es, que se utilice el poder estatal y un aparato organizado con características y alto potencial destructivo (Jäger 1989: 12; Burkhardt 2005: 110; Landa 2004: 83).¹²

La macrocriminalidad se caracteriza por ser un fenómeno que contempla en sus fundamentos la realización de diversos sucesos criminales que son —y esto es lo fundamental—ordenados, iniciados, alentados u ocultados por la autoridad de los Gobiernos (Jäger 1989: 17; Haan

10 Los asuntos (dogmáticos) relacionados con la imputación de responsabilidad (especialmente, la de los superiores jerárquicos) en escenarios macrocriminales se intentaron desarrollar en Alpaca (2010: 254 y ss.)

11 Comentando los alcances de la definición propuesta por Jäger, véase Burkhardt (2005: 110); y Landa (2004: 82).

12 En doctrina nacional, véase Montoya (2012: 54 y ss.).

2008: 38). Asimismo, aquel fenómeno responde a diversos sucesos delictivos condicionados políticamente (pues su comisión se encuentra vinculada a determinados contextos políticos y relaciones de poder) que son perpetrados en el marco de sistemas o colectivos organizados contra individuos o minorías. Tales sucesos pueden presentarse —siguiendo la perspectiva de Jäger— bajo la forma de persecuciones, torturas y liquidación de los enemigos políticos de un Gobierno, combate y supresión de todo grupo opositor a un régimen, eliminación de minorías étnicas, ejecuciones extrajudiciales, desaparición y asesinato de miembros de grupos clandestinos no deseados (Jäger 1989: 17); todo ello, por parte de agentes que actúan con el soporte del Estado. Complementando las afirmaciones antes referidas, Jäger sostiene que los acontecimientos criminales de gran magnitud que comprende la macrocriminalidad solo son posibles en determinadas circunstancias y situaciones políticas; es decir, tienen como presupuesto una situación excepcional socioestatal de índole criminógena. Así, la macrocriminalidad, al ser un fenómeno colectivo, implica el reconocimiento de una compleja situación de inminente conflicto o enfrentamiento socioestatal, que deriva en la puesta en marcha de movimientos colectivos violentos caracterizados por ostentar una necesaria cooperación de una estructura política o estatal que, como consecuencia, permite hablar de una delincuencia propia de un estado de excepción o de emergencia, en el que puede verificarse una aguda crisis social, condiciones favorables para la anarquía o el colapso generalizado de las propias bases del Estado de derecho (Jäger 1998: 122).

Siendo esto así, uno se pregunta cómo sería posible hacer frente a tales formas de destrucción organizada y sistemática, promovida y fortalecida por el Estado. Las alternativas, aparentemente, son difíciles de proponer, sobre todo cuando, precisamente por la importante presencia estatal en la puesta en marcha de los crímenes, el sistema legal es generalmente objeto de manipulación, convirtiéndose en un obstáculo para la obtención de justicia. Así, parecería ser que solo ante el eventual colapso del régimen político imperante las posibilidades de persecución penal y de un profundo esclarecimiento de los hechos alcanzarían cierta viabilidad (Jäger 1989: 18). Pues bien, ante tal escenario, no es una casualidad que el DPI, desde su origen, se haya configurado con la finalidad de cerrar o disminuir el vacío de impunidad que engendra la comisión de sucesos lesivos de extraordinaria gravedad que afectan intereses sustanciales y que repercuten cuantiosamente en la comunidad internacional.

Ha sido Ambos quien, adoptando el concepto de macrocriminalidad, ha planteado la estrecha vinculación entre este fenómeno y el DPI, sosteniendo inclusive que «la teoría de la macrocriminalidad sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI» (Ambos 2007a: 25). Así, el autor citado define al fenómeno estudiado como:

[Los] comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional; esta se diferencia, por lo tanto, cualitativamente de las conocidas formas normales de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en esta desempeña el Estado [...] la intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de político [...] aquí se trata siempre de criminalidad estatal interna, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. (Ambos 2005: 45)

Como se desprende de lo expuesto, es posible notar en Ambos una ampliación del concepto original propuesto por Jäger, algo que también puede verificarse en los trabajos de Naucke (1996: 19 y ss.) y Lampe (2003: 97 y ss.), lo cual se debe, al parecer, a la estrecha e intensa relación que se busca establecer argumentalmente entre macrocriminalidad y DPI.¹³ En efecto, el fenómeno referido, al caracterizarse predominantemente por contar con la participación activa del Estado en la comisión colectiva de graves hechos criminales, detenta una alta posibilidad de mantener tales sucesos fuera del alcance de la justicia a través del empleo de la política y la legislación —con leyes de amnistía que favorecen a agentes del Estado o con la preferencia en el funcionamiento de la benigna jurisdicción militar en detrimento de la justicia ordinaria—; es decir, tendría en la impunidad una innegable manifestación.

El DPI, por su parte, proclama tener como una de sus actividades más importantes el poner fin a la impunidad de los autores de los más graves sucesos criminales, contribuyendo además a la prevención de nuevos hechos afines.¹⁴ Con todo esto se intenta decir que, teniendo clara la vinculación entre el DPI y la macrocriminalidad, esta ha sido asumida por la primera a partir de la especial magnitud lesiva que implica, asunción que se manifiesta en la tipificación de conductas consideradas como lesivas a normas de *ius cogens*. Sin embargo, debe señalarse que, en realidad —y esta es la posición que se defiende en esta investigación—, no todos los crímenes de derecho internacional ostentan como sustrato criminológico a la macrocriminalidad (en el sentido restringido que aquí se desarrolla); esto es, si bien la macrocriminalidad se refleja normativamente en el DPI a través de la tipificación de los crímenes de derecho internacional (Landa 2004: 84), no todos estos suponen un contexto macrocriminal. En ese sentido, se plantea que únicamente los crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra llevados a cabo en un conflicto armado interno obedecen a la fenomenología que aquí se expone.¹⁵

Para completar el análisis, debe decirse que la macrocriminalidad es un fenómeno que permite una determinada comprensión del *Estado*, de la *sociedad* y del *delito*. Del Estado, por cuanto esta especial forma de criminalidad encuentra en aquel su piedra angular: la organización de los hechos, la preparación de los agentes, el abastecimiento de los medios criminales, el aseguramiento de la no existencia de represalias judiciales para los perpetradores y, sobre todo, el soporte moral y fortalecimiento de los sucesos a llevarse a cabo que produce la autoridad propia del vértice de la organización, no se podrían concretar sin la contribución definitiva del Estado. De la sociedad, por cuanto la recurrencia a conductas violentas y represivas por parte del Estado generalmente encuentra antecedentes en conflictos étnicos, religiosos o políticos muy profundos, lo cual implica a su vez la existencia de un contexto social colapsado o dividido. Del delito, por cuanto la macrocriminalidad es un fenómeno colectivo que supone un contexto extremo y destructivo orientado a neutralizar existencialmente la subjetividad jurídica de un grupo protegido por el derecho internacional.

En las siguientes líneas, para profundizar en el análisis del fenómeno de la macrocriminalidad, se presentarán aquellas circunstancias que se consideran esenciales en el referido fenómeno y que han sido desarrolladas a partir de la sistematización de la opinión científica que se

13 Esta relación ha sido puesta en evidencia no solo por Ambos, sino también por los siguientes autores: Burckhardt (2005: 110); Werle (2005: 96 y 179); Vest (2002: 138); y Haan (2008: 35).

14 Véase el quinto párrafo del preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

15 Sobre las consecuencias de esta concepción (restringida) de macrocriminalidad, véase Alpaca (2010: 24).

manifiesta sobre esta especial forma de criminalidad y del análisis criminológico de diversos casos de criminalidad amparada o fortalecida por el Estado. Estos elementos son los siguientes: a) la dimensión colectiva del fenómeno, b) el rol activo que desempeña el Estado y c) las condiciones o técnicas de neutralización.

4.1. Dimensión colectiva del fenómeno

Dentro de las circunstancias que son propias del concepto de macrocriminalidad, el aspecto colectivo, si bien destaca por su importancia, lo hace también por la complejidad que implica. En efecto, aquel aspecto puede reconocerse como un elemento difícil de analizar jurídico-penalmente, ya que al sostener que el derecho penal se fundamenta en principios como el de culpabilidad o el de propia responsabilidad, en los casos de comisión organizada, sistemática y programada de crímenes la preservación de tales principios se presentaría como una cuestión compleja por la evidente dificultad para analizar, valorar y diferenciar las contribuciones de cada uno de los intervinientes en el hecho total y determinar en qué medida cada uno de ellos aportó exactamente a la lesión de un bien jurídico determinado.

Siendo esto así, la dimensión colectiva del fenómeno se despliega de tres maneras: a) como colectividad organizada y fortalecida por el Estado (circunstancia *ex ante* al suceso macrocriminal), b) como contexto sobre el cual se despliega e inserta la conducta del autor y c) como generalidad en la afectación de víctimas en el propio Estado (estas últimas como circunstancias *ex post* al hecho macrocriminal).

4.1.1. Colectividad organizada y fortalecida por el Estado

La existencia de una colectividad organizada y fortalecida por el Estado es una circunstancia de especial relevancia desde una perspectiva *ex ante* al concreto suceso macrocriminal. Esto es así debido a que el colectivo que se encargará de llevar a cabo una serie de eventos delictivos necesita de una organización o estructuración previa, de la facilitación de los medios e instrumentos necesarios o, en todo caso, del aseguramiento de un clima de impunidad suficiente que contribuya definitivamente a motivar a los integrantes del colectivo a preparar y emprender las actividades delictivas correspondientes, confiando en la inexistencia de posteriores represalias (Haan 2008: 38).

Como puede observarse, todas aquellas actividades implican una importante injerencia del Estado en su concretización. Por ello, no es banal resaltar que los cauces jurídicos propios, ordinarios y regulares de un Estado pueden orientarse hacia fines antijurídicos. Así, elementos como la legislación, la estrategia (la política nacional o internacional), la táctica (métodos en batalla), el fundamento legal y conceptual de la fuerza armada o de seguridad, su estructura y composición, la jerarquía de puestos, la cadena de transmisión de instrucciones y rendimiento de informes, sus sistemas de personal, comunicaciones, inteligencia, logística y el sistema disciplinario interno (la obediencia y sanciones) (Centro Internacional para la Justicia Transicional 2008: 11) pueden utilizarse con finalidades criminales cuando quienes se ubican en las altas esferas de dirección estatal así lo decidan.

Se reconocen entonces dos importantes situaciones que, según Neubacher, son elementos constitutivos del contexto estudiado, a saber: *a*) la posición en el poder en virtud de la cual se tengan a disposición los medios institucionales del Estado y la disponibilidad de la estructura jerárquica en general; y *b*) un contexto político en el que se desplieguen las conductas de los que ostentan la posición de poder (2005: 24). Estos dos elementos reflejan directamente la importancia que supone la posesión de un poder político —obtenido *de iure* o *de facto*— por el que se tenga la suficiente autoridad para la creación, organización y estructuración de planes, patrones o políticas que orienten a una colectividad integrada ya al Estado (fuerzas militares, policiales o cuerpos de seguridad) o, en todo caso, para el fortalecimiento de las actividades de agrupaciones que, sin pertenecer a la estructura estatal, comparten los mismos objetivos criminales que el Estado en el que encuentran amparo o llevan a cabo fielmente las actividades que aquel precisa (grupos paramilitares). En otras palabras, el poder político hace posible el empleo de los mecanismos propios de la estructura jerárquica estatal y los medios o recursos que se encuentran a entera disposición de quienes ejercen tal poder. Ahora bien, es preciso reconocer que un concepto amplio de macrocriminalidad como el que explica Ambos (2005: 45) obliga a entender que el plan o la política no solo es una delineada por el Estado, sino que también puede referirse a aquella que constituye la base del funcionamiento de organizaciones extensas con un determinado control territorial, con una logística que les permita llevar a cabo actividades programadas, ordenadas y sistemáticas e, inclusive, con un fuerte poder político (Schabas 2008: 972).

Pues bien, al respecto cabe señalar que diversas resoluciones emitidas en el ámbito de la CPI permiten entender que los crímenes de derecho internacional (especialmente, los crímenes contra la humanidad) pueden cometerlos organizaciones no estatales.¹⁶ Sobre esto, cabe mencionar dos cosas. Primero, que el hecho de que se reconozca, tanto convencional como jurisprudencialmente, la posibilidad de que entidades colectivas organizadas no estatales cometan hechos calificados como crímenes internacionales, en nada afecta el concepto (restringido) de macrocriminalidad que aquí venimos desarrollando. La macrocriminalidad política, orientada y apoyada activamente por el Estado, es un fenómeno que subyace, desde sus orígenes, a los crímenes de derecho internacional y que ha orientado y determinado la configuración típica de las concretas formas delictivas plasmadas en instrumentos internacionales.¹⁷ En nada afecta al concepto de macrocriminalidad aquí expuesto el hecho de que, en el instrumento internacional —en este caso, el Estatuto de la CPI—, un precepto concreto contemple que una determinada conducta delictiva pueda realizarse (además) en el marco de una estructura organizada no estatal, esto es, en un colectivo de carácter privado sin vinculación con el poder público. Por el contrario, el fenómeno de la macrocriminalidad, tal y como aquí se define, puede conferir los lineamientos y los elementos de juicio necesarios para considerar en qué casos diversos actos

16 Así, por ejemplo, *Prosecutor vs. Katanga & Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008, parágrafo 495 y ss.; *Prosecutor vs. Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, parágrafo 71 y ss.; y, especialmente, *Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma para la autorización de una investigación en la situación de la República de Kenia* (ICC-01/09), 31 de marzo de 2010, parágrafo 83 y ss. (especialmente, parágrafos 92 y 93).

17 Esta puede ser la razón por la cual voces autorizadas en doctrina internacional hayan entendido que cuando el artículo 7(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional hace referencia a la «política de un Estado o de una organización», hayan entendido que la «organización» debe ser, en todos los casos, una de carácter estatal (o, por lo menos, «parecida», en cuanto a su dinámica, con una entidad estatal). Al respecto, véase Schabas (2008: 981 y ss.); y Bassiouni (1999: 244-245).

cometidos por una organización no estatal son lo suficientemente graves como para *trascender* al ámbito internacional.

Este es, precisamente, el asunto que se debe tener claro: la intervención de un colectivo racionalmente organizado y fortalecido por el Estado supone una circunstancia que dota de gran lesividad al escenario en el que aquella se manifiesta, justificándose así su trascendencia para el orden público internacional; lo que no niega que, en determinados casos, organizaciones de carácter no estatal puedan tener esa misma trascendencia, pero para que ello sea así, aquellas necesitarán poseer determinadas características (estructura jerárquica, pluralidad de miembros, continuidad en el tiempo, medios necesarios y suficientes para lograr la concreción de los objetivos a gran escala) que lo «asemejen» a las estructuras estatales u organizaciones fortalecidas estatalmente que, por antonomasia, definen empíricamente los contornos del fenómeno de la macrocriminalidad.¹⁸ Solo si se tiene en cuenta esto, se respetará el mandato —que se desprende del Preámbulo del Estatuto de la CPI— de no «banalizar» o «trivializar» los hechos que realmente interesan al orden público internacional y que deben ingresar, sin lugar a dudas, a la jurisdicción de este tribunal internacional permanente.¹⁹

Segundo, el hecho de que la macrocriminalidad aluda, como aquí se intenta desarrollar, a la concurrencia de colectivos racionalmente organizados, no significa necesariamente que esto deba suponer que el referido fenómeno es propio únicamente de los crímenes contra la humanidad (cuyo precepto requiere que el «ataque a la población civil» sea «sistemático» o «generalizado» —artículo 7(1) del Estatuto de la CPI— y que tal ataque obedezca a la «política de un Estado u organización» —artículo 7(2) del Estatuto de la CPI—). Al respecto cabe señalar que la configuración típica de los crímenes de genocidio, contra la humanidad o de guerra son la expresión de una confluencia de decisiones de carácter político-criminal por las que deben responder quienes fueron llamados en su momento a establecer los alcances de tales figuras típicas (en este caso, las comisiones especializadas que intervinieron en la confección del Estatuto de Roma) frente al combate y represión de los acontecimientos delictivos más graves según el derecho internacional. El que, por ejemplo, el artículo 6 del Estatuto de la CPI, que regula el genocidio, no haya incluido expresamente el elemento «sistemático o generalizado» o el elemento «política de un Estado o de una organización» no supone que, criminológicamente, tales elementos no concurren en un escenario genocida específico.

La configuración típica actual del crimen de genocidio, en términos jurídico-penales, permite que se configure el delito con una única acción de un individuo (siempre que se verifique en él la tendencia interna trascendente, característica de este crimen)²⁰ y sin que sea necesaria la destrucción total del grupo al cual se ataca (el referido artículo 6 contempla la destrucción

18 Al respecto, véase *Opinión discordante del juez Hans-Peter Kaul en lo referido a la Decisión de conformidad al artículo 15 del Estatuto de Roma para la autorización de una investigación en la situación de la República de Kenia* (ICC-01/09), 31 de marzo de 2010, párrafos 51-52 y 59-70.

19 Véase *Opinión discordante del juez Hans-Peter Kaul en lo referido a la Decisión de conformidad al artículo 15 del Estatuto de Roma para la autorización de una investigación en la situación de la República de Kenia* (ICC-01/09), 31 de marzo de 2010, párrafo 55.

20 Así, Werle (2005: 333). Al respecto, resulta curioso que aunque el elemento contextual no se haya incorporado como elemento objetivo del tipo en cuestión, la prueba de la tendencia interna trascendente (elemento subjetivo) suponga el análisis de la existencia de un plan preconcebido, el alto número de víctimas, la elección de la víctima según su pertenencia a un grupo protegido o el comportamiento general del perpetrador. En buena cuenta, para probar la existencia de un genocidio, se debe probar la concurrencia de elementos que definen el fenómeno de la macrocriminalidad.

«parcial»). Pero ello no supone que, a partir de los datos recogidos de la observación empírica, no se deba valorar ni dejar de tomar en cuenta la concurrencia de un colectivo organizado al que pertenece el individuo que cometió el hecho.²¹ Lo mismo podría decirse, desde nuestro punto de vista, sobre los crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional, en la medida que, por ejemplo, una guerra asimétrica no es una empresa que involucra la participación de una sola persona, sino que supone el enfrentamiento entre colectivos, que deben ostentar una densidad suficiente como para que los hechos que se cometan en el marco de sus actividades sean relevantes para el orden público internacional (con lo que se excluyen, por ejemplo, los disturbios o las tensiones internas) (Pérez 2005: 110).

Pues bien, a partir de lo explicado, consideramos que se justifica el mantenimiento de un concepto restringido de macrocriminalidad, en el que la política o el plan, si bien puede configurarse por una organización externa al Estado, debe verse fortalecida de algún modo por el poder público (por ejemplo, a través de la promulgación de leyes de amnistía que aseguren la impunidad de los miembros de tales agrupaciones) para que así se cumpla el trascendental requisito de la contribución o fortalecimiento por parte del aparato estatal. Asimismo, debe quedar claro que aquí no se discute que los crímenes de derecho internacional puedan cometerlos integrantes de colectivos organizados de carácter no estatal —la posibilidad de que esto suceda dependerá de la política-criminal internacional o de la interpretación que los jueces de la CPI hagan de los preceptos pertinentes del Estatuto de Roma y de los elementos de los crímenes—, sino que, por el contrario, en caso de que aquello sea posible, la macrocriminalidad, como fenómeno, deberá desempeñar la función de «objeto de referencia» y brindar los elementos con los cuales se justifique la «equiparación», en el ámbito internacional, de una organización no estatal con una de carácter estatal, que es, *per definitionem*, la entidad protagónica en los acontecimientos destructivos de gran alcance que abarca la macrocriminalidad.

En definitiva, según lo hasta ahora expuesto, la macrocriminalidad supone la existencia de una gran cantidad de individuos cuyos comportamientos son manifestación de un objetivo delictivo común. Por esto, es apropiado afirmar que, de alguna forma, tal objetivo común debe traducirse en un elemento verificable y lo suficientemente crucial como para orientar las conductas de quienes intervienen en aquel objetivo. Así, aquel elemento debe ser un plan o una política organizacional que haga posible: a) organizar racionalmente al colectivo en virtud al concreto objetivo criminal, b) permitir una interacción vertical entre los sujetos que conforman el colectivo, c) asegurar la sistematicidad en la realización de los hechos y d) excluir aquellas conductas aisladas o externas al plan o a la política. En las siguientes líneas se hará referencia a los dos primeros elementos; mientras que los otros dos se analizarán *infra*.

21 Al respecto, véase Ambos y Böhm (2011: 114), donde se afirma:

Más allá de consideraciones doctrinales relativas a la estructura particular del crimen de genocidio y a su relación con los crímenes contra la humanidad, se ha sostenido que esta interpretación combinada del requisito de la «intención de destruir» se ajusta mejor a la realidad criminológica de las campañas genocidas. De esta realidad se desprende [...] que el genocidio no puede ser cometido solo por un grupo de desquiciados, sino que para poder ser llevado a cabo se requiere de mentes maestras o «cerebros» y de un aparato organizativo.

Asimismo, es importante considerar que el documento «Elementos de los crímenes» —que sirve para interpretar los alcances de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional— señala que debe tenerse en cuenta, en el caso del crimen de genocidio, «Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción».

4.1.1.1. Organización racional del colectivo según el concreto objetivo

El plan o la política organizacional posibilitaría la comisión de sucesos delictivos a gran escala y, además, revelaría la importancia del papel que desempeñan aquellos que intervienen en su elaboración, a saber: los superiores jerárquicos integrantes del vértice de la estructura organizacional. Schabas expone, por ejemplo, que el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg proclamó los principales crímenes que fueron objeto de la jurisdicción de la mencionada corte; sin embargo —continúa Schabas—, regularmente no se tiene presente que en tal disposición se recogió la afirmación relacionada con que los procesados debieron haber «actuado en interés de los países del Eje europeo». Entonces, si los crímenes de derecho internacional fueron cometidos por individuos —y no por entidades abstractas—, estos debieron haber actuado de conformidad con los intereses de un Estado (Schabas 2008: 954). Lo que se quiere manifestar con esto es que los individuos, al integrarse a una organización y conformar el colectivo, expresan con su adhesión una —por lo menos— conformidad con los objetivos que determinan la constitución de la entidad colectiva.

Evidentemente, en términos dogmáticos, puede haber situaciones específicas —o, mejor dicho, individuales— que conduzcan a controvertir los alcances subjetivos de la persona en concreto que integra el colectivo (valoración jurídico-penal de reprochabilidad en caso concurra, por ejemplo, error o coacción) debido a las circunstancias particulares en las que se despliega su acción. Sin embargo, a efectos criminológicos, se entenderá que formar parte de la organización significa ya, en términos objetivos, aceptar la consolidación de la existencia de la entidad colectiva y, con ello, coadyuvar a la concreción de los propósitos que le dan sentido a aquella. Como bien señala Ambos —haciendo referencia al trabajo de Jäger—, «Los problemas [...] en relación con la imputabilidad individual, aunque [...] representan un problema jurídico-penal, no constituyen [...] un “obstáculo” criminológico para la investigación de los hechos colectivos» (Ambos 2005: 152).

4.1.1.2. Interacción vertical entre quienes integran el colectivo

El poder político *de iure* o *de facto* al que se hizo referencia *supra* conduce directamente a la idea de la existencia de una situación de autoridad de la que gozan aquellos que poseen tal poder, y que revela una vinculación de naturaleza jerárquica en la organización. Así, aquí cobra trascendencia el concepto de «aparato organizado de poder» como elemento que evidencia su idoneidad en la realización de sucesos delictivos especialmente dañosos y destructivos.²² Este concepto implica la existencia de un mecanismo útil para la concretización de un objetivo determinado, el cual se establece de conformidad con la dirección de aquellos individuos ubicados en las más altas instancias de control y dirigencia. Tal dirección es adoptada por los mandos medios y materializada por los miembros inferiores o ejecutores, precisamente, debido a los criterios de jerarquía y subordinación imperantes en aquella estructura. La condición de organizado implica que este mecanismo necesita de una formación social compuesta por: a) una multiplicidad de miembros con división de funciones, b) una orientación consciente hacia

22 Fundamental al respecto, Roxin (1963: 193 y ss.); Roxin (2000: 271 y ss.). En doctrina nacional, véase Meini (2008: 21 y ss.); Pariona (2009: 435 y ss.); y Villavicencio Terreros (2010: 33 y ss.). Asimismo, pueden revisarse los trabajos de Caro, García, Meini y Pariona en Ambos y Meini (2010: 143-186; 189-209; 213-230; y 233-249).

finos específicos y c) una configuración racional en atención al cumplimiento de esos fines y objetivos concretos (Mayntz 1982: 47).

El aparato organizado de poder supone una estructura extensa y compleja, por lo que es necesaria «la comprobación de la existencia de una estructura en el colectivo de una organización lo suficientemente densa como para ser calificada de aparato organizado de poder» (Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2008: 18). Puede decirse entonces que la existencia de un aparato organizado de poder implica una interacción vertical debido a consideraciones como el control, la funcionalidad por la transmisión de órdenes, y el consentimiento, autorización o aprobación de los actos de los subordinados por parte de los superiores. Como es posible observar, la realización de planes políticos o militares a gran escala supone la interacción de una gran cantidad de individuos situados en una multiplicidad de niveles, lo que evidencia, como contrapartida, diversos grados de responsabilidad de los integrantes del colectivo a partir del dominio concreto del ámbito asignado sobre la base de la división de trabajo (Haan 2008: 39).²³

En definitiva, el aparato organizado de poder se constituye así como el escenario base propiciador para realizar sucesos macrocriminales: el poder político permite la creación de un aparato organizado de poder a través de la organización, distribución y conformación estratégica de las entidades propias del Estado (Fuerzas Armadas y cuerpos de seguridad) o externas a este (grupos paramilitares), subordinadas a los objetivos de la dirigencia constituida de *iure* o de *facto*.

4.1.2. Contexto sobre el cual se despliega e inserta el acto individual o contexto de acción colectiva

Con *contexto de acción colectiva* o *contexto de violencia organizada* (Jäger 1989: 12) se hace referencia al escenario valorativo global en donde se combinan los actos individuales de diferentes sujetos, cuya intervención permitirá posteriormente atribuirles la condición de autores o cómplices (Vest 2007: 11). En efecto, se trata de la base contextual sobre la cual se insertan las conductas individuales, que evidencia una situación de sistematicidad que dota a aquellas de un sentido común y que implica una relación de intervención comprensiva de todos los actores (Van Weezel 2006: 168; Haan 2008: 39). A través de este concepto se establece un vínculo fundamental de complementariedad: sin el contexto de acción colectiva las conductas individuales carecerían de relevancia para el DPI por considerarse hechos aislados; mientras que sin las conductas individuales el referido contexto de acción colectiva simplemente no existiría.

Por estos motivos, el contexto de acción colectiva es el segundo elemento de lo que aquí se expone como la dimensión colectiva del fenómeno de la macrocriminalidad, y la importancia de su análisis radica en dos razones. La primera hace referencia a que este concepto se ubica concretamente en un ámbito temporal posterior al de la organización y fortalecimiento de la colectividad por parte del aparato estatal; es decir, mientras este pertenece a un ámbito

²³ Al respecto, Vest ha reconocido la existencia de diversos niveles en los aparatos organizados de poder, aunque con la finalidad de fundamentar la imputación del hecho delictivo a partir de las concretas características que se pueden desprender de aquellos: el «nivel directivo» (*Die Führungsebene*), el «nivel medio de organización» (*Die mittlere Organisationsebene*) y el «nivel destinatario de las órdenes» (*Die Ebene der Befehlsempfänger*). Sobre los alcances de cada uno de ellos, véase Vest (2002: 143 y ss.).

configurativo o preparatorio, el contexto de acción colectiva («contexto típico») es concomitante a la materialización de los actos delictivos concretos («hechos típicos acompañantes»), es decir, supone una agresión actual y en marcha. La segunda se refiere a que, si se examina un suceso macrocriminal en el que intervienen una multiplicidad de agentes, se debe tener en claro que esto implica la existencia de una diversidad de conductas que, por llevarse a cabo de manera organizada, afectan singularmente los valores jurídicos de la comunidad internacional, precisamente por la especial calidad lesiva que caracteriza al hecho total.²⁴

El plan o la política organizacional a la que se hizo referencia *supra*, todavía mantiene su vigencia en este estadio, aunque de una manera diferente: a partir de la perspectiva de la ejecución de los hechos. Entonces, el contexto de acción colectiva es tal por la reunión de los comportamientos realizados de manera sistemática, en el que las contribuciones serán objeto del título de imputación por autoría o complicidad a partir de una valoración jurídico-penal; asimismo, las conductas que no pertenezcan al patrón establecido por el plan o la política organizacional se deberán considerar conductas aisladas o no pertenecientes a los lineamientos que aquella proscribiera. El contexto de acción colectiva fortalece la corroboración de la existencia de un patrón espacio-temporal bajo el cual los sucesos son ejecutados, da a conocer una complementariedad programática entre todos ellos, permite reconocer su verdadero significado o trascendencia a partir de una valoración conjunta de los acontecimientos y demuestra —a través del comportamiento general del perpetrador— la intención de satisfacer el alcance contextual a través de una actividad individual.

4.1.3. Generalidad en la afectación de víctimas del propio Estado

En este último elemento cabe hacer referencia a las acertadas palabras de Fletcher, quien señala que los hechos macrocriminales se llevan a cabo por grupos y especialmente contra miembros de otros grupos (2007: 332). En efecto, a través del análisis de diversos sucesos históricos cuyo contexto lleva el concepto de macrocriminalidad en la frente —aquí pueden destacarse, por mencionar solo los ocurridos en nuestra región, los casos de Chile (las actividades de los «Aparatos de Seguridad» como la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y el Centro Nacional de Informaciones (CNI) o la «Caravana de la muerte»), Argentina (las disposiciones de la dictadura militar encargada del «Proceso de Reorganización Nacional») y Perú (las torturas y asesinatos cometidos por el grupo paramilitar Colina)—, es posible alegar que la constante ha sido la gran cantidad de seres humanos ejecutados, deportados, desaparecidos, ultrajados o torturados; en buena cuenta, un alto número de perjudicados. En todos aquellos casos, las víctimas integraban determinados grupos sociales, políticos, religiosos, étnicos o raciales que fueron agredidos no solo directamente a través de las fuerzas que gozaban del amparo del poder público, sino también de manera indirecta a través de la imposibilidad de realizar cualquier petición de justicia. De esta manera, la generalidad en la afectación o gran cantidad de víctimas constituye el tercer elemento de la dimensión colectiva de la macrocriminalidad.

Los individuos pertenecientes a aquellos grupos deben ser, a la vez, ciudadanos del Estado, por lo que el criterio político-criminal básico de garantizar los derechos humanos debería ser aplicable indudablemente a ellos también. Sin embargo, como se infiere de lo

24 Al respecto, véase la sentencia de la Sala Penal Especial del caso *Fujimori*, § 711.

expuesto, un Estado que concede el manejo o la manipulación de sus estructuras, instituciones o prerrogativas normativas con fines antijurídicos manifiestos o encubiertos, posibilita una excepcional expansión del poder punitivo, situación que se mantiene de incógnito debido a los discursos estatales que exponen la necesidad de enfrentar la peligrosidad o dañosidad de la existencia de aquellos grupos referidos.

Entonces, aquí es imprescindible resaltar que la macrocriminalidad, como afirma Ambos, implica necesariamente la afectación de los propios ciudadanos del Estado, es decir, se trata de una criminalidad *hacia adentro* (Ambos 2005: 45). En la macrocriminalidad, recurriendo a lo expuesto por Herzog, «se pretende reinterpretar la realidad mediante un desprecio cognitivo de la calidad de víctima y una valorización de la categoría de enemigo» (Herzog 2008: 1), con lo que se logran concretar las políticas de persecución, menoscabo y eliminación de aquellos enemigos del régimen de turno, utilizando para esto vías ilegales (como serían asesinatos, desapariciones forzadas, exterminios, deportaciones o torturas realizados por agentes del Estado o de aquellos que actúan bajo su amparo) o vías formales (expulsiones o expatriaciones del territorio nacional, sentencias judiciales condenatorias lesivas de las garantías procesales). Se observa entonces que a través de la verificación de los datos de hecho que revelan la historia y la sociología, se puede afirmar que a los denominados *enemigos de la sociedad* se les niega el derecho que implica el respeto a las garantías que proclama el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, se debe precisar que el concepto subyacente al elemento de la afectación de víctimas del propio Estado sería el de la violación de la dignidad humana, que se representa a través de la destrucción de la personalidad del hombre (primera situación límite) y en la ruina de la solidaridad entre los hombres (segunda situación límite) (Maihofer 2008: 13). La destrucción de la personalidad del hombre supone la vulneración de la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo, es decir, que el agresor proceda con la víctima como le plazca, según su deseo y arbitrio. En definitiva, la persona no podría disponer de sí misma, ya que lo que le suceda queda en manos del infractor (Maihofer 2008: 15). La ruina de la solidaridad entre los hombres supone un estadio más extremo, pues implica la vulneración de la esperanza final de que un tercero defenderá a la víctima de la agresión, es decir, supone la destrucción de las expectativas generales depositadas en una voluntad entrelazante (Maihofer 2008: 15).

Mientras en la primera situación límite la víctima se encuentra en un escenario de gran indefensión (esto es, la latente eventualidad de ser objeto de la iniquidad del poder público por su pertenencia a un grupo político opositor, religioso, social o étnico); en la segunda, la víctima se ubica en un contexto de extremo desamparo (es decir, sin oportunidad de invocar la protección de alguna entidad dentro del Estado que haga valer cualquier tipo de pretensión, pues el control de todas las instancias de la administración de justicia que implica la garantía de mecanismos de impunidad desplegado por el Estado, no permitiría que la trasgresión del derecho que invoca el afectado trascienda, quedando de esta manera su petitorio en el olvido).

4.2. Manifestaciones del rol activo que desempeña el Estado

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, es posible proponer que el amparo del poder público debe entenderse a través de dos importantes manifestaciones: a) que con respecto a la comisión de hechos de violencia sistemática y masiva, o la realización de atrocidades a

gran escala, la organización, el planeamiento y la preparación requiere comúnmente lograrse bajo la autoridad del Estado; y *b*) que a través del amparo del poder público se hace posible el mantenimiento de los responsables en la impunidad o, en todo caso, en el conocimiento público incompleto de todos los extremos del hecho, imposibilitando su persecución judicial o estableciendo barreras al normal desarrollo de un proceso judicial a través de mecanismos formales dirigidos por la voluntad de aquellos ubicados en las más altas instancias del poder.

El Estado desempeña así un rol preponderante en el fenómeno de la macrocriminalidad. Su influencia no es exclusiva de las etapas de planeamiento, de facilitación de medios o de la misma materialización de los hechos; sino que su autoridad es además relevante *a posteriori*, al influir en medidas legislativas o judiciales para tratar de cubrir los reales acontecimientos, envolviendo a los perpetradores en una lúgubre manta que es la impunidad.²⁵ Con respecto a la actuación del Estado después de la comisión de los hechos criminales, Herzog señala que se puede percibir:

(...)una considerable cifra negra de macrocriminalidad, ya que es el Estado quien tiene el poder de definir qué se va a tipificar como delito o a justificar y qué no, por lo tanto, durante el tiempo que dure el régimen criminal y dentro de su jurisdicción territorial, las conductas llevadas a cabo por órganos estatales o con su tolerancia son legales: no se apartan de la normativa imperante, sino que corresponden a comportamientos fomentados por el régimen, llevados a cabo por personas socialmente adaptadas. (2008: 2)

Se analizará ahora cómo se manifiesta el trascendental rol activo del Estado en dos diferentes tipos de regímenes: los *totalitarios* y los *democráticos*.

4.2.1. Regímenes totalitarios

Indudablemente, es en los regímenes denominados *totalitarios* (Faraldo 2003: 202), donde el fenómeno macrocriminal es más tangible. Precisamente, al tratarse de un sistema político en el que «no se admite ningún tipo de oposición al gobierno y a los hombres que detentan el poder» (Chanamé 2007: 754), los mecanismos de control formales a los que recurre el régimen son evidentemente férreos e intransigentes, con la latente posibilidad de crear también mecanismos clandestinos de represión como policías secretas, aparatos de inteligencia, escuadrones de aniquilamiento o campos de concentración. El totalitarismo pretende justificarse a través de sus fines, e intenta representar con sus actuaciones a la raza, a la nación o al pueblo —con el costo de vidas que sea necesaria—; aunque todo aquello no sea más que un conjunto de representaciones falaces y equívocas de la realidad.

Así, según Bassiouni, a través de la interacción de cuatro factores como son el poder, la ideología, el terror y la manipulación de la legislación, se han hecho posibles las violaciones masivas de derechos humanos en los regímenes totalitarios (1999: 250). En el totalitarismo usualmente se utiliza a todo el aparato estatal —o como señala Faraldo, se le «pervierte»— (2003: 207) para el cumplimiento de los objetivos ambicionados por las máximas autoridades. Esto implica una actuación coordinada de los poderes *Ejecutivo* (diseñando las políticas de

²⁵ Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia del 26 de setiembre de 2006, § 105 y ss.; y Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, § 41 y ss.

dirección del Estado, determinando las pautas de control y combate a los grupos opositores, creando a las entidades clandestinas encargadas de la ejecución programada y masiva de los planes, y preparando las respuestas que se expondrán ante cualquier solicitud de explicaciones por parte de la comunidad internacional), *Legislativo* (diseñando las normas y disposiciones que encubren las finalidades criminales de quienes ostentan el poder y favorecen a los partidarios del régimen, estableciendo a través de leyes manifiestas vulneraciones de derechos de los miembros de la disidencia política, y estableciendo con sanciones penales la trasgresión de normas de carácter administrativo) y *Judicial* (lentitud en los procesos y posterior prescripción de los delitos cometidos por agentes estatales, sobreseimiento de determinados casos que impliquen la presencia de representantes del Estado, imposición de medidas desproporcionadas y vulneración de garantías sustantivas y procesales de los opositores al régimen, y dilatación de acciones judiciales interpuestas por las víctimas o sus familiares), quienes ejerciendo sus labores resultan funcionales al mantenimiento de la maquinaria de opresión institucional.

4.2.2. Regímenes democráticos

El fenómeno objeto de análisis puede ocurrir también en el contexto de Estados reconocidos como democráticos. El factor esencial que posibilita el acontecimiento de sucesos macrocriminales es la existencia de un urgente conflicto social interno de considerables proporciones que amenaza las bases institucionales esenciales sobre las cuales se erige el Estado. Así, este encuentra amenazada su continuidad y estabilidad por la presencia operativa de grupos denominados *terroristas* o *revolucionarios*, quienes a través de actividades sistemáticas fundamentadas en la implantación del terror como mecanismo para hacer valer sus pretensiones, enfrentan la legítima autoridad estatal.

De esta manera, comúnmente aquellos grupos *terroristas* o *revolucionarios* fortalecen su estructura y posibilitan la anexión de nuevos miembros a través del ejercicio de un dominio fáctico de vastas zonas del territorio sobre el cual el Estado formalmente tiene presencia. Siendo así —y solo para dejar constancia de ello—, tradicionalmente se reconocen dos ámbitos en los cuales el Estado pretende el combate a estos grupos: a través de organizaciones estatales (la denominada *guerra sucia*)²⁶ y de organizaciones paramilitares (aunque estos dos ámbitos, ciertamente, pueden darse también en regímenes totalitarios).

4.3. Mecanismos o técnicas de neutralización

La macrocriminalidad, a partir de la dinámica colectiva que caracteriza a los sucesos delictivos considerados propios del fenómeno, desencadena un debilitamiento o inclusive una total eliminación de normas de conducta, prohibiciones culturales, inhibiciones o sentimientos de culpa (Jäger 1989: 134 y ss.) que repercuten en el comportamiento de los intervinientes; es decir, sobre la pluralidad de individuos que forman parte de un suceso macrocriminal parece propagarse una «anestesia moral» (Jäger 1989: 134 y ss.), la que se constituye en el especial aditamento que contribuye a la concreción eficaz de los sucesos lesivos por parte de los

26 Véase Sentencia de la Sala Penal Especial del caso *Fujimori*, § 747.

perpetradores. En ese sentido, aquí se propone la siguiente idea: mientras más destructivos y devastadores sean los sucesos criminales colectivos, menor será la posibilidad de inhibición o de negación de quienes intervienen en ellos.

Una parte importante de la configuración de políticas estatales dirigidas al combate de grupos sociales, políticos, étnicos, raciales o religiosos consiste en el establecimiento de mecanismos especiales cuyo objetivo apunta a legitimar la materialización de los hechos pretendidos a través de aquellas políticas. Esto se logra, básicamente, a través de una categorización negativa impuesta sobre aquellos grupos. Así, Neubacher afirma correctamente que aquellos individuos o agrupaciones que deben combatirse, asesinarse o aniquilarse, son previamente declarados enemigos políticos (2006: 794). Esto es importante, pues la etiqueta de enemigo empleada para reconocer a aquellos grupos disidentes u opositores que el Estado decide combatir o reprimir, constituye en realidad una *técnica de neutralización* que posibilita la comisión de hechos criminales a gran escala (Alpaca 2010: 41 y ss.). Las técnicas de neutralización constituyen mecanismos con los cuales la conducta criminal realizada es justificada por el propio perpetrador, debido básicamente a la situación excepcional que sirve de contexto a la infracción. Así, en estos supuestos, los principios morales comunes se suspenden (Neubacher 2006: 791), e impiden cualquier tipo de vergüenza, culpa o autocritica por parte del agente (Neubacher 2006: 792). En un escenario macrocriminal se pueden encontrar una serie de argumentos claramente relacionados con las técnicas de neutralización, que fácilmente podrían ensayarlos tanto los perpetradores como los propios superiores jerárquicos. Así, por ejemplo, recurriendo a los mismos supuestos planteados por Sykes y Matza, se tienen los siguientes: la negación de la ilegalidad de los hechos («estábamos en una guerra»), la acusación a la víctima («ellos son los agresores; nosotros solo nos defendemos»), la apelación a una responsabilidad de la sociedad o del Estado («solo cumplíamos órdenes», «si no éramos nosotros, otros lo hubieran hecho», «estuvimos en peligro y no tuvimos otra salida»), o la invocación de una finalidad superior («se trataba de cuestiones de seguridad nacional», «se trata de una forma de hacer justicia», «era necesaria para la pacificación nacional», «el fin justifica los medios») (Neubacher 2006: 794).²⁷

Con respecto a estos mecanismos, es importante también el aporte científico realizado por Kelman y Hamilton, quienes reconocieron tres importantes procesos en el marco de la comisión de crímenes a gran escala por parte de sujetos subordinados a una autoridad: la *autorización*, la *rutinización* y la *deshumanización* (1989: 16 y ss.). El proceso de autorización permite reforzar la voluntad de los individuos en su participación en masacres. Así, cuando diversos actos de violencia o destrucción son explícitamente ordenados, implícitamente alentados, tácitamente aprobados o permitidos por autoridades legítimas, se refuerza la disposición de los subordinados a cometerlos. Por parte de estos se obvia cualquier tipo de juzgamiento, decisión o elección, por cuanto los principios morales quedan inoperantes y el deber de cumplir la orden prevalece ante todo; además, los agentes no se consideran responsables de las consecuencias de sus actos y solo se consideran una «extensión de la autoridad» (Kelman y Hamilton 1989: 16 y ss.).

El proceso de rutinización minimiza la oportunidad de cuestionar algún tipo de responsabilidad debido a la permanente, mecánica y programada repetición de los actos, y refuerza la imposibilidad de cualquier tipo de resistencia moral. La presencia de una gran cantidad

27 La teoría de las «técnicas de neutralización», desarrollada en 1957 por SYKES y MATZA, buscaba demostrar que cualquier ciudadano ordinario podía cometer delitos sin rechazar el orden social imperante. Esto se logra cuando el perpetrador justifica la vulneración de una norma sin cuestionar la validez de la norma como tal. La «neutralización» así, hace posible que la violación a la norma sea aceptable y de ser posible, legítima. Más al respecto en ALPACA 2010: 42.

de intervinientes en un suceso criminal determinado permite que entre ellos se refuercen mutuamente, permaneciendo inmunes a cualquier reflexión moral. Inclusive, ubicados en ese contexto, los sujetos se concentrarán más en los aspectos técnicos del trabajo de rutina, en cómo llevar a cabo los asesinatos masivos, cómo hacerlos más efectivos y menos agotadores para ellos. Mientras más grande sea la frecuencia de los actos, más internalizados estarán en el sujeto la situación cotidiana y las técnicas de justificación (Kelman y Hamilton 1989: 18).

Finalmente, el proceso de deshumanización permite que el perpetrador excluya por completo a la víctima del ámbito de sujetos con los cuales compartir cualquier tipo de deber moral; es decir, la víctima es privada de la protección generalmente garantizada a cualquier ser humano, debido a que se le atribuyen características degradantes y de inferioridad. De esta manera, cuando estas se les imponen —ya sea en virtud de cuestiones raciales, religiosas, étnicas o políticas—, los usuales principios de moralidad y humanidad no se aplican a ellos, por lo que la hostilidad hacia el grupo opositor se fortalece y las barreras morales que impiden atacarlos —es decir, perseguirlos, torturarlos o exterminarlos— se superan rápidamente (Kelman y Hamilton 1989: 19).

Jäger, en su estudio sobre la macrocriminalidad, no omitió la referencia a las técnicas de neutralización. Precisamente, una de las ideas esenciales en su investigación es la referida a la influencia de la dinámica del grupo en el comportamiento del individuo (1989: 165) (lo cual repercute, ya en términos dogmáticos —sobre los que aquí no se ahondará—,²⁸ en la comprensión del contenido del reproche jurídico-penal de la culpabilidad —específicamente, en la negación de un efecto exculpante (1989: 142 y ss.) y en la aceptación, como máximo, de una atenuación de la culpabilidad— (1989: 146). Pues bien, a partir de un análisis empírico de los crímenes colectivos, Jäger reconoció una serie de condiciones verificables en un escenario propio de la macrocriminalidad, entre otros: la efectividad de normas y valores extrajurídicos, la coordinación afectiva como consecuencia de la influencia de la dinámica de grupos, la degradación y deshumanización de las víctimas, los factores de socialización individual (especialmente la habituación y la rutina), las limitaciones en la percepción de la realidad, o las actitudes y orientaciones políticas (1989: 209).

Es importante aclarar que aquí se sostiene que las técnicas de neutralización, si bien han sido reconocidas como un factor de importancia en el análisis de las conductas macrocriminales, pueden también trascender a los individuos que forman parte de la sociedad, es decir, pueden repartirse a la opinión pública de tal manera que esta apoye las políticas del Estado. Así, por ejemplo, Malamud esboza el concepto de poder estructural como fenómeno ideológico (2004: 231) por el cual se impide a los ciudadanos asumir cuestiones que no sean las impuestas, lo que denota claramente el ejercicio de un influyente poder. Así, este consiste en la satisfacción que obtienen ciertos individuos o grupos —los que ostentan el poder— de la comprensión que otras personas hacen de determinados hechos sociales y de sus nociones de lo correcto y lo incorrecto, de lo conveniente y lo inconveniente (Malamud 2004: 232).

La adopción por parte de los ciudadanos de esta ideología impuesta se verifica a través de la convicción referida a no disponer de mejores opciones que las que propone el Estado, aunque otras se encuentren disponibles. De esta manera, el Estado ejerce ese poder estructural al tomar ventaja del alto grado de desinformación popular, de la manipulación en la descripción de los acontecimientos y de las creencias que se obtienen como resultado de la conjunción

28 Al respecto, puede verse la excelente exposición de Ambos en Ambos (2005: 149 y ss.; y 466 y ss.).

de las dos primeras. El poder estructural es entonces «incompatible con la autonomía en un sentido más sutil: opera como un límite subrepticio respecto a nuestra comprensión sobre nuestras opciones reales y nuestra habilidad para alcanzar nuestros fines» (Malamud 2004: 232). El poder estructural constituye el fundamento en la adopción de discursos legitimantes; así, el que el Estado asuma medidas destinadas al «combate de la amenaza comunista», a «la protección de la unidad nacional» o a la «lucha contra bandas criminales», encuentran aceptación en grandes sectores de la sociedad, por considerarlos legítimos y necesarios. Finalmente, las técnicas de neutralización son un importante elemento teórico que permite entender de manera más profunda a la macrocriminalidad, particularmente, la vinculación entre los perpetradores del hecho (subordinados) y el plano dirigente (superiores jerárquicos).

Como explica Neubacher, estas técnicas ofrecen una explicación de cómo son posibles tan terribles crímenes, asimismo, de cómo ciudadanos ordinarios se pueden involucrar en ellos sin sentirse culpables (2006: 798). En ese sentido, aunque el Estado ofrece y ordena las técnicas de neutralización, depende del individuo mismo el asumirlas como propias y recurrir a ellas como mecanismo de justificación para sus actos. Evidentemente, las técnicas de neutralización no pueden constituirse como mecanismos de justificación o exculpación en el sentido legal; sino que, más bien, permiten hacer visible la contribución del individuo (Neubacher 2006: 799).

4.4. Diferenciación con otras formas de criminalidad

Habiendo arribado a este punto en la investigación, se debe afirmar que hasta ahora se ha pretendido desarrollar en extenso el contenido del concepto de macrocriminalidad. Sin embargo, para realizar un estudio completo sobre el fenómeno en cuestión, es vital; primero, reconocer aquellos elementos que caracterizan a la macrocriminalidad y que la hacen singular con respecto a cualquier otra forma de criminalidad; segundo, habiendo reconocido aquellos elementos, confrontar a la macrocriminalidad con las formas normales y formas especiales de criminalidad; y, finalmente, analizar el contenido de otros conceptos esbozados por la doctrina que, a primera vista, podrían resultar afines.

Esta aspiración de delimitación del concepto, sin embargo, puede evidenciarse como una tarea compleja, debido básicamente a la permanente interconexión entre las diversas formas de criminalidad contemporánea, la cual difumina las fronteras de cada una de las modalidades fenomenológicas que en el ámbito teórico se podría identificar con precisión.²⁹

4.4.1. Criterios cuantitativos y cualitativos que definen el fenómeno

Una vez más, se deja en claro que el término «macrocriminalidad» es, desde la perspectiva que se desarrolla en la presente investigación, la más adecuada denominación, no solo por su precisión terminológica, sino también por la síntesis de elementos que se reúnen bajo el concepto. De esta manera, se reafirma aquí que la macrocriminalidad, a diferencia de cualquier

²⁹ Aquí se alude a los escenarios en los que, reconociéndose la existencia del fenómeno de la macrocriminalidad, coexisten junto a él otros fenómenos como la corrupción política o de funcionarios públicos o, por ejemplo, en el aseguramiento de la impunidad por parte del Estado a los hechos cometidos por grandes compañías transnacionales de férreo poder económico.

otra forma de criminalidad, se ubica claramente en un plano superior debido básicamente a «criterios cuantitativos como [...] a criterios cualitativos» (Herzog 2008: 2). La diferenciación es cuantitativa por cuanto la macrocriminalidad, a partir de todo lo expuesto, supone una afección colectiva; es decir, los sucesos delictivos que aquel fenómeno comprende deberán orientarse a la exclusión fundamental de un grupo (de naturaleza nacional, racial, religioso, política, etcétera) y, con ello, a la búsqueda de una anulación radical de su capacidad (subjetividad colectiva) para existir como sujeto que pueda relacionarse en el ámbito jurídico-internacional (Landa Gorostiza 2004: 86).

Esta perspectiva que consiste en la negación existencial del colectivo es útil en tanto criterio delimitador que permite discriminar conductas que, al no alcanzar tales magnitudes, no ostentan la misma gravedad. En ese sentido, como afirma con acierto Herzog, si los hechos realizados en un contexto macrocriminal se reunieran en una «estadística criminal mundial, entonces lo que podríamos llamar como criminalidad normal pasaría claramente a un segundo plano [...]» (2008: 2). Por otro lado, la diferenciación es también cualitativa, ya que en la macrocriminalidad el Estado deja de lado aquel rol orientado a garantizar los derechos de los ciudadanos o a combatir la delincuencia individual u organizada para constituirse en el principal protagonista de la vulneración de intereses comunes y convertirse en el más activo participante de la trasgresión de derechos y garantías que originalmente está llamado a resguardar.

Así, se hace evidente la importancia del elemento político en la configuración de tales hechos y la significación de la utilización de aparatos organizados de poder que permitan fundamentar el carácter estructural de tales sucesos lesivos. Al respecto, Ambos afirma que la macrocriminalidad alude a «macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional» (Herzog 2008: 2), por lo que es preciso sostener que la macrocriminalidad comprende aquellas actividades realizadas bajo el amparo del Estado y «clarificadas a través del aditamento de lo político» (Ambos 2005: 45).

Ahora, es importante considerar además, tomando en cuenta una concepción amplia de macrocriminalidad, que aquellos grupos no estatales que cometen hechos de relevancia para el derecho internacional estarían también incluidos dentro del fenómeno. Como afirma Ambos, «la existencia fáctica de grupos no estatales que cometan crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo a favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad» (Ambos 2005: 46). Se considera entonces que, por extensión, la macrocriminalidad no solo puede ser un fenómeno que encuentre al Estado como principal protagonista de la violación de derechos e intereses de trascendencia internacional, sino que reconoce también que actores no estatales cometan hechos delictivos internacionalmente relevantes, debido fundamentalmente a las características particulares de estos grupos (Salmón 2004: 84 y ss.).

Aquí, sin embargo, no se incidirá en esta comprensión más extensa de macrocriminalidad, ya que solo se busca analizar las conductas criminales que son organizadas, fomentadas, promovidas y fortalecidas por el Estado. Así las cosas, es posible reconocer criterios cuantitativos y cualitativos con los cuales entender los alcances del fenómeno de la macrocriminalidad y delimitar sus contornos, de tal manera que se la pueda diferenciar de otras manifestaciones de criminalidad existentes. En lo que sigue, se profundizará en aquella delimitación haciendo referencia a las *formas normales* y las *formas especiales* de criminalidad (Ambos 2005: 44).

4.4.2. Diferenciación con las formas normales y formas especiales de criminalidad

La diferenciación entre macrocriminalidad y las denominadas *formas normales* de criminalidad constituye no solo la delimitación menos complicada, sino también el primer paso que se debe dar con relación a una diferenciación entre el fenómeno de la macrocriminalidad y otras alternativas propuestas por la doctrina (Van Sliedgert 2003: 5). Esto es así debido a que en las formas normales de criminalidad no se encuentra presente el *factor estatal*, es decir, el criterio de la participación activa del Estado en la materialización de los hechos delictivos no existe en el presente supuesto. Las formas normales de criminalidad son aquellas manifestaciones delictivas cotidianas realizadas por individuos de manera individual o colectiva (aunque a pequeña escala), combatidas normalmente por una legislación penal como expresión de la autoridad del Estado.

Así, por ejemplo: un homicidio por «ajuste de cuentas», el secuestro de algún importante representante del sector económico a cargo de una banda criminal, la violación sexual de un menor de edad por parte de un pariente cercano o persona encargada de su cuidado, la defraudación tributaria acompañada de la correspondiente falsificación de documentos que se pueda realizar en el marco de una empresa; todos estos supuestos de hecho tienen en común que su existencia parte de la voluntad misma de uno o más individuos particulares, que son en la mayoría de veces los mismos que la concretizan, y que actúan con conocimiento del contexto en el que se encuentran y de las consecuencias de su comportamiento y sin contar, además, con algún tipo de causa de justificación o exculpación como elementos a los cuales recurrir para una valoración jurídica integral de su conducta.

En todos estos supuestos es el Estado quien interviene a través de sus instituciones para la investigación, procesamiento, juzgamiento y atribución de una determinada y proporcional sanción por los hechos cometidos, con lo que el poder público no se ve en ningún momento involucrado en la preparación, puesta en marcha o encubrimiento de los hechos delictivos, sino que ejerce sus posibilidades legales —acordes con los parámetros establecidos por la Constitución e instrumentos supranacionales aplicables— para establecer la responsabilidad penal de los intervinientes en los sucesos criminales.

Las *formas especiales* de criminalidad suponen una manifestación esencialmente más compleja, la cual obedece a las características propias del vigente espacio mundial. En efecto, las organizaciones criminales que en su origen se consideraban una cuestión de orden interno de los Estados, se caracterizan en la actualidad por poseer una dimensión internacional que dificulta cualquier intención de combate eficaz. Debido a estas condiciones específicas, la cooperación internacional se ha vuelto un elemento crucial para el combate de este fenómeno. Estas formas especiales de criminalidad destacan porque las llevan a cabo grupos delictivos organizados, es decir, colectivos con vocación de permanencia y que actúen concertadamente para la comisión de uno o varios delitos considerados «graves» y cuya finalidad directa o indirecta es obtener beneficios económicos u otros de orden material.³⁰ El lavado de activos, el tráfico de personas con fines de explotación sexual, el tráfico de drogas, el tráfico de armas y explosivos, el tráfico de bienes procedentes de sustracción (obras de arte, vehículos, etcétera), la corrupción (cohechos a funcionarios públicos, fraude de subvenciones, etcétera), la falsificación de moneda, la inmigración ilegal, la delincuencia informática, los delitos contra el medio ambiente; todos ellos, por su inherente condición de sucesos organizados, pueden incluirse dentro de la categoría que en estas líneas se intenta explicar.

³⁰ Véase Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 2.

Finalmente, se debe tener en claro que a pesar de que los sucesos criminales citados pueden tener un amplio alcance, no pueden ser comparables o vinculados a los sucesos que se pretenden señalar aquí como macrocriminales; por lo tanto, aquí se rechaza la idea de extender el concepto de macrocriminalidad de tal manera que incluya a todas las amenazas criminales de gran dimensión (Ambos 2005: 45). Así, fenómenos como el terrorismo o la criminalidad económica, a pesar de estar constituidas en la actualidad por organizaciones de gran trascendencia y cuya lesividad en los hechos que origina posee un alcance que traspasa fronteras, no llega a tener, *cualitativamente*, el carácter de macrocriminal por la ausencia del trascendental elemento del poder público en la posibilidad y determinación de los delitos.

4.4.3. Especial delimitación con el concepto de terrorismo de Estado

Un amplio sector de la doctrina hace uso del concepto de *terrorismo de Estado* para referirse de alguna manera al fenómeno que aquí se estudia.³¹ Como puede presumirse, el terrorismo de Estado supone la existencia de un Estado en cuyo seno se llevan a cabo actividades que producen terror, por lo que su poder se fundamenta en la simple y pura violencia contra la población, ejercida a través de, por ejemplo, secuestros, torturas y asesinatos. Este concepto se vincula al ejercicio dictatorial del poder por medio de las fuerzas militares, policiales y/o por la recurrencia intensa de actividades programadas de organizaciones paramilitares. Pues bien, teniendo en cuenta ello, debe afirmarse que el concepto de terrorismo de Estado es, desde la perspectiva de esta investigación, equívoco, ya que con aquel se pretende extender la categoría de terrorismo a un contexto en el que no es propio, desvirtuando de esta manera su naturaleza conceptual.

Para explicar esta posición, se debe hacer una referencia obligatoria a lo que es el terrorismo, y aunque a pesar de que en el ámbito del derecho internacional aún no se logra establecer una conceptualización definitiva (CIDH 2002: párrafo 15), ciertas actividades han sido reconocidas como propias del fenómeno: la toma de rehenes, el secuestro y la destrucción de aeronaves civiles, los ataques contra la vida, integridad física o libertad de personas internacionalmente protegidas, y los actos o las amenazas de violencia a la población civil en el marco de conflictos armados (CIDH 2002: párrafo 15).

La Organización de Naciones Unidas ha esbozado la siguiente definición práctica de terrorismo: «[aquellos] actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos».³² Pues bien, el terrorismo es, como se señala en la definición citada, un recurso político (López 2002: 55), cuya especificidad se encuentra, indudablemente, en estar compuesto por acciones humanas que producen terror (López 2002: 53).

Además de este elemento fundamental, existen otros caracteres que configuran los contornos del concepto, como los siguientes: que el terrorismo despliega sus acciones en contra

31 Por ejemplo, en el ámbito de la filosofía del derecho, véase López Calera (2002: 53). En el ámbito jurídico-penal, véase Llobet Anglís (2008: 86 y ss.).

32 Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, del 17 de febrero de 1995, artículo 3.

de los derechos fundamentales (vida, libertad y propiedad), que lo hace a través de la recurrencia a una violencia indiscriminada sobre una población (produciéndose una instrumentalización de las personas para conseguir fines políticos (Llobet 2008: 47) y que no demuestra ningún tipo de respeto a los principios básicos que determinan un Estado democrático de derecho.

Tomando estos elementos, se llega a la equivocada conclusión de que el terrorismo no es propiedad exclusiva de grupos organizados de individuos ajenos a cualquier institución de naturaleza estatal, sino que también el Estado puede asumir la dirección de conductas que se subsumen en aquel concepto, por cuanto «estos pueden también actuar en contra de los derechos fundamentales, con una violencia indiscriminada y sin respeto de los principios básicos de un Estado democrático de Derecho» (López 2002: 57).

Aquí se considera que el análisis presentado, aunque importante, resulta todavía *parcial*, por lo que se hace necesario mencionar cuestiones más profundas sobre el fenómeno materia de análisis. Esto permitirá establecer lineamientos para dejar de lado el —desde nuestro punto de vista erróneo— concepto de *terrorismo de Estado*. Indudablemente, un Estado puede recurrir también a medios caracterizados por la utilización de métodos de violencia y destrucción sistemática y masiva (si no se aceptara esto, la presente obra no tendría sentido alguno). Sin embargo, cuando este sea el caso, el Estado lo hará con el objetivo de mantener su hegemonía política (por ejemplo, a través de la represión de los grupos de oposición o de la desaparición de todos los enemigos políticos para que la cúpula dirigente mantenga el poder y aplique los programas políticos —de corte autoritario— que considere pertinente). Este escenario debe distinguirse de la idea que aquí se propone: que el terrorismo se caracteriza por utilizarse contra un Gobierno con el objetivo de destruir sus estructuras políticas y económicas y, eventualmente, derribarlo (Cancio 2009: 74).

Así, el elemento definitivo del terrorismo —por lo menos desde una perspectiva de fondo— es que se lleva a cabo contra un Gobierno o conjunto de ellos.³³ Con respecto a esto, se debe señalar que el terrorismo apunta a generar altos grados de zozobra, desconcierto y terror, de tal manera que mientras más altos sean estos niveles, mayor trascendencia tendrán los actos de los grupos u organizaciones que lo provocan, logrando estos su objetivo de crear un estado de terror, el cual se encargan de reivindicar. En un supuesto terrorismo de Estado las cosas son diferentes, por cuanto el público al que se busca atemorizar es *focalizado* (grupos políticos de oposición, grupos étnicos, minorías religiosas, agrupaciones revolucionarias o propiamente terroristas), o en todo caso, no tiene la misma extensión que en el terrorismo (donde mientras más extenso sea el terror causado, mejor será para los intereses del grupo encargado de llevar a cabo tales actividades criminales). Entonces, por ejemplo, mientras que en la macrocriminalidad la violencia se dirige hacia un objetivo específico; en el terrorismo los hechos que alteran la tranquilidad pública y la paz social se dirigen a un objetivo genérico o aleatorio.

Con respecto a la reivindicación del hecho producido, en el terrorismo los grupos u organizaciones que despliegan el terror y que realizan conductas criminales, las reivindicán posteriormente de manera directa, al ser esto parte esencial de su estrategia política. En un supuesto terrorismo de Estado esto no sucede, debido a que los hechos cometidos por los agentes de organizaciones estatales buscan ser en todo momento mantenidos en la clandestinidad, y en el caso de que trasciendan al conocimiento público, el afán obstruccionista

33 Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N.º 005-2001-AI/TC, Sentencia del 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico n.º 2, párrafos 16 y 17.

del poder ejecutivo se manifiesta en el sistema penal nacional que intenta hacer frente a esas conductas (Faraldo 2003: 235). Por otro lado, el Estado, al ser sujeto de derecho internacional, al reivindicar directamente la comisión masiva y sistemática de crímenes estaría atrayendo la atención de la comunidad internacional, la que podría efectivizar los mecanismos contemplados en los diversos instrumentos internacionales aplicables en un contexto como el descrito, con lo que se afectarían los intereses de las cúpulas políticas dirigentes del Estado criminal.

Por esto, el *terrorismo de Estado* es, en realidad, un término incorrecto: algo tan trascendental para el terrorismo como es la reivindicación de sus actos como medio para expandir la incertidumbre y zozobra, no sucede en el terrorismo de Estado, que pretendiendo ser una subclase de aquel, no cumple con aquella característica trascendental. Con todo, la macrocriminalidad parece ser la categoría precisa para estos hechos pues, en un contexto como este, los Estados recurren a discursos legitimantes que provocan aceptación en un gran sector de la población, de tal manera que, en caso de que algún hecho relacionado con el asesinato masivo y sistemático de un grupo étnico determinado, o la persecución de un concreto grupo político disidente, trascienda al conocimiento público, existirá un importante respaldo social y político— que favorezca a los intereses de los dirigentes del Estado.

Finalmente, los actos de los Gobiernos que se califican como terrorismo de Estado (torturas, secuestros, ejecuciones extrajudiciales, etcétera) son crímenes llevados a cabo por agentes del Estado que se fundamentan en una razón de Estado o, en otras palabras, son finalmente crímenes internacionales (Lamarca 1986: 34). Así, por ejemplo, los delitos cometidos por las dictaduras chilena y argentina, desde un punto de vista jurídico, no deberían calificarse como *terroristas* —aunque aquellos regímenes hayan utilizado sus métodos—, sino como crímenes de derecho internacional (Llobet 2008: 89).³⁴ En efecto, aquellos *actos terroristas* que cometan los agentes del Estado se considerarán, en tiempos de paz, crímenes contra la humanidad o genocidio o, en tiempos de guerra, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio. En definitiva, si los sucesos delictivos que interesan al derecho internacional parten precisamente del ejercicio irregular de la violencia que de manera legítima ostenta el Estado, tal ejercicio encuentra ya una valoración jurídica completa en los tipos penales contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que denominar a tales hechos con el calificativo de *terrorismo de Estado*, aparte de ser erróneo, es ineficaz, pues los hechos cometidos por los agentes del Estado no se podrán subsumir en la legislación penal interna que únicamente contempla el terrorismo no institucional.

5. Conclusiones

- a) Aunque la macrocriminalidad no es un fenómeno nuevo en la realidad, hasta ahora no ha sido abordado cabalmente por la criminología ni por la dogmática penal. La macrocriminalidad ostenta como trasfondo fáctico la existencia de intensos conflictos sociales, étnicos, religiosos o políticos (es decir, una situación excepcional socioestatal de índole criminógena) que dan pie a que el Estado —sobre todo uno con débiles bases democráticas— recurra a medidas basadas en la fuerza, violencia y represión; ya sea a través de medios institucionales (Fuerzas Armadas, cuerpos de Seguridad del Estado) o

³⁴ La autora señala que «dominación mediante el terror y terrorismo constituyen fenómenos distintos, aunque ambos muy graves».

- por medios externos que, compartiendo el objetivo del Estado, reciben el respaldo de este (grupos paramilitares).
- b) La internacionalización del derecho penal se da a conocer, especialmente, con el desarrollo del DPI, es decir, a través de la tipificación de los core crimes o crímenes nucleares que fundamentan una punibilidad jurídico-internacional autónoma, cobrando vigencia así el principio de responsabilidad penal individual directa conforme al derecho internacional. De esta manera, los crímenes de derecho internacional suponen preceptos cuya vulneración desencadena una responsabilidad internacional individual concebida como institución autónoma de la responsabilidad internacional del Estado (del cual los mismos individuos pueden ser órganos).
- c) La macrocriminalidad, como señala Jäger, «es la criminalidad de los grandes colectivos, de aparatos de poder estatales y de sistemas de injusto de carácter político» (Jäger 1998: 129). Así, este fenómeno precisa de actos que generalmente requieren de medios e instrumentos emanados del poder público. Por esto, los sucesos lesivos que engloba aquel concepto pueden calificarse como hechos ilícitos internacionales atribuibles al Estado. Sin embargo, los mismos acontecimientos delictivos son de interés complementario del DPI, pues aunque se reconozca una importante contribución de carácter estatal, no se debe dejar de tener presente la idea fundamental de que son finalmente los individuos —ubicados en las estructuras del aparato estatal o de la organización amparada por el Estado— quienes planifican, dirigen y ejecutan tales hechos y por ello deberán responder penalmente.
- d) De lo desarrollado, el concepto de macrocriminalidad ostenta en sus contornos características definitivas como la recurrente y activa participación del Estado en los sucesos delictivos; la organización y planeamiento de los hechos en las instancias superiores del aparato estatal en coordinación con las instancias medianas y bajas; la sistematicidad en la realización de los hechos; la recurrencia a la crueldad en la realización de los crímenes; pluralidad de autores; diversidad de móviles empleados e indefensión de las víctimas como propios miembros del Estado. Cabe señalar que la comisión de los crímenes reconocidos por el derecho internacional son cometidos en un contexto funcional complejo, precisamente, por la concurrencia de una estructura organizada o aparato de poder del que se sirven los individuos en el fenómeno de la macrocriminalidad.
- e) Estamos de acuerdo con Jäger con la afirmación de que el carácter colectivo de los crímenes no debe suponer la insuficiencia del derecho penal edificado sobre la base del injusto individual, ya que solo el análisis de la conducta individual pone en evidencia la dimensión personal de los «macroeventos destructivos» (Jäger 1998: 138). Pues bien, el carácter colectivo de los crímenes repercute tanto en el ámbito del injusto como en la culpabilidad, lo cual debe conducir a indagar críticamente sobre los aspectos objetivos del hecho colectivo (especialmente, lo referido a la intervención delictiva) y los aspectos subjetivo-individuales (sobre todo, lo referido a si las técnicas de neutralización —que reducen las inhibiciones y límites morales, haciendo posible el delito— deben traducirse, ya en lenguaje dogmático-penal, en la admisión de la exclusión de la culpabilidad o, como mínimo, en una atenuación de esta).

En todo caso, como bien señala Jäger, las indagaciones sobre el injusto individual en el contexto colectivo o sobre la imputabilidad personal, al suponer problemas jurídico-penales, no suponen un obstáculo para la investigación criminológica de los hechos colectivos.

- f) La macrocriminalidad, como fenómeno analizado por la criminología, debe ser previa a la decisión político-criminal y no al revés.³⁵ El hecho de que la configuración típica de los crímenes de derecho internacional (especialmente, el genocidio o los crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional) no cuente con elementos como la «estructura colectiva organizada» o el «plan político estatal o de la organización» no debe suponer la ineficacia del concepto de macrocriminalidad como escenario fenomenológico subyacente al acontecimiento de tales acontecimientos lesivos. La macrocriminalidad, como fenómeno, expresa un concepto mínimo irreductible frente a la definición de los acontecimientos destructivos de trascendencia para el ámbito internacional, sin que ello suponga necesariamente que, en el ámbito político-criminal, se incluyan otros aspectos (como la posibilidad de que los crímenes contra la humanidad puedan llevarse a cabo en el seno de organizaciones no estatales) o se realicen específicas limitaciones típicas (como que en el crimen de genocidio no se incluya como elemento objetivo del tipo la existencia de una política o la concurrencia de una estructura estatal u organización a la que pertenece el sujeto activo). Pensamos que no resulta necesario ampliar el concepto de macrocriminalidad para abarcar la actuación de entidades no estatales, ya que si convencionalmente o jurisprudencialmente se admite la posibilidad de que los crímenes de derecho internacional se cometan en su seno, ello será para impedir que la impunidad favorezca a sujetos que cometieron crímenes perteneciendo a organizaciones no estatales que poseen un potencial destructivo equiparable a las de carácter estatal. Asimismo, la macrocriminalidad, en sentido restringido, ostenta utilidad en determinar cuándo un acontecimiento lesivo de gran magnitud afecta o conmueve el ámbito internacional —y, por consiguiente, merece un tratamiento diferenciado y un mayor castigo por parte de la comunidad internacional—; esto es, hará posible distinguir entre crímenes internacionales y meras violaciones de derechos humanos (condenables también, pero llamadas a ser resueltas en la jurisdicción nacional).
- g) La macrocriminalidad no debe confundirse con cualquier manifestación de la criminalidad en grandes dimensiones. Existen diferencias cualitativas y cuantitativas con las formas de criminalidad normales y especiales, debido básicamente al rol determinante que juega el Estado en el fenómeno objeto de estudio. Asimismo, la macrocriminalidad debe alejarse del concepto de terrorismo de Estado pues este último es incorrecto (ya que pretende extender la categoría de terrorismo a un contexto en el que no es propio, desvirtuando así su naturaleza conceptual).
- h) Finalmente, los argumentos expuestos en la presente investigación constituyen un escrupuloso intento por sistematizar una serie de elementos extraídos de la fenomenología propia de aquellos escenarios en los que el Estado desempeña un papel crucial en la realización de crímenes relevantes para el orden público internacional, tanto en la etapa de planeamiento, de facilitación de medios, de materialización de los hechos y de encubrimiento de los responsables a través de mecanismos legales o judiciales. Todas estas instancias pertenecen a lo que aquí se ha denominado *macrocriminalidad*, concepto que, a la vez, permite calificar aquellos escenarios en los que, por presentar situaciones excepcionales socioestatales de índole criminógena, se constituyen como los más nocivos para la vigencia de los derechos humanos. Debe mencionarse que nuestro país, junto a

35 Sobre las relaciones entre la criminología y la política-criminal, véase Zúñiga (2000: 131 y ss.).

algunos otros del orbe (como Chile y Argentina, por mencionar solo algunos), hasta hace unos años fue testigo de una serie de eventos execrables y oprobiosos, que han dado lugar a una serie de investigaciones judiciales que, en el mejor de los casos, permitieron la imposición de severas condenas a los responsables. Siendo esto así, los funestos hechos del pasado deben necesariamente servir de base —frente al futuro— para la generación de ideas y la plasmación de estas en conceptos que resulten de utilidad para una apropiada e idónea comprensión de los más graves fenómenos delictivos que evidentemente deben combatirse desde varios frentes (político-criminal, dogmático, procesal, etcétera). En ese sentido, pensamos que el concepto de macrocriminalidad resulta de utilidad para verificar con precisión determinadas características político-sociales que permitan interpretar una realidad socioestatal conflictiva, en la que a pesar de la compleja actuación colectiva, organizada y sistemática de los perpetradores, los imperativos de la justicia no logran desvanecerse, pues el interés último en el desarrollo de los alcances del concepto de macrocriminalidad consiste en la fundamentación de la responsabilidad penal de aquellos perpetradores, para evitar así que sus hechos se amparen en la impunidad.

6. Bibliografía

ALPACA, Alfredo

2010 *Acerca de la teoría de la empresa criminal conjunta como mecanismos de imputación a superiores jerárquicos en escenarios macrocriminales según la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

AMBOS, Kai

2007a «Derechos humanos y derecho penal internacional». En AMBOS, Kai 2007b: 21-44.

2007b *Estudios de derecho penal internacional*. Lima: IDEMSA.

2007c «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial». Traducción de José Santos. En AMBOS, Kai 2007b: 71-95.

2006 *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons.

2005 *La parte general del derecho penal internacional: bases para una moderna elaboración dogmática*. Traducción de Ezequiel Malarino. Montevideo: Duncker & Humblot y Fundación Konrad-Adenauer.

AMBOS, Kai y Christian STEINER

2006 «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional». Traducción de Marta Donís. En AMBOS Kai 2006: 59-77.

AMBOS, Kai e Iván MEINI (eds.)

2010 *La autoría mediata*. Lima: Ara Editores.

- AMBOS, Kai y María Laura BÖHM
2011 «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la "intención de destruir"». En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y europeo*. Lima: Grijley, pp. 114-145.
- BACA, Laura
2000 *Léxico de la política*. México D. F.: Fondo Editorial de Cultura Económica.
- BACIGALUPO, Enrique
1999 *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARATTA, Alessandro
2004 *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- BASSIOUNI, M. Cherif
1999 *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2.^a ed. La Haya: Kluwer Law International.
- BLANCAS, Carlos y otros
1999 *Derecho constitucional general: selección de lecturas de derecho constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BOGDAN, Attila
2006 «Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the Ad Hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia». *International Criminal Law Review*, número 6, pp. 63-120.
- BOISTER, Neil
2003 «Transnational Criminal Law?». *European Journal of International Law*, volumen 14, número 5, pp. 953-976.
- BURKHARDT, Sven-U
2005 *Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Sexualisierte Gewalt, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht*. Münster: Lit Verlag.
- CANCIO, Manuel
2009 «Los límites de una regulación maximalista: el delito de colaboración con organización terrorista en el Código penal español». CUERDA, Antonio y Francisco JIMENEZ (directores). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, pp. 73-98.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL
2008 *Amicus Curiae para Corte Suprema de la Nación. Sala Penal Especial. Expediente A.V. 19-2001 (Acumulado A.V. 45-2003)*. Nueva York.

CHANAMÉ, Raúl

2007 *Diccionario de ciencia política*. Lima: Importadores.

CLINICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

2008 *Informe en derecho. La autoría mediata por dominio de organización: una perspectiva fáctica-normativa*. Lima.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2002 *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. Washington D. C.

CUERDA, Antonio y Francisco JIMÉNEZ (dirs.)

2009 *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

FARALDO, Patricia

2003 *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERRAJOLI, Luigi

2005 «Criminalidad y globalización». *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, número 1, pp. 71-88.

FLETCHER, George

2007 *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International*. Volumen 1: Foundations. Oxford: Oxford University Press.

FLETCHER, George y Jens OHLIN

2005 «Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case». *Journal of International Criminal Justice*, volumen 3, número 3, pp. 539-561.

GARCÍA, Víctor

2005 *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Lima: Palestra Editores.

HAAN, Verena

2008 *Joint Criminal Enterprise. Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.

HASSEMER, Winfried

2004 «Criminalidad estatal reforzada como materia de la jurisprudencia (Fundamentos de las sentencias "Guardianes del muro" del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Federal)». Traducción de David García. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 8, pp. 223-249. Consulta: 30 de octubre de 2008. <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_223.pdf>

HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ

1989 *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

HERZOG, Félix

2008 «¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal en la criminalidad estatal». Traducción de Claudia Cárdenas. *Política Criminal*, número 5. Consulta: 1 de noviembre de 2008.
<http://www.politicacriminal.cl/n_05/D_1_5.pdf>

HIRSCH, Hans

2006 «Internacionalización del derecho penal y de la ciencia del derecho penal. Ciencia del derecho penal nacional y universal». *Revista Penal*, número 17, pp. 166-176.

JÄGER, Herbert

1998 «Ist Politik kriminalisierbar?». En LÜDERSSEN, Klaus (ed.). *Aufgeklärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Tomo III: Makrodelinquenz. Baden-Baden: Nomos, pp. 121-138.

1989 *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

JESCHECK, Hans-Heinrich

2001 «El Tribunal Penal Internacional». Traducción de María José Pifarré de Moner. *Revista Penal*, número 8, pp. 53-59.

KELMAN, Herbert y Lee HAMILTON

1989 *Crimes of Obedience. Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility*. New Haven: Yale University Press.

LAMARCA, Carmen

1986 *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

LAMPE, Ernst-Joachim

2003a «Injusto de sistema y sistemas de injusto». Traducción de Carlos Gómez-Jara. En LAMPE, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídica penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley, pp. 97-179.

2003b *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley.

LANDA, Jon-Mirena

2004 «El “nuevo” crimen de lesa humanidad: una primera aproximación». *Revista Penal*, número 14, pp. 70-90.

LIROLA, Isabel y Magdalena MARTÍN

2001 *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel.

LLOBET, Mariona

- 2008 *Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*. Tesis de doctorado en Derecho. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. Consulta: 2 de abril de 2013.
<<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7307/tmll.pdf?sequence=1>>

LÓPEZ, Nicolás

- 2002 «El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?». *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 19, pp. 51-72.

MAIHOFER, Werner

- 2008 *Estado de derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán. Montevideo: B de F.

MALAMUD, Jaime

- 2004 *El poder en el terrorismo de Estado. Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.

MALJEVIĆ, Almir

- 2011 «*Participation in a Criminal Organisation*» and «*Conspiracy*». *Different Legal Models Against Criminal Collectives*. Berlín: Duncker & Humblot.

MANSDÖRFER, Marco

- 2007 «Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo». Traducción de Nuria Pastor y Ricardo Robles. *Dret*, volumen 5, número 4, pp. 1-23. Consulta: 10 de marzo de 2009.
<http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf>

MAYNTZ, Renate

- 1982 *Sociología de la organización*. Madrid: Alianza Editorial.

MEINI, Iván

- 2008 *El dominio de la organización en derecho penal*. Lima: Palestra Editores.

MIR PUIG, Santiago

- 2002 *Manual de derecho penal: parte general*. Sexta edición. Barcelona: Reppertor.

MONTOYA, Yván

- 2012 «Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú». En QUINTEROS Víctor Manuel (ed.). *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, pp. 21-61.

2010

- «La imputación de responsabilidad individual en comportamientos macrocriminales». En QUINTEROS Víctor Manuel (coord.). *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. Lima: IDEHPUCP, pp. 79-87.

- 2003 «Crímenes de lesa humanidad y juicio justo. La responsabilidad de agentes del Estado por graves violaciones a los derechos humanos en el Perú». Páginas, volumen 28, número 184, pp. 24-33.
- NAUCKE, Wolfgang
1996 *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- NEUBACHER, Frank
2006 «How It Can Happen that Horrendous State Crimes Are Perpetrated? An Overview of Criminological Theories». *Journal of International Criminal Justice*, volumen 4, número 4, pp. 787-799.
2005 *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- OSIEL, Mark
2009 *Making Sense of Mass Atrocity*. Nueva York: Cambridge University Press.
- PARIONA, Raúl
2009 *Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*. Lima: Grijley.
- PÉREZ, Ana
2005 «Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso». *Revista Penal*, número 15, pp. 105-136.
- ROXIN, Claus
2000 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello y Luis Serrano. Madrid: Marcial Pons.
1997 *Derecho penal parte general*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego Luzón-Peña, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
1963 «Straftaten im Rahmen organisatorische Machtapparate». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, número 113, pp. 193-207.
- SALMÓN, Elizabeth
2004 «El reconocimiento del conflicto armado en el Perú. La inserción del derecho internacional humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional». *Derecho PUCP*, número 57, pp. 79-102.
- SCHABAS, William
2008 «State Policy as an Element of International Crimes». *The Journal of Criminal Law and Criminology*, volumen 98, número 3, pp. 953-982.

SEELMANN, Kurt

- 2002 «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias». Traducción de Percy García. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, número 3, pp. 351-369.

SPINELLIS, Dionysios

- 2001 «Criminalidad estatal, criminalidad del sistema y derecho penal». En ARROYO Luis e BERDUGO Ignacio (dirs.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 683-698. Consulta: 1 de noviembre de 2008.
<http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/criminalidad%20estatal,%20criminalidad%20del%20sistema%20y%20derecho%20penal.pdf>

TALLGREN, Immi

- 2002 «The Sensibility and Sense of International Criminal Law». *European Journal of International Law*, volumen 13, número 3, pp. 561-595.

VAN SLIEDREGT, Elies

- 2003 *The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of International Humanitarian Law*. La Haya: Asser Press.

VAN WEEZEL, Alex

- 2006 «Problemas de imputación al tipo penal en crímenes contra la humanidad». *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, número 7, pp. 167-178.

VEST, Hans

- 2007 «A Structure-Based Concept of Genocidal Intent». *Journal of International Criminal Justice*, volumen 5, número 4, pp. 1-17.
- 2002 *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- 2001 «Humanitätsverbrechen - Herausforderung für Individualstrafrecht?». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, número 113, pp. 457-498.

VILLAVICENCIO, Felipe

- 2010 «Autoría mediata por dominio de organización: el caso Fujimori». *Investigaciones*, año XIV, número 1, pp. 33-44.

WERLE, Gerhard

- 2005 *Tratado de derecho penal internacional*. Traducción de Claudia Cárdenas. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ZAFFARONI, Eugenio

- 2007 «El crimen de Estado como objeto de la criminología». En GARCÍA, Sergio y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal*.

Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 19-34.

ZÚÑIGA, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.* Granada: Comares.

2000 *Política criminal.* Madrid: Colex.

SECCIÓN III
DERECHO CONSTITUCIONAL



¿EXISTEN DIFERENCIAS EN LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS CIVILES Y LOS DERECHOS SOCIALES? UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS CIVILES Y DERECHOS SOCIALES A LA LUZ DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Heber Joel Campos Bernal

Magister en Ciencias Políticas y Gobierno, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y asesor principal de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú

Categoría Profesores

A Julieta, la luz de todos mis días

Los derechos sociales han sido tradicionalmente relegados a una posición secundaria. Se considera que su exigibilidad no puede ser inmediata, sino progresiva o periódica, debido a los gastos que acarrearán. En ese entendido, se los opone a los derechos civiles y políticos que, precisamente por demandar obligaciones de no hacer por parte del Estado, pueden ser garantizados directamente. En el presente trabajo se cuestiona esta perspectiva y se plantea que la exigibilidad de los derechos civiles y sociales no depende de su costo económico, sino de las prioridades que asuma el Estado en cuanto a su protección. La distinción entre ambos tipos de derechos tiene sentido si se la piensa en clave histórica, pero no desde una perspectiva constitucional. Al final, es posible concluir que lo que distingue a estas dos categorías es una razón política, por lo que urge llamar la atención sobre las consecuencias de una lectura *débil* de estos derechos; la que afecta, sobre todo, a los sectores más aventajados de la sociedad.

Parte I:

Clases de paradigmas de exigibilidad de los derechos sociales: ¿Existen realmente diferencias entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales?

En realidad, la afirmación de que las únicas libertades verdaderas son el derecho de propiedad y la libertad de contrato a veces llega casi a ser una forma de separatismo blanco: en lugar de programas para ayudar a los niños a desempeñarse mejor en la escuela habría que construir más cárceles. En vez de implementar una política de inclusión deberíamos parapetarnos en comunidades amuralladas.

Cass Sunstein y Stephen Holmes. *El costo de los derechos*

1.1. La exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales

La exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales es de larga data. Se remonta a mediados del siglo XX (Baldassarre 2004: 25 y ss.), en su versión más reciente, en la que se discuten, por ejemplo, los alcances de la división acuñada por la doctrina constitucional de derechos de primera y segunda generación según la cual los derechos de primera generación son los derechos civiles, reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECP), y los derechos de segunda generación son los derechos sociales, reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Courtis y Abramovich 2002: 19 y 22). El argumento central de esta doctrina es el siguiente: «los derechos sociales serían los que vinieron después de los civiles y políticos o, en términos más funcionalistas, los que vendrán una vez que los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos patrimoniales, sean satisfechos» (Pisarello 2007: 19).

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta doctrina ha demostrado ser falsa, pues lo mismo, es decir, que los derechos civiles pertenecen a un momento histórico y que los derechos sociales a otro; se puede predicar de cualquier institución jurídica sin que eso signifique, en abstracto, que sea más importante que otra o que de ello depende su exigibilidad. Asimismo, desde el siglo XIX, en países como Francia o Inglaterra existían derechos sociales tanto a nivel constitucional (Francia) como a nivel político (Inglaterra).¹ Por consiguiente, no es cierto que la discusión sobre los derechos civiles como derechos de primera generación y los derechos sociales como derechos de segunda generación se haya iniciado recién a mediados del siglo XX con la aprobación del PIDECP y del PIDESC. Dicha discusión se remonta a mucho tiempo atrás y ha tenido, como mencionan Courtis y Abramovich, una influencia decisiva en el curso de los acontecimientos actuales, especialmente, de aquellos que apuntan a un rol más activo del Estado en cuanto a su cumplimiento (2002: 24 y ss.).

Ahora bien, la discusión sobre la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales tiene un fundamento teórico más amplio que el fundamento histórico antes mencionado. Este consiste en señalar que los derechos civiles demandan por parte del Estado obligaciones de no hacer; mientras que los derechos sociales demandan obligaciones de hacer (Atria 1994: 30 y ss.). Una obligación de no hacer significa, en ese contexto, que el Estado no interfiera en el ámbito de libertad negativa de cada individuo; mientras que una obligación de hacer significa que el Estado promueva más bien esa intervención (Berlin 2000: 220). Un ejemplo que nos permite comprender esta distinción puede ser el siguiente: Para proteger el derecho a la libertad de expresión (derecho civil y político), el Estado no tiene que hacer nada en especial, salvo no atentar contra ese derecho; por el contrario, para proteger el derecho a la vivienda (derecho social), el Estado sí tiene que hacer algo: debe asignar ya sea una vivienda a quien no la tiene o evitar que se le despoje de ella a quien la tenga.

Esta doctrina se ha extendido ampliamente en los últimos años y ha sido el *caballito de batalla* de quienes se oponen a la exigibilidad de los derechos sociales.² La forma en que este argumento ha sido expuesto es la siguiente:

1 En Francia, por ejemplo, se hallaba precisado el derecho a la vivienda en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; mientras que, en Inglaterra, los *levellers* demandaban la satisfacción de mejores condiciones laborales, las cuales finalmente se dieron a la luz de un acuerdo político que comprometía a las autoridades de ese entonces.

2 El argumento principal de estos críticos es que las obligaciones de hacer suponen una erogación de recursos por

[...] [l]as obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia, ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen. De acuerdo con esta línea de razonamiento, solo puede hablarse con algún sentido de «derechos» cuando una determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir del establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable (Courtis y Abramovich 2002: 21 y 22)

Los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales, por tanto, plantean un tipo de Estado mínimo donde se garanticen, principalmente, los derechos civiles (obligaciones de no hacer) y donde el Estado no intervenga en las elecciones de los individuos. Para ello, sostienen que el Estado debe asegurar el funcionamiento de la economía, así como la seguridad y la estabilidad jurídicas que son indispensables para el funcionamiento del libre mercado.³

Ahora bien, la distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer no parece, sin embargo, del todo convincente. Lo mismo es posible decir que el Estado cumple una obligación de hacer en el caso de un derecho civil que una obligación de no hacer en el caso de un derecho social y viceversa. Lo que los distingue es, en todo caso, la intensidad de esa obligación, pero no la obligación en sí (pues ambos tipos de derechos pueden ser objeto tanto de obligaciones de hacer como de no hacer por parte del Estado). Por ejemplo, digamos que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión de un grupo de artistas que han sido impedidos de exponer sus obras en una galería de arte abierta al público. El juez que tiene a su cargo el seguimiento del caso concluye que, en efecto, la prohibición es inválida y que, por consiguiente, se debe autorizar la exposición. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Según la teoría expuesta, frente a una intervención negativa (obligación de no hacer). Ahora bien, digamos que esa galería no existe o, peor aún, que no existe ninguna galería para una exposición abierta al público en la ciudad. El Ministerio de Cultura decide, entonces, utilizar una parte de sus recursos para abrir una galería que permita a los artistas exponer sus creaciones. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención positiva (obligación de hacer).⁴ Por tanto, es posible afirmar que un derecho civil y político (libertad de expresión)

parte del Estado, los cuales ya sea porque son escasos o porque —desde un punto de vista político— no dependen de la justicia, no pueden exigirse con la misma intensidad con la que se exigen los derechos civiles. Esta perspectiva, a su vez, revela una forma de pensar el rol que cumple el Estado en una democracia y se decanta, notablemente, a favor de una perspectiva que consagra el Estado mínimo, antes que el Estado regulador o de bienestar que, tradicionalmente, es en el que se basan los reclamos a favor de los derechos sociales (Atria 1994: 18 y ss.).

3 Esta tesis fue desarrollada, sugerentemente, en un libro epítome del libertarismo filosófico, *Law, Legislation and Liberty*, de Friedrich Hayek, donde el economista austriaco afirmó, por ejemplo: «Siempre que la creencia en la 'justicia social' rija la acción política, este proceso debe acercarse progresivamente cada vez más y más a un sistema totalitario» (1998: 68).

4 El juez, le ordena al Estado, a través del Ministerio de Cultura, que no censure una muestra que optimiza el derecho a la libertad de expresión de un grupo de artistas (y según se vea de la sociedad en su conjunto).

admite tanto intervenciones positivas (obligaciones de hacer) como intervenciones negativas (obligaciones de no hacer).

Este mismo ejercicio se puede predicar de un derecho social. Digamos, del derecho a la vivienda. Juan habita en una vivienda alquilada desde hace muchos años. Hace un mes la dueña de la vivienda le pidió que la abandone, pues ha decidido venderla a una empresa inmobiliaria. La dueña no permite que Juan termine su contrato hasta Navidad. Frente a ello, Juan decide interponer una demanda de amparo alegando que si se ejecuta el desalojo, se atentaría contra su derecho a la vivienda. El juez le da la razón y ordena que no se lo desaloje hasta que termine su contrato en diciembre. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención negativa (obligación de no hacer). Ahora bien, imaginemos que Juan es un inquilino precario y que la dueña cansada de esta situación, finalmente, decide desalojarlo. El juez resuelve que, como en el caso *Grotboom* en Sudáfrica (Sunstein 2001: 212 y ss.), el Estado le dé a Juan la opción de habitar otra vivienda o que de lo contrario le permita quedarse en la que ocupa actualmente, indemnizando a su dueña. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención positiva (obligación de hacer).⁵

Si lo dicho hasta aquí es cierto, esto es, que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales pueden ser objeto tanto de obligaciones de hacer como de no hacer, ¿por qué se sigue insistiendo en su diferenciación? Tal vez la respuesta se halle en un enfoque más bien débil del rol que cumple el Estado y que, como explica Lucas Grossman, no distingue entre sus precondiciones y funciones. Una precondición del Estado es aquella que aparece con prescindencia de si el Estado existe o no, es decir, que no depende del Estado para que exista. Un ejemplo de ello es el del guardaespaldas. Nadie contrataría a un guardaespaldas para que no lo maltrate, sino para que lo defienda de los maltratos y agresiones de los demás. Si alguien contratara a un guardaespaldas para que no lo agrede, bastaría con que lo despida para que no se presente ese riesgo. Con esto, lo que Grossman quiere decirnos es que no tiene sentido que exista el Estado si su única función es respetar y garantizar sus precondiciones. Si fuera así, entonces, quienes hemos convenido que exista el Estado, habríamos hecho un pésimo negocio. Tendríamos un Estado solo para evitar su amenaza (2008: 26).

El caso de las funciones estatales es diferente. Estas consisten en las obligaciones que tiene el Estado con los ciudadanos y que hacen *deseable* que exista, obligaciones como proteger mi derecho a la libertad de expresión, mi derecho a la salud, mi derecho a la educación, etcétera; y que justifican, desde un punto de vista moral, su existencia. Una función, por línea de principio, presupone un hacer. Cuando el Estado cumple una de sus funciones (una de las muchas que le asigna la Constitución, por ejemplo) debe hacer algo más que asegurarnos que no nos lastimará. La protección de un derecho fundamental implica por eso mismo un hacer; pues sí, como sostiene la doctrina liberal clásica, el Estado solo se limitara a no atentar contra los ciudadanos, entonces, el único servicio que podría ofrecer sería el mismo que ofrecería un guardaespaldas al cual se ha contratado para que no agrede a las personas. Cuando el Estado cumple sus funciones es como ese mismo guardaespaldas; pero, y esencialmente, nos protege de la amenaza inminente de los demás. Por tanto, no es lo mismo decir que el Estado cumple

5 Lucas Grossman, por otro lado, critica esta aproximación de obligaciones de hacer y de no hacer como un criterio para distinguir los derechos civiles de los derechos sociales en el entendido de que ambos tipos de derechos pueden ser abordados por los dos tipos de obligaciones y, por ende, antes que ayudar a resolver la confusión que hay en torno a ellos, abonan a esta (2008: 31 y ss.).

obligaciones de hacer y de no hacer que decir que basta con que el Estado cumpla obligaciones de no hacer para que justifique su existencia.⁶

1.2. Clases de paradigmas para la exigibilidad de los derechos

Tomando como punto de partida el paradigma de la exigibilidad de los derechos civiles y políticos, parte de la crítica más importante en contra de la exigibilidad de los derechos sociales es la que sostiene que los derechos solo pueden garantizarse en un sentido único (Courtis y Abramovich 2008: 973 y ss.). Esta crítica puede plantearse en los siguientes términos: como los derechos sociales implican una obligación de hacer, los jueces no están en condiciones de establecer la exigibilidad de los derechos sociales ya que al hacerlo obligarían al Estado a algo para lo cual no está preparado. Situación que no se presenta en el caso de los derechos civiles y políticos, añaden. Estos, por lo general y a diferencia de los derechos sociales, demandan una obligación de no hacer por parte del Estado (o de terceros). Por ello, su exigibilidad es perfectamente posible en tanto no implica por parte del Estado ninguna obligación en particular salvo una actitud pasiva.⁷

Esta crítica, sin embargo, es cierta solo en un sentido muy limitado y, como veremos luego, puede aplicarse tanto a los derechos civiles como a los derechos sociales; por ello, más que un ataque contra la exigibilidad de los derechos sociales es un ataque contra la exigibilidad de los derechos en general (Barack 2006). En efecto, la exigibilidad de los derechos sociales demanda muchas veces la erogación de recursos, pero no solo eso; a veces demanda también una administración correcta de esos recursos. Por ejemplo, en el caso de la distribución de los medicamentos en los hospitales públicos, no basta solo con que el Estado asigne un presupuesto para su compra; es necesario que este se utilice adecuadamente y acorde con las necesidades de la población.

Asimismo, esta crítica deja de lado un aspecto que resulta crucial para comprender cuál es el alcance de la exigibilidad de los derechos en abstracto; esto es, que no distingue entre un

⁶ Lucas Grossman añade puntualmente:

Una precondition, en el sentido en que estoy usando el término, no es necesariamente un requisito conceptual: un Estado que tortura no deja de ser un Estado. Más aún, la población talvez esté dispuesta a tolerar un Estado que en ocasiones tortura y considere que el Estado está justificado en términos generales a pesar de ello. Este Estado, dirán sus súbditos, es bastante malo, pero es mejor que no tener ningún Estado. Dicho de otra manera, este Estado genera más beneficios que perjuicios. Sin embargo, no es este un argumento que el propio Estado podría plantear. Esto resulta crucial para entender lo que una precondition significa. Podríamos llegar a juzgar que está justificado tener un guardaespaldas que ocasionalmente nos ataca si en definitiva son más los ataques que evita que los que causa, pero el guardaespaldas no podría invocar su utilidad general para justificar sus ocasionales ataques. Del mismo modo, el Estado no puede justificar sus torturas alegando que, aunque tortura, de todas maneras es mejor en términos generales tener un Estado que no tenerlo (2008: 25).

⁷ Sin embargo, y como Courtis y Abramovich también sostienen,

La distinción es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales, tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones positivas como negativas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación -destinada a definir el alcance y la restricciones de los derechos-, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho (2008: 974-975).

derecho en sí y la garantía de ese derecho en sí.⁸ En otras palabras, no es lo mismo tener un *derecho a* a que no exista un remedio adecuado para garantizar ese *derecho a*. En el primer caso estamos ante un mandato constitucional que trasciende la existencia de una garantía judicial; mientras que en el segundo estamos ante una consecuencia de que exista ese derecho, es decir, de que el Estado lo garantice. Como señala Nicolás Espejo:

[...] la suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo no distingue entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos. En otras palabras, las razones para los derechos, es decir, los argumentos que se esgrimen para justificar su existencia, son condiciones necesarias de los mismos, mientras que los derechos son condiciones necesarias para su exigibilidad. En sentido inverso, creer que basta con buenas razones para que un derecho sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, y que por ese mero hecho quede garantizado, es incurrir en el mismo tipo de error. En consecuencia, el concepto de derecho subjetivo no debe ser tomado como equivalente del de «garantía judicial» (2010: 159)

Adicionalmente a ello, los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales se olvidan de que no existe solo una forma de garantizar los derechos, sino distintas formas; y estas no deben interpretarse, necesariamente, como si se estuviera exigiendo siempre un recurso judicial a favor o en contra de algo o de alguien (Espejo 2010: 157). Así, por ejemplo, un recurso administrativo, según se vea, puede interpretarse como un recurso eficaz para garantizar un derecho social, lo mismo que la aprobación de una ley que dispone que se asigne una partida presupuestal a favor de un sector específico. En ambos casos, nos encontramos frente a medidas idóneas para garantizar la protección de los derechos sociales por parte del Estado, pero que no implican una intervención judicial directa.⁹

Ahora bien, es posible pensar en distintos paradigmas de protección de los derechos que rebaten el argumento según el cual la exigibilidad de los derechos sociales es un imposible jurídico. Estos paradigmas tienen la peculiaridad de que no distinguen entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, ya que de lo que se trata no es de señalar cuál es la posición moral del Estado frente a ellos sino de establecer cómo, al margen de su contenido, todos los derechos son exigibles judicialmente. Así, pues, estos paradigmas, siguiendo la clasificación propuesta por Grossman (2008: 37 y ss.), son los siguientes:

- a) El paradigma del abuso
- b) El paradigma de la inclusión
- c) El paradigma de la escasez

8 Ferrajoli plantea esta distinción entre los derechos y sus garantías en los siguientes términos:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen (2006: 25).

9 Esta tesis ha sido expuesta tanto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 64-66.

1.2.1. El paradigma del abuso: entre las precondiciones y las funciones del Estado

El paradigma del abuso es el que se relaciona más directamente con la distinción tradicional entre derechos civiles y derechos sociales. Este paradigma plantea el cumplimiento por parte del Estado de una serie de precondiciones cuya existencia depende, a su vez, de que el Estado exista. Como sostiene Grossman: «El paradigma del abuso en general se refiere a situaciones en las que el Estado interfiere con los derechos mediante sus propios actos» (2008: 44). Pensemos, por ejemplo, en el caso del derecho a la libertad de expresión. Un periódico fue censurado por el Gobierno porque su línea editorial atentaba contra sus intereses políticos. La forma de solucionar este caso consiste en que el Estado se abstenga de seguir censurando a este periódico. Para ello, el Estado *no tiene que hacer algo, sino dejar de hacer ese algo* que se considera lesivo de los derechos fundamentales del periódico.

El paradigma del abuso plantea así la necesidad de distinguir entre un hacer y un no hacer, donde el hacer se concibe como el respeto a una precondición, esto es, como el respeto a algo que se da por descontado por la mera existencia del Estado, y donde el no hacer se concibe como algo contrario a esa precondición, vale decir, como una razón para cuestionar, positiva o negativamente, la existencia del Estado.

1.2.2. El paradigma de la inclusión y el cumplimiento de las funciones del Estado

El paradigma de la inclusión, en cambio, se ubica de lleno en el escenario de las funciones estatales. Este paradigma no tendría sentido si el Estado no existiera, ya que implica un deber de hacer que comprende por igual a los derechos civiles y los derechos sociales. Un ejemplo que ilustra este planteo es el de la seguridad social y el derecho a la salud. Miles de usuarios acuden diariamente a los hospitales de ESSALUD¹⁰ para atenderse. Estos hospitales les cobran tarifas muy bajas por sus servicios debido al subsidio que les otorga el Gobierno. Si el día de mañana una persona de muy bajos recursos necesitara atención médica y hubiera denunciado al Estado por este hecho, el juez ordenaría que se lo incluya dentro de la cobertura que ya brinda ESSALUD. Lo que se discute en estos casos no es si el Estado está en condiciones de invertir grandes cantidades de dinero para la protección de un derecho (civil o social), sino si la cobertura institucional que posee es suficiente para garantizar ese derecho. Y lo mismo se puede decir de un derecho civil como el de propiedad. A menudo se afirma que la garantía de los derechos civiles y políticos no demanda la erogación de recursos; sin embargo, este punto de vista cambia cuando pensamos, por ejemplo, en el caso de una institución como INDECOPI¹¹ que, como se sabe, es la responsable de la defensa de la propiedad intelectual y la libre competencia en nuestro país. Si el día de mañana un compositor de música popular considera que sus canciones se están difundiendo sin su autorización en las radios, puede demandar la violación de su derecho a la propiedad intelectual ante INDECOPI. En este caso,

¹⁰ ESSALUD es el órgano encargado de la seguridad social en el Perú. Actualmente brinda cobertura, sobre todo, a pacientes con seguro médico pero también extiende su protección a sectores de escasos recursos, los cuales pagan un monto mínimo por recibir sus servicios.

¹¹ INDECOPI (Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual) fue creado en 1992 como una entidad responsable de garantizar los derechos, principalmente, de los inversionistas que durante esos años, y tras la crisis económica de los años ochenta, volcaban su atención nuevamente sobre el Perú.

al igual que en el de la persona que necesita atención médica, el Estado no tiene que invertir cantidades de dinero exorbitantes para garantizar el derecho a la propiedad intelectual o el derecho a la salud, pues esa inversión ya se hizo en el pasado.

El paradigma de la inclusión, por tanto, resulta aplicable tanto a los derechos civiles como a los derechos sociales. No es necesario que unos, como sostiene la teoría estándar, demanden obligaciones de hacer y los otros obligaciones de no hacer, pues a ambos se les puede considerar parte de este paradigma. Así, pues, cuando pensamos en el paradigma de la inclusión nos alejamos por completo de la teoría de la división fuerte entre derechos civiles y derechos sociales, y entramos de lleno en un esquema de exigibilidad de los derechos a secas.

1.2.3. El paradigma de la escasez: la escasez como un valor fundamental en la comprensión de los derechos

Conviene ahora centrar nuestro análisis en un paradigma distinto: el paradigma de la escasez. Este paradigma es quizá el más polémico de todos, pues ha sido invocado por los críticos de los derechos sociales para sostener que estos derechos son, como decía Bentham, «disparates en zancos». Este paradigma centra su análisis, en términos sencillos, en el costo que tienen los derechos para el Estado. Si los derechos (y su exigibilidad) demandan obligaciones de no hacer, parece evidente que su protección no acarreará mayores costos; pero si demandan obligaciones de hacer entonces puede que sí los acarree. Ahora bien, y sobre la base de lo señalado anteriormente, parece claro que tanto los derechos civiles como los derechos sociales demandan costos; por ello, responder a la pregunta ¿Cómo afrontar la escasez en el caso de los derechos (a secas)? resulta esencial.

Los profesores Cass Sunstein y Stephen Holmes sostienen que todos los derechos tienen un costo y que este depende de factores externos en lugar de factores internos como sostenía la teoría tradicional. Según estos autores, «todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar» (2010: 65).

Si esto es así, entonces la división entre derechos civiles y derechos sociales pierde asidero. En efecto, si un derecho civil, digamos el derecho a la libertad de expresión, tiene un costo, ¿qué justificación existe para que sea exigible mientras que otro, como el derecho a la salud, digamos, que también posee un costo, no? Si la justificación es que el derecho a la libertad de expresión no irroga costos al Estado, ya hemos visto que no es cierto; pero si la justificación es que este derecho es más valioso o más importante que un derecho social basado en algún factor o elemento intrínseco (digamos su relación con la democracia), debemos sostener también que se trata de una justificación falsa (Rawls 2006: 243). Los derechos sociales son precondiciones materiales para garantizar la participación y la deliberación pública (Dworkin 2010: 351 y ss.). En efecto, si se asume que un derecho civil es más valioso que un derecho social, se pierde de vista que, por lo general, un derecho social es condición de un derecho civil y viceversa. Por ejemplo, no se puede hablar del derecho a la libertad de expresión si una persona está hambrienta, o desempleada, o carece de una vivienda (y, por consiguiente, no puede dedicarse a escribir una columna de opinión en el periódico o dar entrevistas para la televisión). Del mismo modo, ese individuo no podrá satisfacer esas necesidades si no protesta,

si no accede a la justicia, si no escribe una columna de opinión, es decir, si no ejerce su derecho a la libertad de expresión.¹²

1.3. El paradigma de la escasez como paradigma relevante para la exigibilidad de los derechos (sociales)

El paradigma relevante, por tanto, para comprender la exigibilidad de los derechos sociales (aunque en realidad debería decirse de todos los derechos) es el paradigma de la escasez, y, este, como señalan diversos teóricos, abre nuevas y estimulantes interrogantes. Para empezar, ¿en qué casos hablamos de escasez? ¿La escasez se define en función de los recursos con que cuenta el Estado o de los recursos en general? ¿Quién es el responsable de proveer esos recursos? ¿El Estado o los privados?, etcétera.

En el acápite anterior decíamos que existen hasta tres paradigmas para explicar la exigibilidad de los derechos: el paradigma del abuso, de la inclusión y de la escasez. Los dos primeros se presentan, indistintamente, en el caso de un derecho civil como en el de un derecho social; mientras que el tercero aparece asociado a los derechos sociales por ser los que reciben menos atención por parte del Estado. Por consiguiente, si el problema de la escasez no es un problema inherente a una clase de derechos en particular, ¿qué sentido tiene diferenciar los derechos civiles de los derechos sociales? Y luego, si la distinción es superflua, ¿por qué el Estado ha puesto mayor énfasis en la protección de los derechos civiles que en la protección de los derechos sociales? Empecemos por lo primero. La distinción entre derechos civiles y derechos sociales carece de sentido si el criterio para diferenciarlos es el de las obligaciones de hacer o de no hacer, o la escasez de recursos. Como hemos visto, tanto los derechos civiles como los derechos sociales requieren de obligaciones de hacer como de no hacer. De hecho, la distinción entre ambos, vista desde ese prisma, aparece, como sostienen Curtis y Abramovich (2008: 25 y ss.), como una distinción de grado antes que de contenido. Luego, si el argumento que se plantea es el de la escasez, conviene señalar que no se trata de un elemento intrínseco a una clase de derechos en particular sino de un elemento externo asociado al campo de la decisión política.

En efecto, si en un momento dado el Estado decide proteger un derecho, no es porque ese derecho sea, por decirlo de alguna manera, *más fácil de ser satisfecho que otro*, sino porque, por alguna razón (política) en especial, se lo consideró *más importante* que otro. Esto no quiere decir que ese derecho sea, en efecto, más importante que otro, en un sentido moral, sino que su protección fue valorada como más compatible con la agenda política del Estado en ese momento. En el Perú, por ejemplo, desde hace muchos años, la inclusión social ha sido un problema central para entender el funcionamiento (y las debilidades) de nuestra democracia. Pese a que este problema ha estado presente desde siempre en la reflexión de académicos y políticos de diferentes corrientes y tiendas ideológicas, nunca se han implementado reformas institucionales tendientes a su solución.

Siendo así, corresponde, por tanto, poner los reflectores en un campo distinto al de la naturaleza o estructura de los derechos sociales para explicar su exigibilidad. Ese campo es el

12. Sen desarrolla esta tesis a lo largo de toda su obra, y ha tenido gran impacto en la comunidad internacional y en los programas de desarrollo que han emprendido algunos países. En *Desarrollo y libertad* (2000) la expone con mayor detalle, así como su visión optimista de los derechos humanos y la cultura democrática como elementos que propician el desarrollo.

de la justicia. En efecto, muchos de los reclamos en contra de la exigibilidad de los derechos sociales son reclamos contra los jueces y su modelo de adjudicación judicial. Se argumenta que los jueces, a veces movidos por sus ímpetus activistas, interfieren en un escenario que no es el suyo, como es el de la decisión política (en un sentido amplio este también incluye a las decisiones que adopta el Estado en materia de política fiscal o políticas públicas) (Pérez y otros 2007: 76 y ss.). Esta crítica señala, como plantea el profesor Rodrigo Uprimny, que la exigibilidad de los derechos sociales pone en riesgo la estabilidad económica del Estado y que, por tanto, si los jueces pudieran garantizarlos estarían tomando una decisión política: la decisión de controlar y/o cambiar la distribución de los recursos (Barack 2006).

Esta situación, sin embargo, es problemática solo hasta cierto punto, pues los jueces están en capacidad no solo de fallar declarando fundada o infundada una demanda sino de ir más lejos inclusive y emitir, como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia o de Sudáfrica, por ejemplo, sentencias estructurales. En estos países, sus altas Cortes no han optado solo por emitir fallos declarando fundada o infundada una demanda, sino obligando al Estado a que se pronuncie, finalmente, sobre la exigibilidad de los derechos sociales. La forma cómo lo han hecho es a través de las denominadas *sentencias estructurales*, un tipo de sentencias que ponen el acento en las causas estructurales de los problemas asociados a la exigibilidad de los derechos sociales antes que en su exigibilidad asociada al caso concreto. Se trata de sentencias que ponen a funcionar toda la maquinaria del Estado y no solo a la rama judicial.

Las sentencias estructurales buscan propiciar una salida para la exigibilidad de los derechos sociales que vincule tanto al Gobierno como a las víctimas. No se trata únicamente de que la rama judicial sea la que plantee una respuesta. A través de las contribuciones de los distintos sectores de la sociedad civil –especialistas, académicos, organizaciones sociales–, se va conformando una masa crítica cuyos aportes son decisivos para la exigibilidad de estos derechos. La estrategia asociada a este tipo de sentencias consiste, por tanto, en buscar una solución consensuada donde el juez constitucional aparece como un articulador de intereses en lugar de como el responsable de la decisión final sobre la exigibilidad de los derechos sociales.

Los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales confunden, por tanto, dos cosas que son totalmente distintas pero que, pese a ello, se hallan directamente asociadas: el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos. Lo primero, como hemos visto, es independiente de si un derecho se denomina civil y político, o social; y lo segundo es problemático solo si los derechos demandan costos que no han sido previstos, *ex ante*, por el Estado. Ambas salidas, sin embargo, son falsas, pues da lo mismo que un derecho se denomine civil y político, o social si puede garantizarse mediante obligaciones de hacer o de no hacer, o si un juez declara fundada o infundada una demanda si puede optar por otras estrategias más creativas de intervención.

1.4. Conclusión

Las teorías que tradicionalmente han abordado el tema de la exigibilidad de los derechos sociales han puesto el acento en la distinción tradicional entre estos derechos y los derechos civiles, y en los gastos que implica su tutela para el Estado. Sin embargo, es posible sostener que ambos argumentos son falsos, pues ni los derechos civiles ni los derechos sociales son intrínsecamente distintos; y ni los unos ni los otros se distinguen por sus costos. Si ello es así, ¿en qué consiste, entonces, la problemática de su exigibilidad?; en el papel que se le asigna al juez

en una democracia constitucional. En efecto, si pensamos que un juez únicamente está obligado a ser *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley*, parece claro que no debería garantizar derechos sociales. Pero si, por el contrario, partimos de la tesis de que los jueces no se hallan ajenos al proceso político, sino que actúan como articuladores de este, nuestra aproximación cambia. Si, por ejemplo, asumimos que el juez no solo se encarga de declarar fundada o infundada una demanda sino que, además de ello, puede emitir sentencias estructurales (como aquellas que cuestionan al Estado por sus omisiones constitucionales), se podría concluir que la exigibilidad de los derechos sociales es perfectamente viable. Lo importante aquí, nuevamente, es el grado de intervención judicial del Estado en la protección de estos derechos. Los jueces no pueden resolver el problema de la escasez por sí solos, pero sí pueden llamar la atención sobre sus alcances y consecuencias. Al final, el mérito principal de los jueces consiste no en garantizar, siempre y en todos los casos, los derechos sociales, sino en obligar al Estado a que dé razones de por qué en unos casos sí está dispuesto a invertir nuestros recursos en la protección de un derecho (que beneficia a determinados sectores) mientras que en otros (que perjudican a otros sectores, los más pobres y excluidos de la sociedad) no.

Parte 2

La exigibilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

2.1. Cuestiones preliminares

En el Perú, a diferencia de lo sucedido en otros países, la justicia constitucional no ha sido muy activa en la protección de los derechos sociales. Las causas de ello pueden deberse a diversos factores, tales como: *a)* que el diseño constitucional hace muy difícil el litigio de estos casos, *b)* que no existe un consenso teórico muy claro acerca de su exigibilidad, *c)* que los jueces suelen ser muy conservadores cuando se trata de interpelar directamente al Gobierno o *d)* que se trata de una mezcla de todos ellos. Lo cierto es que, a la fecha, las sentencias emitidas tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales no superan la centena.

La experiencia histórica de la justicia constitucional en el Perú también ayuda a explicar esta realidad. En el Perú, si bien la justicia constitucional se remonta al siglo XIX en un sentido formal (García Belaunde 2008: 217 y ss.), en la práctica no funciona sino hasta hace poco más de dos décadas. En efecto, la justicia constitucional, tal y como la conocemos hoy, se remonta a la Constitución de 1979 y a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. Será recién con la creación de esta institución que en el Perú se instaure una jurisdicción constitucional en el sentido pleno de la palabra.

Los primeros años del Tribunal de Garantías no fueron, sin embargo, muy alentadores. Durante los doce años que se mantuvo en actividad emitió solo quince sentencias de inconstitucionalidad, de las cuales solo cinco se declararon fundadas. Las otras diez, o se declararon improcedentes por falta de quórum, o se declararon infundadas (Blume 1996: 322). De acuerdo con lo que estipulaba la Constitución de 1979, el Senado elegía a los miembros del Tribunal de Garantías de una tema que era propuesta tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Judicial. Su mandato era de cinco años y no tenían derecho a la reelección. Entre

las competencias del Tribunal de Garantías se hallaban las siguientes: resolver en instancia única las acciones de inconstitucionalidad y los procesos de competencia y; como última instancia, los procesos de amparo y hábeas corpus.

Tras el golpe de Estado de 1992, el Tribunal de Garantías fue desactivado. En su lugar se creó el Tribunal Constitucional, que entró en funciones recién en 1996. Los miembros del Tribunal Constitucional, a diferencia de los miembros del Tribunal de Garantías, no eran elegidos por ternas sino directamente por el Congreso. Entre sus competencias se hallaban las siguientes: resolver en instancia única las demandas de inconstitucionalidad y procesos de competencia y; en instancia final, los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento. Sus magistrados eran elegidos por un periodo de cinco años sin derecho a la reelección.

El Tribunal Constitucional, a diferencia del Tribunal de Garantías, cumplió un rol más exitoso. Para empezar emitió más sentencias que el Tribunal de Garantías, pero sobre todo tuvo mayor influencia en la formación y creación de una práctica constitucional en nuestro país. Este proceso ha sido reciente y objeto de una serie de desafíos y críticas.

Podemos situar las etapas por las que ha atravesado el Tribunal Constitucional en el Perú en las siguientes cuatro: *a)* sometimiento, *b)* transición, *c)* activismo y *d)* conservadurismo. La primera se sitúa entre 1996 y el 2000, años durante los cuales el control tanto de sus decisiones como de varios de sus miembros dependía de la voluntad de quien entonces detentaba el poder. Esta etapa se caracterizó por la destitución, en 1997, de cuatro de sus magistrados a raíz de una sentencia que emitió, en minoría, el Tribunal. En dicha sentencia se opuso a la ley que permitía la postulación de Alberto Fujimori a un tercer periodo presidencial. La segunda se sitúa entre el 2000 y el 2002, y se caracterizó por la reincorporación de los magistrados destituidos en 1997 como consecuencia de una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este periodo, el Tribunal Constitucional empezó a adoptar algunas decisiones progresistas, pero aún de manera prudente. Esta fue una época muy difícil y compleja para el país que, paradójicamente, marcó el inicio también de su despegue económico. La tercera se sitúa entre el 2003 y el 2007, y coincide con la designación de cuatro nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, a los cuales se sumarían, pocos meses después, César Landa y Víctor García Toma. Esta fue la etapa más interesante y prolífica del Tribunal Constitucional desde sus inicios. Como hemos sostenido en un trabajo anterior (Campos 2007), marcó un punto de quiebre entre el viejo derecho y el nuevo derecho, y contribuyó a repensar una serie de conceptos e instituciones jurídicas profundamente contaminadas por el formalismo jurídico. Lamentablemente, fue una etapa que duró también muy poco. Por último, la cuarta etapa comienza en el 2008 y llega hasta el día de hoy. Esta etapa se caracteriza por el retroceso en la consolidación de una jurisprudencia comprometida con los valores de la democracia constitucional y el garantismo jurídico. Las sentencias emitidas durante estos años han ido muchas veces en contra de decisiones emitidas por la justicia internacional, o han estado contaminadas por un conservadurismo y una falta de rigurosidad técnica que han puesto en cuestión la protección de derechos como la igualdad, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En el caso puntual de los derechos sociales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido escasa; por no decir inexistente. Se han emitido apenas, durante el último lustro, según un informe reciente del Instituto de Defensa Legal, cinco sentencias de las cuales solo dos han sido

declaradas fundadas.¹³ En las líneas que siguen nos abocaremos al análisis de estas sentencias y a identificar si sus órdenes fueron eficaces o no. Algo que podemos concluir, preliminarmente de este análisis, es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue pensando los derechos sociales como derechos de segunda generación. Los derechos sociales, como se sabe, no se distinguen de los derechos civiles por su costo económico ni por su naturaleza de derechos subjetivos. La distinción entre derechos de primera y segunda generación es, esencialmente, metodológica. Que el Tribunal Constitucional los siga pensando de esta forma abona, por tanto, a la tesis según la cual su exigibilidad depende, antes que de factores internos, de factores externos como la cultura jurídica, el acceso a la justicia y la presión, directa o indirecta, del Gobierno en las decisiones de la rama judicial.

2.2. Los derechos sociales y el presupuesto público

La exigibilidad de los derechos sociales ha estado asociada desde siempre a su costo económico. Diversos autores sostienen que su exigibilidad pone en riesgo las finanzas del Estado y genera incentivos perversos para que los jueces intervengan en el diseño de políticas públicas (Rodríguez y Rodríguez 2010: 35). A su vez, otros sostienen que por su naturaleza prestacional siempre se considerarán derechos programáticos; por ello, es imposible que el Estado pueda satisfacerlos por completo.

Esta discusión está presente, en alguna medida, en la STC N.º 0014-2007-PI/TC que emitió el Tribunal Constitucional. En ella, este Colegiado se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 28891, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementaria, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Los demandantes alegaban que la ley atentaba contra sus derechos a la libre elección del sistema pensionario, a la igualdad ante la ley, a la libertad de información, a la intangibilidad de fondos y reservas de la seguridad social y a la propiedad. Puntualmente, sostenían que:

[...] los artículos 1o y 2o de la ley, eran discriminatorios, pues habían excluido los otros supuestos de válido retorno al Sistema Público de Pensiones, previstos en la STC N.º 1776-2004-AA/TC, entre ellos, la indebida información de la que puede haber sido víctima el trabajador al momento de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones». Asimismo, sostienen que «el artículo 16o de la ley, en concordancia con el artículo 6o del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-97-EF, obliga a una afiliación compulsiva al Sistema Privado, violando la libre elección del sistema pensionario.

Complementario a ello, afirmaban que:

[...] el artículo 14o de la ley, al permitir que sea el Estado el que se haga cargo de garantizar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones, con dinero del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, afecta la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, prevista por el artículo 12o de la Constitución. Refieren que lo que debería ocurrir es que tal pago se encuentre a cargo de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones.

¹³ Las sentencias a las que nos referimos son las siguientes: caso *Libre desafiliación de las AFP*: STC N.º 0014-2007-AI/TC; caso *ONP*: STC N.º 5561-2007-PA/TC; caso *Pago de horas extras*: STC N.º 5924-2009-PA/TC; caso *Salud mental*: STC N.º 3426-2008-PHC/TC; y caso *Cadete embarazada*: STC N.º 5527-2008-PHC/TC.

Y, finalmente, con relación al derecho a la propiedad sostienen que:

[...] la ley dispone que el trabajador que decida retornar al Sistema Público de Pensiones, lo haga con su Cuenta Individual de Capitalización y su rentabilidad, olvidando consignar la devolución de parte de las comisiones percibidas, con lo cual habría un enriquecimiento ilícito a favor de las AFP. Por lo tanto, consideran que la devolución de parte de las comisiones abonadas debe ser un derecho de todos los trabajadores que retornen al Sistema Público.

El Tribunal Constitucional en su análisis recurrió a una sentencia previa (la STC N.º 1776-2004-AA/TC) para sostener que, en efecto, la desinformación o la información defectuosa o incompleta debía considerarse también una causal más de desafiliación de las AFP. El que no se la haya incluido, en su opinión, constituía una omisión que debía resolverse sobre la base de una interpretación sistemática del derecho a la igualdad como de la jurisprudencia que emitió anteriormente. En cuanto al segundo punto, el Tribunal Constitucional sostendrá que no se ponían en riesgo los recursos de los contribuyentes en la medida que ya existía una ley que, expresamente, habilitaba al Estado al pago de una pensión mínima. Por último, el Tribunal Constitucional sostendrá que es perfectamente lícito que las AFP perciban un pago en proporción a las contribuciones de sus aportantes por concepto de administración de los fondos de capitalización de los pensionistas. Ello debido a que «[...] según se encuentra previsto en el artículo 24° a. del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, las referidas comisiones tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado».

Al margen de los puntos mencionados, llama poderosamente la atención la mención realizada por el Tribunal Constitucional al final de su sentencia sobre la relación existente entre la exigibilidad de los derechos fundamentales y su costo económico. Según el Tribunal Constitucional, esta relación debe observar, entre otros, los principios de equilibrio presupuestal, así como el de efecto vinculante de los derechos fundamentales, motivo por el cual:

[...] no cabe defender interpretaciones que manifiestamente sitúen en riesgo la estabilidad presupuestal del Estado, pero tampoco posiciones que despojen de toda protección a los derechos fundamentales. Como bien advierte Zagrebelsky, «las primeras sacrifican las tareas que la Constitución asigna al Gobierno y al Parlamento en la apreciación y en la gestión de la compatibilidad económico financiera privilegiándose la garantía del principio de constitucionalidad y la protección de los derechos. Las segundas sacrifican en cambio la exigencia de defensa de los derechos privilegiándose las prerrogativas gubernativas y parlamentarias.

En consecuencia, la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista. Bajo tal consideración, efectuada dicha ponderación racional por el Tribunal Constitucional, la aplicación del costo económico que sea necesario para la debida protección de un derecho fundamental ordenada por una sentencia constitucional, no es un asunto que quede librado a la discrecionalidad de los poderes públicos, sino que se convierte en un auténtico deber constitucional. De ahí que, bien entendidas las cosas, [!] las consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por [el Tribunal Constitucional], sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual todos, legislador incluido, se encuentran subordinados. [...] [S]i los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución (según la interpretación que de esta realiza [el Tribunal Constitucional]), el desembolso se hace una obligación.

Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión [del Tribunal] en nombre de la propia discrecionalidad política.

El Tribunal acierta aquí en dos puntos: primero, en sostener que la exigibilidad de todos los derechos fundamentales, sin excepción, genera costos; y segundo, en sostener que «la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista». Esto último haría pensar que el Tribunal Constitucional procedería en este caso, en efecto, a realizar una «meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos»; pero lo que hizo, en cambio, fue algo un poco distinto:

No hay duda de que la posibilidad de traslado del SPPrP al SPuP por las causales desarrolladas por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, y en la presente sentencia, generarán un cierto margen adicional de gasto público. No obstante, existen, cuando menos, tres razones de fundamental relevancia en virtud de las cuales este Colegiado encuentra mérito suficiente para dotar de efecto vinculante inmediato a la presente resolución. En primer lugar, porque el referido gasto público es reducido y no se aplica de inmediato, en la medida de que, conforme a lo establecido por el artículo 5o de la ley impugnada, cada traslado del SPPrP al SPuP supone transferir directamente a la ONP el saldo de las respectivas Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento. En otras palabras, en el inmediato plazo, producido el traslado, el pago de las pensiones se realiza con cargo a estos conceptos y no a recursos estatales.»

En segundo lugar, porque ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPPrP. Lo cual, por cierto, no es óbice para que, de conformidad con el fundamento 38 a. *supra*, se obligue a las AFPs a contribuir en la financiación del referido Fondo.

El Tribunal Constitucional da por descontado que su sentencia generará un gasto adicional y que será, además, bastante oneroso (¿cómo puede saber que ese gasto adicional será oneroso?). Sin embargo, sostiene que, pese a ello, su sentencia no entrañará riesgo alguno para el Estado pues «ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPPrP». Pero ¿qué hubiera pasado si, por ejemplo, no existiera ese fondo? ¿El Tribunal hubiera afirmado lo mismo o, como se deduce de su sentencia, se habría abstenido? No hay forma de saberlo, y en esto radica la crítica principal a su sentencia.

El problema de la escasez de recursos no es que estos lo sean, sino que el Estado no haya explicitado cuáles son sus prioridades frente a esta escasez. La protección del derecho a la vivienda puede ser prioritario y agotar todos los recursos existentes y, viceversa, puede serlo y no agotar todos los recursos. El papel que le toca cumplir al juez constitucional es discriminar precisamente cuándo y por qué la protección de un derecho (a secas) es más relevante que otro y, en esa medida, evaluar si los recursos del Estado son suficientes para ello o no. Si vamos a aceptar que la escasez es un elemento que se debe tomar en cuenta, lo menos que podemos pedirle al juez constitucional es que nos diga por qué en unos casos sí está dispuesto a aceptar la erogación de recursos por parte del Estado y por qué en otros no.

El problema es que, por lo general, el juez constitucional no realiza este análisis y se queda simplemente con la versión del gobierno. No se trata de que los recursos sean escasos sino, como afirmó en su oportunidad la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Grotboom*, que el Estado justifique por qué lo son para unos mientras que para otros no. A nadie le queda duda, por ejemplo, de que el derecho a la libertad de expresión es un derecho exigible ante los tribunales, pero sí que el derecho a la salud lo es. Ello porque, desde una visión tradicional, el derecho a la libertad de expresión supuestamente no demanda la erogación de recursos; mientras que el derecho a la salud sí, cuando en realidad ambos lo requieren. No se trata, por tanto, de que unos derechos cuesten más que otros, sino de determinar si existen razones constitucionales de peso para que el Estado invierta más en unos derechos que en otros.

2.3. Los derechos sociales y su conexidad con otros derechos fundamentales

La doctrina de la conexidad también ha sido tomada en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Según esta doctrina, los derechos sociales son exigibles siempre y cuando actúen como precondiciones de un derecho civil y político. Por ejemplo, el derecho a la educación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o el derecho a la salud con el derecho a la vida. Como se sabe, para que una persona pueda desarrollar sus planes de vida autónomamente (derecho al libre desarrollo de la personalidad), necesita gozar de una formación, aunque sea mínima, que le brinde las herramientas suficientes para ello (derecho a la educación). De la misma forma, para gozar del derecho a la vida se requiere, previamente, gozar de una salud adecuada (derecho a la salud). Así, pues, si bien no se demanda, directamente, la exigibilidad de un derecho social, por la vía de la exigibilidad de un derecho civil sí se hace. Como sostuvo el Tribunal Constitucional en su STC N.º 3426-2008-HC/TC:

[...] el artículo 2o.1 de la Norma Fundamental señala que toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Sobre el particular tiene dicho este Tribunal que el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que la salud tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Puntualmente, en este caso lo que se discutió fue el derecho a la salud mental de un grupo de reos que no contaban con los servicios suficientes para una atención adecuada. Lo que ordenó, entonces, el Tribunal Constitucional fue que los trasladaran a otros centros penitenciarios donde sí tuvieran acceso a esa atención, o en su defecto a centros médicos que preventivamente pudieran atenderlos. El problema fue, sin embargo, que ningún centro de salud quiso recibirlos.

Sobre la base de esta evidencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que se había configurado un estado de cosas inconstitucional (ECI). Según el supremo intérprete de la Constitución, la situación por la que atravesaban estos reos no era nueva y, en gran medida, era responsabilidad de las autoridades, tanto de ese Gobierno como de los anteriores, por no haber tomado las medidas adecuadas para paliar los efectos de esta problemática. Por esa razón:

[...] este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no solo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

Es interesante ver cómo en este caso el Tribunal Constitucional realiza un reconocimiento fuerte de derechos, pero descuida la eficacia de sus órdenes. Para el Tribunal Constitucional, pese a la problemática descrita, es suficiente con exhortar a las autoridades de los distintos sectores de la Administración Pública a que hagan algo, sin considerar que la última palabra, al margen de su sentencia, la tendrán siempre esas mismas autoridades. Una estrategia distinta hubiera sido que el Tribunal Constitucional se aboque a la solución del caso, pero enmarcándolo en una problemática más amplia —declaración de un ECI—, emitiendo órdenes que por su propia naturaleza no hubiera podido dejar de cumplir el Estado. Estas órdenes pudieron haber sido, por ejemplo, que el Estado explique detalladamente a cuánto ascendía su presupuesto en materia de salud y sobre la base de qué criterios fue diseñado; cuáles habían sido las medidas que adoptó para resolver la situación de los pacientes con enfermedades mentales; si no había adoptado criterios, plausibles desde un punto de vista constitucional, sobre cómo y en qué gastar su presupuesto en materia de salud y, de no ser así, que lo reestructure y adopte las medidas más adecuadas para su aprobación en el plazo más breve, etcétera.

Asimismo, la estrategia seguida por el Tribunal Constitucional en este caso, según la cual la exigibilidad del derecho a la salud es llevada a cabo indirectamente mediante la exigibilidad del derecho a la vida, presenta algunas dificultades. Un primer aspecto que se debe tomar en cuenta es que si se acepta esta tesis, automáticamente se estaría reconociendo que el derecho a la salud no es exigible per se, sino en relación con el derecho a la vida. La estrategia seguida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia replica, en ese sentido, la división tradicional entre derechos sociales y derechos civiles y políticos según la cual solo estos últimos son exigibles. Menos problemático hubiera sido que el Tribunal Constitucional reconozca que el derecho a la salud es exigible en sí mismo, más allá de si guarda relación con el derecho a la vida o no.

2.4. El Tribunal Constitucional y los mandatos al legislador

En la sentencia anterior, el Tribunal Constitucional pensó en una estrategia de exigibilidad que se asemeja a la que, salvando las distancias, se ejecutó en el caso *Grotboom* en Sudáfrica, o en el caso de los desplazados en Colombia (T-025). Esta consiste en que la protección de un derecho social debe llevarse a cabo, en tanto se trata de un derecho prestacional, mediante la colaboración de los distintos poderes y organismos públicos del Estado. La forma cómo debía llevarse a cabo esta colaboración consistía, por su parte, en que cada una de estas entidades actuara de acuerdo con sus competencias a favor de la protección más amplia de estos derechos. El problema con esta estrategia es que, a diferencia de la Corte Constitucional

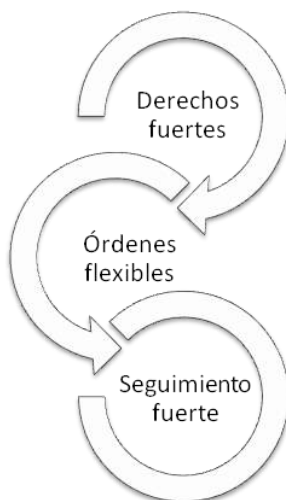
colombiana o la Corte Constitucional sudafricana, el Tribunal Constitucional incidió únicamente en el reconocimiento de los derechos y dejó de lado el plano de las órdenes y su seguimiento.

En efecto, el Tribunal Constitucional recurre tanto en la STC N.º3426-2008.HC/TC como en la STC N.º 0014-2007-PI/TC a la estrategia de exhortar al legislador a que adopte las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos sociales fundamentales. En otras palabras, pese a que reconoce la vulneración de estos derechos en el caso concreto y plantea su protección de acuerdo con lo que dispone la Constitución, opta por ceder la posta al Poder Legislativo para que sea este órgano el responsable de implementar las medidas de garantías de los derechos sociales.

El principal problema con esta estrategia es que, en última instancia, el legislador no está obligado a poner en práctica lo que le recomendó el Tribunal Constitucional. El legislador, de hecho, tiene hasta tres opciones: la primera, aceptar la exhortación del Tribunal Constitucional; la segunda, rechazarla de plano; y la tercera, cumplirla pero con reservas y de acuerdo con sus tiempos y preferencias. Ninguna de las tres es eficaz para la protección de los derechos sociales. El éxito de cortes como la colombiana o la sudafricana en la protección de los derechos sociales radica en que no solo se concentran en el plano del reconocimiento de los derechos, sino también en el plano de las órdenes y su seguimiento. Las órdenes, en últimas, son la parte más sensible e importante de un tribunal comprometido con la protección de los derechos sociales. No basta con que, en un sentido abstracto, se reconozca un derecho social; sino que, adicionalmente, se ponga énfasis en las medidas para su protección efectiva. Estas medidas, si bien no siempre podrán (ni deberán) ser ejecutadas directamente por la Corte, sí sirven como parámetro para que posteriormente el juez constitucional realice su seguimiento y compruebe si, efectivamente, el órgano responsable de su ejecución las puso en práctica o no.

El modelo de exigibilidad de los derechos sociales seguido, por ejemplo, en el caso de los desplazados en Colombia tuvo esas características. En ese caso, la Corte Constitucional declaró la violación sistemática de una serie de derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la salud, a la educación, a la propiedad, a la vida, a la vivienda, etcétera), pero a la vez dispuso que sea el Gobierno el responsable de llevar a cabo una estrategia para superarla. En otras palabras, si bien la Corte reconoció la violación de una serie de derechos fundamentales, no emitió una orden destinada a que el Gobierno adoptara, en la oportunidad y la forma que creyera conveniente, una fórmula para su solución, sino que emitió una orden directa mediante la cual le exigía al Gobierno tomar cartas en el asunto y hallar una solución realista para las causas subyacentes a este caso. La Corte no le impuso al Gobierno una solución ad hoc, pero tampoco permitió que adoptara la solución que quisiera. Asimismo, la Corte le impuso al Gobierno un calendario para que se reúna, en sesiones que iban a ser supervisadas y dirigidas por la Corte, con las víctimas y sus representantes. Estas reuniones tenían como finalidad encontrar soluciones realistas, y en un plazo razonable, al problema de los desplazados, motivado por una omisión del Estado. En este caso, la Corte pensó en un modelo de exigibilidad de los derechos sociales compuesto por el reconocimiento fuerte de derechos, órdenes flexibles, que no es lo mismo que decir exhortaciones al legislador, y seguimiento fuerte de esas órdenes.

Gráfico N.º 1



Elaboración propia

2.5. Conclusión

La justiciabilidad de los derechos sociales está en cuestión. Según el Tribunal Constitucional, ella depende de los recursos económicos disponibles, de su relación con otros derechos civiles y políticos, y de su implementación progresiva. No depende de su posición subjetiva, como sostiene Robert Alexy (1997: 186 y ss.) ni de la distribución equitativa de los recursos por parte del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha aunado a la tesis de la no justiciabilidad de los derechos sociales a través de dos estrategias. La primera de ellas consiste en señalar que su justiciabilidad depende de su conexidad con otros derechos civiles y políticos. El caso del derecho a la salud con el derecho a la vida es el más conocido. Y la otra consiste en señalar que depende de la disponibilidad presupuestal del Estado.

En el presente artículo hemos querido echar luz sobre la forma cómo el Tribunal Constitucional ha arribado a ambas conclusiones y cómo, a su vez, su actuación se inserta dentro de una narrativa más amplia, donde, por ejemplo, existen miradas y planteamientos más audaces en países del sur global como Colombia o Sudáfrica. En ese sentido, la mirada aportada por el Tribunal Constitucional no resulta, en lo absoluto, original. Aunque, eso sí, debe reconocerse que ha dado un paso importante al sostener que los derechos sociales, del mismo modo que los derechos civiles y políticos, son derechos fundamentales exigibles.

El problema surge precisamente cuando se trata de dar el paso siguiente, el del reconocimiento de los derechos sociales hacia su exigibilidad. Lo primero está fuera de toda duda; mientras que lo segundo depende de una serie de precondiciones y factores que, según

el Tribunal Constitucional, no están dentro de sus competencias. Uno de ellos, quizá el más importante, es el de la disponibilidad de recursos. Según el Tribunal Constitucional, en la medida que los derechos sociales demandan la erogación de recursos, su exigibilidad depende esencialmente del Gobierno. De ahí que en lugar de que le ordene que haga algo en un sentido concreto, lo exhorte a que haga algo, lo que sea, a secas.

En Colombia y en Sudáfrica la experiencia ha sido distinta. En estos países también se reconoce la fundamentalidad de los derechos sociales; pero, a diferencia del Perú, sus cortes de justicia han avanzado en la creación de remedios para su exigibilidad directa. El más conocido es el denominado *activismo dialógico*, implementado por la Corte Constitucional de Colombia en el caso de los desplazados (T-025), y que dio origen al diseño de una serie de políticas públicas que motivaron el diálogo y la deliberación pública del Estado con diferentes agencias y personalidades vinculadas a este caso. En Sudáfrica se presentó una situación similar. En el caso *Grootboom*, la Corte de ese país le impuso al Gobierno la obligación de responder no solo sobre la problemática de las personas afectadas por la falta de viviendas, sino sobre su responsabilidad por no haber garantizado durante muchos años el goce de este derecho a los más necesitados.

En el Perú, ese tipo de respuestas todavía resultan extrañas. No solo no se han dado sino que, a juzgar por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, están lejos de darse. El problema, nuevamente insistimos, radica en que se ha puesto demasiada atención en el reconocimiento de los derechos, pero no en los remedios para su exigibilidad. Se trata de dos momentos distintos que es preciso distinguir. El primero alude al reconocimiento de una determinada situación o conducta como parte integrante de un derecho; mientras que el segundo alude a la creación de una orden concreta (dirigida al Estado o a los particulares) para su aplicación en el caso concreto.

El problema con que no se distinguen estos dos planos es que se incurre en la misma violación de los derechos sociales que se denunciaba antes, pero con el agravante que ahora se acepta que sí se reconocen y garantizan. No basta con que se acepte la existencia de un derecho para que este genere efectos en la realidad. Además de ello, se debe pensar en estrategias creativas que permitan articular un mecanismo que se adapte a sus características y necesidades puntuales. En el caso de los derechos sociales, esas estrategias están aún por crearse, aunque contamos con la ventaja de que ya han sido exploradas en la experiencia comparada. Si se replican sus aciertos y se evitan sus errores, serán de una gran ayuda para la exigibilidad de los derechos sociales en un escenario de desigualdad y debilidad institucional como el nuestro.

Bibliografía

I. Libros y artículos

ALEXY, Robert

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

ARANGO, Rodolfo

2005 *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Legis.

ATRIA, Fernando

1994 «¿Existen los derechos sociales?». *Doxa* número 4, pp. 15-59.

BALDASSARRE, Antoni

2004 *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad del Externado.

BARACK, Aharon

2006 *The Judge in a Democracy*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

BERLIN, Isaiah

2000 «Dos conceptos de libertad». En BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 215-280.

BLUME, Ernesto

1996 «El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución». *Pensamiento Constitucional*, volumen III, número 3, pp. 293-337.

CAMPOS, Heber

2007 *Críticas y aproximaciones sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el Perú*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

COURTIS, Christian y Víctor ABRAMOVICH

2008 «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales». En GARGARELLA, Roberto (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

DWORKIN, Ronald

2010 *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

ESPEJO, Nicolás

2010 «Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho». En ARCIDIÁCONO Pilar, Nicolás ESPEJO y César RODRÍGUEZ (Coordinadores). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 155-193.

FERRAJOLI, Luigi

2006 *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2008 *El derecho procesal constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA.

GARGARELLA, Roberto

2008 «Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático». En GARGARELLA, Roberto (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 965-972.

- GROSSMAN, Lucas
2008 *Escasez e igualdad*. Buenos Aires: Librería.
- HAYEK, Friedrich
1998 *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Londres: Routledge.
- IGNATIEFF, Michael
2003 *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós.
- PÉREZ MURCIA, Luis y otros
2007 *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia.
- PISARELLO, Gerardo
2007 *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- RAWLS, John
2006 *Teoría de la justicia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ, César y Diana RODRÍGUEZ
2010 *Cortes y cambio social*. Bogotá: Dejusticia.
- SEN, Amartya
1999 *Development as Freedom: Oxford: Oxford University Press*. Publicado en español como *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta, 2000.
- SUNSTEIN, Cass.
2001 *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass y Stephen HOLMES
2010 *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

2. Jurisprudencia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2007 Expediente N.o 0014-2007-AI/TC. Sentencia: 4 de mayo de 2009 (Caso Libre desafiación de las AFP)
- 2007 Expediente N.o 5561-2007-PA/TC. Sentencia: 24 de marzo de 2010 (Caso ONP)
- 2009 Expediente N.o 5924-2009-PA/TC. (Caso Pago de horas extras)
- 2008 Expediente N.o 3426-2008-PHC/TC. (Caso Salud Mental)
- 2008 Expediente N.o 5527-2008-PHC/TC. (Caso cadete embarazada)

COMENTARIOS

Elena C. Alvites Alvites

Profesora de la Escuela de Posgrado y del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Es muy difícil no coincidir con el profesor Campos tanto en relación con el carácter fundamental de los derechos sociales como a su condición de derechos exigibles. Adicionalmente, los tres paradigmas que se plantean respecto a su condición de derechos exigibles (del abuso, de inclusión y de la escasez) no son contradictorios con el planteamiento de las obligaciones positivas y negativas que generan todos los derechos fundamentales. Dichos paradigmas tampoco se oponen a las tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales que, como instituciones objetivas y no solo como derechos subjetivos, también fundamentan y dan legitimidad a las funciones del Estado. De cierto modo, es posible afirmar la coincidencia entre el doble carácter de los derechos fundamentales con el paradigma de la inclusión, así como con la diferenciación entre precondiciones y funciones de Estado.

No obstante las grandes coincidencias, dado el papel de comentarista que me corresponde desempeñar, enumeraré en los siguientes párrafos algunas reflexiones adicionales:

- a) El aporte del constitucionalismo social supuso, entre otros aspectos, la incorporación de los derechos sociales con la finalidad de hacer más justos los ordenamientos jurídicos; así, los derechos sociales en los catálogos de derechos fundamentales vienen a cumplir funciones político-constitucionales trascendentes para una sociedad política que aspira a ser democrática, pues concretan los principios y valores que se hallan a la base de los sistemas constitucionales, como la libertad o la igualdad.¹ En esa medida, los derechos sociales cumplen las siguientes funciones: a) amplían la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, y extienden su eficacia a un número mayor de individuos, es decir, cumplen una función correctora del proceso constitucional; b) al complementar y dotar de mayor densidad a la libertades fundamentales, realizan una función liberadora; y c) al posibilitar la realización de la igualdad material entre los seres humanos, cumplen una función igualadora (Alvites 2008: 19).
- b) Ciertamente, existe más consenso respecto a la legitimidad de incorporar los derechos sociales en los ordenamientos constitucionales, porque estos, al igual que los derechos de libertad, responden a las exigencias de la libertad, la igualdad, la justicia e incluso la dignidad humana, y vinculan esta última con el concepto de daño, por no satisfacción

¹ Así, a partir de una visión dialéctica del derecho constitucional se ha indicado que la realización de los derechos sociales, por parte del Estado, tiene como objetivo solventar la reproducción de la fuerza de trabajo, contribuyendo también a su calificación como mano de obra. En esa medida, la extensión de los derechos sociales viene a ser un factor de legitimidad del Estado, pues lo hace aparecer como el Estado de todos que se orienta al interés general (De Cabo 1986: 34-35).

- de necesidad básicas. Sin embargo, tal consenso se rompe cuando nos interrogamos en torno al alcance normativo de los derechos sociales; en especial, cuando se trata de articular en torno a ellos garantías para su efectividad.
- c) Tal disenso no es gratuito; tiene una base ideológica que no siempre se explicita a pesar de que la ideología del operador jurídico está presente en la forma en la que nos aproximamos a la interpretación y aplicación del derecho; y, por ende, está presente también en la construcción de nuestros argumentos. La base ideológica del disenso está vinculada a cuál es la concepción de justicia y de Estado de derecho que acogen los autores que cuestionan tanto el carácter fundamental como la exigibilidad de los derechos sociales. Esta base ideológica, a mi entender, no es del todo abordada por el profesor Campos.
 - d) No obstante, el profesor Campos hace bien en evidenciar cómo desde el paradigma de la inclusión y desde el paradigma de la escasez no hay diferencia en la estructura jurídica de las obligaciones y el costo de los derechos fundamentales en general; es decir, de los derechos sociales y los derechos de libertad en conjunto. Así, su ejemplo sobre la garantía del derecho a la propiedad privada a través de los registros públicos da cuenta sobre los recursos que invierte el Estado en pos de la protección efectiva de este derecho; dicha inversión, en la práctica, se asemeja a la inversión que debe realizar el Estado para garantizar la calidad en la atención de la salud. Sin embargo, probablemente, el destino que se dé a los recursos para la salud no sean identificados con la garantía de un derecho fundamental o, en todo caso, se sujetará dicho gasto a que el Estado cuente con mayores recursos.
 - e) En estricto, no es posible establecer gradaciones a la efectividad de los derechos sociales en relación con su supuesto mayor costo, salvo que se acoja una idea de justicia de carácter contingente e individual. Es decir, solo es posible si se acoge una idea de justicia que no tenga pretensión universal e igualitaria en tanto la atribución de bienes (libertades, inmunidades, etcétera) a todos los seres humanos.
 - f) En todo caso, si se adopta una acepción de justicia de carácter universal, frente a la limitación de los recursos, es preciso poner en evidencia que el intérprete jurídico, el juez, probablemente se verá forzado a adoptar una decisión política sobre los derechos que se han de garantizar. Esta decisión, sin embargo, debe partir de afirmar el igual reconocimiento y valor normativo de todos los derechos. Dicho punto de partida, nos sitúa, nuevamente, frente al reto que Hermann Heller planteó respecto a la Constitución de Weimar y la necesidad de afirmar y construir una teoría jurídica sobre la exigibilidad de los derechos sociales para que no sigan siendo «una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar» (Heller 1985: 271).
 - g) En este escenario, es interesante lo que plantea el profesor Campos vinculado al paradigma de la inclusión, y si el Estado tiene o no la cobertura institucional suficiente para garantizar los derechos. Se trata de una idea que requerirá profundizarse, dado que nos plantea la afirmación de la exigibilidad de los derechos sociales en escenarios como el Perú, con un Estado y una institucionalidad débil, tanto desde el punto de vista de aparato estatal como de ciudadanía.
 - h) Sobre la concepción de Estado que se adopta, es importante destacar que si en las constituciones, como la Constitución peruana de 1993, se ha afirmado la idea de Estado social y democrático de derechos; en la práctica, el constitucionalismo social no ha sabido responder al reto de construir una teoría jurídica sobre la eficacia normativa de dicha

fórmula constitucional y de los derechos sociales que se desprenden de esta. En esa medida, la discusión sobre la exigibilidad de los derechos sociales todavía se encuentra relacionada con las omisiones normativas y dogmáticas que acompañaron la adopción de la fórmula de Estado social y democrático. Estas omisiones, precisamente, frente a la escasez de recursos, facilitan negar la eficacia normativa y, por ende, la exigibilidad de los derechos sociales.²

- i) El Estado social y democrático de derecho no cuenta con una estructura institucional propia destinada a garantizar aquellos elementos que le dan contenido, como sí la tuvo el Estado de derecho liberal para los derechos individuales. En efecto, la fórmula política de Estado social y democrático no se construyó a la par de una teoría política del Estado social de derecho; en esa medida, constituye una deuda pendiente del constitucionalismo construir «una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado» (Ferrajoli 2000: 68). Así, mientras esta sea una deuda pendiente, las categorías jurídicas tradicionales seguirán resultando insuficientes para garantizar la plena realización de los derechos sociales; de ahí que sean importante los aportes sobre el activismo dialógico que comparte el profesor Campos en el presente documento, dado que se tratan de estrategias que contribuyen a afirmar la exigibilidad de los derechos sociales.
- j) En esa medida, el activismo dialógico como estrategia empleada por los pares de nuestro Tribunal Constitucional, en Colombia y Sudáfrica, al no concentrarse únicamente en el plano del reconocimiento de los derechos, da flexibilidad a los jueces constitucionales para establecer órdenes que, realmente, garanticen los derechos de las personas. Estas órdenes, además, podrían ser objetivo de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales mediante un proceso de «diálogo» entre las personas afectadas en sus derechos y las entidades del Estado obligadas. Ciertamente, el empleo de esta estrategia de protección de derechos sociales por parte de nuestro Tribunal Constitucional supondría un avance importante frente a la efectiva protección de dichos derechos y del principio de supremacía de la Constitución; pues, para afirmar ambos contenidos constitucionales, no basta solo con enunciarlos en sus sentencias y exhortar su cumplimiento, sino emplear instrumentos que los hagan efectivos en la realidad.

Bibliografía

ALVITES, Elena

2008 «Democracia y derechos sociales. Reflexiones en torno a su exigibilidad y satisfacción». *Gaceta Constitucional*, número 6, 2008, pp. 17-34.

CABO, Carlos de

1997 *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

2 En efecto, al encontrarse estos derechos ligados a la evolución del Estado social, la supuesta crisis de dicho modelo estatal impacta también negativamente en los derechos sociales: «A ello ha contribuido la deficiente articulación jurídica de esos derechos que han carecido de una cobertura garantista adecuada, de manera que uno de los supuestos básicos del Estado social (de derecho) ha seguido bajo el instrumental jurídico del Estado liberal» (De Cabo 1997: 233).

1986 *La crisis del Estado social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

FERRAJOLI, Luigi

2000 *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HELLER, Hermann

1985 «El derecho constitucional de la República de Weimar. Derecho y deberes fundamentales». *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 269-281.

RESPUESTA DEL AUTOR

Los comentarios tanto de la profesora Elena Alvites como del profesor Sinesio López el día de la presentación de este trabajo me han sido útiles para repensar y replantear algunas ideas que esboqué inicialmente en él. El profesor Sinesio López expuso sus comentarios a mi texto el día de su presentación de forma muy aguda y original, destacando, sobre todo, la dimensión histórica de los derechos sociales en el Perú y su relación, inescindible, con el régimen político; mientras que la profesora Elena Alvites expuso sus comentarios tanto el día de la presentación de mi Cuaderno como por escrito, lo cual me permite subrayar dos puntos que considero sumamente relevantes de su crítica: *a)* que no es explícita la teoría (o teorías) de la justicia en las cuales se basa mi trabajo y *b)* que se debe poner un mayor énfasis en la dimensión normativa y procesal de los derechos sociales en el Perú.

Antes de responder a cada una de sus intervenciones, quisiera aprovechar la oportunidad para agradecerles por su generosidad y buena disposición. Sus comentarios no solo enriquecieron mi trabajo, sino que, además, dieron cuenta de la enorme complejidad que acompaña a la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio.

I. La dimensión histórica de los derechos sociales: una agenda pendiente

El profesor Sinesio López sostiene que los derechos sociales no pueden pensarse en nuestro país si no se toma en cuenta el correlato histórico que los acompaña. Para él, su reconocimiento tiene que ver, en gran medida, con el nivel de institucionalidad que hemos alcanzado. Si nuestras instituciones son débiles —como que lo son—, la protección de nuestros derechos también tenderá a serlo —como que tiende a serlo—. Los derechos sociales no escapan a esto y, por el contrario, se hallan, incluso, más expuestos, pues a diferencia de los derechos civiles existe el prejuicio de que se trata de derechos de segunda categoría y que, por tanto, no pueden ser reclamados válidamente frente al Estado si no se cumplen previamente requisitos como que el Gobierno cuente con recursos, o que no tenga otras obligaciones tan o más urgentes que la protección de los derechos sociales.

El profesor Sinesio López relaciona esta crítica con la debilidad de nuestras instituciones democráticas y señala que es sintomático de estas que no se protejan los derechos sociales. Lo contrario, es decir, que sí se protejan, sería lo excepcional; no deberíamos esperar que el Estado respete y garantice estos derechos si no contamos con mecanismos institucionales producto de una auténtica democracia. Y ¿cuáles son estos mecanismos? Por un lado, la existencia de un proceso de deliberación pública que permita que los ciudadanos expresen libremente sus puntos de vista y participen en la construcción de las decisiones colectivas que los afectan; por otro lado, una protección robusta de sus derechos que obligue a quienes ejercen el poder a actuar con arreglo a las demandas e intereses de la ciudadanía. Si los gobernantes piensan que nadie puede poner freno a sus excesos, entonces, tenderán a seguir actuando de esta forma;

si, por el contrario, piensan que sí es posible ponerle coto a sus excesos, tenderán a actuar de forma más prudente y moderada.

Pienso lo mismo que el profesor Sinesio López. Al igual que él, en efecto, considero que la agenda de los derechos sociales en el Perú, y en general, en América Latina, ha sido la agenda del fracaso de nuestras instituciones. Cuando estas han sido débiles, la protección de los derechos sociales ha sido casi inexistente o nula, y cuando han sido más bien florecientes y robustas, la protección de estos derechos ha sido significativa. El punto es que, a diferencia de otros países de la región, como Colombia o Chile, por citar solo dos ejemplos, nuestras instituciones políticas nunca han sido florecientes y robustas, sino todo lo contrario. Esto explica por qué la exigibilidad de los derechos sociales ha estado atada a la voluntad política del Estado; y por qué, a diferencia de estos otros países, nuestros jueces han tenido una lectura complaciente de las omisiones del Estado recurriendo a doctrinas tan polémicas como la de la progresividad de los derechos sociales, o la de su conexidad con los derechos civiles para justificarlas.

2. La teoría de la justicia que subyace a la protección de los derechos sociales

La profesora Elena Alvites señala que, en términos generales, no existe discusión acerca del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, lo cual, sin embargo, no significa que no haya discusión en cuanto a su exigibilidad. En efecto, señala que algunos autores consideran que su exigibilidad debiera ser progresiva o programática; mientras que otros consideran que debiera ser directa, siendo que lo que distingue a los unos de los otros es una diferencia ideológica basada en una determinada teoría de la justicia.

La profesora Alvites tiene razón. En mi trabajo no explico a qué teoría de la justicia se adhiere mi planteo, ni a cuáles se opone; aunque, como bien indica, ello se insinúa por la forma cómo me aproximo a estos puntos, aunque incidentalmente. Pienso, y así lo señalo en el Cuademo, que la exigibilidad de los derechos sociales debiera ser directa; decir lo contrario sería desconocer la condición de derechos fundamentales que poseen y que, como señala la profesora Alvites, nadie o casi nadie pone en cuestión. Los argumentos que se oponen a la exigibilidad directa de los derechos sociales son, en esencia, argumentos utilitaristas y poco claros. En el Cuademo hago una revisión somera de ellos, los cuales son los siguientes:

- a) Argumentos que ponen énfasis en el costo de los derechos
- b) Argumentos que ponen énfasis en la estructura normativa de los derechos sociales
- c) Argumentos que ponen énfasis en la autoridad democrática de los jueces para su reconocimiento

La crítica que desarrollo contra estos argumentos es normativa. Pienso que no es posible afirmar que los derechos sociales son derechos fundamentales y al mismo tiempo sostener que no son exigibles. Si una afirmación tal fuera cierta, entonces, los derechos civiles, que también son derechos fundamentales, tampoco serían exigibles, lo cual es absurdo. Los derechos sociales son exigibles no porque no irroguen gastos o porque no supongan una violación al principio de división de poderes, sino porque son fundamentales y se basan en la dignidad humana. En otras palabras, los derechos sociales no son fundamentales porque son exigibles; son exigibles precisamente porque son fundamentales.

A la luz de esta premisa, la crítica que desarrollo en el Cuaderno se inspira en una teoría de la justicia como la rawlsiana que piensa que el fin de las instituciones sociales no es su eficacia, sino su justicia; en ese sentido, la ausencia de recursos o el papel que cumple el juez en una democracia terminan siendo aspectos contingentes cuando lo que está en juego es la protección y garantía de los derechos fundamentales como sucede en este caso.

3. El rol dialógico del juez constitucional como garante de los derechos sociales

Lo anterior, sin embargo, tampoco quiere decir que no se tome en cuenta un problema que ha estado aparejado a la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio: el activismo de los jueces constitucionales. En efecto, cada vez que se piensa en la eficacia directa de estos derechos, automáticamente, se plantea el argumento según el cual los jueces no pueden emitir órdenes que atenten contra el principio de división de poderes. Esto, en términos llanos, quiere decir que los jueces no pueden ni deben intervenir en ámbitos que no son de su competencia, como son la distribución del gasto público o la identificación de las prioridades sociales.

Frente a esta, en apariencia, aporía, propuse en el Cuaderno una mirada intermedia entre la que sostiene que los jueces constitucionales no deben intervenir en materia de derechos sociales y la que sostiene que los jueces constitucionales sí pueden hacerlo sin tomar en cuenta si el Estado está en condiciones de soportar el gasto público que ello significa. Esta mirada intermedia es la que conjuga el reconocimiento, los remedios y el seguimiento de las órdenes en materia de derechos sociales y que ha sido desarrollada, por ejemplo, por cortes constitucionales como la colombiana o la de Sudáfrica. Esta mirada apunta, en ese sentido, al denominado *rol dialógico* del juez constitucional y consiste en conciliar el reconocimiento fuerte de los derechos sociales con remedios efectivos, que no se queden solo en el papel.

Aplicado al caso del Perú, este modelo demandaría que el Tribunal Constitucional evitara emitir meras sentencias exhortativas y se concentrara en pensar en remedios efectivos para la problemática que rodea a la exigibilidad de los derechos sociales; demandaría que los jueces sean conscientes de la importancia de estos derechos para la vigencia del orden democrático, y de que la última palabra sobre su garantía recaerá en el Gobierno sin que ello signifique que se mantenga el statu quo o la parálisis institucional. A lo que apunta este modelo justamente es a destrabar el bloqueo institucional que acompaña a la exigibilidad de los derechos sociales mediante un seguimiento permanente de las órdenes de los jueces, dándoles a las autoridades un margen de acción para que actúen en atención al interés público.

En suma, no se trata de alabar las bondades del conservadurismo judicial, pero tampoco del activismo ingenuo. De lo que se trata es de optimizar la participación democrática mediante un modelo de exigibilidad de los derechos sociales que privilegie el diálogo y la deliberación pública por encima del enfrentamiento entre cortes y Gobierno. Si esta premisa se toma en serio, se podría avanzar a pasos agigantados en la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio; si, por el contrario, se desvirtúa, adoptando alguno de estos dos caminos -el conservadurismo judicial o el activismo ingenuo-, se seguirán discutiendo temas que debimos superar hace mucho.



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ALCANCES Y CARACTERÍSTICAS. ALGUNOS ASPECTOS DE SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Natalia Torres Zúñiga

Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magister por la Universidad Carlos III de Madrid

Categoría Egresados

Este documento aborda los principales aspectos de la tesis que la autora presentó para optar el título de licenciada en Derecho. Analiza la naturaleza, modalidades, características, efectos y proyecciones del control de convencionalidad como deber a cargo tanto del Tribunal Constitucional peruano como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El enfoque del estudio es el del derecho constitucional, y se parte de la premisa que el control de convencionalidad es un instrumento que refuerza la protección de los derechos fundamentales en un contexto de constante interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Este trabajo parte del establecimiento de una comparación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, con la que se busca determinar las semejanzas y diferencias que existen entre ambas técnicas normativas, así como aclarar la naturaleza del control de convencionalidad en sí mismo. A través de este documento se pone de relieve la articulación que existe entre ambos conceptos como resultado del proceso de formación de un modelo de protección multinivel de los derechos fundamentales.

I. Control de convencionalidad: un viejo conocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y otros sistemas de protección de los derechos humanos¹

Recientemente, el término *control de convencionalidad* se ha convertido en un tema de estudio recurrente y de aplicación creciente en el ámbito académico latinoamericano. Tal figura la

¹ El presente trabajo es una versión revisada y adaptada de la tesis de licenciatura de la autora, titulada *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*.

mencionó expresamente, por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a partir del fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006); posteriormente, dicho tribunal ha hecho referencias constantes al examen de convencionalidad a través de su jurisprudencia.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A partir de esta cita, el control de convencionalidad podría definirse como una técnica de control normativo que consiste en contrastar las disposiciones de derecho interno (objeto de control) a la luz de los tratados o fuentes de derecho internacional, en específico con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos del SIDH (parámetro de convencionalidad), que en principio deben aplicar los jueces nacionales.²

Ahora bien, no obstante que luego del caso *Almonacid*, la Corte IDH ha admitido que el control de convencionalidad deben realizarlo todas las autoridades, esto es el Poder Legislativo y los órganos administrativos en casos relativos a la creación, de reformas constitucionales y de aplicación de disposiciones de derecho interno contrarias al parámetro interamericano, en el presente documento, se espera abordar el tema desde la perspectiva de la función jurisdiccional; en específico del rol del juez constitucional, aunque se trate de una obligación general para los magistrados de todos los niveles.

En ese sentido, pareciera que en el SIDH van surgiendo algunas luces relativas a la formación de un proceso de convencionalización de los ordenamientos nacionales en diversas dimensiones. Así, se ha indicado lo siguiente:

[...] todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.³

Ahora bien, tratándose de una técnica de control de normas, debe precisarse que la Corte IDH ha admitido implícitamente que el control de convencionalidad también se realiza respecto de las interpretaciones y omisiones legislativas. En efecto, el control de convencionalidad tiene como fuente directa al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que hace alusión al principio de adecuación al derecho interno de los Estados. Sobre el punto ha señalado:

2 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, número 221, párrafo 239.

3 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 66.

[...] implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁴

De la lectura del párrafo en mención se puede deducir que en el primero de los supuestos se reconoce la típica obligación que da origen al control de convencionalidad tal como se ha definido en Almonacid Arellano, pero también se hace referencia en los casos en los que hay una omisión en el deber de normas que se adecúen a las obligaciones de derecho internacional. De ahí que, en consonancia con ello, se establezca que los órganos que aplican derecho también tienen el deber de controlar la inacción del legislador.

Ahora bien, luego de todo lo mencionado habría que señalar que el examen de convencionalidad deriva de un principio general del derecho; en concreto, del deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

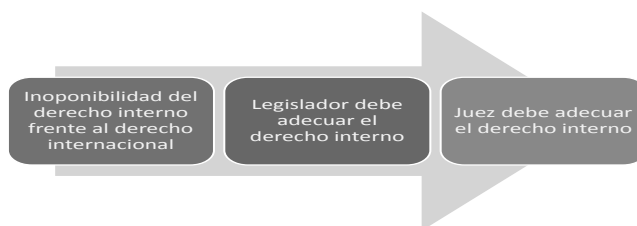
De hecho, el artículo 2 de la CADH tiene una relación directa con este dispositivo de la Convención de Viena. Al respecto, habría que señalar que el dispositivo mencionado establece de manera concreta que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Podría indicarse que el control de convencionalidad tal cual se ha definido en este documento, no necesariamente se deriva de una lectura literal del artículo 27 de la Convención de Viena. No obstante ello, hay que interpretarlo en un sentido más asertivo, es decir, señalando que la inoponibilidad del derecho interno frente a las obligaciones de derecho internacional genera un deber en el Estado de garantizar que las normas de orden nacional sean contrarias a las primeras.

Sobre el tema, se debe añadir que la obligación de adecuar el derecho interno no solo corresponde a la autoridad legislativa sino también a los jueces, en tanto y en cuanto son creadores de derecho. No debe perderse de vista que la labor de la judicatura cumple un rol esencial en la definición y delimitación de las fuentes del derecho.

En ese sentido, el gráfico que se presenta a continuación establece los contenidos que se derivan del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Gráfico N.º I **Contenidos derivados del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados**



Elaboración propia

4 Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C, número 218, párrafo 194.

En ese sentido, se puede afirmar que el control de convencionalidad es una obligación que tiene asidero en el SIDH, en el Sistema Universal y en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo de ello es el caso Rekvényi c. Hungría (1999) que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, Garlicki y Frommont han dado cuenta de la aplicación del control de convencionalidad en ordenamientos nacionales como el francés. (Garlicki 2009: 1-7).

De acuerdo con Fromont:

(..) el Consejo de Estado francés ha controlado los reglamentos administrativos relativos a la píldora abortiva refiriéndose al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Igualmente, ha analizado la conformidad de los reglamentos de aplicación de la Ley del 6 de enero de 1978 en relación al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y de los artículos 6 a 9 de la Convención para la protección de personas sobre el tratamiento informático de informaciones de índole personal firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. (Fromont 2002: 397-398)

Igualmente, contrariamente a lo que parece, no se trata de un instituto nuevo o de creación pretoriana del SIDH, pues en la práctica este examen se ha aplicado en casos como el de Castillo Petruzzi vs. Perú, o el de Suárez Rosero vs. Ecuador, Barrios Altos vs. Perú.⁵ Ello denota que su origen y aplicación ha sido independiente a la aparición del término a partir del caso Almonacid.

Cuadro N.º I **Ejemplos de control de convencionalidad en sentencias emitidas con anterioridad al caso Almonacid Arellano vs. Chile**

Nombre	Norma analizada	Canon de convencionalidad	Medida de reparación planteada por la Corte IDH
Castillo Petruzzi vs. Perú	Decreto Ley N.º 25475 (improcedencia de habeas corpus cuando la persona es parte de un proceso penal). Decreto Ley N.º 25659 (improcedencia de acciones de garantía a favor de procesados por delitos de terrorismo; proceso sumario para juzgar el delito de traición a la patria). Código de justicia militar (competencia de la justicia militar para juzgar por traición a la patria, periodo de tiempo insuficiente para conocer la acusación fiscal).	Artículos 2 y 8 de la CADH	El Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el derecho al debido proceso de los individuos vinculados a delitos de terrorismo y traición a la patria.

5 Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, número 35; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, número 52; Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo. Sentencia del 26 de enero de 2000. Serie C, número 64; Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75.

<p>Caso Suárez Rosero vs. Ecuador</p>	<p>Artículo 114 del Código Penal (prisión preventiva indeterminada para el procesado por tráfico de estupefacientes)</p>	<p>Artículos 2, 7 y 8 de la CADH</p>	<p>La Corte IDH no solicitó medidas de reparación, ya que la norma en cuestión había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional ecuatoriano.</p>
<p>Caso Barrios Altos vs. Perú</p>	<p>Leyes de Amnistía N.º 26479 y N.º 26492</p>	<p>Artículos 2, 8 y 25 de la CADH</p>	<p>El Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Amnistía y promover el juzgamiento de los responsables de las ejecuciones extrajudiciales de Barrios Altos. La Ley de Amnistía carece de efectos jurídicos ab initio.</p>

Elaboración propia

Los casos que figuran en el Cuadro I son un ejemplo de la forma en que la Corte IDH ha aplicado control de convencionalidad, sin llamarlo como tal de forma constante en el ejercicio de su competencia contenciosa, pero también la consultiva, como se verá en el acápite respectivo. De modo que una primera afirmación relativa a este tema es que el control de convencionalidad también se aplica en sede internacional.

Dicha obligación se derivaría de los artículos ya mencionados, pero también del hecho de que en el caso de la Corte IDH, los artículos 64.2 y 62.3 de la CADH que se refieren a sus competencias contenciosa y consultiva refuerzan el establecimiento de este deber para el Tribunal Interamericano.

En términos generales, en función de lo expresado por los distintos instrumentos internacionales y la práctica de los tribunales internacionales, la noción de «examen de convencionalidad» se vincula con una obligación impuesta no solo a los jueces nacionales, quienes deben aplicar dicho examen de manera ex officio; sino que también es un deber con el que debe cumplir la Corte IDH.

En efecto, se debe poner de relieve que ambos jueces califican como jurisdicción de la convencionalidad, siendo el juez nacional quien debe ejercer esta labor (en primer lugar) y el juez de la Corte IDH el que interviene si en el derecho interno el individuo no recibió tutela efectiva en sede interna.

En las líneas que siguen, son estos los aspectos que se pondrán de relieve y serán objeto de análisis, ya que a través de ellos se determinarán los alcances y el impacto generado por el examen de convencionalidad en sede nacional e internacional.

2. Elementos del control de convencionalidad

Para llevar a cabo el examen de convencionalidad, es decir, para determinar si el derecho interno es conforme al derecho internacional, se tienen en cuenta dos elementos: el parámetro de control y el objeto controlado.

2.1. Parámetro de control

El parámetro de control de convencionalidad, en principio, lo conforma la CADH; sin embargo, este involucra también a todos los instrumentos normativos del SIDH, independientemente de que los derechos que reconocen puedan ser recurridos o no en la vía contenciosa de la Corte IDH.

Sobre el punto, la Corte IDH ha hecho referencia expresa al control de convencionalidad como una obligación derivada de la CADH. Empero, como ya se ha señalado, esta también se deriva de los tratados del SIDH en general e incluso de las normas internacionales de naturaleza consuetudinaria. Así, el juez García Ramírez ha comentado que el canon de convencionalidad involucra a todos los instrumentos del SIDH.

En la especie, al referirse a un «control de convencionalidad» la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.⁶

De hecho, ello guarda coherencia con la lógica de que el control de convencionalidad es una obligación derivada de las obligaciones de derecho internacional en general, en tanto y en cuanto tienen sustento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Por ello, los tratados que conforman el canon interamericano son los que han estado en vigor en el SIDH, así como la propia Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, en tanto esta es norma vinculante, dada la práctica y conciencia de obligatoriedad que genera en los Estados.

Así, en el Cuadro 2 se mencionan algunos de los casos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo el control de convencionalidad a partir de diversos instrumentos que forman parte del SIDH.

⁶ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2006. Serie C, número 158. Voto del juez Sergio García Ramírez.

Cuadro N.º 2
Identificación del canon interamericano y el objeto controlado en el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH

	Canon interamericano	Objeto controlado
Caso Radilla Pacheco vs. México	CIDFP	Artículo 13 de la Constitución Federal Artículo 57 del Código de Justicia Militar (competencia del fuero militar para conocer procesos que no están relacionados con objetos de protección netamente castrense)
Caso Gelman vs Uruguay	CADH	Interpretación de la Corte Suprema sobre la validez y constitucionalidad de las leyes de autoamnistía
Caso Helidoro Portugal vs. Panamá	CIPST	Falta de tipificación del delito de tortura
Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala	CADH	Inexistencia de procedimiento para solicitar un indulto en el caso de pena de muerte

Elaboración propia

Ahora bien, además de lo mencionado, también es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH y las Opiniones Consultivas forman parte del canon interamericano, en la medida que son vinculantes y poseen efectos de «cosa interpretada». En principio, ello tiene razón de ser en el hecho que el uso de la jurisprudencia es de suma importancia, pues contribuye al desarrollo progresivo de los contenidos de los derechos reconocidos en el SIDH, así como a elevar los estándares de protección de este último.

Empero, la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH tiene efectos de orden interpretativo, en la medida que los estándares que de ahí se derivan sirven para dotar de contenido a los derechos que forman parte del canon de convencionalidad, pues estos son más bien de naturaleza indeterminada y su contenido es más bien evolutivo.

De hecho, la Corte IDH parece adherirse a la tesis de la vinculatoriedad de sus fallos, ya que en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* —y otros resueltos en sede interamericana— ha señalado que, para el examen de convencionalidad, «el Poder Judicial debe tener en cuenta, no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención».⁷

Las razones de la Corte se basarían en el hecho de que esta es la última intérprete del SIDH, adoptando así una posición que la asemeja a una Corte Constitucional. En efecto, existirían algunos criterios de fondo que sustentan esta afirmación, aunque no tanto en la lógica de corroborar la identidad entre la naturaleza de ambos tipos de jurisdicción; pero sí en la de poner de relieve el papel de la judicatura como creadora de derecho y garante de los derechos fundamentales.

Al mismo tiempo, se puede mencionar el principio de garantía objetiva del SIDH como uno de los fundamentos de la fuerza interpretativa de la jurisprudencia y los efectos *ultra partes*

⁷ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, número 169, párrafo 78. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

que esta genera en los ordenamientos estatales en tanto y en cuanto esta ejerce más bien una tutela de orden preventivo en el SIDH. Dicha cuestión se refleja en la existencia de las medidas cautelares y provisionales de la CIDH y la Corte IDH, respectivamente, pero a la vez se extiende a situaciones previas a la activación del sistema de peticiones.

Ello se hace palpable en el hecho de que el uso de la jurisprudencia por parte de los Estados es cada vez más creciente, lo que se constata a través de la práctica pero también del reconocimiento normativo de la vinculatoriedad de dicha fuente del derecho; y viceversa, la Corte IDH también utiliza o aplica criterios derivados de la jurisprudencia de las Cortes nacionales, de modo que podría afirmarse que existe una especie de diálogo entre jurisdicciones.

No obstante lo planteado respecto de la jurisprudencia, sería importante señalar que incluso esta teoría a la que el texto se adscribe debiera admitir una gradación respecto del impacto de los fallos en los ordenamientos nacionales. Por ejemplo, en el derecho constitucional, autores como Landa establecen de la siguiente manera una gradación entre los tipos de sentencias que emite el Tribunal Constitucional Peruano: sentencias normativas (*müssen*), precedentes vinculantes (*sollen*), doctrina constitucional (*können*) (Landa 2009: 62 y ss.).

En el caso de las sentencias normativas o de inconstitucionalidad, el fallo del juez constitucional deberá acatarse sin posibilidad de apartarse de los alcances de dicha sentencia; y en el caso de los precedentes vinculantes, el hecho de que el Tribunal Constitucional determine expresamente los contenidos de la sentencia que tienen fuerza de ley y son oponibles a todos los poderes públicos denotan que el margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar derecho por parte de las autoridades en general es mínimo.

Finalmente, en el caso de la doctrina constitucional, este solo es exigible de ser aplicada por los jueces constitucionales, siendo ellos los que identifican las reglas derivadas de la jurisprudencia del juez constitucional. En ese sentido, tienen un margen de discrecionalidad más alto para seguir lo establecido por el Tribunal Constitucional como para apartarse.

Al respecto, habría que determinar si las sentencias de la Corte IDH admiten esta distinción en la fuerza de su impacto respecto de los países condenados y respecto de aquellos que no forman parte del proceso contencioso o que no han solicitado una opinión consultiva.

En efecto, Ferrer Mac Gregor ha planteado diferencias relativas a la vinculatoriedad de los fallos, dependiendo de si se trata del Estado condenado o de los Estados parte del SIDH no involucrados en el proceso. En el segundo de los casos, el grado de vinculatoriedad sería más flexible que en el primero, lo que le daría al juez del país no condenado un grado más amplio de discrecionalidad, pero con la limitación de no vaciar de contenido un derecho.

[...] esta eficacia interpretativa es «relativa», en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana.⁸

Sin duda, un tema relacionado con este punto es el que define a los estándares del SIDH como contenidos mínimos que los Estados deben tener en cuenta al momento de interpretar

8 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013. Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, párrafo 69.

los derechos que protegen. En ese sentido, el Estado podrá ampliar la protección del derecho específico, pues la fuerza de los fallos no es de uniformidad sino de conformidad, es decir, funciona de manera flexible, pero el límite es el contenido esencial del derecho. Sobre el tema en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, Queralt ha indicado lo siguiente:

[...] el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización; de hecho, todavía hoy no puede afirmarse que exista un *ius commune* europeo de derechos y libertades. El CEDH y la jurisprudencia del TEDH se erigen en un parámetro de mínimos y de reglas interpretativas de resolución de conflictos que todos los Estados parte deben respetar [...] (2007: 437)

Empero, a ello habría que añadir que existe una especie de discrecionalidad a favor de los ordenamientos nacionales para determinar los alcances del contenido de un derecho (margen de apreciación). Si bien la teoría del margen de apreciación no ha sido adoptada por la Corte IDH, en el ámbito europeo ella es un criterio que se debe tener en cuenta para determinar si un Estado ha incumplido con los estándares derivados de este sistema de protección. Ahora bien, el margen de apreciación con el que cuenten los jueces estará delimitado por el tipo de derecho afectado y/o por la dimensión del contenido respecto del cual el Tribunal se ha pronunciado.

Así, por ejemplo, la discrecionalidad será mayor si el derecho o mandato que se busca garantizar es uno relacionado con la prohibición de la tortura o la esclavitud, y menor si se trata de un caso relativo a los derechos políticos (García Roca 2010: 205-206).

En el SIDH, los casos de pena de muerte o de leyes de autoamnistía, los límites a la interpretación de los derechos a la vida y a la tutela efectiva son bastante restringidos como ha quedado demostrado en casos como *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Hilarie, Constantine vs. Trinidad y Tobago*, entre otros.

Sin embargo, en casos relativos a los derechos sociales, eventualmente, ha sido posible incluso admitir la regresividad de estos siempre que no se les vacíe de contenido, como en el caso relativo a la reforma constitucional del sistema pensionario en el Perú (*Cinco Pensionistas vs. Perú*) o las eventuales restricciones al derecho a la libertad de expresión, aun cuando se admite que esta es una libertad preferida en el seno del SIDH (caso *Kimel vs. Argentina*).

2.2. Objeto de control

El objeto de control del examen de convencionalidad está conformado por las disposiciones de derecho interno (leyes, constituciones y reglamentos), las interpretaciones de las disposiciones normativas y las omisiones legislativas, también los proyectos de ley (a modo preventivo).

En relación con las interpretaciones y disposiciones, es importante señalar que desde el punto de vista de la teoría general del derecho debe distinguirse entre el concepto de disposición y norma en tanto y en cuanto lo que se examina a la luz del parámetro de convencionalidad es el significado de la disposición (significante).

Y en relación con las omisiones legislativas, estas pueden ser relativas o absolutas. De ese modo, lo que se controla es la inacción del legislador para implementar las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. Al respecto, los casos típicos de omisión legislativa son los relativos a la falta de tipificación de delitos como el de desaparición forzada o de

tortura, ya sea porque el legislador no lo ha realizado o porque habiéndolo hecho ello no se ajusta u omite determinados aspectos derivados del deber de implementación.

Por ejemplo, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Panamá por no tipificar el delito de tortura, pero también el delito de desaparición forzada conforme a los estándares derivados de los tratados del SIDH que regulan esta materia.

El Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipifica de manera específica el delito de tortura, sino más bien establece en su artículo 160, bajo el título de «Delitos contra la Libertad Individual», que el «servidor público que someta a un detenido a severidades o apremios indebidos, será sancionado con prisión de 6 a 20 meses.

De lo anterior se desprende que el Estado ha incumplido con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.⁹

Empero, estos no son los únicos casos en los que se controla una omisión legislativa. En efecto, la Corte IDH también ha controlado omisiones relativas a la ausencia de recursos efectivos en materia electoral como en el caso *Castañeda Gutman vs. México* en el que se condenó a este país por la inexistencia de un recurso que permitiera a los candidatos a una elección popular impugnar una decisión que afectara su inscripción como candidato en un proceso electoral y a ser elegido y/o acceder a un cargo público en condiciones de igualdad.¹⁰

En el mismo sentido, en los ordenamientos nacionales, los jueces estarían habilitados para aplicar un examen de convencionalidad sobre omisiones legislativas, ya sea porque existe un proceso específico para ello, como en el caso de la provincia de Río Negro en Argentina, o de modo incidental, porque la omisión legislativa se ha reconducido a través de otro tipo de proceso judicial, como en el Perú, en el que la figura no existe pero se canaliza a través de los procesos de inconstitucionalidad, cumplimiento y amparo.

De hecho, también se puede hacer referencia al caso argentino, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un conflicto de competencia entre el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.¹¹ En concreto, optó por resolver reconocer que la Cámara Federal en la provincia de Chubut tenía la competencia para conocer un proceso que calificaba como desaparición forzada, aun cuando este delito no se encontraba tipificado en el ordenamiento argentino.

9 Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, número 186, párrafos 215-216.

10 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, número 184, párrafo 133.

11 Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de marzo de 2007.

3. El control de convencionalidad en sede nacional e internacional: relación con el control de constitucionalidad

El uso y aplicación del control de convencionalidad ha generado un impacto de gran relevancia en los ordenamientos nacionales no solo porque se trata de una obligación con la que deben cumplir los órganos que aplican derecho, sino también por los efectos de los fallos de la Corte IDH e interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Ahora bien, el hecho de que la Corte IDH tenga competencia para llevar a cabo un examen de convencionalidad al igual que los jueces ordinarios genera una serie de preguntas respecto a la naturaleza de este tipo de control. Desde el punto de vista del derecho internacional, seguramente este solo sería un examen de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho interno, las implicancias del control de convencionalidad adquieren otra dimensión, precisamente porque es un tema límite que podría cambiar la concepción de la tradicional soberanía del Estado, como ha ocurrido en el caso *Gelman vs. Uruguay*. De modo que desde esta rama del derecho se busca comprender la forma en que se articula esta técnica dentro del modelo tradicional de control normativo.

El punto de partida para analizar sus características será el control de constitucionalidad y la supremacía constitucional. En efecto, es inevitable establecer un paralelo con las dos instituciones mencionadas en la medida que, en la práctica, el control de convencionalidad involucra un examen de normas de derecho interno que incluye a las propias constituciones de los Estados.

Ahora bien, el ejercicio comparativo entre dos instituciones de naturaleza distinta, una de orden interno y otra del derecho internacional, no es contradictorio con la propia naturaleza del derecho internacional, pues «si bien [...] es distinto del derecho interno en la medida que funciona en un marco sociológico y político distinto, también procede del segundo en directo» (Virally 1998: 13).

Así, el uso de términos propios del derecho constitucional en el derecho internacional de los derechos humanos y en el SIDH para comparar la naturaleza del control de convencionalidad y la labor de la Corte IDH con la del control de constitucionalidad y la justicia constitucional es legítimo.

Ello en la medida que la aplicación de las categorías constitucionales como control de constitucionalidad, Constitución o Supremo Intérprete, propias de los criterios de orden constitucional en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, para comprender la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en sede nacional e internacional se deriva del propio proceso de apertura constitucional.

De hecho, autores como García Roca o Wildhaber hacen referencia a términos propios del derecho constitucional para establecer un paralelo o la propia identidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no por ello postulan la identidad entre este y la justicia constitucional (Wildhaber 2000: 1529-1545).

A partir de estas consideraciones habría al menos dos maneras de analizar la naturaleza del control de convencionalidad, que servirán para lograr brindar una identidad determinada al control de convencionalidad, es decir, para equipararla, diferenciarla y/o delimitarla: a) con el control supraconstitucional; b) con el control de constitucionalidad; y c) se trata de un control normativo paralelo.

3.1. Control de convencionalidad como control supraconstitucional

El hecho de que los fallos de la Corte IDH hayan provocado la modificación de las Constituciones de países como Chile en casos como el de la censura previa ha conllevado a que autores como Sagüés equiparen el control de convencionalidad con el control de supraconstitucionalidad (2010: 124).

Empero, esta perspectiva colisiona con la lógica de subsidiariedad del sistema normativo y con la teoría de la coordinación que de ahí se deriva. En efecto, esta postura pierde de vista el presupuesto de que la relación entre las fuentes de derecho nacional e internacional se concibe desde la perspectiva de la horizontalidad.

El control de convencionalidad refleja la existencia de un proceso de diálogo entre la judicatura nacional y la Corte IDH en el que los tribunales nacionales aplican los estándares derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH para determinar la convencionalidad de una norma. Pero también en el que el propio tribunal interamericano hace uso, cada vez más frecuentemente, de las reglas y estándares nacionales para el desarrollo de su jurisprudencia. La dinámica mencionada ha sido conceptualizada como el fenómeno de *transjudicialism* o *transjudicial communication* (Slaughter 1994: 99-137).¹²

De hecho, es cada vez más común que los tribunales internacionales se refieran a la jurisprudencia nacional para resolver los casos que estos conocen. Por ejemplo, en el caso *Atala vs. Chile*, la Corte IDH ha hecho referencia a jurisprudencia de tribunales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México para desarrollar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la elección de la orientación sexual como manifestación de dicho derecho.

Un ejemplo claro de este tipo de relación es el caso relativo a la reforma constitucional del sistema pensionario de la Constitución peruana de 1993, en la que el Poder Constituyente optó por eliminar el régimen pensionario derivado del Decreto Ley 20530 que establecía un sistema de cédula viva a favor de los pensionistas adscritos a este. En la medida que el modelo en mención afectaba los niveles de sostenibilidad del propio sistema estatal de pensiones y promovía un trato desigual y discriminatorio respecto de los pensionistas adscritos al Decreto Ley 19990, se promovió la reforma mencionada y se estableció, además del cierre, un monto máximo de pensiones a percibirse.

Aunque aparentemente la decisión del Poder Constituyente era contraria a lo establecido en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, en el que se condenó al Estado peruano por modificar el régimen pensionario de los demandantes del caso (hecho que en opinión de la Corte IDH vulneró el derecho a la propiedad de las víctimas),¹³ el Tribunal Constitucional declaró

12 La traducción es propia. El texto original se refiere a *transjudicial communication* como «communication among courts-whether national or supranational-across borders. They vary enormously, however, in form, function, and degree of reciprocal engagement».

De acuerdo con Harold Koh (2004: 43-57), ello consiste en un conjunto de subprocesos multidimensionales de «interacción, interpretación e interiorización» del derecho internacional que puede involucrar medidas judiciales como la incorporación en el derecho interno de criterios hermenéuticos a partir de la jurisprudencia internacional.

13 Los demandantes pertenecían al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, que les otorgaba una pensión nivelada con la remuneración que perciben las personas que realizan las mismas labores que las del cesante antes de jubilarse. Sin embargo, en 1992 el Estado peruano hizo un recalculeo que generó una disminución en el monto de sus pensiones. Por este motivo se vulneró el derecho a la propiedad de los demandantes, ya que habían dejado de percibir un monto pensionario derivado de un derecho adquirido (Corte IDH. Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98).

constitucional la ley de reforma. En ese sentido, se apartó de lo establecido por la Corte IDH en un caso directamente relacionado con el Perú; no obstante ello, la petición que planteó un grupo de pensionistas no prosperó ante el SIDH.

Al respecto, la Comisión Interamericano de Derechos Humanos estableció que aunque el derecho a la pensión había sido restringido a través de la reforma constitucional, el derecho a la propiedad no se había suprimido; pues los peticionarios continuaban ejerciendo la titularidad de los derechos de los propietarios sobre sus pensiones.

Asimismo, se puso de relieve el hecho de que la finalidad de la reforma constitucional no era contraria a la CADH, pues esta se realizó con el fin de disminuir el costo excesivo del régimen y la inequidad que generaba la coexistencia del régimen de cédula viva en relación con los pensionistas del régimen derivado del Decreto Ley 19990.¹⁴

En líneas generales, este es un ejemplo claro en el que se puede observar cómo es que el derecho internacional de los derechos humanos no necesariamente prevalece sobre las normas de derecho constitucional y viceversa. De modo que difícilmente puede aplicarse una regla basada en la supremacía del derecho internacional, al menos desde el punto de vista tradicional.

En ese sentido, la alternativa de un monismo con prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno no es la opción más idónea para comprender la relación entre estas dos ramas del derecho.¹⁵ En la medida que el monismo involucra una identidad de origen en todas las disposiciones nacionales e internacionales —pues todas procederían de las mismas normas originarias—, se pierde de vista que un orden estatal es espontáneo y autocreativo y se desarrolla a partir de fuentes propias que no necesitan afirmar su validez en el derecho internacional (Virally 1998: 122).

3.2. Control de convencionalidad como mecanismo idéntico al control de constitucionalidad

La relación entre estas dos figuras es consecuencia de diversas razones, entre ellas la relevancia de temas de orden constitucional sobre los que se aplica el control de convencionalidad (derechos fundamentales), así como porque la declaratoria de inconvencionalidad de una norma en la práctica conlleva o genera que las autoridades nacionales la expulsen del ordenamiento, inapliquen o reinterpreten.

Del mismo modo, esta identidad o comparación se sustentan en el perfil de los tribunales que aplican control de convencionalidad; no obstante, este deben realizarlo todos los jueces. Es claro que son los tribunales o las cortes constitucionales las que ejercen de manera más visible.

De hecho, algunos tribunales latinoamericanos de orden constitucional —como el mexicano, el colombiano, el argentino y el brasileño— han identificado al control de convencionalidad que ellos aplican con el control de constitucionalidad. En el caso de México, la Corte Suprema, a partir de lo siguientes considerandos, ha señalado que el control de convencionalidad tendría los mismos efectos que los de constitucionalidad:

¹⁴ CIDH. Informe número 38/09, Caso 12.670. Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, 27 de marzo de 2009.

¹⁵ Podría haber, sin embargo, un ordenamiento que se defina como monista. En efecto, hay algunos ejemplos a nivel comparado, tal es el casodel holandés.

1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores ministros Aguirre Anguiano, así como los señores ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales por estimar que esta no es la instancia adecuada para realizar este análisis.¹⁶

Ahora bien, ello no involucra que exista un vínculo de identidad entre estas dos figuras, como regla predefinida, sino que dependerá de cada ordenamiento el vínculo que establezca entre estos tipos de control. Precisamente por ello, existe una postura que considera que ambos tipos de control no son equiparables, sino que se trata de diferentes técnicas de control normativo (Camota 2011: 51-66).

Pero más allá de la comparación entre los dos tipos de control mencionado, habría que determinar la intensidad con la que se aplica la técnica de convencionalidad en cada ordenamiento, ya que ello es lo que define su verdadero impacto y su relación con el examen de constitucionalidad. En el caso peruano, como se verá más adelante, la relación entre ellos es de identidad.

Por su parte, a los tribunales internacionales como el TEDH o la Corte IDH se les atribuye la categoría de verdaderos tribunales constitucionales (Binder 2011). Si se mencionan los fallos relativos al caso *Barrios Altos vs. Perú*, entre otros, las comparaciones con la justicia constitucional cobran sentido y se convierten en un punto de discusión y en objeto de estudio.

Precisamente se coloca en entredicho el papel que juega la Corte IDH, pues el efecto que se ha generado en la práctica es la activación de procesos de reforma constitucional, la declaratoria de nulidad de normas nacionales (*Barrios Altos vs. Perú*), el control de las normas aprobadas vía referéndum (*Almonacid Arellano vs. Chile*); todas ellas cuestiones que han sido esencialmente propias de la esfera estatal.

A la vez, las técnicas para controlar la convencionalidad de las normas de derecho interno de la Corte IDH se asemejan a las del juez constitucional en tanto y en cuanto ambos jueces, el nacional y el de la Corte IDH, asumen un rol creador y de interpretación en el seno de los sistemas normativos en los que ejercen sus competencias.

Pero, esta coincidencia planteada en los términos antes descritos tiene como trasfondo un aspecto común relacionado con la defensa de la persona humana, en tanto fin último y supremo del modelo de Estado Constitucional y de los sistemas normativos de protección de los derechos humanos de origen posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Atendiendo a ello, se puede afirmar que existen semejanzas en la estructura y objetivos entre ambos tipos de control: como la protección objetiva y subjetiva de los derechos de la persona humana que sustentan al SIDH y a los ordenamientos nacionales, y también las

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el Expediente 912/2010 y votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como votos particulares y concurrentes de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.

técnicas de interpretación y contraste normativo que ambos tipos de jueces aplican en su labor jurisdiccional.

Empero, quizá lo más resaltante respecto a las similitudes de ambos tipos de control normativo es el papel que ejerce la judicatura constitucional e internacional en la defensa de los derechos de las personas. En ese sentido, la analogía entre ambas se sustenta más bien en el rol activista del juez en contextos de necesidad de fortalecimiento del Estado de derecho.

3.3. Control de convencionalidad como mecanismo paralelo al control de constitucionalidad

La lectura relativa al control de convencionalidad como obligación que deben llevar a cabo los jueces nacionales, independientemente de su rango y condición, identifica a la figura con la aplicación del derecho comunitario europeo.

En efecto, la Corte IDH parece diferenciar entre el examen de convencionalidad y el examen normativo de las fuentes del derecho que se hace a partir de la Constitución. Puede que haya ordenamientos en los que los no tienen la competencia para aplicar control de constitucionalidad, pero sí tienen la obligación de aplicar el control normativo derivado del artículo 2 de la CADH y de los instrumentos del parámetro interamericano.

En ese sentido, en la práctica, el examen de convencionalidad es otra técnica de control normativo que debe implementarse independientemente de los mecanismos de control de constitucionalidad de los ordenamientos nacionales; y en ese proceso podría, incluso, mimetizarse o entrar en conflicto con este último.

De hecho, en la resolución de supervisión de sentencia que se ha emitido a partir del caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad se ejercen de manera complementaria. De hecho, el control de constitucionalidad es inoponible al control de convencionalidad, lo que demuestra que en determinados supuestos puede ocurrir una situación de tensión entre ambos tipos de control.

[...] la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.¹⁷

Ahora bien, en esa lógica pareciera que lo que ocurre más bien es una suerte de reconfiguración de la forma en que se relacionan los sistemas normativos, no desde la perspectiva tradicional y estática de la pirámide kelseniana, como ya se ha señalado, sino de una suerte de aplicación de las reglas análogas a las del propio proceso de integración europeo —aun cuando el SIDH se guía bajo las reglas del derecho internacional—.

En efecto, el juez nacional en Europa es el juez comunitario por excelencia y tiene la obligación de aplicar el derecho comunitario, aun cuando no el control de constitucionalidad,

¹⁷ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 88.

generándose así una suerte de relación paralela entre el Tribunal de la Unión Europea, los jueces ordinarios y entre estos últimos y el juez constitucional de los ordenamientos nacionales (Cardone 2011: 335 y ss.).

En el caso del control de convencionalidad en el SIDH, lo que habría que definir o delimitar son los alcances de este examen en la medida que no necesariamente se articulará directamente con el de constitucionalidad en casos límite como el aquí planteado (Gelman vs. Uruguay). En todo habrá que repensar el rol de las judicaturas nacionales y la forma en que se articulan con tribunales como la Corte IDH.

Esta es una idea que debiera trabajarse o ampliarse, aunque excede los términos del propio texto que se presenta aquí en tanto y en cuanto este se centra en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En todo caso, se espera que lo aquí planteado sea más bien un punto de partida para la reflexión de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno no solo desde la lógica de los derechos humanos, sino también desde la perspectiva del derecho y la economía, entre otros.

3.4. Tipos de control constitucional con los que se realiza la comparación

En tanto y en cuanto el control de convencionalidad se comparará con el control de constitucionalidad, es necesario plantear algunos esbozos sobre la tipología del control de constitucionalidad sobre leyes que existe en el derecho comparado.

En principio, hay que señalar que en el siglo XX la expansión del modelo de Estado constitucional ha generado que entre los ordenamientos nacionales surjan valores comunes derivados del concepto de democracia constitucional (derechos fundamentales, sistema de representación, entre otros), pero también la noción de Constitución como norma vinculante, lo que ha involucrado el reconocimiento o adherencia a modelos de jurisdicción constitucional destinados a garantizar su fuerza normativa.

Aunque la defensa jurídica de la supremacía de la Constitución no es un fenómeno nuevo para el derecho anglosajón en el que la *judicial review* como garantía de la Constitución estadounidense data del siglo XIX, en el caso de los ordenamientos que pertenecen a la corriente del derecho continental, la justicia constitucional se ha convertido en un fenómeno de constante crecimiento a nivel mundial, ya sea a través de la creación de tribunales especializados o porque las Altas Cortes del Poder Judicial han redimensionado sus funciones, incorporando al control de constitucionalidad como una de ellas.

En ese sentido, se han configurado una serie de procesos de orden jurisdiccional que tienen como finalidad proteger objetiva y subjetivamente las normas y los principios reconocidos en las Constituciones de posguerra. En ese sentido, se mencionarán algunas de las modalidades por las que se lleva a cabo este tipo de proceso.

En efecto, autores como José Julio Fernández plantean una clasificación como la siguiente: a) control abstracto o concreto; b) control directo o indirecto; c) control principal o en vía incidental; y d) control subjetivo u objetivo.

Aunque esta clasificación denota que existe una diversidad de modos de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, aquí se mencionará la clásica distinción entre el modelo de control concentrado y el control incidental o difuso; empero se referirá al modelo que combina los dos tipos de control antes mencionados.

- a) Control abstracto.- Este tipo de control busca promover la defensa de la Constitución en términos objetivos, es decir, apunta a garantizar en sí mismos los principios que de ella se derivan. Por ello, se trata más bien de un examen normativo en abstracto que puede realizarse *ex post* o *ex ante*.

Si bien es un proceso de naturaleza fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en tanto y en cuanto previene la violación de los derechos de los individuos.

- b) Control difuso.- Se trata de un control incidental, que principalmente funciona a pedido de parte y no *ex officio*; no obstante ello, en ordenamientos como el peruano, este tipo de control puede aplicarlo el juez ordinario aun sin que haya sido invocado por las partes. Como regla general, los alcances de sus efectos se centran en el caso en concreto, aunque es posible que lleguen a tener efectos generales.

De hecho, se puede mencionar el caso colombiano respecto de los alcances generales de las acciones de tutela y la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales como un ejemplo de casos a través de los cuales los procesos de control normativo incidental adquieren carácter general.

Sobre el tema, Ramírez da cuenta de la existencia de la figura del estado de cosas inconstitucionales y la repercusión de esta respecto de los efectos de un fallo, en principio, *inter partes* (2013: 63 y ss.). Asimismo, en relación con el caso peruano, también es posible que los procesos constitucionales de la libertad tengan alcances generales, como se verá en el acápite respectivo.

Ahora bien, en relación con el control de convencionalidad, a partir de esta clasificación, este podrá ser concentrado o difuso y podrá llevarse a cabo en ordenamientos que hayan asumido estos modelos como tales o en el caso en que se reconozca la coexistencia de ambos modelos en uno solo, como es el caso peruano.

En esa lógica, también se admite que el control de convencionalidad adopte la forma de las modalidades planteadas por Fernández, pero ello dependerá de la clasificación que se asuma en cada ordenamiento. De hecho, en el acápite relativo al control de convencionalidad que se aplica en el Perú, se han planteado algunos elementos para ello.

En líneas generales, este será el punto de partida para realizar la comparación entre los dos tipos de control normativo a los que se ha hecho alusión en este documento.

4. Control de convencionalidad por la justicia constitucional peruana

En este acápite se abordará lo relativo al control de convencionalidad que realiza el Tribunal Constitucional peruano. Si bien el texto parte del presupuesto de que la justicia constitucional peruana está conformada por los jueces ordinarios que aplican control difuso y el Tribunal Constitucional que aplica control concentrado y difuso, incidirá en la práctica de este último.

No obstante ello, se puede afirmar que en el Perú hay casuística relativa a la aplicación del control de convencionalidad en sede judicial ordinaria, aunque el uso del parámetro interamericano para el control de normas de derecho interno se ha llevado, principalmente, de manera tácita o innominada. Un ejemplo emblemático de la aplicación del examen de

convencionalidad es el que realizó la jueza Antonia Saquicuray en 1996 a propósito de la inaplicación de las leyes de autoamnistía en el proceso penal por el caso Barrios Altos.¹⁸

Asimismo, luego del retorno a la democracia, la única vez que se ha esbozado que los jueces nacionales tienen la obligación de utilizar el canon de convencionalidad ha sido respecto de un tratado que no pertenece al SIDH. En el fallo recaído en el Expediente 0024-2010-PI/TC se hizo referencias al deber del juez ordinario de aplicar control de convencionalidad difuso sobre la Resolución Legislativa 27998.¹⁹

Si bien no se ha hecho referencia al control de convencionalidad de forma expresa, ello se puede deducir de la forma en que el Tribunal Constitucional ha planteado la obligación a los jueces que aplican el tratado en mención en las causas a su cargo.

En concreto, la Resolución Legislativa 27998 ratificaba la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, pero establecía que este tratado no era aplicable en los casos previos al acto de ratificación. Aunque el Tribunal Constitucional no pudo declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues la demanda fue planteada después del periodo límite para interponer una acción de este tipo, indicó que los jueces ordinarios debían inaplicarla toda vez que desconocía la imprescriptibilidad de los delitos a los que refiere el tratado en los casos previos a la fecha de ratificación de este.

Un primer elemento que se podría derivar de los dos fallos mencionados es que en el ordenamiento peruano la obligación de llevar a cabo el examen de convencionalidad se aplica respecto de cualquier tratado de derecho internacional, es decir, no solo de la CADH.

De hecho, ello se puede deducir también del caso AIDESEP (STC 05427-2009-PC/TC). En el fallo en concreto, se señaló que el Estado peruano había incurrido en una omisión legislativa al no haber aprobado en un plazo razonable una ley que desarrollase el derecho a la consulta previa, en tanto derecho fundamental de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En razón de ello, se ordenó al Ministerio de Energía y Minas la emisión de un reglamento sectorial que regulase el procedimiento para aplicar la consulta previa en los procesos relativos a la exploración y explotación de hidrocarburos.

Este es un típico ejemplo en el que una norma de origen internacional se ha utilizado como parámetro de control directo respecto de una omisión legislativa; aunque en el ordenamiento no existe un proceso directo para ello, sino que se ha reconducido a través del ejercicio de la acción de cumplimiento a fin de solicitar a la autoridad administrativa que regule el tema que es objeto de discusión.

¹⁸ Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Expediente 93-95, Lima, 16 de junio de 1995.

Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada, es necesario advertir que esta resulta incompatible con las normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados partes, —entre ellos el Perú—, tiene la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que contravienen [...] el artículo ciento treintinueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal. Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo inciso primero y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la Garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona; en consecuencia el dispositivo legal In Comendo al suprimir la protección jurídica de estos derechos fundamentales viola las normas Constitucionales ya glosadas.

¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0024-2010-PI/TC, 21 de marzo de 2011, FJ. 74-78.

Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas.²⁰

En cada uno de los casos mencionados en este acápite, es palpable que el juzgador utiliza un parámetro de control conformado por los tratados de derecho internacional y un objeto controlado que ha estado constituido por normas de rango legal u omisiones de orden legislativo.

En efecto, la justicia constitucional ha hecho uso de los tratados en procesos de orden constitucional y, en esa lógica, el hecho de que en los casos mencionados se haya inaplicado una norma por ser incompatible con la CADH o se haya ordenado ello a los jueces ordinarios trae a colación la interrogante relativa a si en el ordenamiento peruano el control de convencionalidad es sinónimo del concepto de control de constitucionalidad.

De hecho, el ordenamiento peruano encuadra en el modelo de los ordenamientos en los que el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad, con las implicancias que ello conlleva. Al respecto, existen algunas razones que permiten llegar a dicha conclusión: a) La práctica de la judicatura, b) el concepto ampliado de Constitución y c) los efectos de los fallos en los que se aplica el examen de convencionalidad.

4.1. El ordenamiento peruano y la apertura constitucional como presupuesto para la construcción de la identidad entre el canon de convencionalidad y el canon de constitucionalidad

El Estado peruano podría calificarse como Cooperativo (Häberle 2002: 259),²¹ pues normativamente cuenta con cláusulas que le permiten la recepción directa e indirecta de fuentes internacionales normativas e interpretativas, como para la exportación de los principios, valores e instituciones del Estado Constitucional hacia otros Estados y hacia el ámbito internacional.²²

Empero existen otros elementos que se derivan de la práctica y permiten identificar la existencia de una relación de identidad entre el canon de convencionalidad y el canon de constitucionalidad, aunque formalmente se establezca algo distinto. En razón de ello, en las líneas que siguen, se podrán mencionar los siguientes dos conceptos de identidad entre los conceptos que son objeto de comentario: identidad en sentido formal e identidad en sentido material.

20 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC, FJ. 26.

21 Término acuñado por Peter Häberle para explicar la relación del Estado Constitucional y los órganos que lo conforman con los sistemas normativos de carácter internacional y comparado.

22 Véase el acápite 5.1. a) del presente texto.

La identidad en sentido formal se genera cuando el parámetro de convencionalidad se ha incorporado expresamente al ordenamiento nacional con rango constitucional. Por ejemplo, las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela confieren rango constitucional a los tratados internacionales, y la Constitución argentina señala lo mismo respecto de los tratados de derechos humanos.

De esta forma, podría concluirse que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad (Von Bogdandy 2010: 416). Pero aún con este reconocimiento formal, la práctica podría demostrar lo contrario ya que en la realidad los estándares interamericanos no se incorporan en los ordenamientos en los que la propia Constitución lo establece como obligación. Al respecto, podría mencionarse el caso venezolano como ejemplo de lo antes mencionado.

En efecto, si bien el artículo 23 de la Constitución de 1993 establece que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público», ello no obsta para que en la práctica estos no tengan impacto en el ordenamiento nacional.

Por ejemplo, la Suprema Corte de la nación de Venezuela estableció en el 2003 un fallo que atenta contra la propia regla de la supraconstitucionalidad, pues señaló que el máximo intérprete de la Constitución es ella misma, por lo que no es admisible admitir una interpretación derivada de otros tribunales, incluso si esta es más progresiva.

La jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.²³

Por otro lado, incluso si el rango del parámetro de convencionalidad no fuera de orden constitucional (según el propio ordenamiento), existirá identidad en sentido material; porque en la práctica los jueces constitucionales utilizan al canon interamericano como parámetro de constitucionalidad.

Esta identidad material podría entenderse en términos interpretativos o normativos. En el primero de los casos, el parámetro de convencionalidad se aplicaría indirectamente para dotar de contenido a la norma controladora en sentido formal (Constitución formal); mientras que bajo la modalidad normativa, el canon convencional se aplicaría directamente.²⁴

En relación con el ordenamiento peruano, el examen que se ha realizado de este hace referencia a las dos perspectivas mencionadas. En efecto, existen criterios de orden formal y material que permiten determinar el rango de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano y en función de ello identificar si el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad.

23 Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003.

24 Para un desarrollo del tema, véase Queralt (2008: 220 y ss.).

a) Identidad formal derivada del rango de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano

En el ordenamiento peruano, el rango de los tratados de derechos humanos no se ha establecido expresamente. En concreto, la IV Disposición Final y Transitoria se define como una cláusula hermenéutica y, precisamente por ello, no define el rango de este tipo de instrumento.²⁵

Esta posición se refuerza a partir de las normas derivadas del Código Procesal Constitucional (artículos V del Título Preliminar y 79) en la medida que establecen que la Constitución se interpreta de conformidad con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de tribunales internacionales.

Sin embargo, de acuerdo con autores como César Landa (1999: 564-565) y el propio Tribunal Constitucional, los tratados de derechos humanos se ubican en el rango más alto del sistema de fuentes nacional,²⁶ aun cuando la Constitución vigente no contenga una disposición que reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Ello podría deducirse de la interpretación sistemática del artículo 55 de la Constitución que plantea la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno y el artículo 3 del mismo texto que recoge la cláusula de derechos implícito, la cual otorga rango constitucional a los derechos no enumerados expresamente en el artículo 2.

Las consecuencias de elegir una u otra alternativa implican que con la primera de ellas el uso del parámetro normativo sea indirecto; mientras que, en el segundo de los casos, el uso sea directo. En el caso de que los tratados de derechos humanos se aplicaran en sentido interpretativo, el juez nunca podría declarar la inconstitucionalidad directa de una norma contraria a estos; ya que estos solo se aplicarían para dotar de contenido a una norma de la Constitución formal.

Sin embargo, en cualquiera de los dos supuestos, el Estado peruano tendría la obligación de incorporar los contenidos del estándar interamericano en el sistema de fuentes nacional y promover su aplicación.

Ahora bien, el artículo 3 de la Constitución no es concluyente en términos de rango; pues el «derecho implícito» podría aplicarse indirectamente antes que directamente, de modo que lo que este establece se asemejaría más a la teoría que otorga efectos interpretativos a los tratados. De hecho, en la práctica, los tratados de derechos humanos se aplican en mayor medida en forma indirecta o interpretativa, como lo ha sido en casos emblemáticos como el de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (PROFA 2), entre otros.

A su vez, la teoría del rango constitucional de los derechos debiera contrastarse con el hecho de que los tratados pueden ser objeto de control de constitucionalidad (artículo 200, numeral 4 de la Constitución). Sin embargo, si se admite que este último dispositivo es determinante para atribuirle rango legal a los tratados de derechos humanos, prevalecería la perspectiva estática y formalista frente a la dinámica y finalista que sustenta la equiparación del rango de los tratados al de la Constitución formal.

En la medida que prevalece la segunda de estas alternativas, se puede afirmar que existen dos vertientes por medio de las cuales se puede justificar la obligación de ejercer control de

²⁵ Esta última posición es la asumida en ordenamientos como el español; de acuerdo con la doctrina española el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 no autoriza el uso autónomo de los tratados y jurisprudencia internacional —la Cuarta Disposición recoge contenido idéntico—.

²⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0002-2009-PI/TC, FJ. 59-78.

convencionalidad por parte de los jueces constitucionales peruanos. Ninguna se opone, sino que más bien se armoniza con el artículo 3 del texto constitucional.

Ya sea en términos interpretativos o directos, el concepto de Constitución es amplio e involucra a los instrumentos que materialmente tienen una relación con los principios y valores de la Constitución de 1993.

b) Identidad material derivada de la práctica jurisprudencial

Si bien se ha planteado la existencia de una posición que le brinda a los tratados de derechos humanos fuerza interpretativa y de una posición que otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos, no debe perderse de vista que la práctica de la justicia constitucional puede distar de estas.

En efecto, se ha hecho referencia a la necesidad de abordar el estudio del control de convencionalidad desde la perspectiva dinámica, ya que ello permitirá poner de relieve la importancia de la práctica judicial en la medida que esta es la que determina la relevancia del uso constitucional de los tratados de derechos humanos.

La existencia o inexistencia de una cláusula de apertura constitucional no es determinante para identificar a las figuras que son objeto de comparación en este estudio, como tampoco lo son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el rango constitucional de los tratados de derechos humanos si es que en la realidad no se materializan en prácticas concretas.

En concreto, se puede afirmar que existen casos en los que no se ha aplicado el examen de convencionalidad o este se ha realizado en sentido formal, distorsionándose el contenido del parámetro interamericano para declarar la constitucionalidad de una norma totalmente contraria a los estándares del SIDH.

Un ejemplo claro de apartamiento del uso del estándar interamericano en el ordenamiento peruano es el caso relativo a la legislación sobre justicia militar. En la última de las sentencias recaída en el Expediente 0001-2009-PI/TC, se declaró la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 29182 que establecen que los tribunales militares son integrados por oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas,²⁷ dejando de lado los estándares establecidos en los casos *Palamara Iribarne vs. Chile*, *Cesti Hurtado vs. Perú*, entre otros.

En líneas generales, debe apuntarse a que la realidad concuerde con lo que indica la jurisprudencia constitucional y la doctrina nacional respecto del rango de los tratados de derechos humanos a fin de consolidar la correcta aplicación de estos últimos.

c) ¿Cómo se relacionan las normas constitucionales con los tratados de derechos humanos?

En el ordenamiento peruano, la relación entre la Constitución formal y los tratados de derechos humanos es de horizontalidad, ya que estos se encuentran en el mismo rango de la pirámide Kelsen. De ese modo, ante una antinomia entre lo que señala el texto constitucional y los tratados de derechos humanos, se reconduce por la interpretación constitucional.

Así, el vínculo entre la Constitución de 1993 y el canon de convencionalidad no genera la invalidación de la primera si es que es incompatible con el segundo. En la medida que

²⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 001-2009-PI/TC, 29 de diciembre de 2009, FJ. 42.

tanto los tratados del SIDH que ha ratificado el Estado peruano forman parte del concepto de Constitución material, conforman una unidad con el texto formal, cuyos contenidos se armonizan a la luz de los principios de unidad y concordancia práctica.

Como caso específico, se puede mencionar el artículo 140 de la Constitución de 1993; ya que si bien no ha sido invalidado a través del parámetro convencional, se ha reinterpretado a la luz de este último. Aunque pudiera parecer forzado, lo cierto es que desde la perspectiva del propio sistema de fuentes, el artículo 51 de la Constitución establece que ella es la norma suprema del ordenamiento.

En ese sentido, la forma en que los dos tipos de normas se relacionan debiera canalizarse a través de esta regla. Así, el artículo 140 de la Constitución establece que la pena de muerte se aplica por el delito de traición a la patria en caso de guerra y por el de terrorismo. En concreto, el contenido de este dispositivo incorporó dos nuevos supuestos no existentes mientras se encontraba vigente la Constitución de 1979, que en el artículo 235 proscribía la pena de muerte a excepción del caso de traición a la patria en caso de guerra exterior: terrorismo y guerra interna.

De hecho, cuando el Perú ratificó la CADH, los tipos penales a los que se aplicaba la pena de muerte eran más amplios; pero con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, estos se redujeron a los ya mencionados.

En ese sentido, se puede afirmar que la reforma constitucional de 1993 vulneró lo establecido en el artículo 4.2 de la CADH que señala que la aplicación no se extiende a otros delitos. En relación con ello, la justicia constitucional peruana ha establecido que el contenido del artículo 140 debía interpretarse a la luz de los instrumentos del canon interamericano.²⁸

En efecto, el fallo recaído en el Expediente 0489-2006-PHC/TC ha señalado que la pena de muerte solo puede aplicarse en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1979.²⁹

4.2. Canon de convencionalidad en el ordenamiento peruano y objeto controlado

Una vez que se ha determinado la identidad de la figura del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad, habría que indicar qué instrumentos, además de la CADH, constituyen el parámetro de convencionalidad y el parámetro de constitucionalidad.

Así, se puede señalar que, en el ordenamiento peruano, el canon interamericano está compuesto por todos los instrumentos del SIDH que han sido ratificados por el Estado peruano; pero también por la jurisprudencia, las Opiniones Consultivas y las recomendaciones de la CIDH.

En este último caso, si bien tales recomendaciones carecen de efectos vinculantes, en la práctica, la justicia constitucional peruana las ha incorporado como parte del canon interamericano que aplica para la resolución de los casos que conoce. Un ejemplo de ello es el fallo recaído en el Expediente 04587-2004-AA/TC, en el que se establecieron los criterios para evaluar una eventual afectación al derecho al *ne bis in ídem*.

28 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, 4 de enero de 2003, FJ.181 y ss.

29 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0489-2006-PHC/TC, FJ. 20.

En el caso de la jurisprudencia y los tratados ratificados por el Estado peruano, la Constitución de 1993, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dan cuenta de ello.

Gráfico N.º 2 Tratados de derechos humanos y jurisprudencia internacional como instrumentos interpretativos

Cuarta Disposición Final y Transitoria (Constitución de 1993).- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Artículo V (Código Procesal Constitucional).- El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.- «La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFP de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso». (STC 2730-2006-AA/TC)

Elaboración propia

En el cuadro se debe destacar aquella que da cuenta de la jurisprudencia del TC, en tanto este ha señalado que la vinculatoriedad de los fallos de los tribunales internacionales son vinculantes respecto de su *ratio decidendi* como del *decisum*.

En ese sentido, la vinculatoriedad de los fallos del SIDH y la forma en que se determina el contenido relevante para el caso depende del juez constitucional. De ahí que su aplicación se asemeje a la de la doctrina constitucional en tanto el sujeto que identifica la regla que se ha de aplicar no es la Corte Interamericana, sino el magistrado receptor de la jurisprudencia interamericana.

A la vez, en relación con el objeto controlado, se puede afirmar que este guarda coherencia con lo establecido en el SIDH; es decir, tanto las normas (incluidas las de rango constitucional), las interpretaciones de las leyes y las omisiones legislativas son objeto de análisis por parte de la judicatura.

En efecto, en el ordenamiento nacional se reproduce la distinción entre el concepto de disposición y norma, precisamente porque el control de constitucionalidad involucra el

examen de las disposiciones constitucionales pero también de las interpretaciones. En ese sentido, establece que las sentencias interpretativas tienen asidero y justificación en este tipo de distinción

La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible solo si se tiene en cuenta que, entre «disposición» y «norma», existen diferencias (Riccardo Guastini, «Disposizione vs. Norma», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).³⁰

De ahí que en el ordenamiento nacional el uso del canon interamericano para determinar la convencionalidad de una norma recaerá no solo sobre el texto literal de la norma, sino también respecto de las posibles interpretaciones que identifique el juez constitucional.

Conviene mencionar que, en el caso de las omisiones legislativas, si bien no existe un procedimiento específico para determinar su constitucionalidad y convencionalidad, la justicia constitucional ha establecido por vía jurisprudencial los supuestos en los que se puede brindar tutela efectiva.³¹ En efecto, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a los diversos tipos de omisión legislativa que existen y respecto de los cuales la justicia constitucional podría realizar un control constitucional.

4.3. Modalidades del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano

En este documento se plantea una clasificación relativa a las modalidades del control de convencionalidad que llevan a cabo los jueces nacionales. Para ello, se recurre al uso de los tipos de control de constitucionalidad.

Siguiendo a Fernández Rodríguez, el examen de constitucionalidad es del tipo: a) abstracto o concreto; b) directo o indirecto; c) principal o en vía incidental; o d) subjetivo u objetivo (2002: 74-75). En ese sentido, la clasificación que se propone con relación al examen de convencionalidad es la siguiente.

4.3.1. Por el tipo de proceso en que se aplica

a) Concentrado

El control concentrado de convencionalidad se lleva a cabo en sede nacional y en sede internacional. Este examen cumple un rol de defensa del ordenamiento en sí mismo, no tanto en la lógica de prevenir la afectación de derechos de un individuo (dimensión subjetiva), sino en la de garantizar el contenido de los dispositivos del canon interamericano.

30 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, FJ. 34.

31 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 04587-2004-AA/TC, FJ. 67.

En suma, se trata de un control objetivo con el que se busca preservar la coherencia o unidad de principios de los ordenamientos nacionales y el SIDH. Así, es un juicio de puro derecho, *in abstracto*, que puede llevarse a cabo de modo *ex post* o *ex ante*.

Ahora bien, el control *ex post* en sede nacional podría plantearse respecto de normas vigentes e incluso derogadas a fin de determinar si son convencionales o inconvencionales. Por su parte, el examen de convencionalidad *ex ante* en sede nacional se llevaría a cabo respecto de proyectos de ley.

En el ordenamiento peruano, de acuerdo con el artículo 200, inciso 4 de la Constitución de 1993, el control de convencionalidad procedería contra todos los dispositivos con rango de ley. El control que se lleva a cabo en este ordenamiento es *ex post*.

b) Difuso

En el ámbito nacional, el control difuso de convencionalidad se lleva a cabo incidentalmente, es decir, al interior de cualquier tipo de proceso (laboral, civil, penal, constitucional, ejecutivo, etcétera). Si una disposición o su interpretación son incompatibles con el canon o parámetro de convencionalidad, la norma se inaplicará al caso en particular; de ahí que el uso de esta modalidad de control, en principio, no involucre consideraciones sobre la validez de la norma inconvencional, pues seguirá vigente o surtiendo efectos en el ordenamiento.

Sin embargo, los efectos de un fallo recaído en un caso específico también podrían ser generales dependiendo de la técnica que se aplique para ello o de la propia naturaleza de las sentencias que se emiten, como se verá en la siguiente clasificación.

El control difuso de convencionalidad se aplicará en los procesos ordinarios o en los procesos constitucionales de la libertad como el amparo, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución de 1993 y demás artículos o interpretaciones que atribuyen al parámetro interamericano carácter de canon constitucional.

El control de convencionalidad difuso procederá contra leyes de carácter autoaplicativo o heteroaplicativo que afecten los derechos de un individuo, de conformidad con el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.³² Igualmente, el control de convencionalidad podrá ser de aplicación en los procesos de amparo en los que se discute un hecho lesivo a partir de los efectos de una norma de rango reglamentario en la esfera de derecho de las personas.

En relación con el amparo contra normas heteroaplicativas, es preciso mencionar que el Tribunal Constitucional ha mencionado que este puede controlar una amenaza cierta e inminente o actos basados en la aplicación de una norma de rango legal. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

Respecto de los supuestos de procedencia de un amparo contra actos basados en la aplicación de una ley [...], en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los siguientes criterios:

32 Artículo 3: Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, esta habrá de ser cierta y de inminente realización.

[...]

De otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizarse actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.»³³

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que el examen de convencionalidad se concreta a través del proceso de amparo contra normas. Igualmente, los tribunales administrativos también tienen la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad. En efecto, en el caso (Salazar Yarlenque) se estableció que estos tenían la obligación de aplicar el control difuso de constitucionalidad. En la medida que estos dos tipos de control son sinónimos, el tribunal administrativo tendrá la obligación de aplicar el examen de convencionalidad.

4.3.2. Por los efectos del control de convencionalidad

a) Generales

El control de convencionalidad tendrá efectos generales cuando se aplique en procesos de carácter abstracto, ya que en ellos se discuten cuestiones de puro derecho; o cuando un proceso de carácter concreto —que tienen efectos *inter partes*— adquiere efectos generales que van más allá de las partes involucradas en el proceso.

Si es que se trata del control de convencionalidad realizado en sede nacional, tendrá los mismos efectos que los procesos constitucionales de carácter concentrado o los efectos de los procesos constitucionales de la libertad cuyos efectos han sido generalizados a través de las técnicas de objetivación de los procesos de tutela de los derechos fundamentales (precedente, *stare decisis*, entre otros).

En efecto, en el ordenamiento peruano, los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad son generales (artículo 204 de la Constitución de 1993) ya sea que declaren una norma incompatible y por ende carente de efectos jurídicos (anulación o invalidez) o que establezcan que esta es constitucional; los poderes públicos estarán vinculados por los alcances del fallo, en la medida que este es de naturaleza normativa.

Al respecto, Landa señala que una consecuencia de lo antes señalado es el hecho de que «los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir las sentencias del TC sino a riesgo de vulnerar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución» (2009: 41).

En ese sentido, en la medida que el control de convencionalidad en el ordenamiento peruano es sinónimo de control de constitucionalidad, todos los efectos y naturaleza de este último se aplicarán o se asimilarán a la técnica de convencionalidad.

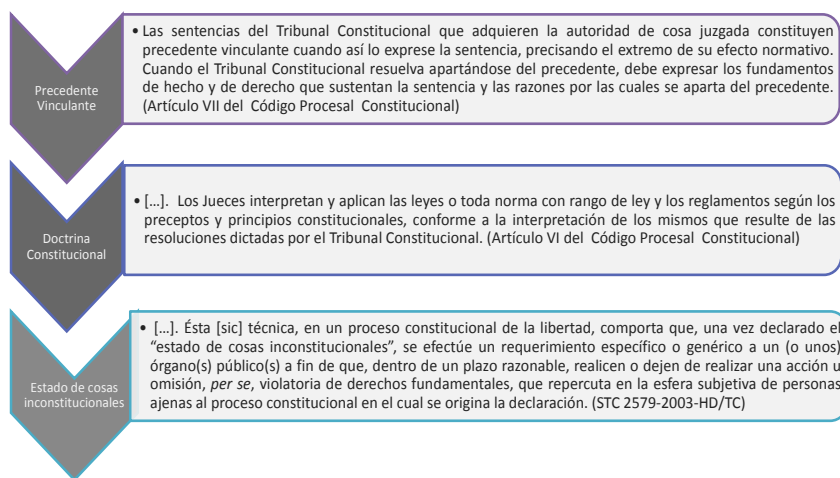
Asimismo, también se ha adelantado que los efectos del examen de convencionalidad pueden ser generales aun cuando este se haya aplicado en casos vinculados con los procesos constitucionales de la libertad, es decir, con los procesos de habeas corpus, amparo y habeas

³³ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en los Expedientes 5719-2005-PA/TC (F. 43 y ss.), 6413-2005-PA/TC (F. 5 y ss.) y otros.

data. En el ordenamiento peruano, tanto el Código Procesal Constitucional como la práctica del Tribunal Constitucional reconocen determinadas técnicas procesales que dotan de carácter general a los fallos que emite la justicia constitucional en el seno de los procesos constitucionales. Así, se puede mencionar la figura del precedente vinculante, la doctrina constitucional y el estado de cosas inconstitucionales.

Los institutos mencionados son una muestra de la doble dimensión de los procesos constitucionales. Si bien es cierto que los procesos de la libertad tienen alcances principalmente de carácter subjetivo, ya que buscan reparar o evitar la violación de los derechos de una víctima determinada, también protegen a los derechos en sí mismos en tanto y en cuanto son principios de la Constitución de 1993.

Gráfico N.º 3 Definición de precedente vinculante, doctrina constitucional y estado de cosas inconstitucionales



Elaboración propia

b) Aplicables a un solo caso en concreto

Los efectos concretos del examen de convencionalidad que se realiza en el ámbito nacional, en los casos que hay identidad con el control de constitucionalidad, se materializan a través de los procesos ordinarios o constitucionales de la libertad en los que el control de convencionalidad se aplica por vía incidental, solo al caso que se resuelve en dicho momento.

No obstante ello, la práctica continuada con relación a la inaplicación de una norma inconvencional genera que los efectos del control de convencionalidad se asemejen a los de una declaratoria de invalidez, propia de los procesos de control constitucional concentrado.

4.3.3. Por el uso del canon interamericano

a) Directo

En este caso, la norma parámetro es la CADH u otro instrumento normativo del SIDH. La norma nacional se contrasta directamente con el instrumento de derecho internacional. En ese sentido, el dispositivo de fuente internacional no se utiliza para dotar de contenido a una norma que pertenezca a la Constitución formal, sino que por sí misma adquiere la fuerza activa para expulsar del ordenamiento a la norma o la omisión contrarias.

En el caso del control de convencionalidad que se realiza a partir del canon de convencionalidad constituido por las normas SIDH, no se ha identificado ningún ejemplo de esta modalidad de examen normativo. Sin embargo, se ha hecho alusión al caso Aidesep en el que el Tribunal Constitucional controló la omisión legislativa relativa a la regulación del derecho a la consulta.³⁴ En la práctica, el control de convencionalidad que ha aplicado el máximo intérprete de la Constitución se ha reconducido a través de la tipología indirecta que se explica a continuación.

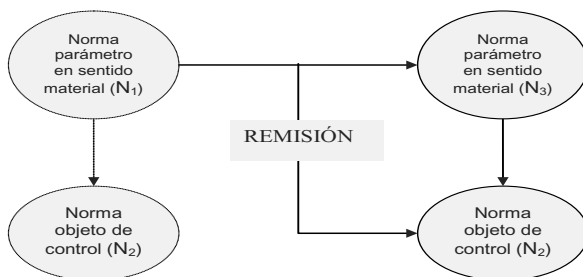
b) Indirecto

En este caso, la norma que sirve, materialmente, como parámetro de control (N1) del objeto controlado (N2) dota de contenido a otro dispositivo que funciona como canon de convencionalidad en sentido formal (N3).

En términos reales se habrá realizado un examen de convencionalidad de N2 a la luz de N1, pero el resultado de este ejercicio se planteará como consecuencia del contraste de N3 sobre N2; en términos formales, N3 será el dispositivo directamente aplicado.

Las modalidades aquí planteadas son aplicables al caso peruano y también al tipo de control que realiza la Corte IDH.

Gráfico N.º 4
Control de convencionalidad Indirecto



Elaboración propia

³⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC.

Un ejemplo de lo aquí mencionado es el del derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos de carácter disciplinario. El artículo 8 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (N1) sirvieron para dotar de contenido al artículo 139, inciso 3 del texto constitucional (N3). A partir del uso del canon interamericano, el Tribunal Constitucional indicó que el artículo constitucional mencionado se proyecta no solo al ámbito jurisdiccional, sino también a sede administrativa.³⁵

Bajo ese criterio se analizaron algunos dispositivos del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (N2). De acuerdo con dicha norma, algunas sanciones que se imponían a los miembros de la PNP no tenían como fundamento una investigación previa, lo que vulneraba el derecho de defensa derivado del artículo 139, 3.³⁶

4.4. La concreción de las modalidades del control de convencionalidad

Las diversas modalidades de control de convencionalidad a las que se ha hecho alusión en este documento se materializan en el ordenamiento peruano. En la medida que este es sinónimo de control de constitucionalidad, es posible hablar de un control de convencionalidad concentrado, difuso, con efectos generales, concretos, e indirecto.

Ahora bien, el impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano ha permitido promover la justicia frente a la impunidad y la garantía de derechos como el debido proceso y la tutela procesal efectiva en el ordenamiento peruano.

En el siguiente cuadro se plantean algunos ejemplos relativos al tipo de control de convencionalidad que se ha llevado a cabo en el ordenamiento peruano. La lista es solo una muestra, no busca ser representativa.

Cuadro N.º 3
Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha aplicado control de convencionalidad

Sentencia	Tipo de control de convencionalidad
Expediente 0007-2007-AI/TC: Inconstitucionalidad de la Ley N° 28642 que impedía la procedencia de las demandas de amparo contra resoluciones en materia electoral. La ley se analiza a la luz de los artículos 8 y 25 de la CADH. Estos dotan de contenido al artículo 200, inciso 2 de la Constitución de 1993 (parámetro formal de control).	Concentrado, indirecto y con efectos generales
Expediente 2409-2002-AA: Se analiza la procedencia del amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura a la luz del artículo 25 de la CADH. Este dispositivo dota de contenido al artículo 142 de la Constitución de 1993.	Difuso, indirecto y con efectos concretos
Expediente 679-2005-PA/TC: Se analiza si las resoluciones expedidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar anularon el archivamiento definitivo del proceso en su contra por la matanza del caso Barrios Altos.	Difuso, indirecto y con efectos generales

Elaboración propia

35 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, Fj. 12 y 13.

36 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, Fj. 13.

Ahora bien, el último de los casos mencionados en el cuadro es relevante por los motivos que se explican a continuación (Expediente 679-2005-PA/TC). El demandante Santiago Martín Rivas alegó que los efectos del fallo del caso Barrios Altos vs. Perú no se extendían al caso La Cantuta en el sentido del juzgamiento al que debían ser sometidos los responsables ya que la incompatibilidad de las leyes de amnistía se refiere únicamente al caso concreto sancionado por la Corte IDH.

Al respecto, el Tribunal Constitucional analizó la sentencia de la Corte IDH, lo que le permitió reafirmar que las leyes de autoamnistía eran un ejemplo de nulidad de una norma, ya que carecían de efectos desde su emisión y, por tanto, el fallo de la Corte IDH tenía alcances generales. En ese sentido, la demanda se declaró infundada. Lo relevante de este pronunciamiento es que involucró la incorporación de un criterio de validez al sistema de fuentes nacional.

En el ordenamiento peruano, por regla general, las leyes son anulables y el único caso de nulidad es el que se recoge en el artículo 74 de la Constitución de 1993 (referido a normas tributarias). A partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se hizo visible que el fallo Barrios Altos añadió un supuesto de nulidad en relación con las leyes de autoamnistía.

Empero, los efectos que ocasionó la sentencia del caso Barrios Altos no son óbice para atribuir a los fallos de la Corte IDH impacto directo ya que su naturaleza no es tal, aunque haya ordenamientos como el peruano que se lo reconocen vía legislativa o jurisprudencial; precisamente, ello depende de cada ordenamiento.

Lo que ocurre en una situación es una especie de reenvío, como ya se ha explicado en este documento. De acuerdo con la Ley 27775 y el artículo 115 del Código Procesal Constitucional, los fallos internacionales tienen efectos directos en el ordenamiento nacional, pero esta es una respuesta que facilita la ejecución de una sentencia.

En todo caso, esta normativa no termina siendo concluyente respecto al rol y relación de la Corte IDH y el ordenamiento peruano. Sin embargo, para algunos el hecho de que los fallos de la Corte IDH puedan ostentar efectos directos visibiliza la insuficiencia de naturaleza declarativa que se les atribuye.

En ese sentido, debiera generarse una reflexión al respecto ya sea para reafirmar lo plantado en este documento, o para dar cuenta de la existencia de un cambio en la forma de concebir la relación entre sistemas normativos y tribunales de origen nacional e internacional.

4.5. Etapas en la aplicación del canon de convencionalidad por el Tribunal Constitucional

La aplicación del control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional ha tenido etapas en las que ha generado un impacto en la configuración progresiva de los derechos fundamentales. Empero, en un segundo momento, ha existido un retroceso en la aplicación de los estándares derivados del SIDH.

En concreto, se puede afirmar que ha existido una etapa de incorporación, otra de desarrollo paralelo con los estándares del SIDH y otra de rechazo (*rejection*). A continuación, se plantearán algunos ejemplos de ello.

a) Adherencia plena

El supuesto de adherencia plena involucra los casos en los que los Estados han incorporado plenamente los estándares del SIDH para el desarrollo de los contenidos de los derechos en sede nacional. Los estándares del SIDH han involucrado una innovación al momento de aplicarse en el derecho interno. Al respecto, se pueden mencionar los casos de amparo electoral y las leyes de autoamnistía como ejemplos de ello.

En el caso de amparo electoral, el Tribunal ha empleado los artículos 8 y 25 de la CADH y ha recogido lo indicado por la Corte IDH en casos como *Yatama vs. Nicaragua* para reinterpretar los dispositivos constitucionales que indicaban que no procedía recurso alguno contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (artículos 142 y 181 de la Constitución), así como para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 27682 que eliminó el supuesto de procedencia de amparo electoral reconocido en el artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional.

Este es un ejemplo claro de sentencias reiteradas en las que el Tribunal Constitucional ha consolidado o adecuado los contenidos de derechos de conformidad con los derivados del SIDH desde la lógica que ningún poder del Estado está exento de control jurisdiccional, pero también desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva como irrenunciable frente a cualquier situación de abuso o arbitrariedad por parte del Estado.

Gráfico N.º 5 Amparo electoral: ejemplo de adherencia plena a la jurisprudencia de la Corte IDH



Elaboración propia

b) Desarrollo paralelo de contenidos

Este supuesto grafica una dinámica en la que tanto en la jurisprudencia nacional como en la interamericana se han desarrollado estándares análogos en términos del objeto de protección del derecho, aunque no ha habido una interconexión entre ellas al momento de definir los alcances de un derecho (Góngora 2010: 403-430, tomo II).

El caso relativo a la protección del acceso al cargo público en condiciones de igualdad reconocido en el artículo 23 de la CADH es un ejemplo del desarrollo paralelo de contenidos por parte de los tribunales nacionales y la Corte IDH.

En efecto, en el caso PROFA II, el Tribunal Constitucional desarrolló ampliamente el contenido del derecho de acceso a la función pública: a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública y d) Condiciones iguales de acceso. A la luz de estos elementos, la norma se declaró inconstitucional.³⁷

Ello supuso una innovación en el ordenamiento nacional, ya que hasta ese momento la Corte IDH había señalado que el derecho en mención solo comprendía la dimensión del acceso a un cargo público (caso Tribunal Constitucional vs. Perú, un fallo directamente vinculante para el Estado peruano).

A su vez, posterior y paralelamente, a partir del caso Apitz Barbera vs. Venezuela, la Corte IDH ha utilizado la Observación General 25: «La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto» de 1996 para ampliar el contenido protegido del derecho analizado. En ese sentido, ha señalado que el derecho de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad incluye también el de permanencia en el cargo, lo que a su vez genera al Estado la obligación de asegurar la estabilidad del funcionario.

c) Rejection

El grado de incumplimiento de los fallos de la Corte IDH por parte de los Estados condenados, pero también por parte de aquellos que no siendo los destinatarios directos de un caso contencioso no incorporan a su ordenamiento los estándares derivados del SIDH, no es poco común (Huneeus 2011: 494-533).

En la estructura de la justicia militar, el derrotero seguido por esta es un ejemplo del rechazo a los estándares del SIDH en materia de independencia judicial. En un primer momento, en el fallo 0023-2003-AI/TC se concluyó que el Decreto Ley 23201 (Código de Justicia Militar) atentaba contra la garantía de independencia e imparcialidad al establecer que los tribunales militares se conformaban por militares en actividad.

Esta posición se reforzó en los fallos 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC, en los que se declaró la inconstitucionalidad de diversos dispositivos de la Ley 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial), ya que adolecían del mismo vicio que la legislación previa.

Sin embargo, en el fallo 0001-2009-AI/TC cambió la línea jurisprudencial. El Tribunal Constitucional distorsionó los estándares fijados en diversos fallos de la Corte IDH como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declarar la constitucionalidad de la Ley 29182, que establecía que la composición de los tribunales militares estaba conformada por militares en actividad.³⁸

Asimismo, cabe hacer una referencia al caso Barrios Altos en la medida que, en el 2012, la Corte Suprema emitió una Ejecutoria Suprema en la que indicaba que las ejecuciones extrajudiciales ocurridas por el caso Barrios Altos por las que la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima condenó a los responsables de la matanza en mención no constituyeron delito de lesa humanidad, lo que llevó a que la Suprema declarara fundadas las excepciones de prescripción presentadas por los sentenciados.

37 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC, FJ.65-98.

38 Al respecto, el voto singular del exmagistrado César Landa da cuenta de la manipulación del sentido de los fallos de la Corte IDH que realizó el Tribunal Constitucional en el fallo en mayoría.

Esto ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Interamericana en una resolución de supervisión de sentencia del 2012. Sobre el tema, la Corte IDH ha señalado que la decisión de la Corte Suprema sería contraria a los deberes del Estado peruano derivados del fallo Barrios Altos y ha incidido en la necesidad de que el Estado corrija los efectos de la ejecutoria emitida por la Corte Suprema. Por ello, ha señalado que la interposición de la demanda de amparo por parte del Poder Ejecutivo contra la mencionada decisión es un paso necesario para revertir la situación, y que los jueces que resuelvan el caso tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad teniendo en cuenta los estándares derivados del caso Barrios Altos.³⁹

5. Control de convencionalidad en la Corte IDH

Como se ha adelantado previamente, la Corte IDH es un tribunal internacional con características específicas que le acercan a los modelos de justicia constitucional (García Roca 2010: 217). En efecto, la labor que realiza respecto de las normas de derecho interno genera que en algunos casos se le identifique con la labor de un Tribunal Constitucional, incluso en procesos de reforma constitucional.

Por ello, se desarrollarán los elementos comunes y distintivos entre la jurisdicción interamericana y la constitucional a fin de comprender la verdadera naturaleza de este examen que se realiza sobre la base del principio de subsidiariedad.

5.1. Elementos comunes entre el control de convencionalidad por la Corte IDH y el control de constitucionalidad

a) Concepto de control

El examen de convencionalidad que realiza la Corte IDH y el examen de constitucionalidad tienen como objetivo promover la estricta observancia de la limitación que imponen las normas constitucionales o los tratados de derechos humanos.

En efecto, el examen de convencionalidad encaja con la esencia del concepto de control, el cual se refiere principalmente a la existencia de límites y procedimientos que verifican el cumplimiento de los primeros a fin de evitar la arbitrariedad (Huerta 1998: 38). De hecho, a través de este tipo de exámenes se verifica y declara la compatibilidad, o la incompatibilidad de la disposición, interpretación u omisión que ha sido objeto de examen.

Por su parte, la función consultiva también es una modalidad de control normativo aun cuando la emisión de una opinión consultiva no implique el establecimiento de una obligación de reparación. Su naturaleza encaja con el elemento principal de la noción de control, ya que apunta a la observancia de los límites que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado; a su vez, esta posición se refuerza con el hecho de que la opinión consultiva tendría naturaleza vinculante.

No obstante ello, autores como Ruiz indican que el examen de convencionalidad no podría calificarse con el rótulo de control, pues no involucra una medida de tipo obstativo

³⁹ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre de 2012, párrafo 60.

respecto del objeto controlado, como la anulación directa de una ley, por ejemplo (1997: 41).

Frente a este cuestionamiento, habría que señalar que la sanción es un elemento secundario al concepto de control, aunque es importante para su eficacia. Pero incluso si ella fuera necesaria, la reparación como medida orientada a reponer las cosas en su estado anterior sería el medio por el cual se pone fin a una situación atentatoria contra los derechos de las personas.

En efecto, en los artículos 63.I y 68.I de la propia CADH se señala que las sentencias que emite la Corte IDH son vinculantes, en ese sentido su naturaleza no es distinta a los mecanismos jurisdiccionales de orden interno más allá de que tenga o no un efecto directo sobre las leyes declaradas inconvencionales.

En líneas generales, la labor de la Corte IDH a través de la función contenciosa y también consultiva —en las que lleva a cabo el examen de convencionalidad— corrige o previene el abuso contra los derechos humanos cometido por el Estado.

Las consideraciones sobre el concepto de control aquí desarrollado no tienen en cuenta las dificultades relativas a la ejecución de las decisiones de la Corte IDH, pues este es un tema distinto y está vinculado al concepto de garantía, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de obligaciones, normas o principios.

b) Los derechos de la persona humana como objeto común de protección

La protección de los derechos de la persona humana es el objeto común que sustenta la labor y complementariedad que existe entre los jueces en sede nacional e internacional. Aunque los derechos fundamentales y humanos guardan una identidad parcial entre ellos, ya que uno puede tener una protección más progresiva que el otro, se puede afirmar que tienen la misma esencia.

En efecto, existe otro sector que considera que la distinción se reduce al origen del reconocimiento (Pérez Luño 2007: 499). Así, mientras el término *derecho humano* se utiliza para referirse a aquellos que han sido reconocidos en instrumentos de naturaleza internacional, el término *derechos fundamentales* se aplica a aquellos que han sido reconocidos en un texto constitucional.

Se puede afirmar que los derechos humanos y fundamentales comparten un núcleo duro que se fundamenta en la dignidad de la persona humana, a la vez que se constituyen como límites al poder. Es ilustrativo que Ferrajoli se refiera a la internacionalización de los «derechos fundamentales» y señale que este es uno de los grandes logros del constitucionalismo (2001: 44).

A la vez, ningún derecho es en sí mismo absoluto, aunque se ha pretendido afirmar que la distinción entre las dos categorías mencionadas se basa en el hecho de que los derechos humanos son ilimitados. Sin embargo, conviene mencionar que la propia Corte IDH, con relación a la libertad de expresión y a otros derechos, ha indicado que estos pueden ser objeto de limitaciones siempre que sean proporcionales.⁴⁰

Al respecto, tampoco debe perderse de vista que, en el ámbito peruano, la Constitución de 1993 utiliza de forma indistinta los términos *derechos humanos* o *derechos fundamentales*. La CADH, por su parte, en el artículo 25 hace referencia a la protección de los derechos

⁴⁰ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, número 177, párrafo 83.

fundamentales. Igualmente, la propia Corte IDH ha usado los términos de forma indistinta; en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* en el que se declaró la violación del derecho a la libertad de expresión se catalogó este derecho como fundamental.⁴¹

Existen, pues, razones que permiten afirmar que la distinción entre los derechos humanos y derechos fundamentales no tiene elementos de fondo profundos que la justifiquen. Antes bien, constituyen un conjunto integrado de garantías para la persona humana que se proyecta a nivel nacional e internacional. De modo que la distinción que se plantea entre ambos es más bien formal, pues en la práctica se apunta al establecimiento de estándares y límites comunes en cuanto a los contenidos de derechos, que finalmente se determinan a partir del principio *pro personae*.

c) Rol de los tribunales e impacto de sus fallos

La Corte IDH suele recibir el título de garante e intérprete último del SIDH, pues cumple la «función de órgano judicial máximo de salvaguardia de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos».⁴²

Efectivamente, ya se ha señalado que los efectos de los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH sobre los Estados no involucrados en un proceso son generales, lo que se asemeja a los efectos *erga omnes* que genera la cosa juzgada de una sentencia constitucional (García Roca 2006: 141).

Sin embargo, debe diferenciarse entre este concepto y el de cosa interpretada; pues, en el caso de esta última, la fuerza de su impacto sería más flexible y se asemejaría a una sentencia con efectos *sollen y/o können*, de modo que los Estados no condenados tendrían mayor libertad para apartarse de lo establecido por dicho tribunal.

Ya sea que se trate de cualquiera de los dos conceptos, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene un efecto que va más allá de la persuasión respecto de los Estados. Ahora bien, esta similitud con los efectos generales de la jurisprudencia emanada del control constitucional concentrado e incluso el difuso de constitucionalidad —cuando adquiere generalidad a través de figuras como el precedente y el *stare decisis*— no implica que el juez de la Corte IDH tenga la competencia para invalidar normas de derecho interno.

En efecto, la posibilidad de invalidar directamente una norma lo convertiría en un tribunal de cuarta instancia, cuestión que se contradice en relación con su rol de tribunal internacional que analiza causas desde esta perspectiva y no desde el derecho interno.⁴³

Empero es innegable que los fallos de la Corte IDH tengan un fuerte impacto respecto de temáticas o procesos que tradicionalmente han pertenecido a la esfera de los Estados y sus procesos político-jurídicos.

41 Corte IDH. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C, número 193, párrafo 112.

42 Corte IDH. Caso *Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párrafo 153.

43 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C, número 220, párrafo 16.

5.2. Los elementos distintivos del control de convencionalidad por la Corte IDH en relación con el control de constitucionalidad

a) ¿Constitución y Corte Constitucional en el SIDH?

Si bien hay una analogía con el nomen Constitución, ello no implica que los instrumentos del SIDH ostenten tal categoría desde el punto de vista clásico y esencialmente estatal.

En todo caso, si se aplica tal término, ello será solamente para visibilizar algunas de las similitudes entre el derecho constitucional y el derecho internacional; por ello, debe tenerse en cuenta que el uso de las categorías constitucionales aluden principalmente al concepto de constitucionalismo como modelo de garantías jurisdiccionales derivadas de su fuerza normativa.

En esa lógica, los conceptos de constitucionalismo y Constitución representan la idea de limitación de poder desde el ámbito nacional e internacional y la protección de los derechos fundamentales como valores y principios comunes para las dos ramas del derecho a las que se ha hecho referencia; con ello no se busca equiparar la estructura y dinámica propiamente internacional con la estatal.

De hecho, existen varios argumentos que desvirtuarían un posible ejercicio de identidad entre ambas ramas del derecho. Es así que Evert Alkema ha realizado un ejercicio interesante al discutir la posibilidad de que el Convenio Europeo reciba el título de Constitución en el sentido clásico (Alkema 2000: 41-63; Wildhaber 2000: 1529-1545).

Así, algunos de los motivos planteados son el déficit democrático del parámetro interamericano y el hecho de que este no involucra o hace referencia a aspectos inherentes al concepto de Estado de derecho como la separación de poderes o el control de constitucionalidad con capacidad de anulación/expulsión de normas nacionales (Alkema 2000: 41-63; Wildhaber 2000: 1529-1545).

b) Primacía vs. Jerarquía: ¿tiene la Corte IDH un poder de anulación de normas?

Otro elemento importante para diferenciar el control de convencionalidad del control de constitucionalidad es el hecho de que este último se sustenta en el principio de jerarquía normativa que la Constitución ejerce respecto del resto de normas del ordenamiento interno; mientras que el control de convencionalidad que ejerce el juez interamericano es un examen que se sustenta en la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

De acuerdo con el principio de primacía del derecho internacional, los Estados están obligados a cumplir con las obligaciones internacionales independientemente de lo que digan las normas de un ordenamiento estatal. Este concepto se deriva del artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969; es decir, del mismo fundamento que da sustento al control de convencionalidad.

En concreto, la primacía no significa jerarquía de un derecho sobre el otro toda vez que no existe una unidad entre esta rama del derecho y el derecho interno; por ello, no se puede afirmar que exista una relación de verticalidad entre estos. Aunque no puede perderse de vista que el derecho internacional ejerce cierta influencia sobre las reglas de validez del derecho interno, no define las pautas de creación, validez e invalidez de una norma de derecho interno (Fuentes 2007).

Un ejemplo de ello es el caso de las leyes de autoamnistía (Barrios Altos vs. Perú),⁴⁴ pues el pronunciamiento de la Corte IDH respecto de la inconvencionalidad de estas y su carencia de efectos ha sido acogido por los Estados para invalidar o inaplicar normas de esta naturaleza.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Interamericano respecto de este tipo de normas se basó en un examen de derecho internacional. En efecto, al referirse a la carencia de efectos, la Corte IDH quiso indicar que estos dispositivos atentaban contra una norma de derecho internacional como la obligación de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, a la que se podría atribuirse carácter de *jus cogens*.

En ese sentido, la Corte IDH no excedió ni pretendió establecer o declarar la nulidad de la norma dentro del propio ordenamiento estatal. Ello se confirma en el caso Cabrera García y Montiel vs. México, en el que se ha establecido que el examen que lleva a cabo es de derecho internacional, es decir, de primacía respecto del derecho nacional.⁴⁵ Por ello, sería erróneo afirmar que la Corte IDH puede anular una norma nacional directamente, puesta esta es competencia exclusiva del Estado a través de algunos de sus poderes.

Si es que los fallos de la Corte IDH tuviesen efectos directos en un ordenamiento, ello habrá sido por decisión soberana del Estado. Así, por ejemplo, se puede hacer referencia a la Ley 288/96 de Colombia, o a la Ley 27775 de Perú; ambas normas establecen el procedimiento para la ejecución de sentencias y el cumplimiento del deber de reparación.

De ahí que sea preferible aplicar términos como el del *reenvío*⁴⁶ para comprender cómo opera el control de la Corte IDH: esta envía su decisión al ordenamiento nacional; en este ámbito se deciden las medidas para adecuar el derecho interno.

5.3. Modalidades del control de convencionalidad por la Corte IDH

La primera referencia al ejercicio de control normativo a cargo de la Corte IDH se encuentra en la definición de la función consultiva como competencia de este tribunal. El artículo respectivo, el 64.2 de la CADH, le otorga a la Corte la facultad de emitir opinión sobre la compatibilidad de las leyes internas a la luz del canon interamericano.

A la vez, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre consultas relativas a proyectos de ley aun cuando esta no sea una competencia reconocida de forma explícita en la CADH. Dicho tribunal ha indicado que ellas son admisibles y conformes al principio de protección de los derechos reconocidos en los distintos instrumentos del SIDH.

Todo lo mencionado muestra claramente que dicho tribunal tiene competencia para realizar un examen de convencionalidad en sentido abstracto; ya que en el caso de la función de consulta, esta versa sobre cuestiones de puro derecho.

Por su parte, en relación con la competencia de la Corte IDH para realizar control normativo en el seno del proceso contencioso, no existe mención expresa en la CADH. No obstante ello, esta se deduce del propio artículo 62.3 que establece que la Corte IDH

44 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75, párrafo

45 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 19.

46 El *nomen reenvío* es un término que ha acuñado el derecho internacional privado para definir «el conflicto negativo entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado de dos o más legislaciones que no se reconocen competencia a sí mismas para gobernar una relación jurídica sino que atribuyen competencia a otra legislación» (Duncker 1967: 401). No obstante lo mencionado, en este documento el concepto de reenvío se utiliza para graficar la forma en que se relacionan los sistemas normativos del ordenamiento.

tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado (Salado 2004: 101).

Ello se refleja al momento de examinar una violación de derechos humanos causada por una norma interna o por la aplicación de esta, ya que la Corte IDH necesariamente debe realizar un juicio de compatibilidad.

5.3.1. Control de convencionalidad *ex ante*: función consultiva

Autores como Albanese consideran que el control de convencionalidad opera únicamente a través de la vía contenciosa, porque entienden que la función consultiva no podría definirse como modalidad de control en la medida que no sería vinculante y que no establecería una obligación para el Estado que ha aprobado una norma inconvencional (Albanese 2010).

Sin embargo, la función consultiva tiene una relación directa con el concepto de control en el aspecto preventivo. En efecto, la Corte IDH no busca corregir o reparar las consecuencias de un abuso cometido, sino evitar la declaratoria de responsabilidad internacional por la violación real o potencial de los derechos de un individuo o de un grupo de estos. En ese sentido, aunque no involucre la declaratoria de responsabilidad, califica como control.⁴⁷

Ahora bien, al igual que el control de constitucionalidad previo, el control de convencionalidad que se lleva a cabo a través de la función consultiva tiene como finalidad prevenir conflictos *in abstracto* entre las normas nacionales y las del SIDH. En general, con esta función se brinda protección objetiva a los principios del SIDH.

El control que realiza la Corte IDH a través de la función consultiva recae sobre proyectos de ley y sobre normas vigentes en un ordenamiento nacional; en este último punto se diferencia del control previo de constitucionalidad. Así, las leyes sobre las que recaerá el control previo de la Corte IDH son heteroaplicativas, es decir, aquellas que necesitan de un acto de aplicación para generar efectos en la esfera de derechos de una persona. En esa lógica, el Tribunal Interamericano lleva a cabo una función preventiva.

Como ya se afirmó, no es posible realizar este análisis ni declarar la responsabilidad internacional por la sola emisión de una norma heteroaplicativa a través de la vía contenciosa, pues uno de los requisitos para acudir a ella es que exista una violación concreta de un derecho —a menos que haya sido aplicada y haya generado efectos— o una amenaza cierta e inminente.

Por el contrario, en el caso de las leyes de aplicación inmediata, «la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición»; y, por ende, puede ser examinada en la vía contenciosa, en la medida que habrá una víctima identificada o determinable.⁴⁸

Si bien las consecuencias del control sobre una norma de esta naturaleza o sobre el proyecto de ley no generan la declaratoria de responsabilidad internacional para el Estado —pues no se ha afectado un derecho—, sí generarían una obligación en el Estado de adecuar su legislación una vez emitida la opinión consultiva, ello en la medida que estas tendrían carácter vinculante.

47 Véase el acápite 5.2. a) del presente texto.

48 Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, número 14, párrafo 24.

Ahora bien, la definición de la función consultiva como un proceso de control normativo se sustenta en la vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas. A partir de la práctica de los Estados, incluida la de la propia Corte IDH, se puede afirmar que la labor consultiva ha adquirido la condición de obligatoria para los órganos del SIDH y los ordenamientos nacionales.

En el caso de los Estados, Costa Rica, por ejemplo, luego de que la Corte IDH emitiera la OC-5/85, la Sala Constitucional anuló el artículo 22 de la Ley 4420 (Ley Orgánica de Periodistas de Costa Rica) atendiendo a su incompatibilidad con el artículo 13 de la CADH (Gozaíni 1998: 825). Igualmente, esta opinión consultiva fue utilizada por el Tribunal Constitucional peruano para declarar la constitucionalidad de la Ley 26937 que establecía que la colegiación de los periodistas no era obligatoria.

Asimismo, algunos ejemplos que dan cuenta de la autovinculación de la Corte IDH son los casos Vélez Loor vs. Panamá, y Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en los que se usan las opiniones consultivas sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados para hacer referencia al interés superior del niño y al derecho de asistencia consular.⁴⁹

Ello guarda concordancia con el principio de universalidad, por el cual, ante un caso semejante (consultivo o contencioso), la Corte debe aplicar el mismo criterio (Mondragón 2010: 44) adoptado en casos anteriores: esto es lo que la Corte IDH hace al recurrir a las opiniones consultivas para resolver otras consultas o casos contenciosos.

Otro elemento que refuerza la posición relativa a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas es que, a través de la función consultiva, la Corte IDH también actúa como último intérprete del SIDH y establece estándares mínimos que deben incorporar los Estados.

De hecho, en la Opinión Consultiva OC-15/97, la propia Corte IDH ha indicado que las opiniones consultivas que emite tienen efectos jurídicos innegables en los Estados, aunque no llega a afirmar que esta es vinculante en igualdad de grado que un fallo contencioso.

Cuadro N.º 4 **Similitudes de la función consultiva y el control previo de constitucionalidad**

	Función consultiva o Control Previo de Convencionalidad	Control Previo de Constitucionalidad
Tipo de examen normativo	Se trata de un examen <i>in abstracto</i> de leyes y proyectos de ley.	Se trata de un examen <i>in abstracto</i> de proyectos de ley e incluso de tratados que se encuentran en proceso de ser aprobados.
Vinculatoriedad del pronunciamiento que emiten los órganos	La opinión consultiva que se emita vincula al Estado, aunque no involucra la declaración de responsabilidad internacional.	En determinados ordenamientos el pronunciamiento que se emite tiene carácter vinculante.

49 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, número 130, párrafos 130 y 136-138; Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, número 218, párrafo 97.

Efectos del pronunciamiento emitido	La opinión consultiva genera efectos generales y sirve de pauta para la resolución de los casos contenciosos.	Los efectos del pronunciamiento son generales.
Naturaleza del órgano que se pronuncia	La Corte Interamericana es el último intérprete del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	El Tribunal Constitucional o el órgano que ostenta sus funciones es el último intérprete del ordenamiento nacional.

Elaboración propia

Ahora bien, lo indicado hasta este momento conlleva el replanteamiento de conceptos como el de jurisdicción y todo lo relativo a los alcances de la responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, si la obligatoriedad de las decisiones es un elemento esencial del concepto de jurisdicción, entonces esta es una característica que comparten las opiniones consultivas con las sentencias de los casos contenciosos en los que hay una violación —real o potencial— de los derechos de un individuo.

Por ello, resulta insuficiente que la función consultiva reciba el estatus de cuasijurisdiccional, de ahí que la vinculatoriedad de una decisión no deba entenderse únicamente en los términos de los artículos 63 y 68 de la CADH.

En el caso de la responsabilidad internacional, habría que tener en cuenta que de acuerdo con las reglas del derecho internacional público esta es objetiva; por ello, el orden internacional puede afectarse por la sola emisión de una norma, aunque esta no haya sido aplicada. De ahí que en el SIDH deba redimensionarse la regla que establece que la responsabilidad internacional se declara en la vía contenciosa a partir de la verificación de la violación de un derecho de una víctima determinada.⁵⁰

En efecto, si se atiende al principio de garantía objetiva, la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de emitir una norma que no necesariamente tendrá efectos inmediatos debiera tener asidero en el SIDH, o al menos debiera discutirse como alternativa.

5.3.2. Control de convencionalidad *ex post*: la vía contenciosa

El procedimiento contencioso ante la Corte IDH recibe el nombre de *amparo interamericano*, ya que protege los derechos de las víctimas en concreto frente a las actuaciones u omisiones de los Estados (incluida la emisión de normas contrarias a los estándares mínimos del CIDH).

Al mismo tiempo, a través de la vía contenciosa se protegen, en sí mismos, los valores y principios que sustentan el SIDH. En ese sentido, la vía contenciosa ostenta una doble dimensión: objetiva y subjetiva, por ello puede catalogarse como una «jurisdicción constitucional internacional en materia de derechos humanos» (Ayala 1998: 368, volumen 1).

Ahora bien, aunque el control de convencionalidad en la vía contenciosa involucre el análisis de una norma que afecta a una víctima determinada o determinable, la eventual declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH tendrá efectos que van más allá de las partes involucradas, tales como: a) el Estado condenado modificará su legislación y b) el resto de Estados tendrá que incorporar los estándares que la Corte IDH va construyendo

⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94.

a fin de garantizar plenamente los derechos de la persona humana (también con una finalidad preventiva).

En ese sentido, existe una similitud con los procesos de control de constitucionalidad incidental (control difuso) que adquieren efectos generales a partir de técnicas como el precedente vinculante, la doctrina constitucional, el estado de cosas inconstitucionales, entre otros.

En efecto, todos los casos en los que se declara la inconvencionalidad de una norma, involucran la adopción de garantías de no repetición que en la práctica adquieren efectos generales. En efecto, a partir del fallo *Yatama vs. Nicaragua*, el Estado tiene la obligación de modificar la legislación interna a fin de crear un recurso efectivo contra las resoluciones de la jurisdicción electoral, que en la fecha de emisión de la sentencia no podían impugnarse, afectándose así el derecho a la tutela efectiva de las personas.⁵¹

Ahora bien, ya sea que se trate del amparo constitucional o del interamericano contra normas, este brinda tutela jurisdiccional a los derechos de víctimas del caso en concreto, ya que así lo establece el artículo 46 de la CADH. De hecho, ello ha involucrado la discusión relativa a la víctima potencial y su protección en el CIDH.

Al respecto, aunque de forma innominada, la Corte IDH ha brindado protección a un grupo de personas que podrían considerarse víctimas potenciales en los casos sobre pena de muerte ya que su derecho a la vida aún no se ha vulnerado, pero existe una amenaza cierta al respecto. Así, se puede mencionar el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, o el caso *Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, entre otros, en los que se declaró la afectación del artículo 4 de la CADH relativa a la prohibición de privar de la vida arbitrariamente.

Otro caso en el que se ha evaluado una violación potencial de un derecho reconocido en el parámetro interamericano es el fallo *Masacre de Dos Erres vs. Guatemala*. En el caso en mención, la Corte IDH se refirió a la prohibición del Estado de Guatemala para aplicar la Ley de Autoamnistía para impedir la investigación y juzgamiento por el delito de ejecución extrajudicial de los responsables de la masacre.

Asimismo, el 4 de abril de 2001 la Corte de Constitucionalidad ordenó la remisión del expediente a la Corte de Apelación para la determinación de la aplicación de la LRN y eventual amnistía a los imputados, por referirse a hechos ocurridos durante el conflicto armado, lo cual contraviene el artículo 11 de la LRN. [...]

El Tribunal hace notar que los hechos de la Masacre de Las Dos Erres, reconocidos por el Estado, constituyen graves violaciones a derechos humanos [...]

En consideración de lo anterior, la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana⁵²

Este es un típico ejemplo de control preventivo en el que la Corte IDH se refiere a los posibles efectos vulneratorios de una norma, aunque esta no haya sido aplicada. Incluso no se demuestra la inminencia o la certeza de la posible violación de uno de los derechos protegidos en la CADH u otros tratados; pero al existir la posibilidad de que la Corte de Apelaciones determine que la Ley de Amnistía es aplicable, la Corte IDH emite un pronunciamiento.

51 Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, número 127, párrafo 254.

52 Corte IDH. Caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C, número 211, párrafo 131.

En el siguiente cuadro se plantean las similitudes y el paralelo que existe en el proceso constitucional de amparo y el amparo interamericano.

Cuadro N.º 5
Similitudes del control de convencionalidad en la vía contenciosa con el control de constitucionalidad difuso (en los procesos constitucionales de la libertad)

	Control de convencionalidad a través de la vía contenciosa	Control de constitucionalidad difuso (en procesos constitucionales de la libertad)
Tipo de examen normativo	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.
Vinculatoriedad del pronunciamiento que emiten los órganos	El fallo emitido en la vía contenciosa es vinculante para el Estado involucrado y las reparaciones ejecutadas por este.	El fallo emitido es vinculante para el demandado que aplicó una norma inconstitucional, a fin de reparar la situación.
Efectos del pronunciamiento emitido	El fallo emitido es cosa juzgada para el Estado condenado y cosa interpretada para el resto de Estados parte de la CADH. El fallo tiene efectos generales o <i>ultra partes</i> .	En principio, el fallo emitido es inter partes. Dependiendo del órgano que emite el fallo y si el proceso en sí mismo lo admite, los efectos pueden ser generales (estado de cosas inconstitucionales, amparo con efectos generales, etcétera).
Naturaleza del órgano que se pronuncia	La Corte IDH es el último intérprete del SIDH.	El TC o el órgano que ostenta sus funciones es el último intérprete del ordenamiento nacional.

Elaboración propia

Por otro lado, los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Vélez Loo vs. Panamá*, entre otros, dan cuenta de la aplicación del control de convencionalidad respecto de normas que atentaban contra derechos reconocidos en la CADH. En estos casos se ha aplicado un control directo que ha generado estándares de protección mínimos que los Estados deben incorporar.

Asimismo, algunos ejemplos del control de convencionalidad sobre la omisión legislativa que ha llevado a cabo la Corte IDH son los casos *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, *Ticona Estrada vs. Bolivia*, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *Gómez Palomino vs. Perú*, en los que se puede constatar que se controla la omisión en la tipificación del delito de desaparición forzada. También se puede mencionar el caso relativo a la falta de regulación legislativa de los procedimientos para hacer efectivo el derecho del condenado a pena de muerte a solicitar una amnistía, indulto o conmutación de la pena que se reconoce en el artículo 4.6 de la CADH.⁵³

⁵³ Corte IDH. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, número 133, párrafo 132, ii.

5.4. Efectos de los fallos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo el control de convencionalidad

Los efectos de los fallos en los que la Corte IDH establece la incompatibilidad de una norma de derecho interno involucran una serie de alternativas que el Estado debe aplicar a fin de reparar la afectación a los derechos mencionados.

En el Cuadro 6 se establecen los tipos de reparación que la Corte IDH ha desarrollado a partir de las diversas sentencias en las que ha llevado a cabo un examen de convencionalidad.

Cuadro N.º 6
Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Efectos	Ejemplos
La reinterpretación de la ley o la Constitución	Caso Radilla Pacheco vs. México
La pérdida de validez de la norma con efectos a futuro	Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala
La invalidez de la norma <i>ab initio</i>	Caso Barrios Altos vs. Perú
La emisión de una norma para cubrir una omisión normativa	Caso Ticona Estrada vs. Bolivia
La modificación de la Constitución	La última Tentación de Cristo vs. Chile

Elaboración propia

Ahora bien, el cuadro plantea cuatro tipos de efectos que varían en la intensidad de su impacto. Al respecto, habría que señalar que existe una gradación de los efectos de la Corte IDH. En efecto, es necesario poner de relieve que el único caso en el que la Corte IDH ha señalado que las normas nacionales carecen de efectos jurídicos es en el caso de las leyes de autoamnistía; mientras que en el resto de casos ha instado a los Estados a modificar o reinterpretar su normativa a fin de adecuarla a los estándares del SIDH.

Quizá la diferencia entre el caso de las leyes de autoamnistía para graves violaciones de derechos humanos y el resto de normativa contraria a la CADH y otros tratados del SIDH se basa en la gravedad de la violación de los derechos u obligaciones internacionales que los Estados han asumido.

En efecto, García Roca señalaría que en el supuesto de las amnistías lo que opera es un margen de apreciación bastante restrictivo en tanto y en cuanto lo que se ha afectado es una norma de *ius cogens*. En ese sentido, el margen que tienen los Estados respecto de la validez o invalidez de la norma en mención es mínimo (2007: 127 y ss.).

De hecho, la Corte IDH, en los casos en los que se habían aprobado leyes de autoamnistía para evitar el juzgamiento de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos, ha declarado que los Estados tienen la obligación de adecuar el derecho interno; es decir, al menos de no aplicar la norma al caso de análisis y a los casos análogos.

Si bien es cierto que las normas de derecho interno tienen reglas de validez que se derivan del sistema de fuentes nacional, en el caso de las leyes de autoamnistía, la jurisprudencia de la Corte IDH ha involucrado la incorporación de un supuesto de validez en el derecho de los Estados condenados.

Ahora bien, aunque lo señalado por la Corte respecto de los dispositivos no ha generado una expulsión automática de la norma de amnistía, sí ha tenido como consecuencia que los tribunales nacionales declaren la nulidad de estas, reabran causas penales o que se emita legislación sustitutoria que permita juzgar las graves violaciones de derechos humanos en el presente.

Ello coincide con el hecho de que los fallos de la Corte IDH no tienen un efecto directo por sí mismos, salvo que la propia legislación nacional así lo establezca, como en el caso peruano. Sin embargo, no debe perderse de vista que la declaratoria de inconvencionalidad de una norma también ha involucrado la recepción de criterios de validez en el ordenamiento del Estado condenado, lo que en la práctica ha reconfigurado las reglas de creación de las fuentes nacionales.

En otros casos, el control de convencionalidad involucra el uso de facultades interpretativas por parte de la Corte IDH, lo que implica que en determinados casos se considere que la norma es inconvencional con las consecuencias y la obligación de modificar la legislación por parte del Estado condenado.

Así, en *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte IDH ha establecido que el artículo 13 de la Constitución mexicana debe interpretarse conforme con las reglas relativas a la excepcionalidad de la justicia militar que se han construido en el SIDH.

[...] en términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.⁵⁴

Finalmente, en los casos relativos a las omisiones, la reparación que el Estado debe implementar es la adopción de las medidas legislativas orientadas a eliminar el vacío normativo y a aplicarlo en el caso concreto y todos los vinculados o relacionados con la misma temática.

54 Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C, número 209, párrafo 337.

Cuadro N.º 7
Tratamiento de los efectos y alcances de las leyes de autoamnistía en la
jurisprudencia de la Corte IDH

Nombre	Norma	Efectos de las leyes de autoamnistía
Barrios Altos vs. Perú	Leyes 26479 y 26492	[...]. Las leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables [...]. (FJ. 44)
Almonacid Arellano vs. Chile	Decreto Ley 2191	[...]. El Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile. [...] (FJ. 119)
Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala	Ley de Reconciliación Nacional	[...] la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana. [...] (FJ. 130)
Gomes Lund vs. Brasil	Ley de Amnistía brasileña	Control de convencionalidad ex officio respecto de la interpretación de la Ley de Amnistía. (FJ. 176) Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil. (Punto resolutive 3)
Gelman vs. Uruguay	Ley de Caducidad	[...] las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay. (FJ. 232)

Elaboración propia

6. Convencionalidad y tutela multinivel de los derechos fundamentales

La aplicación de la técnica del control de convencionalidad en los ordenamientos que pertenecen al SIDH genera una interrogante relativa a la configuración de un modelo de tutela multinivel de los derechos fundamentales.

Uno de los presupuestos en los que se sustenta es la existencia de diversos sistemas normativos de orden constitucional, sin que ello implique que uno anule al otro; antes bien, se trata de una estructura basada en la coexistencia y coordinación entre sistemas normativos en la que no existe un «primado» del derecho internacional ni tampoco la del derecho interno.

Como se ha adelantado, en el trabajo presentado se ha optado por descartar la existencia de una supraconstitucionalidad, lo que concuerda con la teoría de la tutela multinivel en la que la clásica pirámide kelseniana tiene a de-construirse, pues resulta insuficiente para explicar la forma en que se relacionan los diversos sistemas normativos.

En efecto, la horizontalidad del modelo de tutela multinivel de los derechos fundamentales se sustenta en la unidad de valores y principios que trascienden el ámbito nacional para conformar las bases de un modelo de pluralismo de sistemas normativos basado en la protección de la persona humana como fin último de estos (Cardone 2011: 335 y ss.).

En América Latina, sin embargo, este es un tema aún pendiente de reflexión y desarrollo. El paradigma de la pirámide de Kelsen sigue siendo el punto de partida para comprender la forma en que se relacionan las fuentes del derecho internacional con las del derecho constitucional. Sobre el punto, autores como Landa han optado por reconducir el rango de los tratados de derecho internacional, en concreto los de derechos humanos, a la cúspide de la pirámide de Kelsen.

Esta es una alternativa que sin dejar de lado la pirámide kelseniana como estructura que explica la lógica del sistema de fuentes en un ordenamiento trata de plasmar la relevancia de los tratados internacionales en un proceso de apertura constitucional y retroalimentación.

Ahora bien, lo que habría que determinar es que la protección en la que coinciden los sistemas nacionales y el SIDH es plena; es decir, si es posible hablar de un proceso de tutela multinivel en todo el sentido de la palabra. Quizá algunas de las objeciones que también plantea Landa sobre la materia es el hecho de que en el SIDH no existe protección para los derechos de las personas jurídicas, como sí ocurre en el caso del sistema europeo de derechos humanos.

Sin embargo, frente a esta objeción legítima, habría que preguntarse si la protección internacional de los individuos, incluida la de las personas jurídicas, se canaliza a través de otros sistemas como el del arbitraje o del Tribunal de Justicia de las Comunidad Andina. Quizá la forma de repensar la tutela multinivel de los derechos fundamentales va más allá del SIDH, precisamente porque el momento actual puede definirse como un contexto de pluralismo normativo.

En líneas generales, el tema aquí planteado da cuenta de una de las otras formas de protección multinivel de los derechos de las personas; sin duda, existen otros campos sobre los que se debe explorar. Esta es una tarea pendiente para el constitucionalismo peruano y latinoamericano.

Sin duda, a lo largo del documento, es palpable que las categorías de derecho constitucional y derecho internacional, entendidas en su sentido clásico, aunque permiten aclarar el rol de la Corte IDH y su relación con los jueces nacionales, también pueden resultar insuficientes para comprender el cambio de paradigma respecto de este tema.

En general, se recoge una serie de temas que vienen siendo objeto de análisis por la doctrina latinoamericana, al igual que en otros sistemas de protección de derechos humanos en los que también se han identificado los retos del derecho constitucional frente a la globalización del derecho y la internacionalización de este.

7. Conclusiones

- a) El control de convencionalidad es una obligación que se deriva del principio de adecuación del derecho interno al derecho internacional reconocido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En el SIDH se encuentra reconocido en el artículo 2 de la CADH y también en el resto de instrumentos que forman parte de este sistema. Debe emplearlo todo órgano que crea o aplica derecho.
- b) La relación entre el derecho interno y el derecho internacional se sustenta en la tesis de la coordinación toda vez que ambos derechos son distintos y no existe una unidad jerárquica de un derecho sobre otro. En ese sentido, el vínculo entre estos es de interacción y circularidad, ya que ambos se influyen mutuamente.
- c) Para que el control de convencionalidad se lleve a cabo se necesita un parámetro controlador o canon de convencionalidad y un objeto controlado.
- d) La relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en sede nacional es contingente, ya que el examen de convencionalidad puede llevarlo a cabo cualquier juez nacional y no necesariamente el juez constitucional; sin embargo, en determinados ordenamientos latinoamericanos y en el peruano, quien lleva a cabo el control de convencionalidad es el segundo de estos jueces.
- e) En el ordenamiento peruano, el control de convencionalidad puede generar efectos de invalidez o inaplicación de una norma inconvencional dependiendo del tipo de proceso constitucional en el que se lleva a cabo: abstracto o difuso. Asimismo, a través de la figura del precedente vinculante, la doctrina constitucional y la técnica del estado de cosas inconstitucionales, los fallos con efectos interpartes se generalizan.
- f) El control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH guarda analogías con las modalidades del control de constitucionalidad tanto por la forma en que se ejercita el control como por los efectos de dicho examen sobre las normas declaradas inconvencionales.
- g) El control de convencionalidad en sede interamericana puede ser *ex ante* o *ex post*. El primero de ellos se hace efectivo a través de la función consultiva para las leyes y los proyectos de ley; el segundo se hace efectivo a través de lo que se conoce como competencia contenciosa.
- h) La declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH no involucra su anulación, derogación ni pérdida de vigencia de forma automática. La facultad de crear normas, reinterpretarlas, anularlas o inaplicarlas sigue siendo una potestad exclusiva del Estado.

8. Bibliografía

I. Doctrina nacional y comparada

ALBANESE, Susana

2010 *Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad. Jurisprudencia Argentina*, volumen 4, fascículo 13, pp. 3-9.

ALKEMA, Evert

2000 «The European Convention as a Constitution and its Courts as a Constitutional Court» En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective*. Colonia: Carl Heymanns, pp. 41- 63.

AYALA, Carlos

1998 «Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos». FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Liber Amicorum*. San José: Unión Europea-Corte IDH, volumen I, pp. 341-375.

BINDER, Cristina

2011 *El TEDH como tribunal constitucional*. Presentación realizada en el Seminario Internacional «Justicia constitucional y diálogo jurisdiccional. Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina». Heidelberg, 25 de noviembre.

BREWER, Allan

2006 Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 6, pp. 29-78.

BUSTOS, Rafael

2009 «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos». En GARCÍA, Javier y Pablo FERNÁNDEZ. *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 147-168.

CARDONE, Andrea

2011 «Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)». *Enciclopedia del Diritto*, Annali, volumen 4, Milano, Giuffrè, pp. 335-422.

CARNOTA, Walter

2011 «La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 15, pp. 51-66.

DE VERGOTTINI, Giuseppe

2010 *Más allá del diálogo entre tribunales*. Navarra: Civitas y Thomson Reuters.

DUNCKER, Federico

1967 *Derecho internacional privado*. Parte General. Tercera edición. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

FERNÁNDEZ, José Julio

2002 *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.

FERRAJOLI, Luigi

2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

FROMONT, Michel

2002 «El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas». *Pensamiento Constitucional*, año VIII, número 8, pp. 369-398.

FUENTES, Ximena

2007 *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Intervención en el Seminario «Law and Culture», San Juan de Puerto Rico. Consulta: 26 de noviembre de 2011.
<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf>

GARCÍA ROCA, Javier

2010 *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas y Thomson Reuters.

2007 «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 117-143.

2006 «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 5, pp. 139-181.

GARLICKI, Lech

2009 *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*. Intervención en el Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Paris, 12 de febrero. Consulta: 11 de agosto de 2011.
<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>

GÓNGORA, Manuel

2010 «Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas». En BOGDANDY, Armin von y otros. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, pp. 403-430.

GOZAÍNI, Osvaldo

1998 «Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno». En FIX-ZAMUDIO, Héctor. San José: Corte IDH-Unión Europea, tomo II, pp. 819-828.

HÄBERLE, Peter

2002 *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta.* Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HELPER, Lawrence

2008 «Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime». *The European Journal of International Law*, volumen 19, número 1, pp. 125-159.

2003 «Constitutional Analogies in the International Legal System». *Loyola of Los Angeles Law Review*, volumen 37, pp. 193-236.

HITTERS, Juan Carlos

2009 «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)». *Estudios constitucionales*, volumen 7, número 2, pp. 109-128. Consulta: 22 de noviembre de 2012.
<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841005>>

HUERTA, Carla

2003 «La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, volumen 36, número 108, setiembre-diciembre, pp. 927-950.

1998 *Mecanismos constitucionales para el control del poder político.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas.

HUNEEUS, Alexandra

2011 «Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights». *Cornell International Law Journal*, volumen 44, número 3, pp. 494-533.

KOH, Harold Hongju

2004 «International Law as part of our Law». *American Journal of International Law*. Nueva York, volumen 98, número 1, pp. 43-57.

LANDA, César

2009 «Los precedentes constitucionales». *Justicia Constitucional*, número 5, pp. 29-69.

1999 *Tribunal Constitucional y Estado democrático Lima:* Palestra Editores.

MONDRAGÓN, Salvador

2010 «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 29, pp. 135-149.

NÚÑEZ, Manuel

2004 «Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional».

Revista Chilena de Derecho, volumen 31, número 1, 2004, pp. 115-136. Consulta: 13 de abril de 2010.

<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650456>>

PÉREZ LUÑO, Antonio

2007 «Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 495-511. Consulta: 1 de diciembre de 2011.

<http://espacio.und.es/fez/list.php?community_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional>

PERNICE, Ingolf

2002 «Multilevel Constitutionalism in the European Union». *European Law Review*, número 27, pp. 511-529.

PREBENSEN, Soren

2000 «Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights». En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, pp. 403-430.

QUERALT, Argelia

2008 *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2007 «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 435-470.

RAMÍREZ, Beatriz

2013 *El «estado de cosas inconstitucional» y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis de maestría en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

RUIZ, Carlos

1997 *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

SAGÜÉS, Néstor

2010 «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, año 8, número 1, pp. 117-136.

SALADO, Ana

2004 *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Trujillo: Normas Legales.

SLAUGHTER, Anne-Marie

1994 «A Typology of Transjudicial Communication». *University of Richmond Law Review*, pp. 99-137.

VIRALLY, Michel

1998 *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

VON BOGDANDY, Armin

2007 «Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el derecho constitucional internacional e interno». En ESCOBAR, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 397-413.

VON BOGDANDY, Armin y otros

2010 *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América latina?* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2 volúmenes.

WILDHABER, Luzius

2000 «Precedent in the European Court of Human Rights». En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns, pp. 1529-1545.

2007 «The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future». *American University International Law Review*, volumen 20, número 4, Washington, pp. 521-538.

2. Jurisprudencia nacional, comparada e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 Expediente N° 0002-2009-PI/TC. Sentencia: 5 de febrero de 2010

2006 Expedientes 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC. Sentencia: 25 de abril de 2006

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

2011 Expediente N° 912/2010. Sentencia 4 de octubre de 2011.

Consulta 13 de julio de 2015

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2009 Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia del 1 de julio de 2011.

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

2010 Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

2009 Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

2009 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

- 2002 Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia del 27 de enero de 2009.
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/sap6.pdf>
- 2006 Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia 4 de julio 2007.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf
- 2003 Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia del 7 de febrero de 2006
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf
- 2004 Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia del 15 de septiembre de 2005
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf
- 1995 Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- 1997 Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- 1999 Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia del 26 de enero de 2000.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_64_esp.pdf
- 2000 Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- 2005 Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia: 8 de setiembre de 2006
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf
- 2004 Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia 25 de noviembre 2006.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

3. Otros

CIDH

- 2009 Informe número 38/09. Caso 12.670. Sentencia
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>

COMENTARIOS

César Landa Arroyo

Profesor de la Escuela de Posgrado y del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

En América Latina, a la caída de los Gobiernos militares en la década de los ochenta, se restaura el orden civil basado en dos principios básicos: uno económico, la economía de mercado; y otro político, la democracia y los derechos humanos. No obstante, este proceso de refundación del Estado ya se había iniciado luego de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas, aunque con relevancia meramente nominal debido a la precaria vigencia real de las normas nacionales e internacionales. La Guerra Fría había motivado que devinieran en instrumentos de lucha política internacional.

La caída del muro de Berlín, de las dictaduras militares latinoamericanas y el surgimiento del Consenso de Washington dan pie al restablecimiento de un renovado orden civil. Se realizan en la región reformas constitucionales que incorporaron las llamadas «cláusulas de apertura», las cuales permitieron incorporar nuevas instituciones y paradigmas de protección de los derechos humanos como la justicia constitucional y el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la vigencia de los tratados como parte del derecho nacional, entre otras medidas que colocan a la dignidad humana y la protección de derechos fundamentales como fin supremo del Estado y la sociedad.

Específicamente en el ámbito internacional, se empieza a activar el rol de la Comisión Interamericana (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ese sentido, se puede decir que también se refunda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través de una agenda garantista de los derechos y libertades ciudadanas violadas durante los Gobiernos dictatoriales. Así, en una primera etapa, la Corte emite resoluciones sobre los derechos de primera generación, condena a los Estados y dispone reparaciones a víctimas de las violaciones, básicamente, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. En una segunda etapa, a partir del 2000, las causas que ha venido resolviendo la Corte son principalmente sobre violaciones al debido proceso legal, a la libertad personal, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la nacionalidad, entre otros; sin perjuicio de algunos casos de derechos de primera generación.

Esto potencializó el rol del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno cuando las cláusulas que incorporan los tratados dentro del derecho nacional abrieron un viejo debate, ya no solo entre internacionalistas sino también entre constitucionalistas, sobre las tesis monistas y dualistas de las obligaciones internacionales perfiladas en las constituciones. A propósito de esto, nótese que al término de las dictaduras militares, las democracias constitucionales latinoamericanas no mantuvieron la misma sintonía

con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos.¹ En países con estructuras democráticas débiles, las sentencias de la Corte IDH han generado acaloradas polémicas y hasta rechazo sobre el alcance de su carácter vinculante y los mecanismos de su ejecución.

No obstante, a partir de la mencionada segunda etapa se han ido resolviendo casos que incorporan gradualmente el *control de convencionalidad*, según el cual la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prevalece sobre las normas de derecho interno en caso de incompatibilidad, correspondiendo a sus autoridades (no solo judiciales) preferir la norma internacional sobre la interna. Considérense los siguientes ejemplos:

- a) Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006). Las leyes de autoamnistía para los militares dictadas por ellos mismos no son *convencionales* si tratan de evitar el juzgamiento de las ejecuciones extrajudiciales. Los jueces no deben aplicarlas.
- b) Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006). La falta de independencia judicial y la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional durante el segundo Gobierno de Alberto Fujimori hacía imposible que se declarara la inconstitucionalidad del despido arbitrario de trabajadores del Congreso luego del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori (1992). Por tanto, se violó el derecho de las víctimas a que los jueces pudieran ejercer un *control de convencionalidad*.
- c) Caso La Cantuta vs. Perú (2006). Las leyes de autoamnistías no son *convencionales* por evitar el juzgamiento de ejecuciones extrajudiciales, motivo por el cual los jueces nacionales debieron declararlas *inconvencionales*.
- d) Caso Boyce y otros vs. Barbados (2007). Corresponde a los jueces nacionales realizar el *control de convencionalidad* sobre la norma constitucional que garantiza la no revisión de leyes preconstitucionales que establecen la pena de muerte, porque afecta el derecho a la vida y el derecho a un recurso sencillo y eficaz.
- e) Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008). Ante la falta de tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, se viola el *principio de convencionalidad* ante la falta de una norma específica que persiga dicho tipo penal.
- f) Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009). Según su Código de Justicia Militar, los casos de desaparición forzada son sometidos al juzgamiento de tribunales militares; por tanto, son incompatibles con la Convención y se recomendó su modificación legislativa.
- g) Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010). Relativo al *control de convencionalidad* de un decreto que impide la devolución de las tierras comunales a la comunidad, afectando el derecho de propiedad protegido en la Convención.
- h) Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010). Los delitos de desaparición forzada no tipificados no prescriben y se subsumen en el tipo penal una vez tipificados. Esto no implica una aplicación retroactiva de la ley penal. El *control de convencionalidad* garantiza

¹ Existen múltiples ejemplos al respecto: Trinidad y Tobago se apartó de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1998, para seguir aplicando la pena de muerte; Perú tuvo un efímero retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1999, para seguir aplicando leyes antiterroristas no conformes con los estándares de los derechos humanos (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú); Venezuela también se retiró de dicha competencia en el 2012, para desconocer un fallo que ordena la anulación de una sentencia del Tribunal Supremo relativo a la destitución de magistrados (Caso Apitz Barbera vs. Venezuela).

- que, según la interpretación de la Corte IDH sobre el derecho a la vida y a la protección judicial, dicho delito es imprescriptible.
- i) Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010). Ante la detención arbitraria, tortura y desaparición de setenta personas resulta *inconvenional* que el Estado emita una ley de amnistía para evadir su deber de protección judicial.
 - j) Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Relativo al *control de convencionalidad* de las leyes de justicia militar sobre delitos comunes durante la detención de personas por militares (tratos cueles, inhumanos y degradantes).

Así pues, la Corte IDH, después de casi cinco años, ha llegado a consolidar su doctrina del *control de convencionalidad*, señalando en este caso que:

«225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley [...]. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana [...]. [y] deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [sic]. (El subrayado es nuestro).»

Cuando existen estructuras y/o liderazgos democráticos fuertes, las sentencias han tenido un cumplimiento ejemplar, como en el Caso Radilla Pacheco vs. México, en donde se planteó, entre otras cosas, la reforma del artículo 133 de la Constitución, en virtud del cual se dispuso que: «las normas de derechos humanos se interpretan de conformidad con la Constitución y con los tratados de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...]». Dicha sentencia ha permitido a la Suprema Corte de Justicia asumir criterios vanguardistas sobre el control de convencionalidad.

Ahora, el desarrollo dogmático de dicho concepto no es pacífico; en la región se ha abierto un debate en torno a su contenido, naturaleza, alcances, límites, titulares activos o pasivos, y mecanismos de control. Pero el problema no es la libre y leal crítica, sino la resistencia silente o fraudulenta a los mandatos del SIDH.

Por ello, el trabajo de Natalia Torres constituye un valioso aporte al conocimiento del estado del arte sobre este tema en América Latina, en la medida que se viene produciendo un proceso de constitucionalización del derecho internacional y de internacionalización del derecho constitucional, aún no estudiado en nuestro medio académico. Ello como producto de la crisis de maduración del sistema judicial —nacional e internacional— que expresa el proceso de fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos.

Dada la etapa germinal del desarrollo del *control de convencionalidad*, aparecen tesis fundamentalistas sobre la identidad de ambos sistemas, como también las que la niegan absolutamente. Pero este trabajo opta por una postura analítica y descriptiva, a partir de lo establecido en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH, para finalmente tomar una postura por su integración, aunque matizada.

Ahora bien, he notado un uso de categorías constitucionales que se encuentran en transición en el actual proceso de internacionalización del derecho, como el *control jerárquico*

de las normas. Esto da la impresión de que se intenta a veces establecer interpretaciones sobre la articulación entre la justicia constitucional y la justicia internacional de los derechos humanos, creando un modelo de integración a la medida de los presupuestos que se han seleccionado. Ciertamente que es una opción válida, pero su contraste con la realidad evolutiva o involutiva de la jurisprudencia es un examen que no se puede soslayar.

Así, durante la transición democrática peruana (2002-2007), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional innominadamente realizó el *control de convencionalidad* con lealtad a la Constitución y a la CADH, lo cual se relativiza y hasta se desconoce posteriormente (caso El Frontón), ya que a partir del 2008 cambia su jurisprudencia y sus fallos garantistas.

Sin embargo, más allá de estas observaciones puntuales, la presente investigación aporta un importante análisis dogmático sobre el *control de convencionalidad* porque coloca en evidencia que con la restauración del Estado Constitucional latinoamericano se ha expandido también la protección de los derechos humanos, sentando las bases de un *ius publicum americanum* que se sustenta en la Constitución y en la CADH.

En efecto, como mencionáramos, por un lado, la Corte IDH ha desarrollado su jurisprudencia condenando a los Estados por violaciones de derechos humanos, con nuevos argumentos como el *control de convencionalidad*; y, por otro lado, los tribunales constitucionales y/o cortes supremas han ido asumiendo progresivamente la defensa de los derechos fundamentales a nivel nacional. En ambos casos, la vigencia de los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido la fuente de la tutela de las víctimas, pero en otros ha sido objeto de rechazo directo o indirecto.

Lo más significativo de estos procesos es la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, en la medida que la doctrina del efecto interno de los tratados, y de la interpretación de los derechos según estos, se sustenta en las normas constitucionales nacionales. Ello no supone recalar en una tesis monista internacional en la cual el derecho nacional sea receptor unilateral del primero, sino resaltar que a través del *control de convencionalidad* la jurisprudencia de la Corte IDH también ha dado señales de apertura al derecho y la doctrina constitucional en la resolución de los casos difíciles, siempre orientada a la protección de la persona humana.

En ese sentido, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, la Corte IDH no postula la declaración sin efectos automática de las normas internas ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización según un *control de convencionalidad* integrador, sobre la base de las técnicas de la argumentación jurídica.

Por último, es importante señalar que América Latina es una región con una cultura plural, que expresa la síntesis de las tradiciones de los pueblos indígenas y de las culturas prehispánicas con la cultura europea. Dicha síntesis ha generado una amplia identidad que empieza a recogerse en el *control de convencionalidad* de los países en los que gran parte de su población pertenece a culturas originarias, la cual es impulsada por los tratados internacionales y la jurisprudencia garantista de la Corte IDH. Esto abre nuevos derroteros a la cooperación en los eventuales conflictos y naturales tensiones entre el derecho internacional y el derecho constitucional, signo de que los viejos y nuevos derechos humanos latan con fuerza.

El nuestro no es un *control de convencionalidad* clásico, propio de los países europeos, sino uno ético, que se fundamenta en la integración de la comunidad latinoamericana en función de los valores democrático-constitucionales y, en particular, de la dignidad de la persona humana que guía el derecho internacional de los derechos humanos. Valores estos que en algunos

países se encuentran en un proceso de deconstrucción, sobre todo en países con democracias débiles y poco institucionalizadas.

Patricio Rubio Correa
Profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo realizado por Natalia Torres presenta un completo análisis de la figura del control de convencionalidad desde la óptica de la función jurisdiccional, demostrando la riqueza del tema y esbozando las complejidades de este. En él se aprecia una rigurosa investigación sobre la presencia del control de convencionalidad en diversas sentencias de la Corte Interamericana (en adelante la Corte) y fundamentalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estableciendo una vinculación que podría considerarse sustancial entre la labor jurisdiccional internacional y la constitucional, reconocida como tal por la propia Corte.

Al tratar este tema, resulta interesante recordar que el sistema interamericano se inspiró en el sistema europeo de derechos humanos y tomó de él las dos instituciones que hoy lo caracterizan: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos desapareció para permitir el acceso directo de los individuos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas voces plantearon realizar la misma modificación en nuestro continente. Sin embargo, el rápido colapso que ocasionó la desaparición de la Comisión Europea con la acumulación de miles de casos esperando ser atendidos por el Tribunal hizo comprender que el esquema inicial de contar con dos órganos, uno previo no jurisdiccional y un tribunal internacional, era en las actuales circunstancias el adecuado para nuestro continente, ya que lo que este esquema busca es inspirar el trabajo de los tribunales nacionales con sentencias y opiniones consultivas que establezcan estándares de protección a ser tenidos en cuenta por la justicia nacional de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, que son los principales llamados a hacer valer los derechos humanos de sus ciudadanos.

Así lo señala expresamente la Corte en el párrafo 72 de la resolución del 20 de marzo de 2013 sobre supervisión de sentencia emitida en el caso *Gelman vs Uruguay*:

Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones de derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.²

Dentro de este objetivo, el control de convencionalidad, entendido de acuerdo con lo señalado por Natalia Torres, como una técnica de control normativo consistente en la obligación de parte de las autoridades nacionales de contrastar las disposiciones de derecho interno a la luz de los tratados o instrumentos del Sistema Interamericano, en particular la Convención

² Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de marzo de 2013.

Americana sobre Derechos Humanos, no es algo nuevo en el sistema interamericano de derechos humanos. Por el contrario, podría decirse incluso que se desprende de la misma finalidad del sistema y, más concretamente, de la obligación de los Estados contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, tal como se sostiene en la investigación.

Varios planteamientos de la investigación invitan a una reflexión mayor como por ejemplo si el control de constitucionalidad implica necesariamente el de convencionalidad; si cabe este control en situaciones que no cuenten con pronunciamientos de la Corte en la que esta haya plasmado su interpretación de la Convención; si cabe pensar en la discrecionalidad de los jueces internos frente a las sentencias de la Corte Interamericana que no son directamente expedidas contra su país de nacionalidad o si, más bien, para efectos prácticos, estas tienen un efecto vinculante único al igual que las opiniones consultivas; si la responsabilidad internacional del Estado declarada en vía contenciosa debe ir más allá de la comprobación de la violación del derecho de una víctima determinada; si nos encontramos en una etapa de constitucionalización del derecho internacional en materia de derechos humanos o si los retrocesos en la jurisprudencia constitucional más reciente sería evidencia de que nos encontramos en un proceso único y constante de internacionalización del derecho constitucional, entre otros asuntos.

Una realidad indiscutible es que los tres principios especiales de interpretación de los tratados de derechos humanos, es decir, el principio *pro homine*, el principio de interpretación dinámica y el de interacción interpretativa de los tratados de derechos humanos, si bien no pueden modificar lo establecido en el texto de los tratados, sí elevan de manera continua los estándares mínimos que pueden desprenderse de ellos. Por tanto, cuando se menciona que los tratados representan estándares mínimos, no se hace referencia a un nivel estático de obligaciones para los Estados. Esto implica una permanente e irreversible exigencia de ir mejorando la protección y garantía de estos derechos, lo que nos da la ruta que, en mayor o menor medida, tiene que iluminar estos procesos de reflexión.

Cabe mencionar que esta labor compete fundamentalmente a los tribunales nacionales, quienes son los llamados a hacer justicia en caso de violación de uno o más derechos.

Sin embargo, la Corte ha sostenido que:

[...] el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.³

De este modo, la Corte extiende la obligación a toda autoridad del Estado incluidos el Poder Legislativo y Ejecutivo, dando lugar con ello a situaciones en las que concretar este control puede devenir en un proceso más complejo. Si bien este es un ámbito que escapa al trabajo realizado por Natalia Torres, la propuesta de la Corte merece una pequeña mención y para ello tomaremos como ejemplo el caso de los funcionarios del Poder Ejecutivo.

En el marco de sus competencias, los funcionarios deben actuar conforme a los estándares internacionales en la materia. Pensemos por ejemplo en la reglamentación de una ley, más específicamente en la regulación de un procedimiento administrativo, el que deberá ajustarse a las garantías de un debido proceso.

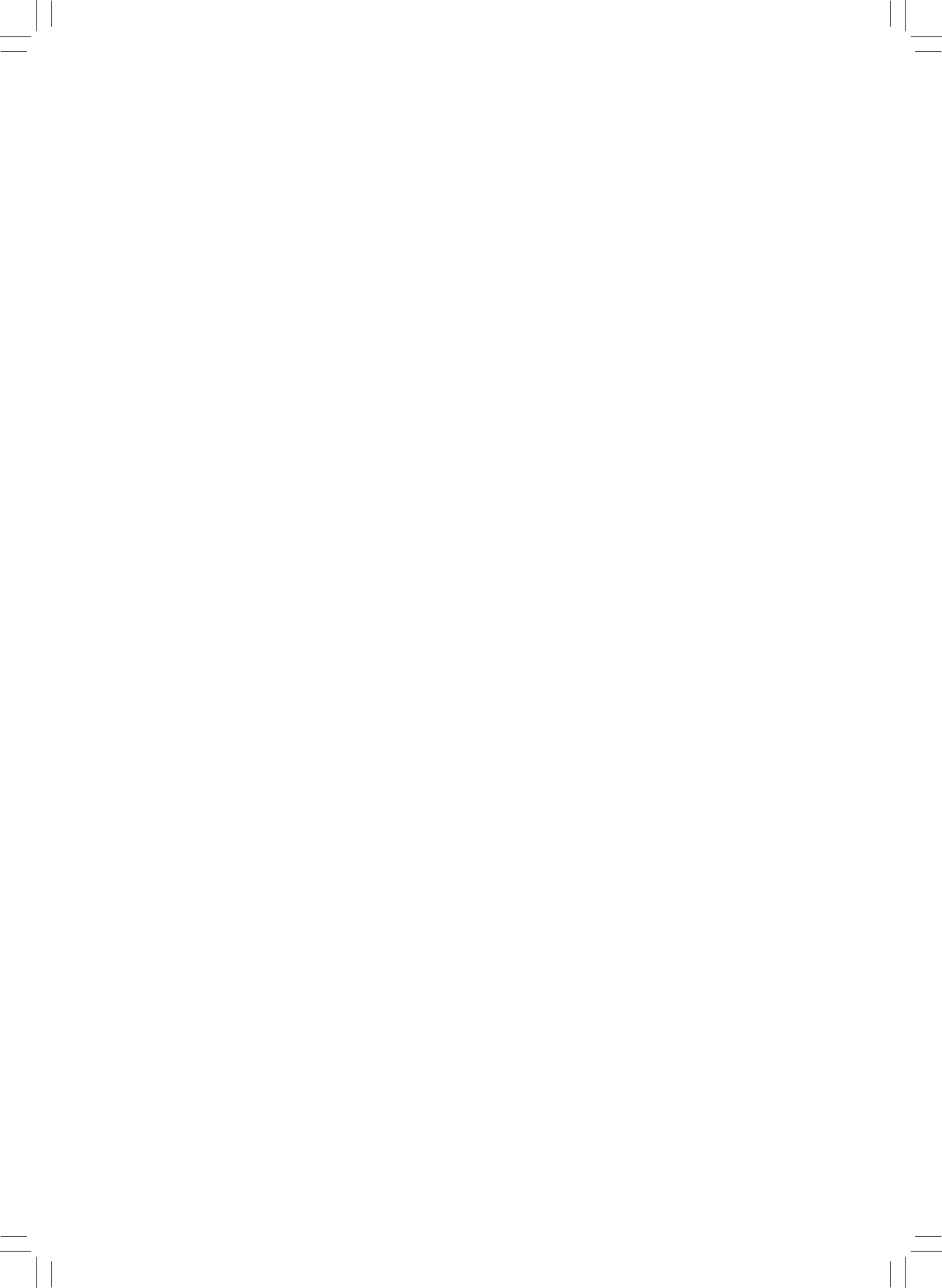
³ Resolución de supervisión de sentencia del 20 de marzo de 2013 emitida en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 72.

Sin embargo, pueden presentarse otras situaciones en las que un marco legal, no adecuado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede limitar la capacidad de acción de los funcionarios, los que estarán impedidos de actuar contra la ley así como de no aplicarla. En estos casos siempre cabe al interesado recurrir a la justicia.

¿Pero qué sucede cuando la justicia no actúa con adecuación a las obligaciones internacionales de derechos humanos? Este escenario es el que frecuentemente debe enfrentar el Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la propia Corte. En estos supuestos, los representantes estatales ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos deberían asegurar una solución amistosa en aplicación del control de convencionalidad.

No obstante, en la práctica se han presentado casos de tipo laboral en los que el Poder Judicial ha fallado a favor del Estado, perjudicando el derecho de los individuos y determinando en última instancia que los funcionarios estatales no pudieran arribar a una solución amistosa. De lo contrario, se hubiera tenido que aceptar la responsabilidad del Estado y asumir el pago de una abultada reparación, a la vez que desconocer la existencia de una sentencia firme que no atendía dichos reclamos, lo que habría expuesto a quienes participaron en esa transacción a acciones de control, así como el establecimiento de previsibles responsabilidades.

El planteamiento de la Corte respecto al control de convencionalidad nos habla de obligaciones que, si bien apuntan en una misma dirección, presentan diferencias de acuerdo a las funciones que competen a los diversos poderes, órganos o autoridades, lo que evidencia la necesidad de continuar la investigación y definición de sus variados alcances.



RESPUESTA DE LA AUTORA

Vistos los comentarios de los profesores César Landa Arroyo y Patricio Rubio Correa, quiero agradecer el análisis que han realizado del trabajo presentado y los comentarios que han planteado respecto de este.

El estudio del tema relativo al control de convencionalidad, como lo señalan los profesores en mención, involucra una serie de aspectos relevantes para el derecho constitucional peruano y latinoamericano. De hecho, la mención a las sentencias y a los problemas o preguntas que plantean en sus documentos de réplica dan cuenta de la variada temática sobre la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado este tipo de control (libertad de expresión, derechos de los pueblos indígenas, leyes de autoamnistía, entre otros) y de todo lo relativo a su aplicación por autoridades nacionales, tanto de los jueces como de los otros poderes del Estado.

Ahora bien, conviene señalar que la relevancia del control de convencionalidad también tiene impacto en el seno del ámbito europeo. La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Río Prada vs. España* es una muestra del ejercicio de control que realizan los jueces internacionales respecto de la labor que realizan los jueces nacionales en la interpretación y aplicación del derecho nacional español en materia de beneficios penitenciarios.¹

La emisión del fallo relativo al caso mencionado ha involucrado que la Doctrina Parot sea analizada no para declararla inconvencional,² pero sí para determinar si es aplicable o no al caso de la terrorista del grupo ETA, Inés del Río Prada.³ Tratándose de un examen relativo a la forma en que se han aplicado las normas relativas al establecimiento de beneficios penitenciarios, en la práctica se ha llevado a cabo un control de convencionalidad respecto de la aplicación de las reglas de la mencionada doctrina al caso de la condenada Inés del Río.

La mención a este último fallo permite poner de relieve que el tema de estudio tiene un alto grado de complejidad en torno a la forma de comprender la relación entre los sistemas normativos nacionales y los internacionales. Sin duda, la realidad y la dinámica entre sistemas normativos exigen una serie de respuestas para la que la estructura de los sistemas de fuentes entendidos en sentido tradicional (sistema kelseniano) no tiene respuestas plenamente satisfactorias.

Por ello, el profesor Landa cuestiona las categorías tradicionales del derecho constitucional que se han utilizado para analizar el estudio e impacto del control de convencionalidad que

1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Del Río Prada vs. España*, (*Application 42750/09*), 21 de octubre de 2013.

2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que en materia penitenciaria cada Estado tiene la potestad de fijar los alcances de su política criminal, aunque los límites de ello se encuentran en la aplicación retroactiva del derecho penal (párrafo 116).

3 Esta se basaba en una interpretación por la cual el Tribunal Supremo Español estableció que «los beneficios penitenciarios se aplican a cada una de las condenas que tenga el interno de forma individual y no al cómputo máximo de cumplimiento de las penas que establecía la ley penal española, es decir, a treinta años» (Tribunal Supremo. Sentencia 197/2006, 28 de febrero de 2006).

realizan los jueces nacionales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ellas no reflejarían la real dimensión del tema.

Por ello, si bien es cierto que el trabajo analiza el impacto del control de convencionalidad a partir de las figuras tradicionales y típicas de la teoría del derecho constitucional, no se pierde de vista que el tema desarrollado también se puede abordar desde la perspectiva de la tutela multinivel de los derechos fundamentales.

De hecho, aunque el profesor Landa no menciona expresamente esta categoría, en la doctrina europea y de modo aún incipiente en América Latina se vienen desarrollando esfuerzos por articular o analizar los alcances del modelo de constitucionalismo multinivel en el ámbito del derecho internacional y del proceso de integración europeo. En efecto, el control de convencionalidad sería manifestación de ello.

Como se ha adelantado en el trabajo, la tutela o constitucionalismo multinivel involucra un proceso de constitucionalización de las fuentes de derecho internacional, generando una multiplicidad de Constituciones que se relacionan horizontalmente entre sí, sin capacidad para anularse mutuamente o que una prevalezca a priori sobre otras (Núñez 2004: 115-136).

De modo que en términos gráficos las relaciones entre las fuentes del derecho se dibujan como una especie de telaraña en la que la regla que permite explicar su vínculo es la coexistencia y coordinación en el marco de la horizontalidad entre ordenamientos y/o sistemas normativos (Núñez 2004: 115-136).

Sin duda, lo explicado tendría mucha utilidad si se aplica como punto de partida para reflexionar sobre la reconfiguración de la relación entre los sistemas normativos nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quizá la perspectiva de orden multinivel refleje en mayor medida lo dinámico de la relación entre derecho constitucional y derecho internacional.

No obstante ello, la forma en que el tema se aborda en este documento también permite definir o plantear algunos aspectos relativos al vínculo entre ambas ramas del derecho, sobre todo en un contexto en el que el cumplimiento de las sentencias y la incorporación de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aún es materia de discusión en el seno de los tribunales nacionales desde la perspectiva de la pirámide de Kelsen.

Así, por ejemplo, en el 2011, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación emitió una resolución en la que señaló que el control de convencionalidad tendría los mismos efectos que los de constitucionalidad, ya que los jueces federales pueden declarar inválida una norma que atente contra los tratados de derechos humanos, y el resto de jueces deberán inaplicar la norma que sea incompatible con los estándares nacionales.⁴

Igualmente, en septiembre de 2013 el mismo tribunal ha emitido la resolución de contradicción 293/2011 interpuesta a raíz de la disparidad de criterios de tribunales colegiados de distinto circuito en relación con el rango de los tratados de derechos humanos y el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta resolución de contradicción se ha establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los jueces. Por otro lado, se ha

4 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el Expediente 912/2010 y votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales, así como votos particulares y concurrentes de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.

establecido que los tratados de derechos humanos constituyen el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.⁵

Asimismo, aunque en este trabajo el control de convencionalidad no se desarrolla desde la perspectiva multinivel, el documento pone de relieve la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho internacional y viceversa en el que concurren aspectos comunes de protección y finalidad de ambas ramas del derecho, como es la protección de los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales y la limitación del poder Estatal y la interpretación judicial como mecanismo de creación y delimitación de los contenidos de los derechos.

En esa lógica, en este trabajo, al menos en el caso peruano, se ha optado por reconducir la relación entre los tratados y las fuentes nacionales a la parte más alta de la pirámide de Kelsen a fin de hacer visible que los primeros ostentan la misma fuerza activa y pasiva que las disposiciones de la Constitución formal.

En este punto, se coincide con lo que también ha planteado el profesor César Landa en su obra *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Él, desde el punto de vista de la estructura tradicional del sistema de fuentes, también ha optado por reconocerles —como mínimo— una posición de rango constitucional a los tratados de derechos a partir de lo que él denomina la *teoría de la razonabilidad* (Landa 1999: 564-565).

El trabajo, como indica el profesor Rubio, plantea en realidad una serie de temas aún pendientes de solución en el seno del derecho constitucional peruano y latinoamericano. Por ello, la reflexión propuesta en el documento quizá no da respuestas unívocas sino que permite visibilizar los principales puntos que debieran ser objeto de análisis, como por ejemplo: si existe o no la necesidad de reformular los usos y categorías constitucionales que permita comprender los alcances del proceso de apertura constitucional, entre otros temas.

Ahora bien, otro de los puntos relativos a la discusión de la aplicación del control de convencionalidad es si las autoridades de entidades del Poder Ejecutivo y/o Legislativo tienen la obligación de llevar a cabo este tipo de examen normativo. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que el deber corresponde no solo a los jueces nacionales sino también a las autoridades administrativas y el propio Poder Legislativo.

Al respecto, esta tesis habría sido aplicada en el ordenamiento nacional en la medida que el Tribunal Constitucional en el caso AIDSESP estableció que el Ministerio de Energía y Minas tenía la obligación de emitir un reglamento sectorial de derecho a la consulta en ausencia u omisión del Legislativo en la emisión de una ley que regulase los alcances del derecho a la consulta.⁶

Empero, cabría preguntarse cuáles son los límites de la aplicación del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas, más aún si es que ello conlleva una eventual contradicción con la posición asumida por tribunales jurisdiccionales en el seno del Estado.

¿El control de convencionalidad que realizan las autoridades administrativas podría oponerse al establecimiento de un fallo judicial que ha adquirido calidad de cosa juzgada para evitar una condena en el seno del el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En el fondo se trata de establecer quién es el controlador en el seno nacional de los estándares de protección de un derecho fundamental.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013. En este fallo, se analizó la interpretación del artículo primero de la Constitución a partir de la reforma del 10 de junio de 2011.

6 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC, FJ. 61-64.

Quizá la respuesta sobre la materia se encuentre en la propia formulación que del tema ha realizado la Corte Interamericana. En efecto, se ha señalado que «el control de convencionalidad debe ser aplicado por las autoridades en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».⁷

Así, por ejemplo, el caso relativo al caso *Artavia vs. Costa Rica*, en la medida que plantea un concepto de derecho a la vida (tesis de la anidación) que difiere de lo establecido por el Tribunal Constitucional de Perú, podría involucrar que las autoridades administrativas incorporen el nuevo estándar del derecho a la vida y desconocer lo que ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia 02005-2009-AA/TC (tesis de la fecundación).

No obstante ello, el límite para la aplicación del nuevo concepto de derecho a la vida debiera estar en el hecho de que la autoridad administrativa en el caso en concreto tiene la obligación de ejecutar un fallo emitido por el máximo intérprete de la Constitución, pues esta sentencia ha adquirido el carácter de cosa juzgada constitucional. De modo que a quien correspondería establecer los alcances del concepto de derecho a la vida es al legislador, pero también al juez a través de su labor interpretativa y creativa.

Precisamente, el Poder Ejecutivo o en general el Poder Ejecutivo (la Administración), conforme lo señala la Constitución de 1993 en su artículo 118, inciso 9, tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Si se concluye que el juez ordinario ha emitido una sentencia que se puede llamar injusta o si se quiere inválida a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el ordenamiento no prevé alternativas contra un supuesto como el mencionado, salvo el uso de los instrumentos de orden procesal constitucional para el control de resoluciones judiciales.⁸

Empero, esta es una cuestión que se resuelve en el ámbito jurisdiccional; no obstante ello, la interrogante del profesor Rubio, en la práctica coloca de relieve la necesidad de llevar a cabo una reflexión sobre los propios límites de la técnica de control de convencionalidad (desde el punto de vista competencial), pero también respecto a los alcances de los efectos de los fallos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y si existe algún margen de apreciación para los Estados parte del Sistema.

Distinto sería el caso en el que la propia administración es la que debe aplicar o resolver un conflicto que tiene relación con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese caso, la Administración tiene la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad para proteger adecuadamente los derechos de un administrado, de acuerdo con lo señalado por la propia Corte IDH.

Como fuere, en esto también se hace visible un tema de la mayor relevancia, pues pareciera que el control de convencionalidad tiene una fuerza mayor que la del propio control de constitucionalidad en tanto y en cuanto este último debe ser aplicado únicamente por los tribunales administrativos de carácter nacional, o que son definidos como de justicia administrativa, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.⁹

7 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 65.

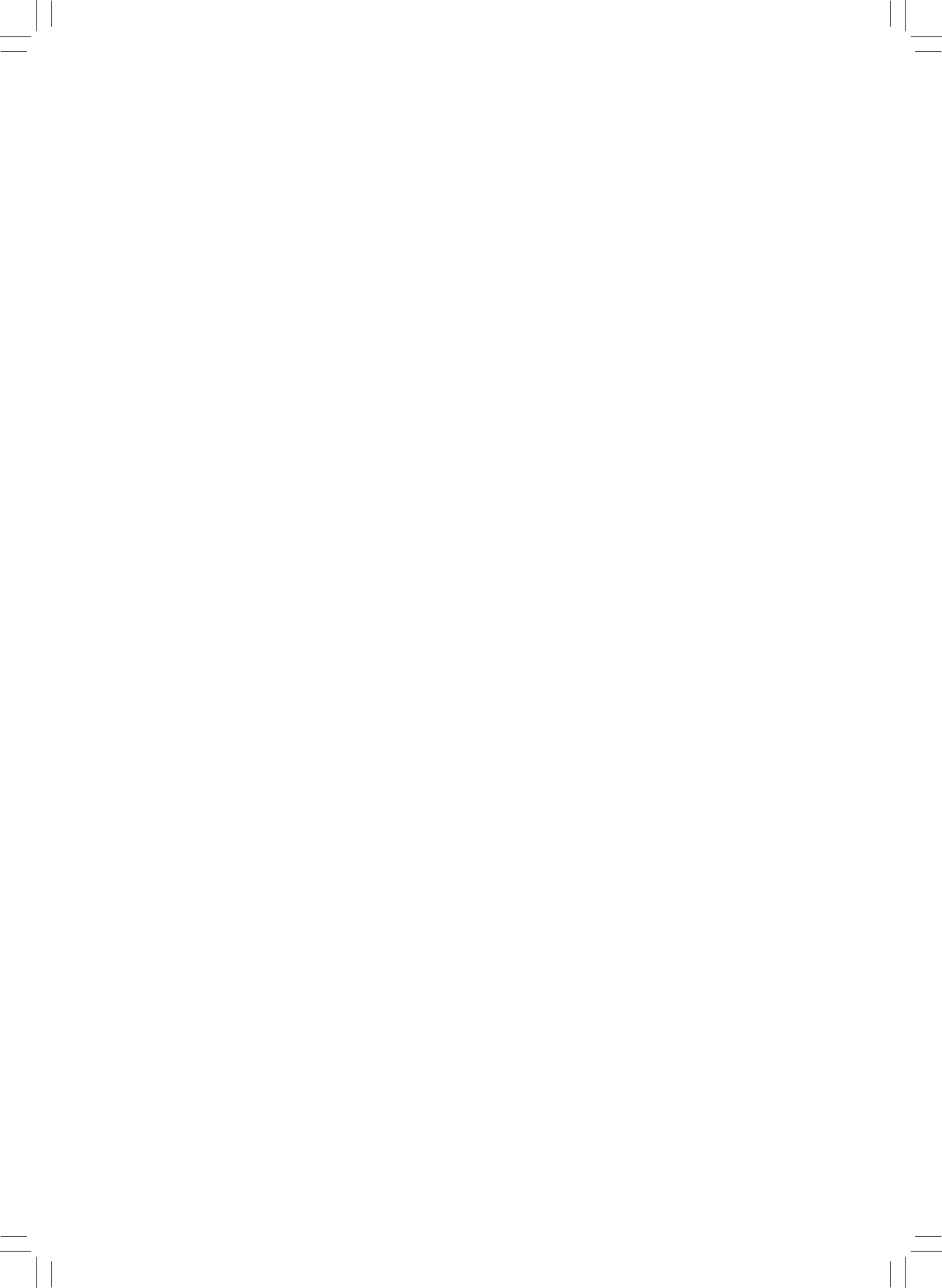
8 El artículo 4 del Código Procesal Constitucional hace referencia al amparo contra resoluciones judiciales cuando se ha vulnerado la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, el caso *Apolonia Ccollca* amplía el parámetro de revisión por parte del juez constitucional, quien podrá analizar una resolución en el caso de que se haya vulnerado cualquier derecho fundamental. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 3179-2004-AA/TC, FJ. 20 y ss.

9 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 3741-2004-AA/TC, FJ. 50 y Resolución Aclaratoria, FJ. 4.

En líneas generales, el ejercicio de articular el derecho interno con el derecho internacional involucra que las autoridades asuman como criterio de resolución de conflictos o de creación de derecho al principio pro persona, pero también que asuman e internalicen el rol del Estado Constitucional en un contexto globalizado. Quizá, más que la búsqueda de respuestas de orden teórico o técnico, lo que se necesita para promover la máxima tutela de los derechos fundamentales en el país es contar con operadores y funcionarios estatales comprometidos con los valores y principios que se consagran en la Constitución de 1993.



SECCIÓN IV
DERECHO CIVIL



EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO MODALIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD

José Carlos Fernández Salas

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Alumnos

En nuestro país, el derecho de superficie es una herramienta jurídica que ha recibido en los últimos años gran atención, principalmente, por su flexibilidad para permitir inversiones importantes en proyectos inmobiliarios. Sin embargo, en nuestro país, el mínimo tratamiento normativo de este derecho deja muchos vacíos, los cuales ocasionan importantes discusiones jurídicas que la también escasa doctrina sobre el tema aún no alcanza a responder. Por ello, nos disponemos a realizar un estudio crítico de esta figura, y nuestro objetivo es facilitar su utilización de manera más eficiente y difundida en los diversos sectores del mercado inmobiliario. A este efecto, desde un análisis funcional, estudiaremos la posibilidad de que el derecho de superficie sea considerado una modalidad del derecho de propiedad en lugar de un derecho real. De este modo, como consecuencia de tal redefinición, planteamos que las normas ya existentes sobre el derecho de propiedad suplirían los vacíos que las normas sobre superficie presentan. En adición, también estudiaremos la posibilidad de que se introduzcan ciertas normas sobre superficie que permitan otorgar un marco adecuado y atractivo de funcionamiento para esta figura.

I. Introducción

I.1. Problema

Con el objetivo de describir el problema jurídico que pretendemos abordar, definiremos preliminarmente al derecho de superficie como el derecho real que otorga la posibilidad de tener por un periodo máximo de noventa y nueve años una construcción en propiedad separada sin ser propietario del suelo sobre el que esta se encuentra. Como lo explicaremos más adelante, esta es una institución relativamente marginada en los ordenamientos civiles de la familia continental, lo que se tradujo en una escasísima regulación en los principales códigos civiles del mundo, así como en nuestro propio Código Civil. Sin embargo, la realidad socioeconómica de nuestro país ha revitalizado la utilización de esta figura en el ámbito del derecho inmobiliario.

En casi todo el mundo, en especial, en los países del hemisferio norte, el crecimiento –parcialmente artificial– de los precios de los activos inmuebles (aunado a la irresponsabilidad y la falta de regulación en los principales mercados financieros) causó, en primer lugar, una crisis financiera y, posteriormente, una crisis económica de grandes magnitudes que, entre otros efectos, trajo consigo el desplome de los precios de los inmuebles. Sin embargo, en nuestro país ora por la menor magnitud de las instituciones financieras ora por la creciente y aún insatisfecha demanda interna tanto de vivienda como de bienes y servicios, el mercado inmobiliario ha mantenido un ritmo de crecimiento aún durante estos años de crisis, y la economía de nuestro país es una de las pocas en el mundo que ha mantenido cifras en azul.

Si bien es recomendable ser cauteloso con la evolución de la economía, mientras la expansión del mercado inmobiliario no se fundamente solamente en agentes especuladores y exista una sólida regulación del mercado financiero, no hay razón para temer en demasía el surgimiento de una burbuja inmobiliaria en nuestro país. Por lo demás, en lo que respecta a nuestra materia, es preciso señalar que uno de los instrumentos jurídicos que ha contribuido a este crecimiento del mercado inmobiliario en nuestro país es justamente el derecho de superficie.

Al momento de invertir en la explotación de un inmueble, ya sea para el propósito de construir un centro comercial, un local industrial, un complejo de viviendas, etcétera, el agente económico tiene ante sí dos opciones: a) comprar o b) alquilar un inmueble.

- a) La opción de adquirir un inmueble, si bien confiere un derecho pleno sobre este, resulta lógicamente más onerosa y necesita de un financiamiento más costoso. Además, se contradice con la temporalidad de determinados tipos de inversión diseñados en función a la explotación temporal de un determinado negocio. Finalmente, el problema mayor, y que tiene mucha relación con el precio, es la creciente escasez de terrenos atractivos en las áreas urbanas de las ciudades importantes.
- b) La segunda opción es alquilar un inmueble. Cuando nos referimos a alquilar un inmueble, lo hacemos en un sentido amplio puesto que el arrendamiento no es el único contrato temporal que ofrece el ordenamiento. Existen otros contratos y derechos que constituyen una cesión temporal del bien entre los que destaca, por ejemplo, el usufructo. El problema es que ninguna de estas alternativas temporales resulta suficientemente atractiva para los operadores debido a las limitaciones que para ellas establece la ley. Por un lado, el arrendamiento tiene la desventaja de generar efectos meramente obligacionales, los que en aplicación del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil pueden verse desplazados por operaciones que generen efectos reales (una hipoteca o usufructo posterior podría servir para cuestionar la eficacia de un arrendamiento aun cuando este último tenga fecha anterior). En adición a ello, el arrendamiento tiene limitaciones en su contenido puesto que solamente permite al arrendatario el derecho de usar el inmueble, mas no el derecho de explotarlo y menos aún de disponer de él física o jurídicamente, lo que, entre otras cosas, impide obtener financiamiento mediante la dación en garantía de un arrendamiento. A ello hay que agregar la limitación que implica el plazo máximo de diez años para el arrendamiento. Todo lo señalado le quita utilidad a una herramienta que en otros ordenamientos resulta la idónea para este tipo de operaciones.

Algo similar sucede con la herramienta del usufructo. Si bien en este caso sí nos encontramos ante un derecho real que tiene mayor protección como tal, su

configuración legal alcanza solamente a la posibilidad de explotar un inmueble existente, pero no de realizar en él modificaciones sustanciales so pena de terminación anticipada del usufructo. Ello impide, por ejemplo, echar abajo una construcción existente para realizar una completamente nueva. Junto con esta limitación se encuentra el principio de tipicidad de los derechos reales que vuelve más problemática la posibilidad de que derechos como el usufructo sean objeto de pactos que sobrepasen la esencia de su configuración legal. Por último, la transmisión del usufructo se encuentra limitada por la circunstancia de que depende de la pervivencia del usufructuario inicial, cuya desaparición puede generar la terminación del usufructo. El plazo máximo de treinta años es mayor que el del arrendamiento, pero de todas maneras representa un tope para el diseño de proyectos contractuales de largo plazo.

Es así que la propia necesidad de los operadores jurídicos ha llevado a la utilización de otras opciones de contratos temporales, espacio en el que se ha dado gran uso al derecho real de superficie. Tal como lo señalamos, el derecho de superficie es un derecho real limitado en el aspecto temporal, pero con un tope mucho mayor que el de las opciones anteriormente mencionadas: noventa y nueve años. Su atractivo no termina ahí pues, mediante este derecho, el beneficiario, también denominado «propietario superficiario» o simplemente «superficiario», tiene una mayor amplitud de facultades ya que la ley le permite construir y explotar un inmueble con las mismas prerrogativas que tendría un propietario pleno.

Por último, la naturaleza real de este derecho le confiere mayor protección por la oponibilidad que permite la inscripción en el registro, lo que, además, facilita la estructuración de financiamientos para inversiones de gran envergadura. Todo ello ha motivado su utilización en diferentes contextos, entre los que destacan la construcción de *malls*, centros comerciales, supermercados y, en general, el mercado del *retail*, la construcción de locales industriales, la realización de proyectos de infraestructura e incluso la realización de proyectos destinados a vivienda.

No obstante, existen algunos aspectos negativos que dificultan la utilización de este derecho. La mínima regulación del derecho de superficie y la novedad en el manejo de una institución particular como esta han provocado algunos inconvenientes en la utilización de la figura. Existe un conjunto de problemas de corte práctico para los que el limitado y algunas veces anacrónico tratamiento de este derecho en los manuales de derechos reales no proporciona respuestas suficientes.

Para comenzar, veamos los problemas alrededor de la celebración del contrato y de la constitución del derecho real de superficie. Al respecto, es preciso señalar que en el estado de cosas actual, el contrato de constitución del derecho de superficie resulta ser un contrato atípico, es decir, un contrato cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en la práctica jurídica diaria la elaboración de un contrato de este tipo comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que este debe contener y de la complejidad de la operación que usualmente se busca regular.

Esto motiva que o se deban invertir demasiados recursos en la elaboración de un contrato sin un punto de partida específico o que se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, que constituye el prototípico contrato de cesión temporal de un inmueble, decisión que puede resultar problemática, puesto que el contrato de arrendamiento tiene una naturaleza y, en consecuencia, efectos prácticos completamente distintos (el arrendamiento es un contrato obligacional y de duración).

En la misma línea, existen muchas dudas acerca de los requisitos que deberían exigir los notarios al momento de otorgar los instrumentos públicos necesarios para la formalización del contrato de superficie. Del mismo modo, se tiene la cuestión acerca de los elementos que deben ser evaluados por el registrador público para la inscripción del derecho de superficie en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). Por otro lado, resulta necesario aclarar la posibilidad de que la extensión física del derecho de superficie sea menor o sea mayor a la extensión del terreno sobre el cual se constituye; las situaciones en que concurren con la superficie regímenes de copropiedad; la necesidad de un análisis catastral respecto a la posibilidad de superposiciones con respecto al derecho de superficie y/o las limitaciones urbanísticas que para las construcciones pueden existir en el lugar donde se encuentre el inmueble, entre otros varios aspectos.

En segundo lugar, corresponde mencionar la problemática de la fase de cumplimiento y la eventual fase de defectos en el contrato (fase patológica). El derecho de superficie debido a sus características particulares genera una relación jurídica a largo plazo entre el propietario superficiario y el propietario del suelo. Durante dicho plazo se pueden suscitar una serie de circunstancias que son el origen de controversias difícilmente solucionables con las normas y doctrina actual del derecho de superficie. Entre ellas podemos nombrar el caso de la transferencia de la propiedad del suelo o de la misma superficie, y con ello la entrada de nuevas personas no solo en la calidad de propietario o de superficiario, sino además en la posición contractual dentro del contrato de superficie; la eventual constitución de una hipoteca sobre el suelo o sobre la superficie; la inscripción de medidas cautelares; la ampliación o reducción del plazo inicialmente establecido del derecho; la resolución del contrato por incumplimiento o por alguna otra causa prevista en el Código Civil; la forma de tributación de los beneficios que ambas partes del contrato reciben, entre otras cuestiones. En adición a ello, han sido objeto de debate la posibilidad de establecer algunas figuras particulares como es el caso de la «subsuperficie», de la «autosuperficie» y de la constitución de un «régimen de propiedad superficiaria horizontal».

Todo este panorama se materializa en contextos donde se empiezan a discutir aspectos especializados de este derecho como es el caso de procesos judiciales, procesos arbitrales, procedimientos notariales, procedimientos registrales, informes jurídicos, elaboración de contratos, etcétera. La consecuencia directa de la dificultad en la resolución de estas discusiones es la incertidumbre jurídica que se puede generar alrededor del derecho de superficie si es que su régimen no se conoce de manera adecuada. Si bien, afortunadamente, ello no alcanza a impedir el aprovechamiento de esta institución por parte de los operadores jurídicos, lógicamente se genera un incremento innecesario de los costos de transacción para los que invierten en inmuebles utilizando este mecanismo, así como la disminución de contratos que generen beneficios para las partes y también para la propia sociedad. A simplificar la respuesta a dichos problemas es que nos vamos a dedicar en los siguientes apartados.

1.2. Justificación

Al decidir el objeto de nuestra investigación ha tenido especial importancia la esfera social que se ve influida por el derecho de superficie. Este derecho es una herramienta útil en el crecimiento del sector construcción en nuestro país y es justamente la realidad socioeconómica

la que se ha adelantado al derecho en lo que respecta a este tipo de operaciones. El déficit de infraestructura y, específicamente, el déficit en la cantidad de centros comerciales y negocios de *retail* que aún existen en nuestro país, no solo en Lima sino especialmente en el centro del país, así como las experiencias de éxito de este tipo de negocios en ciudades como Arequipa, Huancayo, etcétera, han puesto sobre el tapete la necesidad de proveer de este tipo de actividades a las personas que en el contexto actual de crecimiento económico van adquiriendo un mayor poder adquisitivo y con ello dinamizando cada vez más el mercado interno en nuestro país.

No obstante, la versatilidad de una figura como el derecho de superficie no tiene por qué limitarse a un área específica de la sociedad como es el de los centros comerciales. Las características del derecho de superficie y su origen inicial en los primeros Códigos Civiles occidentales tenían prevista la utilización de este mecanismo también para fines de vivienda, objetivo para el cual la dilatada extensión del plazo del derecho resulta ideal, entre otras características que explicaremos más adelante. En adición a ello, los usos que se pueden dar a esta figura en la construcción de locales industriales, en la contratación en el sector público en relación con la infraestructura del Estado e incluso su utilización para el propósito de explotación de recursos naturales demuestran la multiplicidad de actividades económicas que pueden verse beneficiadas con la institución que pretendemos estudiar.

1.3. Objetivo e hipótesis

El objetivo general de este trabajo de investigación es analizar las posibles soluciones que en el ámbito del derecho civil puedan cubrir los problemas generados por el mínimo tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del derecho de superficie que presenta nuestro país. A estos efectos, en este trabajo se buscará realizar el análisis de la posibilidad de que el derecho de superficie deje de ser considerado un derecho real autónomo para pasar a entenderse como una modalidad del derecho de propiedad, lo cual permitiría establecer de manera más sencilla las reglas aplicables a este derecho y con ello dar respuesta a los problemas jurídicos que se suscitan en torno a este.

Teniendo en claro ello, nuestra hipótesis consiste en que sería posible hacer una interpretación del derecho de superficie diferente a su concepción clásica que nos permita encontrar fuentes para la resolución de los diversos problemas no resueltos por nuestra legislación. Esta interpretación consiste en la consideración de la naturaleza del derecho de superficie ya no como un derecho real autónomo, sino como una modalidad del derecho de propiedad.

Las consecuencias de la verificación de esta hipótesis serían básicamente dos. En primer lugar, tratándose el derecho de superficie de una modalidad del derecho de propiedad, a pesar de la aparente escasez de normas aplicables a este instituto jurídico, pasaría a reconocerse que las normas aplicables a la propiedad son también directamente aplicables a la constitución, vigencia, transmisión, extinción y demás aspectos del derecho de superficie, llenando con ello gran parte de los vacíos legislativos que sobre este podrían existir.

En segundo lugar, como consecuencia de la verificación de nuestra hipótesis, propondríamos que resultaría conveniente un tratamiento legislativo del derecho de superficie tal como lo tienen otras modalidades del derecho de propiedad, como es el caso de la copropiedad, la

propiedad horizontal, la multipropiedad o la propiedad fiduciaria. Como referencia comparativa nos servirá una de las normas que de manera más sistemática ha tratado el derecho de superficie en el derecho comparado, es decir, la Ley sobre el Derecho de Superficie promulgada como complemento del Código Civil de Alemania y cuyo estudio, tomando en cuenta su propio contexto y las diferencias que existen entre el sistema de propiedad alemán y el nuestro, nos podría proporcionar valiosos aportes en torno al tratamiento de determinados aspectos del derecho de superficie que no han sido desarrollados por la norma peruana.

1.4. Metodología

El método principal que nos proponemos utilizar a lo largo del presente trabajo es el método funcional, a través del cual procuraremos profundizar en la manera en que la institución se desenvuelve y funciona en la realidad, para posteriormente ver cómo esta circunstancia puede ser recogida por el derecho en la regulación de la actividad privada. No obstante, debemos señalar que el método dogmático no estará excluido de nuestro trabajo al momento de describir las instituciones jurídicas que nos sirven de fundamento para el planteamiento de nuestra hipótesis. Finalmente, también nos serviremos del método comparativo en la fase de análisis de las consecuencias de la verificación de nuestra hipótesis con el objetivo de contrastar las soluciones que sobre el derecho de superficie se han planteado en un ordenamiento jurídico diferente al nuestro.

2. Conceptos previos

A continuación vamos a describir cuál es el contexto en el que se encuentra el derecho real de superficie en el sistema de derechos reales haciendo énfasis en la importancia que tiene el concepto de *predio* para su definición y en otros ejemplos de modalidades del derecho de propiedad que prevé nuestro sistema; luego, describiremos la definición clásica que sobre el derecho de superficie tiene la doctrina nacional e internacional en la actualidad; posteriormente, realizaremos el correspondiente análisis de esta definición principalmente desde una perspectiva funcional para, con ello, formular una definición y unas características propias de este derecho; y, finalmente, describiremos los aportes prácticos de la eventual verificación de esta nuestra hipótesis.

2.1. Derecho de propiedad

El esquema de nuestro sistema de derechos reales está determinado por la división entre los derechos reales principales y los derechos reales de garantía en concordancia con lo que sistemáticamente se puede interpretar del Código Civil peruano de 1984. En cuanto a los derechos reales principales, en orden de aparición, se trata del derecho de posesión, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de uso y habitación, las servidumbres y el derecho de superficie. En adición a ellos, en el mismo libro se regulan los derechos reales de garantía que son la hipoteca, la retención y la anticresis. A ellos se suman los derechos reales

contenidos en otras leyes, que es el caso de la garantía mobiliaria¹ y el derecho de concesión minera.² En ese contexto, para afirmar que el derecho de superficie se trata de una modalidad de la propiedad, es preciso explicar los caracteres de este último concepto.

En primer lugar, el derecho de propiedad viene definido en nuestro sistema a través del artículo 923 del Código Civil como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como quiera que esta definición legal se centra más bien en la descripción de las facultades que confiere el derecho de propiedad, una definición más apropiada es la que señala que la propiedad es el derecho que confiere el control o el señorío pleno sobre un bien (Meder y Czelk 2008: 41; Westermann y otros 2011: 184-185).³ En otras palabras, se trata de una plena *asignación* de un bien a una persona y que, por tanto, le permite proceder a voluntad con ella (potestad positiva) y excluir a los demás de su aprovechamiento (potestad negativa) (Westermann y otros 2011: 184-185). De ahí que el derecho de propiedad se considere el derecho real absoluto en contraposición a los demás derechos reales que vienen a ser derechos limitados en su contenido, puesto que sus titulares no pueden disfrutar y disponer del bien como lo puede hacer el propietario (Baur y otros 2009: 307).

2.2. Propiedad predial

2.2.1. Importancia del concepto de predio

La propiedad predial es, según nuestro Código Civil, un segmento del derecho de cosas inmobiliario o derecho inmobiliario, que tiene como punto central el concepto de «predio», también denominado «finca», «fundo», «solar» o «heredad».⁴ Dentro del conjunto de bienes inmuebles que son objeto de derechos reales, deberíamos decir que en nuestro sistema es el predio el que tiene la importancia capital para el derecho inmobiliario.⁵ Tan es así que

1 Derecho real de garantía regulado en la respectiva Ley de Garantía Mobiliaria 28677 y su reglamento aprobado por Resolución 142-2006-SUNARP-SN.

2 Derecho real regulado en la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM.

3 Es pertinente apuntar que sobre el objeto de los derechos reales la doctrina alemana toma como referencia el concepto de cosa (*Sache*), en concordancia con el parágrafo 90 del Código Civil alemán, refiriéndose nada más que a los «objetos corporales»; mientras que el listado de bienes muebles e inmuebles contenido en los artículos 885 y 886 de nuestro Código Civil incluye algunos bienes inmateriales como las concesiones, los derechos de autor, los derechos sobre inmuebles, etcétera. En cualquier caso, en adelante vamos a cuidar de utilizar la terminología según la cual la *cosa* es un objeto corporal; mientras que el *bien* constituye una cosa sobre la que recae el interés de los sujetos.

4 En lo sucesivo vamos a utilizar la terminología de nuestro propio Código Civil, que en su artículo 954 y siguientes utiliza el término *predio* para referirse a este concepto.

5 Desde el punto de vista económico, otro bien inmueble de gran relevancia en el listado del artículo 885 del Código Civil podrían ser «las concesiones mineras obtenidas por particulares», justamente por la importancia que tiene la actividad minera en la economía de nuestro país. Sin embargo, la regulación de las concesiones mineras tiene un estatuto propio tanto en las leyes especiales del sector minero como en los propios reglamentos registrales. Adicionalmente, desde nuestro punto de vista, las concesiones mineras se incluyen incorrectamente en el listado de bienes inmuebles de nuestro Código Civil, en tanto que la finalidad de protección con eficacia erga omnes que se pretendía dar a los titulares mineros ya se consigue directamente con la atribución del carácter de derecho real que se hace en el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería. De ahí que considerar a la concesión minera un bien inmueble a la vez que un derecho real nos parece una regulación defectuosa de dicha titularidad.

la división que en nuestro sistema se hace entre bienes muebles y bienes inmuebles, por ejemplo, en el derecho alemán se hace directamente entre los predios (*Grundstücke*) y los bienes muebles (*bewegliche Sache*).

Naturalmente, esta importancia del concepto de predio no le viene al derecho inmobiliario de una jerarquía de conceptos intrínseca al derecho, sino más bien de la propia realidad y utilidad práctica para las personas. El predio es, desde una perspectiva sociológica y antropológica, el soporte de la actividad privada de los individuos, es el sustento de la vida familiar, de la recreación, de la actividad laboral, etcétera, es decir, de todo el actuar de la persona en su esfera privada. De ahí que la demanda agregada de predios por parte de los sujetos de una sociedad, la correlativa oferta de estos y la propia complejidad de estas relaciones es un importante objeto de estudio para ciencias sociales como la economía y el derecho.

En ese marco, el estudio de las diferentes titularidades que se pueden tener sobre un predio, las vicisitudes que dichas titularidades pueden sufrir y los diferentes pormenores de la protección y eficacia de los atributos que dichas titularidades confieren en el campo del derecho inmobiliario no puede obviar una precisa delimitación del concepto de predio sobre el que se basan todas las demás figuras.

La doctrina tradicional (Lehmann 1956: 552; Wolf 1971: 217) establece algunas definiciones disímiles del predio que ora identifican el concepto de predio con la parcela de terreno delimitada en su perímetro por unos linderos ora con dicha parcela y la proyección de esta en el sobresuelo y en el subsuelo. De la observación de las opiniones que se pueden encontrar en la doctrina sobre lo que constituye el predio en el sistema inmobiliario, parece existir un alejamiento de una circunstancia fundamental: que el predio es un objeto con existencia extrajurídica, que debe entenderse según la realidad y no a partir de una concatenación puramente abstracta de categorías jurídicas.

El derecho se ocupa de la existencia de titularidades, léase derechos, como la propiedad, que vienen a otorgar atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico sobre objetos que son externos al derecho, como es el caso de los intereses y las actividades humanas, los hechos naturales y los objetos externos. En este último grupo está el predio, puesto que su existencia es previa a la atribución jurídica de titularidades que emana de la propiedad predial. Siendo así, la definición de predio debería intentar escapar lo máximo posible de las categorías jurídicas echando la mirada, más bien, a la realidad, a los hechos, a los intereses, a las actividades y a las cosas que se relacionan con el concepto de predio.

2.2.2. El predio y las normas

De acuerdo con lo señalado, consideramos la mejor alternativa la optada por el sistema alemán de no definir legislativamente el concepto de *Grundstück* a pesar de ser un concepto fundamental en el sistema de propiedad de ese país. La observación de la realidad, especialmente de las actividades de las personas es la que permite llenar de contenido el concepto jurídico de predio. Solo así puede el mundo jurídico ir de la mano con la realidad. A medida que la utilización del espacio terrestre por parte de los humanos va evolucionando, también tiene que ir evolucionando el derecho que regula la contraposición de intereses entre los sujetos.

En ese sentido, sin olvidar que el concepto de predio es uno que debe recogerse de la realidad, el derecho podrá proveer de respuestas ya sea que la extensión de las ciudades

sea eminentemente horizontal como lo era en la antigua Roma, sea con una tendencia a la verticalidad como es hoy en día con la construcción de edificios y rascacielos o sea alguna vez como la extensión urbana de «Los Supersónicos».

En nuestro país, tampoco existe una definición civil del predio, pero sí se regula la extensión de la propiedad predial:

Artículo 954.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho.

La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Sobre la base de las consideraciones de orden práctico mencionadas y de la propia regulación del predio del Código Civil, en primer lugar, resulta sencillo descartar que el predio pueda identificarse con una porción de suelo o parcela, puesto que un objeto semejante no refleja los intereses que tienen las personas sobre el predio. Las actividades humanas que se dan sobre un predio naturalmente no se hacen en dos dimensiones; se hacen en tres dimensiones. De nada serviría ser propietario de un terreno si no fuera posible usar el espacio que existe encima de él.

Desde un punto de vista funcional, el espacio, en tanto objeto, es el que satisface el interés de los sujetos; es en él donde las personas trabajan, juegan, duermen, estudian, conversan, escriben, leen, etcétera. De ahí que la definición de un concepto tan básico como es el predio debe recoger esta circunstancia y reconocer que el objeto de los intereses humanos no es una entidad bidimensional, sino que es un objeto compuesto por el espacio que se encuentra por encima y por debajo de un terreno.

2.2.3. Predio y edificación

Como contrapartida, de acuerdo con este razonamiento, se evidencia que la propia construcción o edificación no tiene la misma naturaleza que el espacio que compone el sobresuelo y el subsuelo, es decir, no puede considerarse un elemento esencial del predio en tanto que sobre ella no recae la utilidad del propietario. Eso debido a que la construcción es una mera herramienta de delimitación y mejor aprovechamiento del espacio. Las paredes no son útiles en sí mismas, solo sirven para delimitar el espacio, así como las vigas y las losas, los dinteles, los vanos, etcétera, sirven para aprovechar de mejor manera el espacio en diferentes pisos. Es necesario realizar un vaciado de cemento para tener un segundo piso, porque sin él, como consecuencia de la fuerza de gravedad, las personas no podrían utilizar adecuadamente el espacio que se encuentra cuatro o cinco metros por encima del nivel del suelo. No obstante, aun tratándose del segundo o cualquier otro piso, el bien objeto del interés del hombre no deja de ser el sobresuelo, léase los aires, y no la construcción.

Estas consideraciones no resultan en absoluto ajenas a nuestra realidad socioeconómica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos o de las edificaciones. Incluso en los condominios los aires son también objeto de valorización económica en la asignación de derechos dentro de un edificio de departamentos.

Queda claro, desde esta perspectiva, que lo útil en un predio no es lo que se construya en él, sino fundamentalmente los espacios que lo conforman ya sea que se encuentren por encima o por debajo del suelo.

2.2.4. Componentes del predio

El predio ente compuesto está formado por tres elementos: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Los conceptos de suelo, sobresuelo y subsuelo se repiten en el tratamiento hecho por el Código, además del ya citado artículo 954 en los siguientes artículos:

Artículo 885.- Son inmuebles:

I.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

[...].

Artículo 955.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

El primer elemento vendría a ser el suelo. Este se define como la parcela de terreno delimitada dentro de un plano mayor compuesto por el complejo urbano de la ciudad. Considerada aisladamente, es decir, separándola del sobresuelo y del subsuelo, sería específicamente nada más que una membrana fronteriza entre lo que constituye el sobresuelo y el subsuelo. Como tal, el suelo materialmente constituye un elemento infinitamente delgado debido a que lo que sea que se encuentre por encima o por debajo de él, aun por unos pocos centímetros, ya no podrá considerarse que se encuentre en el suelo; sino, más bien, en el sobresuelo o en el subsuelo, respectivamente.

De este modo, semejante entidad infinitamente delgada es también económicamente inútil, porque no hay explotación posible del suelo sin hacer uso de alguno de los otros dos elementos. Sin embargo, en determinados casos podría reconocerse al suelo individualmente considerado un valor en la posibilidad que otorga al propietario en su calidad de poseedor mediato respecto del que posea el sobresuelo y/o el subsuelo, en la conservación de las potestades del propietario y en la posibilidad de que la propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo regrese para consolidarse como en el caso de la superficie.

Diferente es el caso del sobresuelo y del subsuelo, los cuales tienen similares características entre ellos. Estos componentes del predio sí son fácticamente útiles para el propietario. En el subsuelo puede ubicarse el estacionamiento de un edificio, puede construirse una galería, puede utilizarse como depósito, la misma cimentación de la construcción de una edificación hace uso del subsuelo, etcétera. Más sencillo es determinar la utilidad del sobresuelo debido a que casi cualquier actividad humana se da teniendo como sustento físico el sobresuelo, las actividades familiares en una casa, las actividades recreativas en un campo deportivo, las actividades laborales en oficinas, las actividades productivas en edificios industriales, etcétera.

2.2.5. Edificación como bien mueble

Siendo así, es importante señalar que existe ya no solo una diferencia accidental entre los bienes muebles e inmuebles o entre los bienes muebles y los predios, sino una diferencia estructural y de concepto. Los bienes muebles son aquellos cuya utilidad está en su materialidad; es decir, un automóvil es útil por su propia existencia, porque el motor le permite al propietario moverse y los neumáticos le permiten rodar. Un ordenador es útil porque su procesador permite utilizar los programas y su pantalla nos permite visualizar los contenidos informáticos. Un plumón es útil porque sus propios componentes corporales nos permiten graficar o escribir en una pizarra. Sin embargo, lo que sucede con el predio es lo contrario. La utilidad del predio es la existencia de un espacio utilizable, lo útil son los aires, el vacío donde uno puede realizar sus actividades. La utilidad económica es típicamente la de tener un ámbito de desenvolvimiento que el propietario pueda utilizar a voluntad y del cual pueda excluir a los demás.

Por tanto, en la línea de este razonamiento, las construcciones que puedan existir en un predio no son lo que aporta mayor utilidad a las personas. Si se construye un techo, no es por la utilidad propia de este; sino para proteger el espacio inferior de la lluvia o el sol; si se construyen paredes, no es por la utilidad propia de estas; sino para delimitar el espacio del predio de los vecinos; si se construyen las vigas, no es por la utilidad propia de estas; sino para permitir el mayor aprovechamiento del sobresuelo que compone el predio propio.⁶

En ese sentido, las construcciones son nada más que bienes muebles que se instalan permanentemente en el suelo y que, por tal circunstancia, se les considera integrantes del predio y circunstancialmente componentes del bien inmueble predio, pero su naturaleza nunca dejaría de ser la de bienes muebles. Un ladrillo cargado en una carreta no es diferente que un ladrillo ya unido a la pared con el cemento, solamente que por esta circunstancia ya se le considera una parte integrante del predio. Pero esta circunstancia es solamente un elemento contingente. Una muestra de ello son las denominadas «construcciones móviles».

Cuando en lugar de una construcción de material noble se aprovecha el terreno mediante *containers*, como en el caso de los «hospitales de la solidaridad» en nuestra ciudad o mediante estructuras removibles del suelo como las casas prefabricadas o las utilizadas por establecimientos como SODIMAC para operar sus tiendas, resulta claro que dichas estructuras constituyen muebles circunstancialmente aparejados al predio que no pasan a formar parte de este por ser removibles sin causar daños o modificación alguna al predio. Incluso en el caso de construcciones tradicionales, el avance de la tecnología, que permite la separación de edificaciones sin necesidad de destruirlas, demuestra que las estructuras de la edificación entran más bien en el campo de los bienes muebles, y queda dentro del concepto de predio esencialmente el espacio que se encuentra por encima o por debajo del suelo, es decir, el sobresuelo o el subsuelo.

2.2.6. Predio y utilidad

En ese sentido, desde un análisis funcional de lo que constituye un predio, nos alineamos con la posición que incluye la extensión vertical del predio, es decir, la proyección del terreno en

⁶ Podría haber un interés sentimental y/o ornamental en la forma de la construcción, pero ello sería también una característica propia no de un predio o bien inmueble sino de un mueble, por su propia materialidad.

el sobresuelo y el subsuelo dentro de su definición. Cierto es que nuestra norma establece un límite a esta extensión vertical del predio que no son los cielos ni los infiernos como rezaba el aforismo romano. El límite en nuestro sistema es el de la «utilidad para el propietario». Tal parece entonces que para cerrar nuestra definición de predio, la extensión tridimensional de este debe tomar en cuenta el concepto de utilidad. Entonces, ¿cómo debe delimitarse la utilidad para el propietario?

Una opción es considerar una utilidad concreta, es decir, la posibilidad real de que el propietario pueda dar uso a la extensión vertical, ya sea en el sobresuelo o en el subsuelo, del predio, bien porque se están realizando las transacciones legales y financieras para la realización de un proyecto de construcción, bien porque tiene aprobado en sede municipal la realización de un proyecto, bien porque la construcción ya está en proceso o ya está terminada. En cualquiera de estos casos, el interés o la utilidad del propietario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo son irrefutables y tienen un sustento tangible en las circunstancias del caso.

No existiría, pues, utilidad del sobresuelo y/o el subsuelo para quien no tuviera intención ni recursos para la inversión en algún tipo de edificación en el predio, más allá de que potencialmente o eventualmente puedan cambiar las circunstancias, pueda esta persona sacarse la lotería, lo que favorecería la construcción de dicha edificación. Lo mismo cabría decir de un propietario que sí hace uso de un predio ya construido en dos pisos, pero que no tiene la intención ni los recursos para iniciar la ampliación vertical de la edificación. En su caso, la extensión en función a su utilidad se limitaría en el sobresuelo solamente a la altura del segundo piso y no más allá.

Una segunda opción es considerar una utilidad no concreta sino abstracta o potencial. Desde esta perspectiva, el análisis de la extensión vertical del predio objeto del derecho considerará no solamente la existencia de contratos o actividades que demuestren la inminencia de la construcción de una edificación en el predio, sino inclusive el interés potencial que el propietario pueda tener sobre el suelo. Por ejemplo, sería el caso de un nuevo propietario que, a pesar de no tener la intención ni los recursos para realizar la construcción en ese momento, ha adquirido el bien justamente por el atractivo que puede tener la construcción en dicho predio o incluso la posibilidad de venderlo posteriormente con una valorización económica que considere la posibilidad de que se construya en dicho predio.

Un propietario también podría tener un interés aun cuando no tenga la decisión de construir en el predio si por ejemplo existe una empresa que le alquila una parte del terreno para la instalación de un aviso publicitario o de una antena de telecomunicaciones. En otras palabras, desde este punto de vista, el interés del propietario se analizaría desde una óptica más amplia y sin exigir que necesariamente la situación actual evidencie la pronta ejecución de trabajos de construcción.

En uno u otro caso, ha de tomarse en cuenta que existen límites fundados en el bien común al ejercicio del derecho de propiedad en el ámbito del derecho urbanístico, de modo que si, por ejemplo, los parámetros urbanísticos y edificatorios de una determinada zona establecieran que las construcciones no pueden extenderse más allá de tres pisos, sobre el interés del eventual propietario estaría la limitación normativa de la utilidad que puede recaer sobre un predio que se encuentre en dicha zona. Similar consideración se tiene respecto a las licencias y autorizaciones que son necesarias para la instalación de paneles publicitarios o cualquier otro tipo de actividades que se pueden realizar en los aires que conforman el sobresuelo del predio.

Si bien nos acogemos a la consideración de un interés abstracto, porque refleja mejor la heterogeneidad de los intereses que puede tener un propietario sobre su predio, el análisis del

concepto del derecho de superficie que realizaremos más adelante será aplicable se asuma la perspectiva que se asuma en este aspecto.

2.2.7. Predio y corteza terrestre

Finalmente, visto el concepto de predio desde un punto de vista macro, no podemos olvidar que un predio viene a ser nada más que una sección delimitada de la corteza terrestre o, propiamente, del planeta Tierra. El planeta está dividido jurídico-políticamente en países; y, al interior de nuestro país, el territorio que lo conforma tiene, además de las áreas de dominio público, áreas protegidas y áreas bajo regímenes especiales, un área aprovechable por los privados.

Tomando como referencia una ciudad cualquiera, el compuesto de sobresuelo, suelo y subsuelo existente en dicha área aprovechable por los privados se encuentra dividido, esta vez, por ficción de la ley en decenas de miles de predios jurídicamente independientes. En esa línea, cada predio termina siendo una manera de delimitar horizontalmente espacios de aprovechamiento particulares para las personas. Estos espacios de aprovechamiento de los particulares son geoméricamente poliedros de espacio, de la especie *paralelepípedos*,⁷ atribuidos a titulares determinados y, al menos pretendidamente, con reflejo en un catastro y un sistema de folio real en los Registros Públicos.

2.3. Modalidades de la propiedad

Ahora bien, sobre un predio, de acuerdo con nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de tener diferentes tipos o modalidades del derecho de propiedad. Si bien existen clasificaciones de la propiedad desde puntos de vista filosóficos, políticos, económicos, etcétera, nos centraremos en aquellas modalidades de la propiedad que tienen relevancia jurídica, especialmente en nuestro ordenamiento, al tener de una u otra manera reconocimiento a nivel legal.

Asimismo, también debemos distinguir las modalidades del derecho de propiedad del derecho privado de la propiedad especial contenida en legislación especial en función al propio objeto del derecho de propiedad: tal es el caso de la propiedad sobre las aguas, sobre los minerales, sobre las obras literarias, científicas y artísticas y la propiedad industrial (Puig 1973: 175). De estas propiedades contenidas en una legislación especial no nos vamos a ocupar en este trabajo.

Valga señalar que más que un asunto terminológico, la diferencia entre ser considerado un derecho real o una modalidad de propiedad tiene una consecuencia práctica fundamental. Cada uno de los derechos reales tiene sus propias reglas y su propia configuración ya sea en el Código Civil o en leyes especiales, siendo este el contenido esencial inmodificable del derecho por mandato del principio de tipicidad de los derechos reales.⁸

⁷ Aunque cierto es que considerando la curvatura de la Tierra imperceptible a simple vista, vendrían a ser poliedros de forma piramidal, con el vértice hacia el centro de la tierra y una base cóncava en la atmósfera de esta.

⁸ A diferencia de la noción de libertad contractual en el derecho de las obligaciones, en el campo de los derechos reales los tipos a los que las partes pueden acceder están determinados en un *numerus clausus*, cuya configuración no puede ser contractualmente modificada. (Westermann 2011: 29; Meder y Czelk 2008: 6).

Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa las reglas correspondientes a la propiedad, tanto las contenidas en el libro de Derechos Reales como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos y ámbitos del derecho. Ejemplo de ellas serían las normas que regulan la transmisión de la propiedad, los contratos típicos que permiten la transferencia de esta, las normas registrales referentes a la inscripción de transferencia de dominio, las normas urbanísticas, las normas tributarias, las normas sobre la propiedad de bienes del Estado, etcétera.

Sin perjuicio de ello, la mayor o menor particularidad que una modalidad de propiedad tenga puede hacer necesarias ciertas reglas específicas, sin que estas excluyan la aplicación de las normas generales sobre el derecho de propiedad. Estas reglas específicas son usualmente recogidas en normativas especiales, por regla general de rango legal, las cuales han ido ampliando el campo de aplicación de los derechos reales y extrayendo del Código Civil su regulación. Veamos algunos casos.

2.3.1. Copropiedad

Un primer caso de modalidad del derecho de propiedad es el de la copropiedad, que viene a ser el único caso regulado dentro del Código Civil. La copropiedad es la «situación jurídica que se produce cuando la propiedad de una cosa pertenece proindiviso a varias personas» (Puig 1973: 24). Las normas específicas de esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil.

Siendo así, tal como lo hemos señalado *supra*, a la copropiedad se aplican todas las normas del ordenamiento aplicables al derecho de propiedad, tanto para la administración y disposición por todos los copropietarios del bien común como para la administración y disposición por cada copropietario de sus cuotas ideales (Wolf 1971: 610). Así, por ejemplo, cuando todos los propietarios venden el bien común serán de aplicación las normas de compraventa y las normas referentes a la calificación registral de dicho acto. Lo mismo sucederá en relación con la venta que cada uno de los copropietarios puede hacer de su propia cuota ideal.

No obstante, a consecuencia de determinadas particularidades que tiene el concepto de la copropiedad, en el capítulo del Código Civil correspondiente se establecen reglas específicas para la coexistencia de cuotas ideales sobre un mismo bien, el procedimiento de adopción de acuerdos, la administración del bien, los derechos y obligaciones de los copropietarios, el concepto de partición, la extinción de la copropiedad, el pacto de indivisión y la medianería como caso de copropiedad forzosa. Todas estas normas no derogan las demás aplicables al derecho de propiedad, solamente las complementan en razón de la específica situación de la copropiedad.

2.3.2. Propiedad horizontal

Un segundo ejemplo que nos sirve para graficar lo expuesto es el de la propiedad horizontal. «El fin de esta institución jurídica es hacer posible el establecimiento de derechos separados, iguales a los de la propiedad, sobre partes de un edificio, utilizables cada una como una unidad

económica» (Wolf 1971: 617). La propiedad horizontal solamente se menciona en el artículo 958 del Código Civil, norma en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley 27157 de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común y su respectivo reglamento, cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA.

Adicionalmente, existe un instrumento en el ámbito registral, la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, aprobada mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP/SN que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común. Dentro de esta legislación se diferencia el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común del régimen de independización y copropiedad, siendo que originalmente el primero de estos configuró el ejemplo de propiedad especial al que nos referimos; mientras que el segundo de los regímenes estaba destinado a regirse por las reglas generales del Código Civil.⁹

Más claramente, en este caso puede observarse cómo la transferencia y demás reglas aplicables a la propiedad sobre las secciones individuales se rigen por las normas generales del derecho de propiedad. No obstante, la circunstancia de que bienes, en principio integrantes como son los diferentes pisos de un edificio, tengan jurídicamente diferentes dueños, obliga al establecimiento de determinadas reglas especiales, como es el caso del establecimiento de un reglamento interno, la determinación de los derechos sobre las zonas comunes, la distribución de los gastos de mantenimiento, etcétera. Sin esta regulación específica, los problemas jurídicos de torno a los edificios y condominios de vivienda serían más comunes de lo que ya son.

2.3.3. Multipropiedad

También se pueden considerar parte de este grupo algunos otros ejemplos cuya naturaleza, sin embargo, es objeto de debate en la doctrina. Uno de ellos es el caso de la multipropiedad o

⁹ Actualmente, sin embargo, existe la tendencia a equiparar ambos regímenes por la propia evolución de la utilización de esta figura, tal como lo señalan los considerandos de la Directiva 009-2008-SUNARP/SN:

9. APLICACIÓN AL RÉGIMEN DE INDEPENDIZACIÓN Y COPROPIEDAD

La diferencia entre los regímenes de propiedad exclusiva y común e independización y copropiedad se difumina en la práctica, lo cual se confirma por el hecho que se inscriben reglamentos internos sin precisar el régimen adoptado y, a pesar de ello, el registrador no lo advierte y a las partes no les interesa. Lo que ocurre es que al darse la Ley 27157 se pensó en establecer un régimen alternativo (independización y copropiedad) sumamente flexible y liberal, sin junta de propietarios y sin reglamento interno, de tal suerte que cada titular podría construir, independizar, acumular, modificar su unidad inmobiliaria sin siquiera avisar al conjunto de propietarios. Esta situación no era viable pues un edificio con zonas comunes no puede ser el territorio soberano de todos ellos sin que se pongan de acuerdo —a través de las mayorías— sobre los intereses en la comunidad; por tal motivo, el Reglamento tuvo que retroceder en sus pretensiones, y prácticamente no reguló la figura, pues se limitó a definirla en un artículo (art. 128), y no le prestó más atención. Sin embargo, la falta de claridad de la ley y el reglamento hizo que los abogados y notarios recurriesen a los moldes consagrados por la práctica, por lo cual se generalizó el uso del reglamento interno y la junta de propietarios en el régimen alternativo de independización y copropiedad. Esta situación se 'legalizó' con la aprobación del formato de modelo de 'reglamento interno', el cual incorporó un modelo para este específico régimen (aprobado por Resolución Viceministerial N.º 004-2000-MTC/15-04) y por el Reglamento del Registro de Predios (artículo 68,2).

Es en atención a este considerando que el numeral 5.20 de la Directiva señaló expresamente que: «La presente directiva se aplica también al régimen de independización y copropiedad».

propiedad de tiempo compartido (*time sharing*) que ha sido regulada en nuestro país a través del Decreto Legislativo 706 que básicamente permite el aprovechamiento de un inmueble por parte de un conjunto de propietarios, a quienes se asigna un determinado periodo del año, disminuyendo con ello el costo de la adquisición.

Así lo define el artículo 1 de la propia norma: «Artículo 1.- Se consideran Establecimientos Turísticos de Tiempo Compartido, aquellos en los cuales sus titulares gozan de un derecho de copropiedad afectado al disfrute periódico y exclusivo hasta por el plazo de treinta años renovables [...]». Sin embargo, esta estructura también puede alcanzarse a través de un esquema obligacional y, en general, su naturaleza de derecho real y su condición de modalidad del derecho de propiedad son materia de debate a nivel doctrinario (Linde y Richter 1987: 24; Rojas 2008).

No obstante ello, también encontramos presente esa doble faceta de las modalidades del derecho de propiedad: por un lado, se aplican las reglas generales de la propiedad a los titulares durante el tiempo específico de titularidad para lo que la segunda parte del artículo 1 de la norma establece: «Durante el plazo contractual los titulares podrán donar, transferir, legar y en general realizar cualquier acto previsto en el Código Civil y dentro del marco de esta modalidad».

Y, por otro lado, se establecen reglas especiales en función a la temporalidad propia del derecho sobre el bien, las cuales se equiparan a las de la copropiedad según dispone el artículo 2 de la norma: «Para tal efecto le serán aplicables las disposiciones del Código Civil relativas a la copropiedad, con excepción de los artículos 983 al 991, 992 inciso 1) y 993 y demás disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo», aunque ciertamente la regulación actual carece de un conjunto de aspectos relacionados con la materialización de este derecho en lo que toca al cambio periódico de titularidad y la publicidad de esta circunstancia en el registro.

2.3.4. Propiedad fiduciaria

Otra modalidad muy conocida del derecho de propiedad es la propiedad fiduciaria. Se trata de un esquema contractual mediante el cual la ley permite a un sujeto denominado «fideicomitente» destinar los réditos de una porción de su patrimonio a favor de otro sujeto que recibe el nombre de *fideicomisario*, lo que se consigue mediante la transferencia en propiedad fiduciaria de dicho patrimonio *fideicometido* a favor de un tercero denominado «fiduciario», el cual recibe una forma específica de derecho de propiedad, limitada a la administración del patrimonio y el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

El fideicomiso es un instrumento propio del sistema financiero por lo que está regulado en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como en la Resolución SBS/1010/99, Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios. Si bien existe doctrina que apoya su consideración como un tipo de propiedad (Meder y Czelk 2008: 46), también existen quienes le atribuyen un régimen jurídico distinto (Westermann y otros 2011: 203).

En la doctrina, esta modalidad del derecho de propiedad se incluye dentro de un género más grande que viene a ser la *propiedad relativamente ineficaz*, en virtud de la cual «la propiedad puede pertenecer a varias personas de manera que cada una de ellas aparezca como *propietario*

pleno (titular de todos los derechos contenidos en la propiedad), pero apareciendo uno de ellos como propietario exclusivo *frente a determinada persona*, y el otro como propietario exclusivo frente a todas las demás personas» (Wolf 1971: 614).

La situación se produce, por ejemplo, cuando se transfiere ineficazmente una cosa, de manera que la propiedad del adquirente será oponible frente a cualquier tercero; mientras que la del transferente será oponible frente al adquirente en virtud de la ineficacia (Wolf 1971: 614). Tal situación también se presenta en el caso de la propiedad fiduciaria en tanto que el que hace las veces de fiduciario podrá actuar como propietario exclusivo frente a cualquier tercero, pero en su relación con el fideicomitente será este último quien mantenga la propiedad (Wolf 1971: 615).

Nuevamente vemos que si bien el propietario fiduciario puede actuar sobre el bien como lo haría cualquier propietario e incluso su titularidad estará inscrita en el rubro C de títulos de dominio de la partida registral, su legitimidad está específicamente limitada por el contrato de fideicomiso y la finalidad y el beneficiario que se hayan establecido para el patrimonio, circunstancias que están previstas tanto en las normas sobre esta figura, como en el propio contrato de fideicomiso.

2.3.5. Aspectos comunes

Si uno se fija atentamente en las modalidades del derecho de propiedad a las que las normas y la doctrina se refieren, uno puede reparar en que ellas tienen un denominador común: de una u otra manera, implican la coexistencia de una multiplicidad de propietarios (Meder y Czelk 2008: 46), ya sean estos concurrentes como en el caso de la copropiedad, dividiéndose la cosa en partes como en el caso de la propiedad horizontal, dividiéndose la cosa en un orden temporal como en el caso de la multipropiedad o dividiéndose la legitimidad de actuar frente a determinados sujetos pasivos. Tómese esta característica en consideración cuando más adelante expliquemos de qué manera también en el caso del derecho de superficie se produce una concurrencia de propietarios que se dividen la cosa, en ese caso desde un punto de vista físico, de manera similar a la propiedad horizontal.

3. Definición clásica de la superficie

El derecho real de superficie es aquel en virtud del cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Tal es la definición que establece el artículo 1030 del Código Civil peruano:

Artículo 1030.- Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.¹⁰

¹⁰ El antecedente legislativo de este derecho en nuestro país es el artículo 958 del Código Civil de 1936, que, a pesar de no delimitar completamente esta figura del derecho de usufructo, constituye el primer cuerpo de normas que

En desarrollo de la definición normativa de este derecho vamos a revisar la definición que existe de este en la doctrina, especialmente en los pocos libros que existen que tratan de manera especializada el derecho de superficie. En esta revisión haremos especial hincapié en la opinión de los autores acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, verificando en qué categoría del sistema de derechos reales encajan estos autores a la figura de la superficie.

3.1. Doctrina en español

En la doctrina en español, encontramos una posición claramente dominante que define al derecho de superficie como derecho real sobre bien ajeno, a la vez que como derecho de propiedad sobre lo edificado. José Puig explica la doble composición del derecho de superficie al señalar que «el superficiario es titular de un derecho real sobre el suelo ajeno, ya antes de haber levantado la edificación. Una vez esta realizada, pertenecerá en propiedad al superficiario mientras dure la relación de superficie» (1973: 162).

Jaime Santos, al tratar la tesis de la dualidad de dominios respecto al derecho de superficie, señala también que en el contexto del Código Civil español este derecho debe considerarse un derecho real sobre cosa ajena, análogamente a las servidumbres personales (1973: 617), y hace hincapié en que nos encontramos ante una limitación al derecho de propiedad pues «[...] [m]ientras la tradición jurídica romanista aproxima la superficie a los censos, la posición moderna construye la institución siguiendo el modelo de las servidumbres (es decir, como una limitación de la propiedad)» (1973: 622).

José Castán se refiere a las modificaciones legislativas sobre el derecho de superficie en España y considera que con ellas se perfila mejor su naturaleza y caracteres: «El instituto ostenta la fisonomía moderna, mixta, de derecho real en suelo ajeno y derecho de propiedad sobre lo edificado» (1965: 318).

Finalmente, es Manuel Albaladejo quien analiza con mayor profundidad la doble composición del derecho y encuentra como fundamento que

[...] la Ley no establece que suelo y construcción [...] han de formar siempre una sola cosa [...], cabe que sean dos, cada una bajo un derecho de propiedad distinto, perteneciente a dueño diferente. Más entonces, puesto que la construcción se apoya en el suelo, el dueño de aquella utiliza la cosa (suelo) ajena, para lo que es preciso que tenga un poder sobre ella. Este poder, que es un derecho real, se llama derecho de superficie, o derecho de tener en terreno ajeno una edificación de nuestra propiedad. La propiedad del suelo, propiedad normal, gravada con aquel. Y la de la construcción, propiedad superficiaria (porque no ahonda más allá de la superficie). (1977: 207)

3.2. Doctrina en alemán

En la doctrina en alemán se ha desarrollado algo más detalladamente la naturaleza del derecho de superficie y se ha profundizado más en la doble naturaleza de este derecho.¹¹ Así, Martin

recoge esta institución en nuestro país, señalando que «por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante» (Maisch von Humboldt 1984: 107).

11 Para mejor entendimiento, la definición del primer artículo de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana

Wolff explica el objeto de este derecho que viene a ser, a la vez, la edificación y el suelo del predio, cuando señala que el derecho de superficie es «[u]n derecho a *tener una edificación* (no una plantación) sobre un fundo [...]. La 'tenencia' de la edificación abarca en sí la construcción, la posesión de lo edificado y del suelo sobre que se edifica, su goce y la facultad de reedificar después de la demolición» (1971: 2-3).

En la línea de este autor, dos de los profesores que en Alemania han desarrollado más pormenorizadamente el derecho de superficie son Helmut Freiherr von Oefe y Karl Winkler, quienes señalan –basándose en la definición establecida en la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, muy similar a las normas peruanas como lo veremos más adelante– que «el derecho de superficie es [...] un derecho real sobre un bien ajeno, el predio gravado; por lo tanto, un derecho real limitado» (2008: 22), y sustentan su opinión en el estilo del texto usado en la norma que es muy similar al estilo de otros derechos limitados en el Código Civil alemán (BGB) (2008: 23).

Sin embargo, según estos autores, la naturaleza de derecho real limitado se limita, valga la redundancia, a un aspecto de la superficie que es el ser un *gravamen de un predio ajeno* (2008: 23). El segundo aspecto del derecho está compuesto por la particularidad de que la construcción sea un componente del derecho de superficie, es decir, que sea *propiedad del superficiario* (Von Oefe y Winkler 2008: 23). Ambos aspectos del derecho han de entenderse conectados de manera inseparable (Von Oefe y Winkler 2008: 23), de donde se desprende la denominada *Komplexe Doppelnatur* o «doble naturaleza del derecho de superficie»: *derecho limitado con relación al predio y derecho de propiedad con relación a la construcción* (Von Oefe y Winkler 2008: 24).

En segundo lugar, Jürgen Ingestau y Volker Hustedt son otros dos autores importantes que han dedicado un manual específicamente al derecho de superficie. En él, haciendo también una exégesis de la definición de la ley, Volker Hustedt define el derecho de superficie como

[...] un derecho real, es decir, protegido registralmente y con eficacia contra terceros para el aprovechamiento de un predio. El tipo de aprovechamiento es, por lo tanto, no según lo deseado por el correspondiente beneficiado, sino que el derecho de superficie prescribe de manera imperativa que el propietario superficiario pueda utilizar el predio solo mediante la edificación de una construcción pero no de otra manera. (Ingestau y Hustedt 2010: 14)

Este autor, como se puede apreciar, enfatiza la limitación que tiene la titularidad superficiaria, tal como sucede en los demás derechos reales limitados. Asimismo, «[...] el propietario superficiario no solo tiene acciones obligacionales contra el propietario del predio, sino que el derecho de superficie está provisto de efecto real [...]» (Ingestau y Hustedt 2010: 1).

Ahora bien, el punto en común con los autores anteriores es la referencia a la doble naturaleza del derecho de superficie; puesto que, por un lado, se refiere a la *Sondereigentum* o propiedad especial que tiene el superficiario sobre la construcción (Ingestau y Hustedt 2010: 20) y, por otro lado, considera al derecho de superficie un «derecho real de uso y aprovechamiento que, en principio, grava un predio completo» (Ingestau y Hustedt 2010: 22). En otras palabras, la doble naturaleza consiste en que la superficie es un caso de «propiedad especial» y a la vez de «gravamen del predio».

establece: «Un predio puede ser gravado de forma que aquel en cuyo beneficio se realiza el gravamen le corresponda el derecho transferible y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie del suelo».

En la línea de los autores anteriores, Jürgen Müller, autor de un trabajo centrado específicamente en la figura de la *subsuperficie* señala que «[e]l derecho de superficie es [...] derecho subjetivo real sobre bien ajeno» (1995: 1), pero que, a la vez, «[...] son separados a favor del derecho de superficie contenidos esenciales de la propiedad del terreno, [por lo que] la Corte Federal de Justicia de Alemania [BGH] señaló el ‘carácter similar al derecho de propiedad’ del derecho de superficie» (1995: 2). «[...] El derecho de superficie presenta, por todo ello, una doble naturaleza; es un derecho sobre el predio gravado en conexión con la propiedad sobre la construcción [...]» (1995: 2).

Por otro lado, Wilfried Ranft, quien dedica un trabajo al contenido contractual con eficacia real del derecho de superficie, asume también la doble naturaleza del derecho de superficie cuando señala que este derecho «[...] fue diseñado por el legislador por un lado como un derecho real limitado y, por otro, como un derecho con igual naturaleza que un predio» (1991: 1).

Por su parte, Christian Mohrbutter, quien dedica su trabajo a los aspectos procesales de la ejecución forzosa del derecho de superficie, también reconoce esta definición dual de este derecho cuando señala que

[d]e la doble naturaleza [Doppelnatur] del derecho de superficie, según la cual [en el derecho de superficie] debe diferenciarse el derecho sobre el predio y la propiedad sobre la construcción, se desprende que el derecho de superficie con respecto a la constitución, modificación y anulación debe tratarse como un derecho sobre el predio, mientras que con respecto a la transferencia y gravamen, como un predio mismo. (1995: 1)

Por otro lado, Hugo Glaser, en su manual práctico para la utilización de la superficie señala que

[a] través del derecho de superficie el superficiario recibe el derecho real, es decir, inscribible en el registro, transferible y heredable de tener sobre o bajo la superficie de un predio ajeno una construcción; para ello es indiferente si la construcción fue recién será edificada o es una ya existente. (1975: 21-22)

Glaser también ratifica la opinión dominante de que la superficie contiene a la vez un derecho real limitado y un derecho de propiedad de naturaleza predial cuando señala que el derecho de superficie

Aunque es en sí solo un derecho real de aprovechamiento sobre un predio, es tratado del mismo modo que un predio [...]; todas las disposiciones válidas para predios son de correspondiente aplicación, en tanto que no disponga algo diferente la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie. (1975: 22)

En la línea Glaser, Roland Böttcher al tratar los aspectos prácticos del derecho lo define como

«El derecho transferible y heredable de tener sobre o bajo la superficie de un predio una construcción. Es, por consiguiente, una carga predial, es decir, se constituye con la inscripción en la sección II de las partidas registrales. En adición a ello, recibe el tratamiento de un predio, recibe específicamente una propia partida registral, la denominada *Erbbaugrundbuch* [partida registral del derecho de superficie], de modo que existe un derecho con características similares a un predio.» (1998: 2)

En esta definición se materializan los dos aspectos del derecho de superficie: un derecho sobre bien ajeno que lo convierte en una carga predial para el propietario del suelo y un derecho de propiedad de la edificación que amerita la creación de una partida registral especial para este derecho.

3.3. Posición mayoritaria

Como se ha podido apreciar en esta revisión, para la doctrina mayoritaria especializada en el derecho de superficie existe un elemento esencial en esta institución que lo diferencia de otras categorías: la doble naturaleza del derecho de superficie. En virtud de esta doble naturaleza, el derecho de superficie tiene las siguientes dos facetas:

- a) Es un derecho de propiedad especial sobre la construcción; es decir, de acuerdo con este primer elemento, la construcción es un *componente* del derecho de superficie, vale decir, es de propiedad exclusiva del superficiario.
- b) Es un derecho real limitado sobre bien ajeno, es decir, sobre el predio gravado, con lo cual se aprecia la faceta de derecho real limitado.

En adición a ello, ambos aspectos de la superficie se encuentran conectados de manera inseparable. De ahí se desprende la denominada *Komplexe Doppelnatur* o «doble naturaleza del derecho de superficie»: derecho de propiedad en relación con la construcción y derecho limitado en relación con el predio, circunstancia de donde se generan una serie de consecuencias que van a perfilar la relación entre el propietario superficiario y el propietario del predio, y entre estos y terceros ajenos.

4. Crítica a la definición clásica

Nuestro planteamiento es que, ante esta dicotomía de conceptos, se simplificaría la solución de los problemas alrededor de esta figura si asumimos que el derecho de propiedad recae no sobre la construcción, sino directamente sobre el sobresuelo, con independencia de si en él existe una construcción o no. Ello permitiría, además, excluir a la superficie del listado de derechos reales limitados.

En ese sentido, es objeto de este análisis crítico la característica principal que hemos identificado en la doctrina dominante acerca del derecho de superficie, es decir, la doble naturaleza de este derecho en sus dos elementos.

4.1. Primer elemento: propiedad superficiaria

4.1.1. Propiedad de la construcción

En primer lugar, vamos a someter a crítica el primero de los elementos de la doble naturaleza del derecho de superficie, es decir, la propiedad sobre la construcción. Asimismo, intentaremos

demostrar que en realidad el bien sobre el que recae el derecho en esta situación no es solamente la construcción, sino más bien el sobresuelo.

De acuerdo con la definición clásica del derecho de superficie, no hay discusión sobre la calidad del derecho que conforma este primer elemento; se trata de un derecho de propiedad, el derecho más absoluto dentro del sistema de derechos reales. Sin embargo, ¿realmente recae este derecho de propiedad sobre la construcción?

Nuestro Código Civil en la definición del artículo 1030 ya citado hace referencia a la acción de «tener temporalmente en propiedad separada», redacción cercana a la definición alemana, fuente indirecta de nuestra legislación (Romero 1947: 333-334),¹² que utiliza la expresión *ein Bauwerk zu haben* que denota el tener una construcción sobre la superficie del suelo; aunque, en este último caso, no se enfatiza que la construcción se *tiene en propiedad*. Sin embargo, esta definición un tanto imprecisa y que utiliza términos que vagamente pueden considerarse jurídicos, como es el caso del verbo «tener», debe interpretarse, creemos, de manera sistemática con las otras normas contenidas en el Código Civil.

4.1.2. Interpretación sistemática

Consideramos que el bien objeto de la propiedad es el sobresuelo y no la construcción en virtud de una lectura sistemática del artículo 1030 y el artículo 1033 del Código Civil.¹³ Según el primero, el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo. Según el segundo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie. De ahí que una primera observación del funcionamiento de este derecho según nuestras normas demuestra que el derecho del superficiario se mantiene con independencia de la existencia de una construcción en el suelo, por lo que el derecho del superficiario debería recaer sobre algo diferente a la construcción. ¿Sobre qué? Veamos.

Para responder a la pregunta sobre qué recae el derecho de superficie sino sobre la construcción, es preciso tomar las consideraciones anteriormente vertidas en relación con el concepto de predio. Como hemos visto, el predio puede disgregarse en tres componentes, el suelo, el subsuelo y el sobresuelo, de manera que cualquier disgregación física del derecho de propiedad predial tendría que tener relación con ese sustento físico.

En otras palabras, una «separación de propiedades» como es propio con el derecho de superficie, tendría que ser una delimitación de los segmentos del predio, es decir, de alguno de sus componentes, el suelo, el subsuelo o el sobresuelo. Ello guardaría concordancia con el propio listado de bienes inmuebles en nuestro Código Civil contenido en el artículo 885 en cuyo primer inciso se nombra a «[e]l suelo, el subsuelo y el sobresuelo» y no se incluye el concepto de "construcción».

Cierto es que la regla general es que suelo, subsuelo y sobresuelo sean un mismo bien, pero es el propio Código el que permite que exista una propiedad separada de alguno de estos componentes. Así lo establece el artículo 955: «El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo». Esta norma es de vital importancia porque es justamente la que posibilita que el derecho de superficie rompa

¹² Véase también la nota a pie 41 en Ramos (2011: 318-319).

¹³ Artículo 1033.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido.

con el principio general del artículo 887¹⁴ según el cual las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. En el caso del sobresuelo y del subsuelo, esto sí está permitido a través del mecanismo del derecho de superficie. En ese sentido, resulta más coherente afirmar que el atributo otorgado por el derecho de superficie es un derecho de propiedad sobre el sobresuelo y/o, en su caso, el subsuelo.

4.1.3. Ejemplo

La definición clásica también puede ponerse en cuestión en situaciones como la siguiente: Dado un derecho de superficie constituido sobre un predio cualquiera y edificada ya la construcción (desde la perspectiva tradicional, propiedad del superficiario), ¿qué sucedería si con el avance de la técnica se separara físicamente la construcción del terreno y se desplazara la construcción más allá de los límites del predio? ¿Permanecería la propiedad superficiaria sobre la construcción con independencia de su ubicación geográfica? La respuesta desde la perspectiva tradicional tendría que ser afirmativa, la construcción ya separada físicamente debería mantenerse bajo la titularidad del superficiario y con su naturaleza de propiedad predial.

Sin embargo, ello implicaría que donde quiera que se establezca dicha construcción, aun si fuera sobre un terreno de propiedad ajena, aun si este se descompusiera en partes, la propiedad del superficiario se mantendría. Ello sería un despropósito puesto que la separación de propiedades es solamente una excepción a la regla general de la accesión y no podría establecerse de facto, sin un título previo mediante la colocación de la construcción en cualquier terreno.

Una respuesta en concordancia con la perspectiva propuesta en este texto optaría por afirmar que con la separación física de la construcción en virtud del avance de la tecnología no ocurre nada con el predio, pues, al ser este último un poliedro compuesto por el suelo, el sobresuelo y el subsuelo, el movimiento de otros bienes (muebles) al interior del predio no le hacen perder su naturaleza.

En última instancia, la construcción es un bien mueble más que circunstancialmente se une a un predio y se le considera una parte integrante, pero que bien puede separarse y transportarse como y bajo las reglas de todos los bienes muebles, sin que dicho movimiento repercuta en los derechos de propiedad predial sobre los inmuebles en los que el mueble se pueda encontrar circunstancialmente.

4.1.4. Separación

El elemento en el que, desde nuestro punto de vista, debería hacerse hincapié en la definición del derecho de superficie es el de la separación. En virtud del derecho de superficie se hace una excepción a la regla de que no pueden existir derechos singulares sobre partes integrantes. El concepto de separación debe entenderse de manera indelible con el concepto de predio que hemos explicado en este texto. El subsuelo, el suelo y el sobresuelo son partes integrantes del compuesto que forman los tres, pero esta regla general se rompe cuando la finalidad de la integración predial no se presenta en el caso.

¹⁴ Artículo 887.- Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

La integración predial se fundamenta en el principio de especialidad de los derechos reales, es decir, en que carecería de sentido que haya un aprovechamiento autónomo de partes de un bien que no tienen una individualidad propia. Sin embargo, cuando las partes de un bien sí pueden tener un aprovechamiento independiente, se enerva la finalidad de la integración predial y lo razonable resulta permitir la existencia de derechos singulares sobre partes que, en principio, forman parte de un mismo bien.

Es así, al menos durante el plazo de vigencia del derecho de superficie, que surgen dos bienes de donde solamente había uno y se produce una independización idéntica a la que se regula en el ámbito registral, pero esto desde el punto de vista de la extensión vertical del predio. Dicha circunstancia es en cierta manera recogida a nivel de las normas registrales, porque se produce la apertura de una partida especial del derecho de superficie donde se inscriben todos los actos referentes a este derecho.

Visto así, asumiendo la teoría del interés concreto, la peculiaridad del derecho del superficiario sería que el bien sobre el cual recae su titularidad es uno que se crea en el mismo momento de constitución del derecho de superficie. En otras palabras, previamente a la celebración del contrato de constitución del derecho de superficie e incluso previamente a la negociación o demostración de interés de los contratantes, el predio existía como bien único y en una extensión de acuerdo con el interés del propietario, según señalamos *supra* respecto al artículo 954 del Código Civil.

Es solamente con la negociación entre el propietario y el futuro superficiario cuando el propietario demuestra su interés en aprovechar económicamente el espacio existente sobre el suelo de su predio y, correlativamente, de separarlo como un bien independiente para darlo en propiedad al superficiario. Con ello, el bien objeto del derecho de superficie surgiría junto con el derecho y, posteriormente, también moriría con él.

Es interesante resaltar que una situación similar a la que hemos descrito respecto al derecho de superficie ocurre con la propiedad horizontal. En la propiedad horizontal, específicamente en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común previsto para la superposición de unidades inmobiliarias en edificios, la particularidad también está en la separación física que se hace de cada uno de los departamentos u oficinas, cada uno con un titular independiente.

Esta separación es la que, al final del día, permite que haya una explotación eficiente por parte de cada propietario respecto a su sección específica. Nuevamente, si bien en un edificio cada una de las secciones cumpliría con la regla clásica de ser partes integrantes respecto al bien como todo, la norma establece un supuesto de excepción en virtud del cual con la inscripción del reglamento interno y la posterior independización de unidades inmobiliarias se desmiembra físicamente el predio original y se origina un grupo de nuevos predios independientes, aunque, a diferencia del derecho de superficie, con vocación de perpetuidad.

4.1.5. Aspectos registrales

Teniendo en claro que con el derecho de superficie se produce la particularidad de existir dos propiedades separadas, la del suelo y la del vuelo (González Martínez 1922: 52), consideramos que el derecho de superficie tiene una íntima vinculación con la institución de la independización. Mediante la independización, el propietario de un predio inscrito en SUNARP decide separarlo en dos o más predios independientes. Estos, si bien compartirán los mismos antecedentes

registrales (se trasladan todas las cargas, gravámenes y circunstancias relevantes a las partidas independizadas), tendrán a partir de ahí una existencia autónoma.

La independización de predios está regulada en el artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del 2013. Sus normas, si bien están pensadas originalmente para regular la situación en que el propietario del predio decida independizarlo de manera horizontal, es decir, convertir un terreno de 100 metros cuadrados en dos de 50 metros cuadrados, también prevé la posibilidad de que haya una independización en sentido vertical en el caso de la propiedad horizontal, donde el edificio como predio único pasa a estar compuesto por un conjunto de secciones independizadas, cada una de ellas con su partida específica.

Las consecuencias de la constitución de un derecho de superficie son similares a las de la propiedad horizontal. Si bien en las normas sobre la independización no se la prevé expresamente, la revisión del artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se refiere a la creación de una partida especial para el derecho de superficie, lo que refleja la necesidad de crear un mecanismo independiente de publicidad registral -una partida propia- para un bien que pasa a tener su propia individualidad: el sobresuelo y/o el subsuelo. De ahí que, una vez creada la partida especial del derecho de superficie, sea ahí que se inscriban los actos referidos a la propiedad del superficiario, es decir, las transferencias, las hipotecas, la declaratoria de fábrica, etcétera.

Cierto es que en la actualidad los Registros Públicos aún siguen el método de fincas o de unidad de folio real en virtud del cual se crea un solo folio real o partida registral por cada predio existente en el plano catastral de las ciudades. Sin embargo, este método resulta limitado por cuanto no refleja suficientemente la realidad por considerar al predio solo en dos dimensiones a través de medidas perimetrales y linderos y no delimitarlo tridimensionalmente, como en la realidad existen los predios. No debe olvidarse que el derecho registral es fundamentalmente un derecho instrumental que tiene como objetivo la publicidad de las situaciones jurídicas (aunque excepcionalmente existen los casos en que la inscripción registral tiene efectos constitutivos), razón por la cual eventualmente creemos que los Registros Públicos llegarán a recoger esta concepción tridimensional del predio.

Así como en un comienzo se establecían linderos mediante referencias físicas inexactas (canales de agua, cerros, vías de circulación, propiedades vecinas, etcétera), posteriormente se pasó a utilizar medidas perimétricas en metros lineales, y actualmente se utilizan métodos técnicos más avanzados como las coordenadas UTM. También en la delimitación vertical de los predios se irán desarrollando los mecanismos para que cada unidad inmobiliaria independiente, ya sea que se encuentre en un régimen de propiedad horizontal o en un régimen bajo el derecho de superficie, pueda recibir la adecuada publicidad a través de los Registros Públicos.

La existencia de dos predios independientes no solamente se refleja en los aspectos registrales ya descritos, sino que se manifestaría en otros aspectos jurídicos. El sobresuelo y/o el subsuelo como bienes independientes vendrían a constituir una unidad catastral independiente a efectos de que así se registren en las bases de datos del área técnica de SUNARP y de las municipalidades.

Asimismo, sería directamente al propietario superficiario al que se consideraría titular y administrador en todos los procedimientos administrativos que tengan que ver con el predio, como pueden ser los certificados de parámetros, de jurisdicción, de zonificación, la licencia de obra, la conformidad de obra, etcétera.

Finalmente, los tributos que gravan la propiedad tendrían que ser cobrados por los acreedores y/o administradores tributarios (por ejemplo, la SUNAT, el SAT o las municipalidades) de

manera independiente al propietario superficiario y al propietario del suelo; porque, como hemos señalado, ambos son propietarios de bienes jurídicamente independientes.

4.2. Segundo elemento: derecho real sobre bien ajeno

Ahora bien, ¿qué sucede con la relación entre el suelo y el sobresuelo? ¿Acaso no se apoya el sobresuelo en el suelo? ¿Acaso en esto se fundamentaría el segundo elemento del derecho de superficie de ser un *derecho real sobre bien ajeno*? A continuación tratamos estas cuestiones.

4.2.1. Derecho de construir

Más allá de las precisiones que hemos hecho hasta el momento sobre la configuración del concepto de predio y su incidencia en la redefinición del derecho de superficie, hay que señalar que, hasta este punto, hemos abordado solamente el primer elemento de la denominada «doble naturaleza del derecho de superficie»: el elemento que tiene que ver con la propiedad superficiaria. Sin embargo, donde existe una mayor diferenciación frente al derecho real de propiedad es en el segundo elemento: el de ser un derecho sobre suelo ajeno (Ingestau y Hustedt 2010: 11), el cual vamos a comenzar a analizar a la luz del concepto de predio que anteriormente hemos perfilado.

De acuerdo con la definición tradicional del derecho de superficie, se hace la dicotomía entre la propiedad superficiaria y el derecho de construir sobre suelo ajeno. Siendo así, si el caso fuera el de un predio en el que ya existe construida una edificación, ya no tendría mayor importancia el derecho sobre el suelo ajeno y se debería hacer énfasis en la traslación de la propiedad superficiaria sobre la construcción a favor del beneficiario del derecho. Sin embargo, estimamos de mayor importancia para el análisis el caso de un derecho de superficie constituido sobre un predio en el que aún no se ha construido ninguna edificación, puesto que en esas circunstancias parece justificarse más la existencia de un *derecho real sobre bien ajeno* justamente por la prerrogativa del superficiario de construir sobre el suelo.

Este derecho a construir en terreno ajeno se fundamenta en que mientras no haya construcción sobre el inmueble no podría haber propiedad superficiaria, entendida esta como la propiedad sobre la construcción. Sin embargo, no por ello deja de existir el derecho de superficie. Ahí es donde estaría la faceta de *derecho real sobre bien ajeno*, que se materializa en un derecho a realizar las obras necesarias para la construcción, aun cuando, por el momento, el predio no sea más que un terreno.

El momento más importante donde se haría patente este derecho es el inmediatamente posterior a que se constituya el derecho de superficie sobre el predio. Desde ese momento hasta que exista una construcción, no podría decirse que hay propiedad superficiaria, porque faltaría el objeto sobre el cual esta recae; pero sí podría afirmarse que hay un derecho a construir en terreno ajeno y, consecuentemente, hay un derecho de superficie. Esta interpretación es, de alguna manera, recogida en el artículo 1033 de nuestro Código Civil que establece que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido, de modo que aun en ese caso existe un derecho real a pesar de no existir *una propiedad sobre la construcción*.

Ahora bien, sometiendo a análisis la concepción dominante del derecho de superficie, hemos de recurrir a lo ya antes señalado en relación con cuál es el objeto de la propiedad

predial. Dentro de la definición del concepto de predio, hemos dicho que la construcción es un elemento meramente contingente y que, más bien, la composición principal de un predio está dada por el subsuelo, el suelo y sobresuelo. En esa línea, el derecho de superficie tiene como efecto la separación de estos últimos elementos, la separación del sobresuelo del suelo y este, a su vez, del subsuelo, separación que debe considerarse en términos jurídicos y abstractos, en función a la explotación económica separada y no a la posibilidad física de disgregación.

De este modo, el caso particular analizado en el párrafo anterior, de un derecho de superficie sobre un terreno sin construcción, no tiene ya que verse como un supuesto en el que el derecho del superficiario no tiene una edificación sobre la cual recaer y por eso debe recaer sobre el suelo ajeno. Dicha situación debe verse, más bien, como una en la que el derecho del superficiario es un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, siendo este último no un bien con existencia futura, sino un bien con existencia y posibilidad de explotación presente. Y, en ese contexto, el derecho a construir en el predio sobre el cual se constituyó el derecho de superficie en caso se destruyera la edificación no es más que la propia expresión del derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo.

De ahí que, como dijimos, resulte innecesario afirmar que el derecho a construir en terreno ajeno forme parte del contenido de la superficie. Ese derecho a construir, el *ius edificandi*, es uno propio de cualquier titular de una propiedad predial, ya viene implícito en el derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo: aunque se destruya lo edificado, el superficiario puede construir en el sobresuelo por la simple razón de que tiene la propiedad sobre el sobresuelo. Evidencia de ello es que no existe ninguna obligación del superficiario de construir, ya que el construir o no entra dentro del derecho de edificar del propietario superficiario.¹⁵

4.2.2. Derecho de apoyarse

Una consideración diferente que podría fundamentar la necesidad de que el titular de un derecho de superficie no tenga solamente un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, sino necesariamente un derecho real sobre el suelo ajeno, es la circunstancia de que el sobresuelo y la eventual construcción se encuentren, desde un punto de vista espacial, superpuestos y «apoyándose» en el suelo sobre el cual se constituyó el derecho de superficie (Albaladejo 1977: 207).

Ante esta circunstancia, consideramos que la mencionada superposición debe entenderse como un dato fáctico que no tiene por qué tener tanta incidencia en la situación jurídica como para generar la necesidad de un derecho real del titular del sobresuelo sobre el suelo. El hecho de que un bien esté superpuesto físicamente con el otro tiene tanta relevancia como el hecho de que un predio cualquiera se encuentre al costado de otro; ello no genera la necesidad de introducir el concepto de *derecho real sobre bien ajeno* respecto del predio del vecino.

No se puede negar que las relaciones jurídicas se entablan cuando se conjugan una pluralidad de intereses propios de cada individuo; de modo que, mediante el establecimiento de una

15 Si bien es necesario que se trate de un terreno en el que las características físicas y disposiciones jurídicas permitan construir, «[...] no existe para el superficiario una obligación de edificar una construcción sobre o bajo el predio, como se desprende de la designación *derecho de superficie*. Una obligación así puede, sin embargo, fundamentarse en el arreglo contractual entre el constituyente y el adquirente del derecho de superficie [...]» (Ingenstau y Hustedt 2010: 11). También, al respecto, véase Glaser (1975: 22).

preponderancia reconocida legalmente de un interés sobre el otro, se resuelvan los conflictos que se podrían generar entre las personas. En el contexto de una relación de vecindad, sí puede haber la pretensión de alguno de los propietarios de los predios colindantes de que las personas o las mascotas no rebasen los límites entre los dos predios en sus momentos de recreación, de que se respeten determinados parámetros en las construcciones residenciales, de que en caso de realizarse obras no se generen daños a la propiedad por la caída de materiales, de que las actividades que se realicen no impliquen perturbaciones irrazonables contra la tranquilidad de los vecinos, etcétera.

Sin embargo, todas estas situaciones de conflicto de intereses no tienen por qué remediarse con la creación de derechos reales. Por el contrario, la mayoría de ellas se pueden resolver y, en efecto, el Código Civil las resuelve con mecanismos de naturaleza obligacional como es el caso de la responsabilidad civil.

En ese sentido, somos de la opinión de que en el caso de la relación de vecindad entre el superficiario como propietario del sobresuelo y el dueño del suelo sí pueden establecerse determinadas reglas que viabilicen la convivencia entre ambos; por ejemplo, en el caso en que el propietario original conserve la propiedad del subsuelo y transfiera la propiedad del sobresuelo. Sin embargo, tomando en cuenta que inclusive el suelo en sí mismo es un bien cuya explotación y utilidad económica es, cuando menos, mínima, creemos que no se justifica que estas relaciones entre los intereses del superficiario y del propietario del suelo ameriten la existencia de un derecho real del superficiario sobre el suelo ajeno.

4.2.3. Colindancia vertical

En ese sentido, si la ley permite, con disposiciones generales como el artículo 955 del Código Civil y con disposiciones específicas como el derecho de superficie o la propiedad horizontal, una división tanto vertical como horizontal de los predios, consideramos que no hay por qué aplicar diferentes reglas a la colindancia de los predios solamente por el hecho de que algunos colinden horizontalmente y otros verticalmente. No hay por qué encontrar un *derecho real sobre bien ajeno* cuando lo único que existe entre el propietario superficiario y el propietario del suelo es una relación de vecindad. El cuerpo constituido por todos los predios de nuestro país es una suerte de poliedro gigante. Y este poliedro, si bien está dividido por la delimitación perimetral de cada predio, también puede ser objeto de división de manera vertical con instituciones como el derecho de superficie o la propiedad horizontal.

La existencia de una fuerza física como la gravedad que hace que lo que está arriba se apoye en lo que está abajo es parte de la observación natural de las cosas, pero no puede obligarnos a establecer necesariamente relaciones jurídicas. Lo contrario sería afirmar que estas relaciones jurídicas deban existir necesariamente entre todos los predios que conforman una urbanización o una ciudad y entre ellos y todos los predios que forman la corteza terrestre y que generan la gravedad, puesto que todos se apoyan en todos. Al derecho no le interesa el análisis minucioso de la interrelación física de los cuerpos y de las fuerzas, sino la necesidad de establecer relaciones jurídicas ante las contraposiciones de intereses relevantes que se presentan en la realidad.

En último caso, habría que señalar incluso que en el caso de un derecho de superficie constituido sobre y bajo la superficie del terreno, el apoyo que tiene el sobresuelo y la eventual

construcción no es ni siquiera el mismo suelo, sino que sería el subsuelo que también sería de propiedad del superficiario. De ahí que sea muy discutible que en una consideración como esta pueda fundarse la necesidad de que exista un derecho sobre bien ajeno en el derecho de superficie.

Probablemente, este problema se suscita porque existe una concepción en dos dimensiones de lo que constituye la propiedad predial; es decir, tenemos en la cabeza un plano en el que se encuentran todos los terrenos dentro de un determinado territorio, y ellos están delimitados a través del concepto jurídico de propiedad que parcela ese plano en pequeñas secciones a favor de una serie de titulares. Ciertamente es necesario establecer reglas procedimentales como es el caso de la inscripción de una nueva partida registral, y esta forma de ordenación se facilitarían si se tiene un plano como presupuesto; pero los propios Registros Públicos con el tiempo tendrán los instrumentos que hoy no han comenzado a utilizar para reflejar la realidad material y la realidad jurídica con las dimensiones que estas de verdad tienen. Actualmente ya lo han hecho, en cierto grado, con la propiedad horizontal.

4.2.4. Afinidad con la propiedad horizontal

La propiedad horizontal tiene en este aspecto una gran afinidad con el derecho de superficie en tanto que también constituye una excepción al principio de integración predial y permite la separación de la propiedad exclusiva sobre unidades inmobiliarias que componen un edificio. En esa línea,

De los Mozos parangona, desde los puntos de vista hipotecario y urbanístico, el derecho de superficie y la propiedad horizontal, señalando que esta última comprende como accesorio el derecho al suelo mediante el porcentaje de participación en la comunidad, y esto falta como soporte en el derecho de superficie, que solo se extiende al vuelo; pero estima que ello no justifica la diferencia de trato legal, en cuanto la propiedad horizontal ha obtenido una autonomía civil y registral de la que carece el derecho de superficie. (Santos 1973: 621)

La propiedad horizontal constituye una evolución de los últimos cien años en el derecho civil, a través de la cual se ha recogido en las categorías jurídicas una circunstancia evidente de la realidad, cual es el crecimiento vertical de las ciudades. Además del rompimiento de esta institución con la regla general de la integración predial, también es interesante tomar en cuenta el hecho de que el sistema registral, es decir, el sistema de publicidad de los derechos reales, con el cual estos adquieren realmente esa eficacia *erga omnes*, ha tenido que sofisticar sus procedimientos para reflejar las titularidades jurídicas en el registro. Es así que, hoy en día, determinados actos inscribibles reflejan la posibilidad de que esta separación de derechos que se produce en la propiedad horizontal sean objeto de publicidad registral, como es el caso de la inscripción del reglamento interno, de la junta de propietarios, etcétera.

Uno de los elementos importantes de las normas registrales sobre la propiedad horizontal es la independización de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva en partidas autónomas. Esta posibilidad es importante porque, de la misma manera que en la superficie, la característica de la separación trae consigo una división del predio en varias secciones. Donde antes había un solo predio y, consiguientemente, una sola partida registral, con la propiedad horizontal pasan

a existir, por ejemplo, una decena de predios de propiedad exclusiva. Cada uno necesita su propio folio real, porque cada uno de las partidas independizadas será el sustento de posteriores inscripciones de cargas, gravámenes, transferencias y demás actos inscribibles.

En la línea de lo explicado en esta sección, el apoyo físico de una sección exclusiva sobre otra en un régimen de propiedad horizontal no tiene como consecuencia un derecho real específico que regule tal situación, sino solamente existen los derechos de propiedad exclusivos y un reglamento interno que regulan las particularidades de las relaciones de vecindad al interior de un edificio.

Aunque de manera muy limitada, lo dicho hasta el momento ya se reconoce en el derecho registral con la disposición de que deba abrirse una partida registral especial para el derecho de superficie. El artículo 114 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios detalla que cuando se constituye la superficie se crea una partida registral especial para dicho efecto, a diferencia de lo que sucede con otras cargas y gravámenes como el usufructo, la servidumbre o el embargo, que se limitan a una anotación en el rubro de cargas y gravámenes del inmueble.¹⁶

Otro elemento importante relacionado tanto con la propiedad horizontal como con la superficie es la declaratoria de fábrica como inscripción registral que refleja la composición física del edificio construido. Como hemos señalado antes, el progreso de la técnica ha hecho que justamente el área técnica de los Registros Públicos haga un trabajo más detallado y preciso en la identificación de los inmuebles que forman parte del registro de propiedad.

Sin embargo, aún parece existir la lógica de que en una ciudad existe un catastro de todos los predios que se refleja registralmente asignando una partida a cada uno de estos predios (principio del folio real). Pero probablemente con el tiempo se llegará a que la base catastral de las ciudades será tridimensional en lugar de bidimensional, de modo que se refleje de mejor manera la explotación de los inmuebles en la realidad, ya no solo a través de coordenadas UTM sino también sobre la base de la altura que tendrán los predios y sus superposiciones con otros espacios, lo que, de alguna manera, ya se hace con la inclusión de los documentos técnicos respecto a la configuración arquitectónica de los bienes registrados.

5. Definición propia

Habiendo analizado, criticado y reformulado los dos componentes de la definición clásica del derecho de superficie, en esta sección vamos a intentar recoger los planteamientos que hemos hecho hasta el momento y formular una definición propia del derecho de superficie.

Desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie se define como *una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre el sobresuelo y/o el subsuelo, de forma separada de la propiedad del suelo, por un periodo máximo de noventa y nueve años*. De esta definición se desprenden tres características: a) ser una modalidad de propiedad, b) la separación y c) la temporalidad.

¹⁶ En dicha partida especial debe precisarse la partida registral sobre la que recae el derecho, la indicación de si la superficie se concede sobre o bajo la superficie del suelo o sobre ambos, el plazo de duración de la superficie, la circunstancia de si se constituyó a título gratuito u oneroso, el nombre del titular del derecho, es decir, del propietario superficiario y el traslado de cargas y gravámenes registrados antes de la inscripción del derecho de superficie para respetar el principio de prioridad temporal en la inscripción. Adicionalmente, se extiende una anotación de correlación en la partida registral del inmueble sobre el que se ha constituido la superficie en la que también se incluyen los datos a los que ya nos hemos referido (Artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios).

5.1. Ser una modalidad de propiedad

La definición clásica que hemos explicado en un comienzo se caracteriza por su gran densidad conceptual debido a que una categoría como la doble naturaleza jurídica de la superficie es difícil de aprehender al momento de establecer las reglas aplicables al concepto y aplicarlo a la resolución de problemas concretos. En ese sentido, se señala un tanto irónicamente lo siguiente sobre la dificultad que existe en la doctrina alemana de identificar a la superficie como un derecho o como una cosa:

Unidos los dos heterogéneos elementos (cosa y derecho) para formar un *ens tertium*, se consigue el maravilloso resultado de que el *Erbbaurecht* [derecho de superficie] no es ni cosa ni derecho propiamente dicho. Por eso parece más adecuado afirmar que, frente al predio, el *Erbbaurecht* es gravamen, y en lo demás debe ser tratado como finca hipotecaria independiente (González Martínez 1922: 105).

La manera en que se suele justificar el hecho de que en Alemania, a pesar de considerarse a la superficie un derecho real limitado, se le confiera el mismo tratamiento que a cualquier propiedad predial es recurriendo a la existencia de una ficción jurídica. Sin embargo, se señala que «la debilidad del razonamiento expuesto yace en que la doble naturaleza del *Erbbaurecht* (verdadero Jano que mira a lados opuestos), por servir para demostrarlo todo, no demuestra con evidencia. Porque, ¿cómo puede un derecho (cosa incorporea) tener partes materiales?» (González Martínez 1922: 123).

De ahí que, además de los argumentos expuestos con detalle en las anteriores secciones, somos de la opinión de que debe preferirse una definición cuando esta puede responder a los mismos problemas jurídicos con similar eficacia que otras definiciones sin tener que recurrir a una construcción jurídica innecesariamente compleja. Por ello, contra la naturaleza compuesta del derecho de superficie nosotros proponemos una definición igual de válida, igual de coherente, pero más simple y fácil de entender: el derecho de superficie es un mero derecho de propiedad del sobresuelo.¹⁷

El derecho de propiedad es el género próximo del derecho de superficie. A diferencia de derechos reales autónomos como el usufructo, el uso, las servidumbres o los derechos reales de garantía en los que solamente se detentan algunos de los poderes inherentes a la propiedad, con el derecho de superficie el propietario superficiario puede ejercer un derecho absoluto sobre el sobresuelo, el subsuelo o ambos, según se haya constituido el derecho de superficie. Tan es así que no solo tiene la posibilidad de usarlo de acuerdo con su destino común o de beneficiarse con los frutos naturales, industriales y/o civiles del bien, sino que además puede realizar modificaciones sustanciales a este, puede enajenarlo, gravarlo e incluso puede destruirlo, sin que con ello se desnaturalice su derecho de superficie.

Un derecho real limitado se conoce con ese nombre porque implica una desmembración de las diferentes facultades o atributos que tiene el propietario, cuyo derecho, como vimos anteriormente, es un derecho absoluto y pleno (Baur y otros 2009: 307). Sin embargo, ese no es el caso en el derecho de superficie: mientras que sobre el sobresuelo el superficiario tiene una propiedad plena, no desmembrada; respecto del predio no existe en absoluto un atributo o facultad que el superficiario pueda ejercer sobre el suelo.

¹⁷ Una vez más, definición que se aplica al caso de una superficie del sobresuelo, del subsuelo o de ambos en conjunto.

Adicionalmente, la naturaleza de la superficie de ser un derecho de propiedad se observa en los mismos hechos. El que en los hechos se comporta como propietario de todo el bien, especialmente cuando existe un derecho de superficie sobre y bajo la faz del terreno, es el propietario superficiario. El superficiario no es más ni menos que un *propietario económico* del inmueble. En la realidad, el propietario del predio cede totalmente su propiedad sobre el inmueble, salvo el único límite en el aspecto temporal.

Cierto es que, según el concepto del derecho de superficie, el propietario del predio conserva el derecho de propiedad sobre el suelo. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, para efectos prácticos, la propiedad sobre la membrana que físicamente separa el sobresuelo del subsuelo no tiene ninguna utilidad económica relevante y es imposible que se aproveche sin ocupar físicamente el sobresuelo o el subsuelo.

Esta consideración de realidad tiene también un relativo sustento en la doctrina. Así se da a entender cuando se señala al derecho de superficie como un derecho «económicamente similar a la propiedad», como un «derecho igual a la propiedad» o se habla de la «naturaleza predial del derecho de superficie» o de la existencia de un «predio jurídico» o de un «fundo jurídico» (Von Oefele y Winkler 2008: 22). El superficiario es un propietario económico del inmueble porque tiene pleno dominio sobre él. Esta realidad económica la aceptan aun los autores que hacen su análisis desde un plano puramente dogmático. Aunque ya hemos señalado que la doctrina mayoritaria comparte la opinión acerca de la dicotomía en la naturaleza del derecho de superficie, reconoce que «económicamente la propiedad de la construcción figura en el primer plano» (Müller 1995: 2).

Del mismo modo, se refiere que

[d]el contenido regular de la propiedad del predio queda hasta el final del derecho de superficie solo el aprovechamiento económico mediante la contraprestación pactada (canon superficiario) y el derecho a transferir y gravar el predio, ambos en la práctica limitados por el valor del derecho de superficie, así como los derechos contra el propietario superficiario. El derecho de superficie es por ello la más intensa limitación del derecho de propiedad sobre un predio y es, desde el punto de vista fáctico, económicamente similar a la propiedad. Por ello son válidos [...] también en principio las normas sobre predios. (Von Oefele y Winkler 2008: 24)

Por último, consideramos que la circunstancia de que el derecho de superficie se encuentre regulado en nuestro Código Civil como un título específico dentro de la sección de derechos reales principales y no como un subcapítulo dentro del título referido al derecho de propiedad no tendría que ser un argumento determinante para establecer la naturaleza de este concepto. Lo determinante deberían ser el desenvolvimiento de esta herramienta jurídica en la realidad fáctica y el propio contenido de las normas legales que regulan el derecho. Así sucede con otras instituciones como la posesión. Si bien según su ubicación sistemática se debería considerar a la posesión como un derecho real principal, es por lo menos discutible su consideración como derecho cuando la propia definición del artículo 896 del Código Civil describe, más bien, el hecho o la actividad de «ejercer los atributos».¹⁸

18 Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

5.2. Separación

A pesar de ser una modalidad de la propiedad, su particularidad radica en que produce una separación de propiedades. Ello constituye su diferencia específica. Lo que se produce con el derecho de superficie es una excepción a un principio básico del derecho de cosas: que las partes integrantes de los bienes no pueden ser objeto de derechos singulares.¹⁹

En ese sentido, los componentes de un predio que hemos desmenuzado en la sección anterior, es decir, el suelo, el sobresuelo y el subsuelo, son todos partes integrantes del compuesto de ellos, que es justamente el predio. Los tres elementos constituyen un solo y único bien, el cual solamente podrá ser objeto de derechos como conjunto y no a través de su desmembración en derechos singulares sobre cada parte.

Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a la regla referida.²⁰ Cuando se constituye el derecho de superficie, automáticamente se constituye un derecho singular de propiedad sobre el sobresuelo y/o el subsuelo a favor del propietario superficiario. Por esta razón, decimos que el efecto típico del derecho de superficie es la separación de los elementos que conforman un predio: el sobresuelo y/o el subsuelo adquieren individualidad como bienes respecto al suelo.

En ese sentido, lo único que ocurre cuando se constituye un derecho de superficie es la separación de dos bienes en donde anteriormente había solo uno. En la generalidad de los casos, los bienes que tienen existencia material, es decir, los automóviles, las mesas, las computadoras, etcétera, no pueden ser desmembrados físicamente por la mera voluntad del propietario puesto que se busca que los derechos reales tengan una individualización en bienes específicos. Lo mismo tendría que decirse del predio. Sin embargo, el derecho de superficie es el que permite hacer una excepción establecida legalmente a la regla general. Pero esta disposición legal no es arbitraria ya que responde a una realidad económica que consiste en que en el mercado inmobiliario el sobresuelo y/o el subsuelo tienen un valor económico propio.

En cualquier caso, debemos recalcar que la consecuencia automática del derecho de superficie vendría a ser la creación de dos bienes donde inicialmente había uno solo. Uno de los bienes consiste en el suelo sobre el cual el propietario tiene un dominio exclusivo. El otro de los bienes vendría a ser el sobresuelo y/o el subsuelo, sobre el cual el superficiario también ejerce un dominio absoluto.²¹

Finalmente, es importante señalar que lo que permite la separación es dejar atrás en el caso de la superficie la concepción individualista de la propiedad, distinguiendo la propiedad económica (productora) de la propiedad jurídica (rentista), con la finalidad de fomentar una explotación más eficiente del inmueble. Esta posibilidad resulta un tanto extraña a las

19 Este principio está recogido en el artículo 887 del Código Civil, el cual señala, además, que las partes integrantes son aquellas que no pueden separarse sin destruir, deteriorar o alterar el bien (sin perjuicio de que con los continuos avances de la tecnología cada vez es más complejo afirmar que un bien no pueda separarse sin causar daños al bien principal) y en el artículo 938 que contiene la regla de la accesión como un modo originario de adquisición de la propiedad según el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

20 La excepcionalidad del derecho de superficie respecto al principio de accesión se explica también en el derecho alemán, aunque en relación con la construcción respecto al suelo (Böttcher 1998: 1).

21 Así, señalan que el derecho de superficie «[...] presta la posibilidad de convertirse en propietario de la construcción sin al mismo tiempo también ser propietario del predio. No solo económicamente, sino también jurídicamente están separados el propietario del predio y el propietario de la construcción» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

tendencias de las más importantes codificaciones civiles de proteger una propiedad individualista excluyendo instituciones como la enfiteusis y la capellanía. Las separaciones prolongadas de la propiedad útil y de la propiedad jurídica rememoran las propiedades de la Baja Edad Media que tenían como resultado la inmovilización y/o la infraexplotación de los bienes raíces. Sin embargo, paradójicamente, una herramienta como esta se ha constituido como un mecanismo dócil de contratación inmobiliaria en nuestro país por las propias particularidades de nuestro sistema jurídico.

5.3. Temporalidad

El elemento de la temporalidad juega un rol relevante en la configuración del derecho de superficie y se contrapone a la vocación de perpetuidad que tiene el derecho de propiedad ordinario. Su importancia radica en que solo en tanto se trate de un derecho temporal, se acepta la posibilidad de que se produzca la separación entre el subsuelo, el suelo y el sobresuelo y la consiguiente limitación al propietario del suelo.

A diferencia de lo que sucede con la propiedad horizontal, con el derecho de superficie, la separación en la propiedad de los componentes del predio tiene como efecto en el caso del propietario del suelo una situación en la que sus poderes sobre el bien se encuentran sumamente limitados: no puede hacer uso del suelo sin utilizar de alguna manera el sobresuelo o el subsuelo. Por ello, el legislador consideró necesario impedir que dicha situación se establezca de manera permanente y se estableció un plazo, que es justamente el que justifica la posibilidad de separar las dos propiedades con el derecho de superficie.

Asimismo, el plazo máximo de noventa y nueve años cumple con la finalidad de fomentar la explotación del inmueble por parte del superficiario, quien buscará beneficiarse con los réditos que obtenga de la diferencia entre los resultados de la actividad realizada en el inmueble y lo pagado como canon superficiario. Esta característica de temporalidad también evita la perpetuidad de una separación de la propiedad como ocurría con derechos limitados perpetuos y, al mismo tiempo, combate la posibilidad de que se utilice el inmueble con fines de especulación.²²

Los noventa y nueve años constituyen un tope máximo tan alto que se hace necesaria una regulación precisa de las relaciones entre el superficiario y el propietario del suelo durante la vigencia del plazo. Sin embargo, no por ello deja de ser atractivo otorgar el derecho de superficie para el propietario del suelo puesto que, desde su perspectiva, él pasa a ser un mero rentista con un ingreso periódico para el cual no necesita realizar ninguna inversión, ingreso que será mayor al de un arrendamiento o usufructo por tratarse de un derecho más completo (propiedad temporal) y con la perspectiva de hacerse propietario de lo construido una vez que termine el plazo de la superficie.

«El canon superficiario equivale para él [el propietario del predio] económicamente a un precio de una compraventa en forma de renta, siendo que en este caso él [el propietario del

22 Al respecto se señala: «Los capitalistas que juegan con la plus-valía de [los solares], acaparan el extraradio de las grandes urbes, inmovilizan durante decenas de años grandes cantidades y son un poderoso obstáculo la edificación. El tipo jurídico que examinamos rompe este cinturón de oro que impide el progreso de las ciudades modernas, reservando la plus-valía para las Comunidades o Ayuntamientos que conceden el terreno, permitiendo a las clases pobres obtener el solar necesario para cada familia y amenazando a los que no construyan con la rescisión del contrato o con la caducidad del plazo» (González Martínez 1922: 109-110).

predio], a diferencia de una compraventa, mantiene la propiedad del bien» (Von Oefele y Winkler 2008: 17). Adicionalmente, mantiene el derecho de disponer su derecho de propiedad ya sea a través de la transferencia o a través del gravamen, naturalmente según la valorización que un tercero pueda hacer sobre un predio en el que recae un derecho de superficie vigente.

Con la existencia del plazo, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble, lo que implica una adecuada inversión de capital y la realización de una actividad productiva que tiene como base la construcción de un edificio, ya sea este un edificio de departamentos, de oficinas, de locales comerciales, un local industrial, un hospital, un cementerio, un estacionamiento, etcétera.

Con ello, especialmente en un contexto de subida de precios de los inmuebles, se facilita una alternativa más atractiva a la mera tenencia de los inmuebles con fines especulativos. En otras palabras, de no haber los mecanismos atractivos para la inversión de capital en un proyecto inmobiliario, naturalmente será más fácil adquirir o mantener la propiedad de los inmuebles con la expectativa de que el mero paso del tiempo haga que su precio se incremente y se obtenga un beneficio sin haber realizado ninguna inversión en producción.

6. Aportes

La verificación de la hipótesis de que el derecho de superficie es una modalidad del derecho de propiedad encuentra su utilidad en las consecuencias de esa redefinición. Así, del mismo modo que las otras modalidades analizadas anteriormente, la superficie tendrá su estatuto jurídico en dos fuentes: a) en todas las normas aplicables al derecho de propiedad, sean estas del campo que sean y estén contenidas en cualquier norma; y b) las normas especiales que el ordenamiento prevea por la propia particularidad del derecho. Vamos a analizar ambos aspectos por separado.

6.1. Aplicación de las normas de propiedad

La utilidad de entender este concepto de la manera dicha es que ya no tenemos un derecho real que necesite una regulación especial que, como vimos, la tendría de manera insuficiente en nuestro sistema legal, sino una modalidad del derecho de propiedad que convierte en aplicables a la generalidad de las normas del derecho de propiedad como lo veremos más adelante.

La simplicidad del concepto de superficie propuesto nos permite resolver un primer problema fundamental, cual es la determinación del negocio jurídico por el que se constituye o se transfiere un derecho de superficie. En la actualidad, al considerar que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, el contrato de constitución de este resulta ser un contrato atípico, pues no tendría regulación alguna en nuestro sistema.²³ Entonces, la elaboración de un contrato de superficie comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que este debe contener y de la complejidad de la operación que se busca regular. Esto motiva que usualmente

23 Entendemos por contrato atípico aquel cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el contrato de superficie pueda en los hechos tener lo que se denomina una *tipicidad social*, es decir, un conjunto de prácticas comerciales cuya reiteración ha creado una realidad socioeconómica todavía no recogida legislativamente por el derecho (De la Puente y Lavalle 2007: 154).

se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, lo que puede resultar problemático y muy peligroso por tratarse de un contrato de naturaleza completamente diferente.²⁴

Por el contrario, la elaboración de un *contrato de superficie* se facilita sobremanera si es que se entiende que este derecho no es más que una modalidad de la propiedad: no se trata más que de una compraventa de inmueble. En ese sentido, ya sea al momento de constituir el derecho como al momento de transferir uno ya constituido, lo único que se está produciendo es una transferencia de un derecho de propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos.

Las consecuencias jurídicas de este negocio serán las de una independización: solamente se separa en una partida registral independiente una parte que anteriormente era componente de un predio más grande. Y no se perjudicará a ningún acreedor hipotecario o titular de derecho alguno, puesto que las cargas y gravámenes se trasladarán a la partida independizada, como se hace actualmente con la independización.

La transferencia de propiedad por contrato sí está tipificada en nuestro Código Civil en las normas de compraventa, las que regularán todos los aspectos del contrato de superficie de manera supletoria, y evitarán los costos de transacción que implica diseñar un contrato de superficie desde cero. Ello no obsta a que las partes agreguen los pactos que ellos consideren necesarios por las particularidades del negocio que se quiera realizar y por la circunstancia particular de que se trata de un derecho de propiedad temporal, que en algún momento regresará al propietario inicial.

En ese sentido, serán de aplicación directa al contrato de superficie las normas de compraventa que no se contradigan con la naturaleza del bien vendido (el sobresuelo, el subsuelo o ambos). Según nuestro análisis, más allá de la correspondiente configuración particular que hagan las partes, serían de aplicación al contrato de superficie los artículos 1529, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1543, 1544, 1546, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1565, 1567, 1568, 1571, 1572, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582 del contrato típico de compraventa.

Por nombrar algunos aspectos, entre estos artículos se encuentra la regulación de las obligaciones principales del contrato, las disposiciones sobre el bien vendido, sobre el precio, sobre la transferencia del riesgo, etcétera, excluyéndose solamente las normas de compraventa que se refieran a transferencia de bienes muebles y otras normas incompatibles con la naturaleza del bien vendido. Naturalmente, la temporalidad del derecho de propiedad superficiaria amerita ciertas reglas específicas que las partes tendrán que pactar, por ejemplo, con relación al derecho de reversión que tiene el propietario del predio una vez finalizado el plazo de la superficie.

Este mismo ejercicio puede realizarse con cualquier otro contrato referido a la propiedad de un inmueble, así como con las demás normas que tratan este derecho ya sea que se encuentren en el Código Civil o en otros campos de nuestro sistema jurídico y, lo más importante, con independencia de si ya se construyó la edificación. Al superficiario serán aplicables las normas del arrendamiento que regulan el supuesto de que el arrendador transfiera su derecho de propiedad.

²⁴ El arrendamiento es un contrato obligacional y de duración; mientras que la compraventa de inmueble es un contrato real y de ejecución instantánea.

Serán de aplicación las normas del contrato de *leasing*, específicamente en la modalidad del *lease back*, que permitirá estructurar los financiamientos de proyectos de construcción. Serán de aplicación las normas sobre la hipoteca, con la peculiaridad de que esta será posible aun antes de que exista una construcción debido a que el bien a hipotecarse será el sobresuelo según nuestro razonamiento. Serán de aplicación las normas del derecho de sucesiones, en tanto que también se contará este derecho dentro de la propiedad transferida *mortis causa*. Inclusive sería de aplicación la prescripción adquisitiva de dominio.

Fuera del ámbito civil, en los aspectos registrales, serán de aplicación normas como las referidas a los requisitos necesarios para presentar los títulos, la acumulación de predios, la protección a la adquisición de derechos mediante la fe pública registral, el análisis catastral como requisito técnico, etcétera. En el ámbito urbanístico, serán exigibles también a los superficiarios las normas referentes a retiros, así como los parámetros urbanísticos y edificatorios, y se le considerará titular para efectos de procedimientos, certificados y licencias relacionados con el bien de su propiedad. En el ámbito administrativo, se considerará el derecho de propiedad al momento de analizar las normas sobre la propiedad del Estado y su posibilidad de transferir, las normas sobre expropiación.

En el ámbito tributario, el hecho de que la superficie conceda un derecho de propiedad sobre el sobresuelo también puede motivar la interpretación de que en este caso se da un supuesto de ganancia de capital para efectos del impuesto a la renta. En cuanto al impuesto general a las ventas, corresponde citar el literal a) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, según el cual están inafectos al impuesto las cesiones de uso de inmuebles, siempre que el ingreso constituya renta de primera o de segunda categorías gravadas con el impuesto a la renta.

Conviene señalar que paralelamente se tendrían que analizar las implicancias en el impuesto general a las ventas de la construcción a realizarse sobre el inmueble dado en superficie, los servicios contratados para la realización de la obra y, por último, la transferencia del propietario superficiario al propietario del terreno una vez vencido el plazo de vigencia de la superficie.

Por el lado del impuesto de alcabala, su tasa de 3% sobre el valor de transferencia podría ser aplicable a la operación de constitución de superficie, si es que se entiende que por ella se produce la transferencia de un bien inmueble a favor del propietario superficiario. Finalmente, el impuesto predial corresponde al propietario de los terrenos y también de las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de los predios. En ese sentido, al estar estas dos partes del predio bajo la titularidad de dos propietarios diferentes, existe la posibilidad que tanto el dueño del terreno como el propietario superficiario estén obligados a pagar el impuesto predial por la parte del inmueble que le corresponde a cada uno.

6.2. Normas especiales

Además de la aplicación de las normas referidas a la propiedad, las características de la separación y de la temporalidad generan en el caso del derecho de superficie la necesidad de que se establezcan ciertas normas especiales para su regulación. No obstante, en el Código

Civil peruano, a diferencia de lo sucedido con otros derechos reales como el usufructo,²⁵ se hace una parca regulación del derecho de superficie²⁶ a través de solamente cinco artículos:

- a) Artículo 1030: Definición, plazo máximo, reversión, derecho de reembolso
- b) Artículo 1031: Formas de constitución, transmisibilidad
- c) Artículo 1032: Extensión a partes del suelo no necesarias para la construcción
- d) Artículo 1033: Continuidad en caso de destrucción de lo edificado
- e) Artículo 1034: Extinción del derecho de terceros otorgados por el superficiario

Una norma adicional que usualmente pasa desapercibida en la práctica jurídica es el derecho de retracto que tienen tanto el propietario del suelo como el superficiario:

Artículo 1599: Tienen derecho de retracto:

[...]

5. El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.

De manera complementaria, tenemos las normas en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios a las que nos hemos referido previamente:

- a) Artículo 141: Inscripción del derecho de superficie
- b) Artículo 142: Anotación de correlación entre las partidas
- c) Artículo 143: Extinción del derecho de superficie y cierre de partida

Así se ha hecho ya en el caso de otras modalidades de propiedad con los artículos sobre copropiedad en el Código Civil y la entera legislación de propiedad horizontal. Así se ha hecho ya, además, en otros sistemas jurídicos específicamente respecto al derecho de superficie de los cuales es posible recoger algunas nociones para conciliarlas con la utilidad que este derecho puede tener en nuestro país. Por ello, a continuación, vamos a tratar de recoger algunos aportes del sistema jurídico extranjero con el cual el autor tiene mayor familiaridad y que justamente, por sus propias raíces germánicas, tiene una mayor afinidad con figuras que implican la separación de propiedades como el derecho de superficie.

6.2.1. Código Civil alemán

El Código Civil alemán (BGB), que entró en vigor en 1900, es fruto de una búsqueda de unificación que se produjo en el territorio alemán en la segunda parte del siglo XIX tras alcanzar predominio Prusia sobre Austria en la influencia de lo que antes había sido el territorio del Sacro Imperio Romano Germánico.

²⁵ El usufructo es regulado en nuestro Código Civil en 27 artículos.

²⁶ Por lo demás, cabe resaltar que la escasa regulación proviene desde el Código Civil de 1936: «El Código Civil de 1936 no le dio la necesaria importancia jurídica al derecho de superficie, le llegó a asignar un tratamiento legislativo ineficaz y confuso al involucrarlo dentro del título de usufructo, en abierta impertinencia como lo demuestran los numerales 958 y 959 del citado Código. En el actual Código Civil (artículos 1030 a 1034), se halla ubicado en el Título V del Libro V, Derechos Reales, aún con muchas deficiencias, pero con la autonomía necesaria» (González Linares 2007: 635).

El antiguo Sacro Imperio Romano Germánico había sobrevivido precariamente durante siglos hasta la llegada de Napoleón I, pero en su territorio la dispersión legislativa era tal que, bien entrado el siglo XIX, ciertas zonas se regían por el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco; otros territorios prusianos, como Westfalia, por el *Preußisches Allgemeines Landrecht*; en la provincia del Rin, Alsacia y Lorena se aplicaba el Código Napoleón; en Baden se aplicaba el *Badisches Landrecht*, etcétera (Zimmermann 1996: 3).

Este fue el contexto en el que se promovió la elaboración de un Código Civil, recogiendo todo el desarrollo de la Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho, uno de cuyos objetivos fue asentar el concepto de nación en el territorio que ahora conocemos como Alemania.

El BGB tiene ciertas particularidades como es el caso de su dogmatismo y tecnicismo que, si bien permitió tener un cuerpo legislativo sistemáticamente estructurado, dificulta su comprensión por parte de quienes realizan una lectura inicial o superficial (Zimmermann 1996: 9). Sin embargo, también el BGB recogió ciertas ideas provenientes de la revolución liberal que se trajo abajo la sociedad estamentaria a finales del siglo XVIII. Una de ellas es justamente la de la concepción individualista del derecho de propiedad. «A través del desarrollo del derecho provocado por la Revolución francesa se impuso en el siglo XIX la noción individualista de la propiedad» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

Este es el contexto que permite entender, tanto en Alemania como en nuestro país, las razones de la marginación legislativa de una figura que busca la separación de la propiedad como es el derecho de superficie. Lo cierto es que, al tratarse el derecho de superficie de una limitación tremenda al propietario del suelo, constituía un «cuerpo extraño» dentro del sistema de propiedad del nuevo derecho alemán y «recibió por ello entre los §§ 1012 a 1017 del BGB solo una muy incompleta regulación» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).²⁷ En dichos párrafos se regulaba lo siguiente:

- a) § 1012: Definición del derecho de superficie
- b) § 1013: Extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción
- c) § 1014: Prohibición de la limitación a una parte de un edificio
- d) § 1015: Formalidad para la constitución del derecho
- e) § 1016: No extinción en caso de destrucción de la construcción
- f) § 1017: Aplicación de las normas sobre predios a la superficie

Tal como se ha explicado para el caso peruano, esta menuda regulación del derecho de superficie en el derecho alemán (Von Oefele y Winkler 2008: 2) tuvo como consecuencia el desuso de esta herramienta por parte de los ciudadanos alemanes, más aún cuando el BGB

27 De manera previa al BGB, «el Código prusiano, promulgado en 5 de Enero de 1794 (*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*) no reconocía el principio *superficies solo cedit* como una necesidad jurídica. [...] El derecho superficiario, en el citado Código, no tenía ninguna denominación especial. Figuraba incluido entre las servidumbres y, como se ha dicho, producía dos propiedades separadas [...]». (González Martínez 1922: 52). En otras regiones de Alemania, por ejemplo en Sajonia, se consideraba que era una servidumbre personal y había también el derecho de cueva o *kellerrecht*; mientras que en Baviera se lo consideraba un tipo de propiedad dividida y el contrato de superficie se incluyó en un proyecto de ley de 1860 que no llegó a ser ley (González Martínez 1922: 56 y 57). «También en los ducados de Schleswig-Holstein es frecuente que el dueño de un solar, las más de las veces con jardín, conceda el derecho de construir y tener una casa sobre el mismo durante treinta años o por la vida del titular» (González Martínez 1922: 70).

ofrecía mayores opciones en comparación con las que ofrece, aún hoy, nuestro sistema en cuestión de contratos temporales ya sean estos con efectos obligacionales o reales. En palabras que serían directamente aplicables al caso peruano, se señala que «debido a la incompleta regulación del BGB (§§ 1012-1017) se originó un sinnúmero de disputas jurídicas, lo que es más, en asuntos importantes [del derecho de superficie]» (Von Oefele y Winkler 2008: 16).

Justamente por este motivo es que, una década después de la entrada en vigor del BGB, se promovió la reforma del marco jurídico de este derecho, con el objetivo de «crear un marco jurídico de estabilidad para la superficie» (Von Oefele y Winkler 2008: 16). Las reformas legislativas en torno al derecho de superficie no fueron más que una parte de una reforma socioeconómica mayor que se denomina la *Bodenreform* (Reforma del Suelo).

El problema social en este contexto de los años posteriores a la Primera Guerra Mundial fue el acceso a la vivienda. Para este objetivo, el derecho de superficie servía como un instrumento muy atractivo, puesto que permitiría acceder a un derecho de propiedad sobre una vivienda con un costo total menor al que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. «La Reforma del Suelo en Alemania [...] entonces tenía como objetivo por medio del vagamente utilizado instituto del derecho de superficie, luchar contra la especulación del suelo y ensanchar a su vez la posibilidad de la población de adquirir una vivienda propia» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

El problema de la temporalidad del derecho no resultaba tal debido a que al extenderse –de manera similar al caso peruano– por un plazo de noventa y nueve años se excluía cualquier necesidad de renovar el contrato por el tiempo de vida de una persona, excluyéndose solamente la posibilidad de heredar una propiedad a los descendientes, quienes, para esto, ya se habrían hecho seguramente de un patrimonio propio. «La limitación temporal juega apenas un rol para el superficiario debido a la, por regla, larga duración (noventa y nueve años), por lo que para él el derecho de superficie cumple en la práctica el mismo servicio que un predio adquirido a través de una compraventa» (Von Oefele y Winkler 2008: 17).

En el mismo sentido: «Debido a la larga duración del derecho de superficie (normalmente 75 o 99 años) pierde importancia la limitación temporal, más bien, el titular del derecho de superficie ahorra el precio del predio» (Ranft 1991: 1-2). Ello, sumado a las facilidades de financiamiento alrededor de la hipoteca del derecho de superficie, convertía a este derecho en una herramienta atractiva para combatir la especulación inmobiliaria para efectos de la *Bodenreform*.

6.2.2. Ley sobre el Derecho de Superficie

Sin embargo, para llegar a ser atractivo, a este derecho no le bastaba la sucinta regulación que contenía el BGB en sus seis parágrafos, de modo que se decidió extraer el derecho de superficie de este cuerpo de normas y trabajar una norma específica que ampliara los alcances de este derecho y rellenara todos los vacíos y la inseguridad jurídica que tenía previamente.

De esta manera, el 15 de enero de 1919 se promulgó la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbauerechtsverordnung*), la cual entró en vigencia el 22 de enero del mismo año. Salvo algunas modificaciones de menor importancia, esta norma se mantiene vigente hasta hoy. En el 2007, su naturaleza fue aclarada y confirmada, y pasó de ser una ordenanza a ser una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbauerechtsgesetz*) (Von Oefele y Winkler 2008: 14). La siguiente es una breve referencia de su contenido:

- a) Concepto y contenido (§§ 1-13): Se refiere al contenido legal y al contenido contractual del derecho, al canon o contraprestación, al rango, a la aplicación de las normas sobre predios y a la edificación como parte del derecho de superficie.
- b) Normas registrales (§§ 14-17): Se refiere, entre otros aspectos, a la creación de una partida especial para el derecho, las materias que deben inscribirse en dicha partida y la relación entre esta y la partida del predio.
- c) Financiamiento (§§ 18-22): Se refiere, entre otros aspectos, al financiamiento de la construcción del edificio a través de la hipoteca y las diferentes variantes que presenta el sistema alemán respecto a esta garantía.
- d) Seguros y ejecución (§§ 23-25): Se refiere a la contratación de seguros referentes a la edificación y a la ejecución forzosa tanto de la edificación como del suelo.
- e) Término (§§ 26-34): Se refiere a los diferentes aspectos que conciernen el momento de finalización del plazo del derecho de superficie como es la renovación, el derecho de reversión y el estado de la construcción, así como el caso de la finalización por resolución.

Sin llegar a ser excepcionales, los resultados de la reforma legislativa del derecho de superficie fueron positivos, incluso con relación al número de casos de propiedad horizontal, especialmente en el tiempo posterior a la Segunda Guerra Mundial, como se desprende de los datos sobre los derechos de superficie constituidos en los *Länder* alemanes *Bayern* y *Hessen*: «existía, en total, según las investigaciones realizadas en los Registros Públicos de los Ministerios de Justicia de Bayern y Hessen (1970), la siguiente cantidad de derechos de superficie: en Bayern, 39 278; en Hessen, 19 556 [...]» (Von Oefele y Winkler 2008: 18). En adición a ello, también han sido ámbitos de aplicación del derecho de superficie las propiedades del Estado, de las municipalidades y de instituciones religiosas, así como las construcciones comerciales e industriales (Von Oefele y Winkler 2008: 19).

No obstante, en el contexto alemán, el derecho de superficie para fines de vivienda aún se enfrenta a un tradicional y no necesariamente fundamentado deseo de los particulares de tener la seguridad de contar con un derecho de propiedad en el sentido más estricto. A pesar de ello, aún hoy se pueden observar ofertas de viviendas a través del derecho de superficie por parte de empresas inmobiliarias alemanas, las cuales se preocupan por explicar los atractivos de la figura, entre los cuales resalta el beneficio económico: en la comparación de un derecho de superficie pagado mensualmente con la adquisición de una propiedad mediante una hipoteca pagada también mensualmente, el costo del derecho de superficie resulta siendo alrededor de la mitad respecto al derecho de propiedad a pesar de que otorga iguales posibilidades al propietario superficiario en el periodo prolongado en que se puede constituir (Baumarkt 2012).

6.2.3. Aportes

En lo que nos concierne, resulta útil tomar conocimiento de esta experiencia por las alternativas que nos permite plantear respecto al derecho de superficie en nuestro país. A diferencia del caso alemán, el impulso en la utilización de este derecho no lo ha dado una reforma legislativa sino el propio mercado. Y, si bien el derecho de superficie también puede ser útil para fines de vivienda, en nuestro país este no necesariamente se toparía con la concepción individualista

que tiene un propietario de a pie, justamente porque quienes normalmente hacen uso de este mecanismo no son ciudadanos que buscan una vivienda, sino empresas que diseñan su inversión en función a un periodo específico de explotación de un inmueble y que no tienen una necesidad de adquirir definitivamente un patrimonio heredable como sí lo podría tener una persona natural. Desde ese punto de vista, una regulación del derecho de superficie más que fomentar su utilización, buscaría poner a la par el marco jurídico de un fenómeno que ya se presenta en la sociedad.

Naturalmente, al tener finalidades relativamente distintas, en una eventual regulación del derecho de superficie en nuestro país, no podrían utilizarse normas idénticas al caso alemán. Para ello es útil el conocimiento del contexto que rodea a la Ley sobre el Derecho de Superficie, como el sistema de propiedad en el que ella se enmarca. En esa línea, a continuación recogeremos de la experiencia alemana algunos aspectos que consideramos de utilidad en una eventual regulación de este derecho en nuestro país.

- a) Normas sobre propiedad: En la línea del planteamiento de que la superficie es una modalidad de la propiedad o no, resultaría conveniente incluir como en la Ley sobre el Derecho de Superficie la referencia expresa a que las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil son de aplicación directa a la propiedad superficiaria, en cuanto estas no se opongan a las particularidades de este tipo de propiedad. Con ello se lograría zanjar la discusión acerca de si estas normas son de aplicación directa o si son por analogía, e incluso si son aplicables por analogía las normas sobre el derecho de usufructo por ser también un «derecho real menor».
- b) Normas sobre rango y preferencia: Tanto en el sistema alemán como en el peruano, el derecho de superficie es, respecto al predio, una carga, por lo que es necesario establecer su relación respecto a los demás derechos, cargas y gravámenes constituidos con anterioridad o con posterioridad en el inmueble. Si bien las normas generales ya lo establecen así (artículo 2022 del Código Civil peruano), sería necesario solucionar un debate común que es el conflicto entre una hipoteca y un derecho de superficie posteriormente inscrito, situación a la que tendría que aplicarse el principio de prioridad temporal en la inscripción registral.
- c) Normas sobre su constitución y transferencia: Si bien ya existe el artículo 1031 del Código Civil peruano, sería conveniente establecer que las normas aplicables a la transferencia de bienes inmuebles, a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, a fe pública registral, etcétera, son también de directa aplicación al derecho de superficie. Asimismo, es importante la aclaración de que el comprador de un derecho de superficie va a recibir el derecho en los términos contractuales establecidos en el contrato de superficie, por lo que las normas registrales deberían tender a permitir el conocimiento del contenido de dicho contrato (Ingestau y Hustedt 2010: 20). A esto es importante agregar la necesidad de derogar el derecho de retracto por el perjuicio que causa al tráfico de los bienes sobre los cuales recae un derecho de superficie. Del mismo modo, resultaría conveniente aclarar la posibilidad de adquirir de forma originaria un derecho de superficie, específicamente mediante la prescripción adquisitiva.²⁸

²⁸ Sobre el particular consideramos que, si bien aquel que posee un inmueble como superficiario también expresa la apariencia de propietario absoluto y le convendría más adquirir la propiedad absoluta y no solo la propiedad superficiaria, el hecho de contar con un título que permita aplicar la prescripción adquisitiva corta puede hacer

- d) Normas sobre el contenido contractual: En la Ley sobre el Derecho de Superficie se hace la distinción entre el contenido legal y el contenido contractual del derecho de superficie, a efectos de que aquellos pactos que realicen las partes sean considerados elementos de este derecho real (Von Oefele y Winkler 2008: 16). Esta constituiría una opción para dotar de efecto real al contenido del contrato de superficie. Sin embargo, al tratarse de pactos de las partes, una segunda alternativa sería la creación de un «contrato de compraventa de superficie» que contenga ciertas reglas adicionales a las generales sobre compraventa. Tal como se hace con la generalidad de contratos, estas reglas supletorias reflejarían los pactos que usualmente se utilizan en un contrato que ciertamente ya tienen una «tipicidad social».²⁹
- e) Normas sobre incumplimiento: En la misma línea del contenido contractual del derecho de superficie, sería conveniente establecer un conjunto de normas supletorias que reflejen el uso común de este derecho, quedando a salvo el poder de las partes de establecer pactos específicos en función a sus propios intereses. Siguiendo la propuesta alemana, en el caso de los eventuales incumplimientos en el contexto de un derecho de superficie se establecería una consecuencia distinta a la resolución del contrato y la consiguiente extinción del derecho de superficie, debido a la precariedad que esta situación produciría en este derecho. En dicha eventualidad, se optaría por privilegiar la tutela de cumplimiento a través de un mecanismo que permita recurrir a los ingresos del negocio llevado a cabo en el inmueble, sin llegar a la extinción del derecho de superficie. Naturalmente, esta sería una solución supletoria al pacto de las partes.
- f) Normas sobre disposición: En la línea del tópico anterior, otro elemento por recoger sería la solución de la discusión acerca de la posibilidad de disponer sobre el derecho de superficie sin el consentimiento del propietario a través de una norma supletoria que así lo permita, sin impedir el poder de las partes de pactar en contra. En principio, actualmente el artículo 1031 del Código Civil peruano establece que el derecho de superficie es transmisible. Sin embargo, la circunstancia de que el superficiario y todos sus derechos y obligaciones forman parte de un contrato de superficie vigente entre él y el propietario del suelo puede sustentar el pedido del propietario del suelo de que se requiera su consentimiento, si es que, en los hechos, se produce una cesión de la posición contractual del superficiario, más aún si no se conoce si el nuevo superficiario dará la misma seguridad que el anterior superficiario en el cumplimiento del contrato. Dicha discusión quedaría cerrada en el caso de que se estableciera como regla supletoria el derecho a disponer del superficiario sin requerir del consentimiento del propietario del predio.
- g) Normas sobre el canon: La contraprestación del derecho de superficie, que en doctrina recibe el nombre de «canon superficiario», es nada más que mencionada en el artículo

necesario establecer expresamente que el derecho de superficie puede adquirirse también por prescripción adquisitiva.

29 Como fue mencionado anteriormente, el concepto de tipicidad social está referido a aquellos contratos que, si bien no están regulados en las normas del ordenamiento (contratos atípicos), sí tienen una tipificación en la práctica cotidiana de las personas a través de reglas que, en términos generales, se repiten y respetan. Estas reglas nacen en los usos y costumbres, es decir, en las prácticas comerciales, pero además son recogidas en doctrina, de modo que los mecanismos de interpretación e integración de estos contratos son paralelos a lo previsto en las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas. Al respecto, es necesario que se produzca un uso reiterado, frecuente y uniforme que determine que la doctrina o la jurisprudencia reconozcan ese tipo «social» como correlato de una realidad socioeconómica (De la Puente y Lavalle 2007: 154).

108 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Sin embargo, como se hace en la Ley sobre el Derecho de Superficie, resulta útil establecer el canon como una carga real del derecho de superficie a favor del propietario del predio. Si bien este concepto alemán no es tan conocido en el sistema de propiedad peruano, puede asimilarse a una servidumbre salvo en el extremo en que el beneficiario no tiene que ser un predio dominante, sino que puede ser una persona; y la prestación puede consistir en una prestación dineraria. Con esto se permitiría vincular el canon superficiario con el derecho de superficie de modo que, aun cuando este derecho sea transferido, la obligación de pagar el canon automáticamente se transfiera y pase a estar a cargo del nuevo superficiario y no siga con el anterior superficiario como sería la regla según las normas generales de obligaciones.

- h) Normas sobre teoría de la imprevisión: La Ley sobre el Derecho de Superficie aborda el tema de la imprevisión en relación con la posibilidad de cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la constitución inicial del derecho de superficie. Debido al prolongado plazo que se permite para el derecho de superficie, que en Alemania también se acepta que puede extenderse hasta noventa y nueve años, nos encontramos ante una relación contractual sumamente prolongada entre el superficiario y el propietario del predio. Por esta razón, resulta conveniente considerar, también de manera supletoria a la voluntad de las partes, una referencia expresa a las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación o una norma específica sobre teoría de la imprevisión para el contrato de superficie para los casos en que dentro del plazo de ese presenten cambios sustanciales en el valor del terreno, en el valor de la moneda o en cualquier otro factor que afecte la base de celebración del negocio inicial.
- i) Normas registrales: Si bien ya existen en nuestro sistema normas que regulan la inscripción del derecho de superficie en el registro, sería conveniente que en estas se agregue una remisión a las normas registrales sobre el derecho de propiedad en lo que se refiere a las formas de transmisión de propiedad, a las cargas y gravámenes inscribibles, pero con la excepción de aspectos que no concuerden con las particularidad del derecho de superficie como es el caso de su natural superposición física con la partida registral del predio sobre el cual recae.

A pesar de la importancia de los aspectos que se pueden recoger de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, una apreciación crítica de esta tendría que descartar algunos otros elementos que, si bien guardan concordancia con la finalidad de la norma en el contexto alemán de inicios del siglo XX, no se condicen con la utilidad que se buscaría otorgar al derecho de superficie en nuestro país. Entre estos elementos tenemos los siguientes: a) la prohibición a las partes de pactar condiciones resolutorias o cláusulas similares en el contrato por las cuales el derecho de superficie quede sin efecto antes del plazo pactado, b) la posibilidad del superficiario de pedir la reducción del canon superficiario con la eventual participación del juez y c) el rango preferencial que se otorga al derecho de superficie por encima de otras cargas y gravámenes, y su continuidad incluso en caso de ejecución del predio.

Los referidos aspectos que propone la Ley sobre el Derecho de Superficie responden, por un lado, a la búsqueda de seguridad para aquel que financie la construcción de la edificación confiando en la continuidad del derecho de superficie como garantía (Von Oefe y Winkler 2008: 16-17), finalidad para la que resulta útil la prohibición de condiciones resolutorias y la preferencia de la

superficie sobre otros gravámenes (Von Oefele y Winkler 2008: 16). Por otro lado, las prohibiciones y controles tanto de cláusulas de resolución como del canon superficiario son reflejo de un intervencionismo en la regulación de este contrato que no se justificaría en un ámbito de fomento de la inversión privada que es el campo del derecho de superficie en nuestro país.

En resumidas cuentas, más allá de la apreciación crítica que se debe hacer de un caso foráneo como es la Ley sobre el Derecho de Superficie, son más los aspectos novedosos que pueden recogerse en una eventual reforma legislativa de este derecho en nuestro país. Ya se ha hecho esta reforma hace muchos años con otras modalidades de la propiedad que tienen su propio cuerpo legislativo (la propiedad horizontal y la multipropiedad), por lo que nuestro sistema no sería extraño a un cuerpo legislativo destinado a tratar el derecho de superficie. Hemos señalado anteriormente que nuestra propuesta de considerar este derecho una modalidad del derecho de propiedad permite resolver inmediatamente problemas jurídicos que se presentan día a día.

Sin embargo, existen ciertos aspectos del derecho de superficie cuya especificidad requiere una regulación ad hoc, ya sea porque no han sido tratados en absoluto en nuestro sistema o porque no hay una referencia a normas más generales del derecho civil que diriman discusiones en torno a esta herramienta jurídica. Por lo demás, tanto con el abordaje doctrinario como con el legislativo, no hemos pretendido cubrir exhaustivamente todos los pormenores del derecho de superficie y los ámbitos en los que puede utilizarse, sino solamente hacer una introducción a una investigación más profunda en la que tendremos suficiente espacio para desarrollar tanto nuestra propuesta dogmática como los aportes de la Ley sobre el Derecho de Superficie en Alemania.

7. Conclusiones

- a) El derecho de superficie es una institución jurídica que ha ganado gran utilidad en los últimos años dentro del mercado inmobiliario. Sin embargo, su escasa regulación y la poca doctrina que existe sobre él generan diversos problemas jurídicos que dificultan su utilización.
- b) En el presente trabajo de investigación se plantea la hipótesis de que el derecho de superficie debe considerarse una modalidad del derecho de propiedad en lugar de un derecho real autónomo.
- c) El planteamiento parte de la definición clásica del derecho de superficie, la cual establece que este derecho tiene una doble naturaleza: es un derecho real limitado sobre el predio y, a la vez, e inseparablemente, un derecho de propiedad especial sobre la construcción.
- d) El análisis crítico de esta definición clásica sobre la base de un método funcional demuestra lo innecesario de hacer una dicotomía en la naturaleza del derecho de superficie, y se atribuye dicha construcción a que los predios se estudian como si estos consistieran en meras parcelas dentro de un plano, cuando en la realidad son objetos con un volumen en tres dimensiones. El desenvolvimiento fáctico de este derecho demuestra que nos encontramos ante un propietario cuando se trata de un superficiario y no ante un mero titular de un derecho real limitado.
- e) En atención a ello, adoptamos una definición propia en la que resaltan tres características del derecho de superficie: a) ser una modalidad del derecho de propiedad, b) la

- separación de la propiedad del suelo y del sobresuelo y c) la temporalidad del derecho.
- f) Los aportes de la verificación de esta primera hipótesis radican en que todas las normas aplicables al derecho de propiedad serán útiles para llenar los vacíos que la regulación del derecho de superficie pueda haber dejado.
 - g) Sin embargo, como cualquier modalidad del derecho de propiedad, requiere de ciertas normas que respondan a ciertas particularidades propias de la superficie. Para ello, se escoge el caso alemán para buscar aportes al caso peruano desde un análisis comparativo.
 - h) Entendiendo la historia del Código Civil alemán, así como de la Ley sobre el Derecho de Superficie de ese país, rescatamos ciertos elementos que son útiles en el planteamiento de una norma que regule este derecho en nuestro país y se discriminan aquellos elementos que no serían favorables por la diferencia de contextos y de sistemas jurídicos entre ambos países.
 - i) Con la aplicación de las normas del derecho de propiedad y la introducción de algunas normas especiales, consideraríamos cubierto el tratamiento necesario para que el derecho de superficie se desenvuelva mejor en los mercados en los que actualmente se utiliza e, incluso, se expanda como una herramienta beneficiosa a otros ámbitos en donde puede resultar de utilidad.

8. Bibliografía

ALBALADEJO, Manuel

1977 *Derecho civil*. Barcelona: Bosch.

BAUR, Fritz y otros

2009 *Sachenrecht*. Decimoctava edición. Múnich: C. H. Beck.

BAUMARKT

2012 *Erbbaurecht - wie funktioniert das?* Traducción propia. Consulta: 2 de febrero de 2012.
<<http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>>

BÖTTCHER, Roland

1998 *Praktische Fragen des Erbbaurechts*. Segunda edición. Colonia: Kommunikationsforum.

CASTAN, José

1965 *Derecho civil español, común y foral*. Décima edición. Madrid: Reus.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El contrato en general*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

GLASER, Hugo

1975 *Das Erbbaurecht in der Praxis*. Segunda edición. Berlín: Neue Wirtschafts-Briefe.

GONZÁLEZ LINARES, Nerio

2007 *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo

1922 *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho.

INGENSTAU, Jürgen y Volker HUSTEDT

2010 *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. Traducción propia. Novena edición. Colonia: Carl Heymanns.

LEHMANN, Heinrich

1956 *Tratado de derecho civil*. Traducción de José Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LINDE, Trutz y Rüdiger RICHTER

1987 *Erbbaurecht und Erbbauzinsen in Recht und Praxis*. Friburgo: Rudolf Haufe.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia

1984 *Los derechos reales*. Tercera edición. Lima: Librería Studium.

MEDER, Stephan y Andrea CZELK

2008 *Grundwissen Sachenrecht*. Segunda edición. Traducción propia. Tübinga: Mohr Siebeck.

MEJORADA, Martín

2012 «La extensión de la hipoteca en debate». En MEJORADA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 139-152.

MOHRBUTTER, Christian

1995 *Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking.

MÜLLER, Jürgen

1995 *Das Unterebbaurecht. Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander Universität*.

PUIG, José

1973 *Fundamentos de derecho civil*. Segunda edición. Barcelona: Bosch.

RAMOS, Carlos

2011 *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo VII: «La dogmática en triunfo». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2007 *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica.

RANFT, Wilfried

1991 *Die Verdinglichung des Erbbaurechtsinhalts. Inaugural Dissertation zur Erlangung des*

Grades eines Doctor iuris utriusque der Hohen-Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität. Traducción propia.

ROJAS, Milushka

2008 *La naturaleza jurídica de la multipropiedad.* Tesis de doctorado en Derecho y Ciencia Política. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Consulta: 1 de julio de 2012. <http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf>

ROMERO, Eleodoro

1947 *El derecho de superficie.* Tomo II: «Derecho civil. Los derechos reales». Lima: P.T.C.M.

SANTOS, Jaime

1973 *Derecho civil.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

VON OEFELE, Helmut y Karl WINKLER

2008 *Handbuch des Erbbaurechts.* Cuarta edición. Traducción propia. Múnich: C. H. Beck.

WESTERMANN, Harry y otros

2011 *Sachenrecht.* Octava edición. Traducción propia. Heidelberg: C. F. Müller.

WOLF, Martin

1971 *Tratado de derecho civil.* Tercera edición. Traducción de Blas Pérez y José Alger. Barcelona: Bosch.

ZIMMERMANN, Reinhard

1996 *An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law).* Traducción propia. En Werner Ebke y Matthew Finkin. Introduction to German Law. Londres: C. H. Beck. Kluwer.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ

1996 *Einführung in die Rechtsvergleichung.* Tercera edición. Tubinga: Mohr.

COMENTARIOS

Jorge Ortiz Pasco

Coordinador del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Antes de iniciar mis comentarios sobre tan buen trabajo, debo felicitar al alumno José Carlos Fernández por la iniciativa que ha tenido de analizar e investigar sobre un tema muy antiguo pero a la vez muy moderno, como lo expreso líneas abajo.

Debo iniciar indicando que el derecho de superficie es una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre un bien ajeno. También es ubicado como una limitación al derecho de propiedad dentro de una de sus tres variables (limitaciones públicas, limitaciones privadas o por razón de vecindad y limitaciones por pacto (aquí se ubica la superficie).

Es importante expresar que el derecho de superficie representa un contrato de naturaleza real muy antiguo (lo podemos encontrar en el derecho romano); no obstante ello, hoy es uno de los contratos más usados y relacionados con la nueva economía (se usa en los estacionamientos subterráneos, en los grifos de combustible, en los centros comerciales, en los ductos que trasladan hidrocarburos en forma terrestre o marina, en las playas y últimamente ante la carencia de tierra para la inversión turística y hotelera), razón por la cual tranquilamente podemos decir que nos encontramos ante un contrato muy antiguo y moderno a la vez.

Se ha expresado que existen muy pocas resoluciones en el ámbito registral, y ello es cierto; pero dicha situación no responde a la inactividad de la segunda instancia registral (tribunal registral) que es quien genera las resoluciones mencionadas anteriormente, sino que podría responder a otros varios motivos, como por ejemplo:

- a) Que no se presenten al registro muchos contratos de superficie para ser registrados.
- b) Que, ante una observación del registrador o la registradora, los usuarios simplemente decidan no apelar.
- c) Que la calificación registral sea óptima y que los derechos de superficie se registren sin mayor problema.

También se afirma que nos encontramos ante una escasa normativa registral que regule la inscripción del derecho de superficie. Aquí debo expresar una discrepancia sana y es que José Carlos ha sido benevolente. Considero que no solamente es escasa, sino además «poco profunda» ante la realidad económica existente en la que vemos a diario que el contrato de superficie representa una herramienta necesaria para hacer negocios (y por ello poder hablar de la superficie como un contrato en la nueva economía). ¿Qué busco expresar con el calificativo «poco profunda»?

Algo muy sencillo, y por ello me permito plantear dos casos o ejemplos para el ámbito del derecho registral:

- a) Dos personas deciden celebrar un contrato de superficie. Uno de ellos es propietario de un terreno de 200.000 m², pero su intención es usar para dicho contrato solamente una parte del terreno (80.000 m²). ¿Será necesario independizar el terreno para constituir el derecho de superficie?
- b) El propietario de un terreno rústico ha constituido el derecho de superficie sobre un predio de su propiedad a favor de un grupo de inversionistas, quienes procederán a desarrollar como idea de negocio un proyecto de lotización industrial, siendo necesario para ello iniciar y conseguir la aprobación municipal de la habilitación urbana en el terreno mencionado. El derecho de superficie ha merecido (como lo establece el reglamento de inscripciones del registro de predios haber abierto una partida especial) .

Luego de algunos meses cuentan con la resolución municipal que aprueba la tan ansiada habilitación urbana. Dicha resolución municipal representa por su condición de documento público un título válido para ser registrado, y por ello se presenta al registro para su inscripción. La registradora, dentro de su potestad de calificar, ha procedido a formular una observación a la inscripción y ha expresado que la habilitación urbana no puede registrarse en la partida registral donde aparece inscrito el derecho de superficie y, por tanto, debe registrarse en la partida matriz del inmueble (es decir, sobre la totalidad del predio).

¿Qué dice el reglamento de inscripciones del registro de predios? Es una buena pregunta porque no existe respuesta. Entonces dejamos de hablar de temas registrales y pasamos a preguntarnos sobre inversión privada y la relación de esta con el registro. También podríamos analizar dónde quedan las garantías a la inversión privada que la Constitución ha regulado a favor de la inversión privada. Es muy probable y, en todo caso, representa un tamaño riesgo el hecho de que el registro no tome nota de su importancia en el desarrollo económico del país.

Por último, creo necesario mencionar que no solamente existe una escasa regulación desde el ámbito registral, sino que la escasez alcanza también otros campos del derecho. En términos municipales, ante la existencia del derecho de superficie, el funcionario municipal que recibe una solicitud de licencia de construcción ¿deberá preguntarse por la titularidad sobre el bien? Y cuando le quieran pagar el impuesto predial, ¿recibirá el pago? Y si como consecuencia de haber desarrollado un proyecto inmobiliario sobre un derecho de superficie se deben transferir inmuebles, ¿recibirán el pago del impuesto de alcabala? Son varias las dudas que también merecen respuesta en relación con el derecho de superficie.

Concluyo mis comentarios agradeciendo la oportunidad de participar en tan valioso trabajo.

Rómulo Morales Hervías

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

Introducción

El trabajo de investigación «El derecho real de superficie como modalidad del derecho de propiedad» de José Carlos Fernández Salas propone una novedosa reformulación del derecho de superficie como una modalidad del derecho de propiedad. Ya la doctrina portuguesa ha

señalado que el derecho de superficie se configura «como un derecho real próximo a la propiedad» (Carvalho 2009: 435), pero enfocada a la construcción y en la perpetuidad del derecho de superficie en la normativa portuguesa.

El trabajo propone una interpretación del derecho de superficie como un tipo de derecho real de propiedad y paralelamente propone criterios para una futura normativa del derecho de superficie, tomando en consideración preponderantemente los intereses del superficiario, una legislación alemana especial y el análisis económico del derecho. Dicha propuesta está acompañada de un conocimiento de la doctrina civil alemana contemporánea, lo cual hace que este sea un trabajo valioso académicamente. Téngase en cuenta que no existen trabajos de investigación en la doctrina civil nacional donde se cite la doctrina alemana actual por el desconocimiento del idioma alemán y por la inexistente bibliografía alemana en las bibliotecas de las Facultades de Derecho del Perú. Adicionalmente, el trabajo es meritorio porque no solo muestra un conocimiento de la actual doctrina civil alemana y de la regulación especial del derecho de superficie, sino porque el autor usa un lenguaje claro y porque principalmente desarrolla sus propios argumentos. De ahí que merezca destacarse la originalidad del trabajo.

A continuación, formularé dos objeciones al trabajo de investigación en cuanto a la regulación del derecho de superficie en la codificación civil y a la definición del derecho de superficie.

I. Regulación del derecho de superficie en la codificación civil

El trabajo se basa en el presupuesto que hay «una escasísima regulación en los principales códigos civiles del mundo» del derecho de superficie. Ello es verdad si se corrobora en el Código Civil de Alemania y en el de Italia, pero no es verdad si se estudian otros códigos como el portugués. Lo que sí es importante resaltar es que un código civil debe proporcionar las reglas apropiadas tomando en consideración todos los intereses de las partes involucradas y formulando algunas reglas para la constitución y el ejercicio del derecho de superficie. Las legislaciones especiales son temporales a diferencia de los códigos civiles que no solo tienen una vocación de permanencia, sino porque están respaldados por una doctrina sólida.

Un ejemplo de regulación amplia son las normas reguladas en el Código Civil portugués de 1966: a) «puede convenirse, a título de precio, que el superficiario pague una única prestación o pague una cierta prestación anual, perpetua o temporal» (Numeral 1 del Artículo 1530); b) «el pago temporal de una prestación anual es compatible con la constitución perpetua» (Numeral 2 del Artículo 1530); c) «las prestaciones son siempre en dinero» (Numeral 3 del Artículo 1530); d) «habiendo mora en el cumplimiento, el propietario del suelo tiene el derecho de exigir el triple de las prestaciones debidas» (Numeral 2 del Artículo 1531); e) «el derecho de superficie y el derecho de propiedad del suelo son transmisibles por acto entre vivos o por muerte» (Artículo 1534); f) «la falta de pago de prestaciones anuales durante veinte años extingue la obligación de pagar, pero el superficiario no adquiere la propiedad del suelo, salvo la usucapión en su beneficio» (Numeral 1 del Artículo 1537); g) «siendo el derecho de superficie constituido por cierto tiempo, el propietario del suelo, luego del vencimiento del plazo, adquiere la propiedad de la obra o de los árboles» (Numeral 1 del Artículo 1538); h) «salvo estipulación en contrario, el superficiario tiene, en este caso, derecho a una indemnización, calculada según las reglas del enriquecimiento sin causa» (Numeral 2 del Artículo 1538); y i) «la

extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo fijado importa la extinción de los derechos reales de disfrute o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio del tercero» (Numeral I del Artículo 1539).

Asimismo, el Código civil de Brasil de 2002 establece algunas reglas que merecen destacarse: *a)* «La concesión de superficie será gratuita u onerosa; si es onerosa, las partes estipularán si el pago se hará de una sola vez, o por partes» (Artículo 1370); *b)* «en caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario tienen derecho de preferencia, en igualdad de condiciones» (Artículo 1373); *c)* «antes del término final, la concesión se resuelve si el superficiario dio al terreno diverso destino para el que fue concebido» (Artículo 1374); y *d)* «extinguida la concesión, el propietario pasa a tener la propiedad plena sobre el terreno, construcción o plantación, independientemente de la indemnización, si las partes no hubieran estipulado lo contrario» (Artículo 1375).

Entonces, la normativa civil portuguesa demuestra que no es cierto que los códigos civiles tengan una «escasísima regulación» sobre el derecho de superficie. Otra cosa es si dicha normativa es adecuada o inadecuada para los superficiarios.

2. Definición del derecho de superficie

El trabajo de investigación bajo comentario deja sin contenido al derecho de superficie cuando se propone que es una modalidad del derecho de propiedad como la copropiedad, la propiedad horizontal, la multipropiedad y la propiedad fiduciaria. No es un contrasentido lo afirmado. El derecho de superficie es un derecho real sobre un bien ajeno, salvo que se quiera desnaturalizarlo o mutarlo a algo que no forma parte de su esencia. Ni siquiera en el caso que el derecho de superficie con carácter de perpetuidad lo convierte en una modalidad del derecho de propiedad. El trabajo de investigación propone definir el derecho de superficie como una modalidad de propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo. Dicha definición no es compatible con el primer párrafo del Artículo 1030 del Código Civil peruano de 1984, el cual indica expresamente que el derecho de superficie otorga el derecho de propiedad de la construcción: «Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo».

Esta definición normativa es compatible con otros códigos civiles. Tenemos tres códigos civiles como ejemplos.

Así el artículo 952 del Código Civil italiano de 1942 del Título III del Libro Tercero (De la propiedad) describe la constitución del derecho de superficie:

El propietario puede constituir el derecho de hacer y de mantener una construcción sobre el suelo a favor de otros que adquieran la propiedad.

Asimismo se puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente, separadamente de la propiedad del suelo.

El código civil italiano:

[ha] creado un nuevo tipo de derecho real limitado, que comprende el derecho de construir sobre el suelo ajeno y el derecho de mantener sobre tal suelo la construcción futura así como la construcción

ya existente. Entre las dos hipótesis previstas por el legislador se comprueba, entonces, una única diferencia: en la primera existe inicialmente solo el derecho de superficie al cual se añade, después la construcción, el derecho de propiedad (superficiaria) sobre ella; en la segunda hipótesis, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria sobre la construcción surgen contextualmente. (Cervelli 2007: 121-122)

En doctrina italiana se ha indicado que la superficie «es el derecho de hacer y de mantener una construcción sobre el suelo o el subsuelo ajeno» (Bianca 2001: 541). En efecto, la superficie es un «derecho real de disfrute sobre cosa ajena. Ella limita el derecho del propietario del predio, según el cual puede no usar la facultad de construir en perjuicio del derecho del superficiario, ni puede beneficiarse, en perjuicio de tal derecho, de los efectos de la accesión. La propiedad de la construcción realizada en el área de pertenencia del superficiario es adquirida por él» (Bianca 2001: 541-542). De ahí que el «derecho de propiedad sobre la construcción (propiedad superficiaria) es distinto respecto al derecho de superficie, como derecho de construir y de mantener la construcción sobre suelo ajeno: derecho que surge antes que la construcción sea realizada» (Bianca 2011: 542). Por eso, la «construcción efectuada seguidamente de la concesión del derecho de superficie se establece por ley en propiedad del superficiario. Por ello, se trata de una adquisición a título originario» (Bianca 2001: 542-545).

Otro ejemplo es la definición regulada en el artículo 1524 del Título V del Libro III (Derecho de las Cosas) del Código Civil portugués de 1966, el cual define el derecho de superficie del siguiente modo: «Artículo 1524 (Noción). El derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno, o de hacer o de mantener plantaciones».

El derecho superficie «comporta una separación jurídica entre la propiedad sobre el suelo y la propiedad sobre la referida construcción o plantación» (González 2005: 42). En efecto,

[el] derecho de superficie, en cuanto se limita a las facultades de construcción y de plantación, incide esencialmente sobre el suelo ajeno, permitiendo su transformación, convirtiéndolo idóneo en recibir la construcción y la plantación. El derecho de superficie incluso puede comprender una parte del suelo no necesaria en su implantación, desde que ella tenga utilidad para el uso de la obra (art. 1525, n.º 1). La misma situación ocurre en el caso que el derecho se aplique sobre la obra en el subsuelo, caso en que naturalmente el derecho se refiere sobre la transformación del suelo solo necesaria para la construcción de la obra en el subsuelo (art. 1525, n.º 2). De la misma forma, en el caso del derecho de sobreelevación, el derecho de superficie incide sobre la parte del edificio necesaria a su elevación (art. 1526). (Leitão 2009: 375)

El derecho de superficie «funciona como derogación a las reglas de accesión» (Leitão 2009: 376).

La definición normativa portuguesa es concordante con los poderes que tienen el superficiario y el propietario. El superficiario tiene los siguientes poderes o derechos: el poder de construir o de plantar en terreno ajeno; poder de mantener la construcción o plantación realizada en terreno ajeno; constitución de servidumbres necesarias al ejercicio del derecho de superficie; uso y disfrute de los bienes construidos; disposición del derecho de superficie e indemnización en caso de adquisición de la construcción por otro (Leitão 2009: 379).

El propietario tiene los siguientes poderes o derechos: uso y disfrute de la superficie antes de que el superficiario proceda a la construcción; uso y disfrute del subsuelo o del suelo en

el caso la superficie se aplique a él; disposición del derecho; derecho al canon superficiario; adquisición de la construcción, en el caso que la superficie se haya constituido temporalmente; y derecho de preferencia en la venta o dación en cumplimiento del derecho de superficie (Leitão 2009: 381-382). Entonces, no se puede afirmar que el superficiario tiene un poder jurídico sobre el sobresuelo y/o el subsuelo.

Un último ejemplo se constata en el artículo 1369 del Libro III (Derecho de las Cosas) del Código civil brasileño de 2002 el cual señala lo siguiente:

El propietario puede conceder a otro el derecho de construir o de plantar en su terreno, por tiempo determinado, mediante escritura pública debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles.

Parágrafo único. El derecho de superficie no autoriza hacer obra en el subsuelo, salvo que fuera inherente al objeto de la concesión.

Tampoco la normativa civil brasileña otorga al superficiario un derecho de propiedad especial del sobresuelo y/o subsuelo.

Es comprensible que el trabajo de investigación otorgue un valor económico al sobresuelo y/o al subsuelo desde el punto de vista del análisis económico del derecho y de una protección privilegiada al interés del superficiario. No obstante, desde el punto de vista dogmático y sistemático, el superficiario solo es propietario de la construcción aunque no tenga un valor económico superior al sobresuelo y/o al subsuelo. Y este análisis es así porque se toma en cuenta preponderantemente el interés del propietario sobre el del superficiario.

4. Bibliografía

BIANCA, Massimo

2001 *Diritto civile*. Tomo 6: «La proprietà». Milán: Giuffrè Editore.

CARVALHO, Luís

2009 *Lições de direitos reais*. Sexta edición. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.

CERVELLI, Stefania

2007 *I diritti reali. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*. Milán: Giuffrè Editore.

GONZÁLES, José Alberto

2005 *Direitos reais e direito registal imobiliário*. Tercera edición. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

2009 *Direitos reais*. Coimbra: Edições Almedina.

RESPUESTA DEL AUTOR

Deseo iniciar este breve texto agradeciendo los valiosos comentarios que he tenido la suerte de recibir de parte del profesor Rómulo Morales y del profesor Jorge Ortiz. Tanto los intercambios de ideas de manera personal como sus comentarios escritos han aportado a mi trabajo ideas y fuentes de gran utilidad que enriquecerán esta investigación. Del mismo modo, agradezco al Departamento de Derecho en la persona del profesor Armando Guevara por la atención prestada a esta investigación a pesar de la juventud y la falta de pergaminos. A continuación, paso a realizar mi respetuosa réplica a los comentarios formulados por ambos profesores con relación al planteamiento realizado en el trabajo de investigación.

En primer lugar, tenemos el aspecto de la metodología. Se señala que las conclusiones a las que hemos arribado en el trabajo son fruto de la aplicación del método del análisis económico del derecho y que si se hubiera optado por el método dogmático y sistemático, el análisis se hubiera enfocado más en el interés del propietario y no tanto en el interés del superficiario.

Al respecto, debemos señalar que el método que ha preponderado en la elaboración de este trabajo ha sido, más bien, el método funcional. Se ha intentado ver el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas en la realidad, ponderando el interés concreto que un sujeto pueda tener respecto de un bien, específicamente en el ámbito de la propiedad predial. Hemos definido el concepto de predio y redefinido el concepto del derecho de superficie no en función a la concatenación lógica de conceptos abstractos como correspondería utilizando el método dogmático, sino básicamente en razón de la utilidad y la función de las instituciones del derecho inmobiliario. Así es como creemos que debe leerse nuestro trabajo.

No obstante, no podemos desconocer que al momento de realizar la descripción inicial de aquellos conceptos que nos hemos propuesto criticar, sí hemos recurrido al método dogmático, porque es el que nos permitía explicar de mejor manera las instituciones y las posturas doctrinales dominantes que en este trabajo quisimos poner en tela de juicio.

También se ha utilizado en cierta medida el método comparativo y, en ese contexto, sí nos allanamos a la crítica formulada. La referencia a códigos civiles como el portugués, el italiano y el brasileño es un elemento que no ha sido utilizado en este trabajo. La principal referencia comparativa ha sido la del sistema jurídico alemán. Pero esta circunstancia tiene una explicación. Al referimos al sistema jurídico alemán, lo hacemos con un conocimiento particular de su organización y de las instituciones que existen en el campo del derecho civil de ese país, debido a la oportunidad que tuvimos de haber cursado dos semestres de estudio en una universidad alemana durante nuestra formación universitaria. Lo propio respecto al contexto social e histórico que rodea a esas instituciones jurídicas. La Ley sobre el Derecho de Superficie alemana no se entiende sin tomar en cuenta el momento histórico y económico que atravesaba dicho país en la segunda década del siglo XX. Por ello, la perspectiva de este estudio no ha sido totalizante, sino más bien con un enfoque definido en la comparación jurídica con un sistema específico. No nos hemos detenido en las legislaciones extranjeras de ámbitos cuyas particularidades desconocemos. Creímos que con esta prudencia resultaba mejor abordar el estudio comparativo de las instituciones.

Ahora bien, el planteamiento que hemos hecho no es uno recogido de fuentes alemanas. Esta redefinición del derecho de superficie es una que no solo enfrenta la doctrina dominante en nuestro medio, sino también la doctrina dominante alemana (estimamos que ocurre lo propio en la doctrina italiana, brasileña y portuguesa). De ahí que este planteamiento no debe considerarse uno que, recogiendo lo dicho en el extranjero, busca reconfigurar una institución en nuestro país. Debe considerarse como uno que, fundado en un estudio funcional, busca reconfigurar una institución tanto en nuestro país como en el extranjero. Ello se facilita por el hecho de que las definiciones legales no suelen zanjar las discusiones sobre la naturaleza jurídica de los conceptos debido a la apertura de sus formulaciones.

En cuanto a que se ha preponderado el interés solamente del superficiario en el análisis, debemos señalar nuestra respetuosa discrepancia. Las fórmulas propuestas en el trabajo como la aplicación de las normas sobre el derecho de propiedad o la introducción de normas especiales con relación al derecho de superficie tienen como objetivo dotar de un conjunto de reglas jurídicas no solo al superficiario.

Todas las partes de un contrato de superficie e incluso terceros interesados (sucesivos adquirentes o acreedores) o terceros involucrados (el Estado) tendrían un marco de referencia más cierto si es que el derecho de superficie tiene un estatuto jurídico más detallado. Es cierto que con la propuesta hecha se fomenta la utilización del mecanismo del derecho de superficie en nuestro medio; sin embargo, se otorga también la posibilidad al propietario del suelo de regular de mejor manera su situación jurídica a lo largo de la vigencia de la superficie. Más aún, en el contexto peruano, los concedentes del derecho suelen ser los que no tienen un asesoramiento especializado como el de los superficiarios, pues usualmente no es su giro o su actividad principal la dación de terrenos en derecho de superficie. En ese sentido, les es más útil y entendible a este grupo de operadores decirles que a la superficie le son aplicables las ya bien conocidas normas que regulan la propiedad.

Se nos dice que se deja sin contenido el derecho de superficie al asimilar esta figura al derecho de propiedad. Ante esta afirmación debemos manifestar que es cierto que, desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie deja de tener su anterior autonomía como derecho real independiente. Ello lo aceptamos. Pero ¿tiene esto un perjuicio negativo? Creemos que no en el plano de lo práctico porque, al fin y al cabo, son los intereses de los sujetos a los que se busca responder; y, si esto se da de mejor manera reubicando un concepto jurídico en un escalón menor en todo el esquema, es preciso hacerlo. Dicho concepto no tiene una importancia en sí misma.

Se nos hace notar que considerar al derecho de superficie una modalidad de propiedad del sobresuelo y/o subsuelo no sería compatible con la definición de este derecho enunciada en el artículo 1030 del Código Civil peruano. Esto porque en dicho artículo quedaría claro que el derecho de superficie implica, más bien, un derecho de propiedad sobre la construcción. No obstante, lo que se propone en el trabajo es una lectura funcional y sistemática de dicho artículo.

Funcional porque el estudio de los intereses que existen sobre el bien –predio– nos permitió en la primera parte del trabajo determinar que no es meramente la construcción lo que resulta útil a los sujetos (puesto que a nadie le bastaría la propiedad de una construcción si no pudiera tener también propiedad sobre los espacios contenidos en dicha construcción). El elemento espacial, además de la construcción, conforma el bien útil en el contexto de la propiedad predial. Ello debe comprenderse al momento de leer el artículo 1030. La propiedad superficiaria no puede recaer (solamente) en la construcción.

También una lectura sistemática nos permite afirmar que la propiedad en el contexto del derecho de superficie no (solo) recae en la construcción, sino (también) en el espacio contenido en el sobresuelo y/o subsuelo. El artículo 885-I describe lo que son los componentes del predio: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Dichos componentes son, en principio, integrantes y no constituyen objetos de derechos singulares. Sin embargo, la separación de propiedades que se produce con el derecho de superficie se funda en lo establecido en el artículo 955 en el que se abre la posibilidad de que el subsuelo y el sobresuelo pertenezcan total o parcialmente a un propietario distinto que el dueño del suelo. En ese sentido, concordando el artículo 1030 con los artículos antes mencionados planteamos en el trabajo que el derecho de propiedad superficialitaria recae no en la construcción, sino también en el sobresuelo y/o subsuelo.

Por otro lado, queremos comentar puntualmente ciertos elementos recogidos de las referencias comparativas hechas en los comentarios. En primer lugar, la posibilidad abierta en el Código portugués de que el derecho de superficie se pueda establecer de manera perpetua constituye una alternativa particularmente interesante que no se presenta en otras legislaciones. En el trabajo no se estudia esta posibilidad debido a que en ese aspecto la norma peruana es clara al establecer el tope máximo de noventa y nueve años. En ello, el Código Civil peruano se aproxima a la concepción de la propiedad que inspiró la codificación europea del siglo XIX. La preponderancia de un derecho de propiedad fuerte y la marginación de desmembraciones eternas de la propiedad fueron una respuesta a la problemática de la *propiedad en manos muertas*.

No obstante, a lo mejor esta disposición del código portugués relativamente joven (1966) recoge una mirada más contemporánea de la propiedad en la que se admite este tipo de limitación a la propiedad privilegiando el poder de los sujetos de conceder las facultades que componen su derecho de la manera que más les convenga. Una opinión similar a la plasmada en dicho código tiene el profesor Martín Mejorada quien considera que la propiedad separada podría perdurar incluso perpetuamente. Cita el profesor Mejorada (2012: 148) el caso del Óvalo Gutiérrez en el que la utilización de la sección superior y de la sección inferior pueden tranquilamente convivir de manera indefinida. Con ello, sería innecesario establecer el tope máximo de noventa y nueve años en favor del propietario del predio.

Aunque esa posibilidad estaría por el momento cerrada en el caso del derecho de superficie, el profesor Mejorada considera que en nuestro sistema podría sostenerse la perpetuidad apelando al artículo 955. Este artículo, en su opinión, no se limita, como se suele afirmar, a la propiedad horizontal y a la superficie, sino que podría incluir otras figuras aún perpetuas en las que los derechos singulares sobre partes integrantes sean económicamente viables. Ello recoge una tendencia en la utilización de nuevas herramientas inmobiliarias que no se previó en la elaboración de los principales códigos civiles europeos.

En lo que respecta al Código Civil italiano, vemos que el autor citado Massimo Bianca adopta también la teoría predominante en Alemania de distinguir la doble composición del derecho de superficie: respecto de la construcción, propiedad superficialitaria y, respecto del suelo, un derecho de construir y mantener una construcción. Por tanto, la crítica hecha en extenso en el trabajo a la doble composición o doble naturaleza del derecho de superficie es de aplicación también a la opinión vertida por Bianca. A guisa de ejemplo, desde nuestro punto de vista, con la superficie lo que se da es una transferencia a título derivativo y no a título originario: el concedente de la superficie transfiere al superficialitario el sobresuelo, un bien que es preexistente y de su propiedad de manera previa a la celebración del negocio.

Por otro lado, en cuanto a los casos concretos planteados en los comentarios creemos que justamente pueden encontrar respuestas en el planteamiento formulado. Así, no creemos necesario realizar una independización del terreno para la constitución del derecho de superficie, puesto que, como se explica en detalle en el trabajo, la superficie implica en sí misma una independización del sobresuelo y/o del subsuelo.

De existir un único bien (predio) compuesto por sobresuelo y suelo (olvidándonos momentáneamente del subsuelo), se independiza el sobresuelo, respecto del cual se pasará a tener propiedad separada. De este modo, la respuesta a la pregunta es que un registrador no tendría por qué exigir una independización previa del predio, debido a que con la constitución de la superficie y la apertura de una partida especial, desde nuestro punto de vista, ya se produce una independización registral.

En cuanto a la exigencia de que la habilitación urbana deba inscribirse en la partida registral del predio matriz, creemos que también constituye una mala interpretación de la funcionalidad de los conceptos. El cambio de uso de un inmueble para que pase de rústico a urbano es una circunstancia que debe predicarse del sobresuelo o del subsuelo, porque estos son los segmentos del predio a los que en última instancia se va a dar uso. En ese sentido, (olvidándonos nuevamente del subsuelo) si el sobresuelo ya tiene su partida especial, que es la que se independiza con el derecho de superficie, entonces lo correcto sería que la habilitación se inscriba en la partida de aquello a lo que se va a dar un uso urbano, es decir, del sobresuelo.

LOS CONTRATOS COLIGADOS EN FRAUDE A LA LEY. CON ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO JURÍDICO ITALIANO

Walter Vásquez Rebaza

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
y profesor de la Facultad de Derecho Cooperativo de ESAN – Graduate School of Business

Categoría Profesores

Aun cuando sus abordajes técnico-doctrinales originarios corresponden a estadios temporales bastante distantes entre sí, es posible sostener que el fraude a la ley y la coligación contractual son dos fenómenos trascendentales en el marco del derecho civil patrimonial contemporáneo. En las presentes líneas, que carecen de un afán omnicompreensivo, nos ocuparemos de algunas de las relaciones existentes entre ambas categorías. Para tal efecto, partiremos de su conceptualización básica, abordaremos su configuración jurídica (estructural y funcional), características y su tratamiento tanto en algunos modelos jurídicos comparados (ámbito en el cual aludiremos prevalentemente al modelo jurídico italiano) como en nuestro sistema jurídico. El punto central del presente trabajo consistirá en determinar con precisión cuáles son las relaciones entre fraude a la ley y coligación contractual, y cómo se traduce ello en el plano de la regulación existente en el ordenamiento peruano.

La metodología que se empleará consistirá en la dogmática jurídica y en el análisis del modelo jurídico italiano, en vista de la similitud que este último presenta —sobre todo a nivel legislativo— con el sistema nacional. El referido enfoque metodológico resulta pertinente no solo por la escasez en nuestro medio de referentes legislativos sobre los puntos tratados, sino también porque el sistema italiano se configura como uno de los más avanzados en las materias que nos convocan.

Finalmente, resulta necesario advertir al lector que en el presente trabajo nos ocuparemos exclusivamente de las hipótesis de fraude relativas a normas imperativas de derecho civil patrimonial que detonan el remedio jurídico de la nulidad (entendida como especie de invalidez); y no así de los escenarios en los que el *fraus* desencadena una disciplina jurídica particular, como los supuestos de fraude a la ley tributaria o laboral (propios del derecho público). Ello se justifica no solo por las limitaciones de espacio a las que nos encontramos sujetos, sino principalmente por la exigencia de delimitar nuestra investigación de una manera tal que de ella se puedan extraer conclusiones útiles para el intérprete.

I. Premisas básicas para el entendimiento de la coligación contractual

El contrato es un acuerdo en virtud del cual dos o más partes dan lugar a un reglamento de intereses o, lo que es equivalente, a un programa de actividades que se desenvolverá en el futuro o que estará destinado a consumarse inmediatamente después de su constitución. Se trata de un acto de autonomía privada¹ que se encuentra destinado a ser jurídicamente coercible y que lo será siempre y cuando se encuentre en sintonía con los valores acogidos por el ordenamiento jurídico, vale decir, el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres (Ferri 2002: 154).

Resulta indispensable destacar que el contrato no es un fin en sí mismo, sino un medio que permite a los propios individuos abandonar los «estados de carencia» de bienes en los que se encuentran.² Dicho de otro modo, se trata de un instrumento destinado a viabilizar, a través de la programación de reglas y actividades, la satisfacción de las necesidades individuales de diversa índole, sean económicas o no económicas (Ferri 2002: 135-136).

Por otra parte, es necesario mencionar que el contrato es un fenómeno que, a pesar de incidir directamente en la situación económica preexistente, no debe equipararse a la sustancia económica subyacente. En ese sentido, resulta determinante explicitar los tres planos o niveles (estrechamente relacionados entre sí) del fenómeno contractual: a) el contenido jurídico-contractual (reglamento); b) la economía del contrato (el programa económico), y c) la función económico-individual del contrato (causa en concreto) (Grondona 2011: 275).³ Entendido en estos términos, el contrato viene a constituirse como una suerte de vestido jurídico del programa económico (Grondona 2011: 275). Así, la «economía del contrato» es una entidad que cuenta con «objetividad propia», razón por la cual «debe ser netamente separada de la idea de contrato como producto de las voluntades de las partes» (Grondona 2011: 297).

La necesidad (valga la redundancia, entendida como estado de carencia que el sujeto tenderá a abandonar) configura la razón que impulsa a las partes a vincularse jurídicamente a

1 Se puede definir a la autonomía privada como aquel poder en virtud del cual los individuos se encuentran habilitados para, dentro de ciertos límites, regular sus intereses frente a la satisfacción de sus propias necesidades, dotando al producto de dicho poder de la tutela necesaria para garantizar su efectividad. En ese sentido, tal como sostiene Roppo (2009: 48), autonomía privada es el poder que ostentan los individuos para autoimponerse reglas en el ámbito de sus propias relaciones jurídico-patrimoniales antes que admitirlas del exterior. La libertad que supone la noción de autonomía privada no resulta en modo alguno equiparable al mero arbitrio de la voluntad. Se trata de un poder parametrado, sin que tal situación sea incompatible con su esencia de libertad, pues esta última se desenvuelve dentro de ciertos límites preestablecidos. Así lo considera Schlesinger (2002: 106), para quien el derecho, sin importar cuál fuera la fuente: leyes, estatutos, jueces, costumbres, etcétera, desempeña siempre un papel de dirección y control de los actos de autonomía con la finalidad de establecer cuándo y cómo concederles «justiciabilidad» a los compromisos asumidos por los particulares.

2 En una posición a la que nos adherimos, Nicolò (2005: 106) ha aseverado que la necesidad es un concepto tomado de la economía (o sea, previo al derecho) que podría definirse, de modo generalísimo, como aquel «estado de insatisfacción del sujeto». De esta última derivaría lógicamente el concepto de bien, es decir, «aquella entidad objetiva que es idónea (o que, de todas maneras, el sujeto considera idónea) para eliminar el estado de insatisfacción». Según el autor, dado que las necesidades pueden ser actuales o futuras, materiales o espirituales, instantáneas o permanentes, regulares o irregulares, la variedad de bienes aptos para satisfacerlas será bastante amplia. En caso que un sujeto advierta el estado de necesidad y sea consciente de la idoneidad de un bien específico en orden a su satisfacción, se colocará frente a este último en un «estado de tensión de la voluntad» y dará lugar al interés.

3 Según Grondona (2011: 275), semejante perspectiva «es la adoptada por la moderna (es decir, del siglo XX), teoría del contrato, que considera a la voluntad de las partes como una voluntad que se hace objetiva en el reglamento contractual».

través de la vía del negocio jurídico. Ahora bien, los individuos pueden satisfacer sus necesidades canalizándolas a través de reglamentos negociales que se encuadren directamente en los esquemas abstractos (tipos contractuales) previstos por el ordenamiento jurídico. Estos últimos se encuentran predispuestos a la obtención de aquellos fines que el legislador consideró, en un contexto histórico-social específico, dignos de tutela y favorecimiento. Cuando ello ocurra, nos encontraremos en el ámbito de los contratos típicos.⁴

No obstante ello, tal como ha manifestado un ilustre jurista, «[...] le vicende della vita económica colletiva, e più specialmente la sempre maggiore complessità dei rapporti economici, cui è parallelo il mutarsi e il progredire della tecnica degli affari, come creano nuovi bisogni, così suggeriscono nuove modalità per la loro soddisfazione [...]» (Osti 1959: 498).⁵ De esta forma, las referidas mutaciones «determinano forme sempre nuove e diverse di quella collaborazione economica fra i soggetti, che si attua col mezzo tecnico giuridico del contratto» (Osti 1959: 498).⁶

Efectivamente, el constante surgimiento de finalidades económicas de complejidad creciente reclama la presencia de formas contractuales cada vez más novedosas y sofisticadas, las cuales poco a poco van excediendo la capacidad de aquellos modelos típicos unitarios hijos de su tiempo concebidos por el legislador. Ante semejante realidad, resulta evidente que, al menos en el marco de una economía moderna, la restricción de las iniciativas individuales frente a la satisfacción de estas nuevas (o renovadas) necesidades no constituye una posibilidad genuina.

Reformulando lo apenas mencionado es posible aseverar que, en virtud de su autonomía privada, los sujetos cuentan con el poder de crear reglamentos contractuales que se aparten de los modelos típicos (eventualmente, sin siquiera la presencia de algún elemento esencial de alguno de estos [Osti 1959: 498]) dando lugar al fenómeno de la atipicidad. Se trata de formas *ad hoc* creadas para satisfacer finalidades económicas específicas no consagradas típicamente por el legislador.⁷ Lo que queremos dejar en claro es que son las siempre cambiantes necesidades del tráfico económico-jurídico las que determinan que los particulares, haciendo uso de su autonomía privada, den lugar a organizaciones negociales alternativas a los modelos típicos, configurándose de este modo contratos atípicos.

Pero, además de ello, reviste particular importancia considerar que en el escenario comercial contemporáneo suelen presentarse ciertas necesidades cuya especial complejidad amerita la presencia coordinada de una pluralidad de negocios jurídicos tan diversos entre sí que su reducción a la unidad estructural resulte inviable.

Pensemos, por ejemplo, en una necesidad económica compleja específica como la siguiente: un grupo de inversionistas desea tomar control de una sociedad anónima cerrada contando

4 Si dos partes desean intercambiar la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien a cambio del pago de un precio en dinero acudirán al esquema de la compraventa. La función abstracta de dicho contrato es precisamente el intercambio de titularidades sobre los bienes involucrados (la cosa y el precio); dicha circunstancia satisfará, al menos en teoría, las necesidades de cada una de las partes sin que sea indispensable que estas acudan a esquemas atípicos o a una pluralidad de formas negociales.

5 «Las mutaciones de la vida económica colectiva, y especialmente la cada vez mayor complejidad de las relaciones económicas, las cuales son paralelas al cambio y progreso de la técnica de las operaciones económicas, tal como crean nuevas necesidades, así sugieren nuevas modalidades para su satisfacción». (La traducción es nuestra).

6 «Determinan formas siempre nuevas y distintas de aquella colaboración económica entre los sujetos que se actúa con el medio técnico jurídico del contrato». (La traducción es nuestra).

7 El artículo 1353 del Código Civil peruano reconoce la existencia de estas manifestaciones al señalar lo siguiente: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

con financiamiento externo. Dicha operación involucra, por lo menos, a tres partes diversas: los inversionistas-compradores, los accionistas-vendedores y la entidad financiera. Asimismo, su implementación requerirá, como mínimo, la coordinación de *a)* un contrato relativo a la compra del paquete que represente la mayoría absoluta de las acciones y *b)* un contrato en que se programe el financiamiento bancario indispensable para viabilizar la consecuencia *a)*.

En otros términos, frente a la consumación de la aludida toma de control corporativo no será suficiente acudir a un esquema contractual unitario por más «complejo» que este sea, sino que se requerirá la concertación de dos o más contratos que, a pesar de su diversa entidad, se encuentren orientados a la consumación de la misma operación económica unitaria. En el caso más simple, dichos contratos vendrían a ser la compraventa de acciones y el mutuo dinerario.⁸

Tal como se podrá advertir, la complejidad de las operaciones económicas presentes en las sociedades modernas determina que, a causa de su elevada sofisticación, ciertas necesidades individuales no puedan ser satisfechas mediante un solo acuerdo contractual.⁹ De allí que los privados en no escasas oportunidades orientan una pluralidad de contratos distintos hacia la satisfacción de una necesidad unitaria; o mejor, buscan gestionar una operación económica global a través de varios contratos.

En tal contexto, si bien cada uno de los contratos que apunta a la actuación de la operación global debe calificarse como una estructura autónoma (vale decir, que cuenta con una entidad propia, distinta a la de los otros miembros del grupo), en múltiples ocasiones el derecho no puede ignorar la conexión existente entre los referidos convenios, dado que origina importantes consecuencias jurídicas peculiares. Tal como lo considera la más autorizada doctrina, es precisamente esta realidad la que determina la emersión de la coligación contractual como categoría lógica-operativa.¹⁰

Las consideraciones desarrolladas anteriormente nos ilustran respecto al panorama contractual predominante en la actualidad. Se trata de un escenario en el cual cada vez menos necesidades pueden satisfacerse a través de contratos únicos, un escenario donde resulta frecuente la concurrencia de agrupaciones contractuales frente a la realización de programas económicos unitarios. En tales hipótesis, el contrato no puede seguir considerándose una «isla», es decir, una realidad absolutamente ajena a los cambios económicos y jurídicos producidos por otro u otros acuerdos contractuales.¹¹ El razonamiento apenas descrito configura el paradigma del contrato aislado.

8 El ejemplo narrado podría quizá resultar demasiado elemental si se lo compara con la compleja trama de vínculos jurídicos que se implementan con ocasión a los procedimientos de toma de control corporativo (piénsese en las operaciones de *leveraged buyouts*). Sin embargo, esto último no hace sino apoyar nuestra posición, según la cual la creciente sofisticación de necesidades requiere en múltiples ocasiones escapar a los esquemas rígidos y aislados de la contratación tradicional.

9 En esta línea, Marino (2009: 1) ha sostenido que las hipótesis de coligación contractual son directamente proporcionales a la capacidad humana de crear nuevas operaciones económicas y de incrementar las ya existentes y adaptarlas a las nuevas necesidades.

10 En ese sentido, véanse Cascio y Argiroffi (1988: 3) (la paginación corresponde a la de la separata); Messineo (1962: 49), y Lorenzetti (2001: 122), para quien la unión de contratos «es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras típicas existentes».

11 Así lo considera Mosset Iturraspe, para quien, en la consideración clásica, «la regla es el contrato aislado, un universo o integralidad, que se satisface a sí mismo, nace, vive y muere en la soledad» (1999: 63).

En palabras de Seguí,

El fenómeno es de tal intensidad, que nos enfrentamos a diario con contrataciones que aparecen relacionadas, coligadas, imbricadas entre sí en la búsqueda de una finalidad común, situación que nos aleja velozmente del

Secundar el mencionado modelo equivaldría —para emplear una metáfora— a apreciar de forma incompleta una obra de arte que, a pesar de estar compuesta por una multiplicidad de pequeñas imágenes distintas, busca trasladar un mensaje unitario que se configura a partir de la combinación de los diversos fragmentos. Fijamos únicamente en alguno de los componentes aislados y no apreciar el valor global que la conjunción coordinada de piezas autónomas representa, podría llevarnos a conclusiones miopes (y, por ende, equívocas) sobre el auténtico significado que el artista deseaba plasmar. Por el contrario, desentrañar el genuino valor de la obra requerirá, sin duda, apreciar la imagen en su completitud o globalidad, esto es, una valoración de conjunto.

Como se podrá apreciar, en las últimas décadas la contratación ha experimentado (continúa y continuará haciéndolo) cambios de fundamental relevancia. En esta línea, cabe destacar que el aludido paradigma del contrato aislado, que es precisamente aquel que influyó indirectamente en la regulación del Código Civil peruano de 1984, era propio de una sociedad que acogía un modelo de contratación artesanal. Bajo el referido esquema, el contrato desempeñaba un rol instrumental frente a la generación de obligaciones y, en cualquier caso, subordinado a la institución de la propiedad (sobre todo aquella que recaía sobre bienes corporales) (Díez-Picazo y Ponce de León 2004: 10).

En tal contexto, el jurista —encargado de describir fenómenos, establecer cuándo tienen lugar, cómo se realizan y descubrir la lógica interior de las fuerzas que los dominan— (Irti 2004: 336) se encuentra llamado a advertir la constante evolución que caracteriza al fenómeno contractual¹² para así poder elaborar categorías lógicas compatibles con los roles que semejante institución desenvuelve día tras día, los cuales se encuentran estrechamente relacionados con la satisfacción de necesidades humanas. Semejante perspectiva ha sido advertida por una destacada opinión, la cual, de manera acertada, ha afirmado lo siguiente:

Los institutos jurídicos son también fenómenos sociales y por lo tanto entidades en constante evolución, pues están destinados a servir de instrumentos de realización de una pacífica convivencia social. En consecuencia, los institutos jurídicos no deben ser necesariamente lo que el Derecho romano nos enseñó, o lo que la tradición jurídica sugiere, ni siquiera lo que el Código o la ley en general ya han dispuesto; los institutos jurídicos deben ser lo que la sociedad necesita que sean en cada momento histórico determinado, y el jurista y el legislador tienen la enorme responsabilidad de descubrir esa necesidad y entenderla apropiadamente para darle conveniente atención mediante la creación o adecuación de institutos jurídicos útiles y eficientes. (Forno 2000: 17)

Aunque aplicada al ámbito específico del derecho contractual, la misma idea de fondo ha sido plasmada por otro autorizado especialista contemporáneo (Gabrielli 2009: 910) según el cual:

Compito dell'interprete è infatti di assicurare il necessario ricambio dei concetti e delle categorie ordinanti, al fine di evitare il pericolo che l'attaccamento alla tradizione impedisca la comprensione

contrato concebido por los Códigos decimonónicos: ya no es posible estudiarlo como figura «aislada», porque se ha «ensanchado» su contenido, se han expandido sus moldes, y ello exige el examen de éste desde su nueva realidad.(2001: 183-184)

12 Cierta voz (Konder 2006: 1) ha destacado que la reiterada mención a la transformación del derecho contractual podría deberse a la enraizada creencia de que dicha parcela del campo jurídico, dado su alto grado de abstracción, estaría dotada de una supuesta «atemporalidad» en virtud de la cual sería inmune a las alteraciones históricas.

dei nuovi e concreti fenomeni sui quali il diritto comune dei contratti è chiamato ad operare, così che gli istituti, seppur rimanendo fedeli ai valori ed alla logica dell'ordinamento, si modifichino in aderenza alla modificazione della realtà che essi sono chiamati concettualmente ad organizzare e a disciplinare.¹³

A nuestro parecer, la coligación contractual es precisamente una de las categorías lógicas que ha hecho surgir la constante evolución de la contratación de las últimas décadas. Por tal razón, su conceptualización constituye un intento de adaptación de los modelos contractuales y de las técnicas interpretativas existentes a realidades modernas y complejas operaciones económicas (Marino 2009: 4). Sobre este último punto, debe advertirse que la vinculación entre contratos pasaría fácilmente inadvertida si se pretendiese apreciarla desde el tradicional paradigma del contrato aislado pero que, dada la importancia que ha adquirido hoy en día, amerita, sin lugar a dudas, delimitación y consideración propias.

En síntesis, estamos convencidos de que a estas alturas las formas de satisfacción de las necesidades complejas que caracterizan los intercambios contemporáneos ya no pueden apreciarse adecuadamente desde el prisma del contrato aislado, que era el modelo propio de las sociedades decimonónicas. En la actualidad es posible verificar que cada vez con mayor frecuencia los individuos acuden a dos o más contratos distintos para dar cumplimiento a un programa económico unitario. De esta forma, emerge lo que denominaremos «el nuevo paradigma de la contratación», el cual, al orientarse hacia la satisfacción de necesidades cada vez más sofisticadas, determina el advenimiento del fenómeno jurídico denominado «coligación contractual».

2. Los contratos coligados: noción y tratamiento jurídico

En el marco de los modelos jurídicos comparados han germinado innumerables clasificaciones de contratos coligados.¹⁴ Sin embargo, muchas de las categorías identificadas no revisten genuina relevancia jurídica, es decir, no pueden considerarse operativas, sino meramente descriptivas. A nuestro parecer, la noción de coligación operativa (es decir, jurídicamente relevante) se corresponde con lo que la doctrina italiana ha venido denominando «coligación funcional». En esta hipótesis, un negocio jurídico (contrato) actúa o está dirigido a actuar sobre la relación jurídica derivada de otro negocio jurídico (contrato). Semejante incidencia se puede producir *ex uno latere* o en sentido recíproco (en este último caso las vicisitudes de un negocio se reflejan sobre aquellas del otro y viceversa) (Gasperoni 1995: 372).

En nuestra opinión, la coligación funcional puede dividirse en dos subcategorías: *a*) coligación abstracta y *b*) coligación concreta.

¹³ «Es tarea del intérprete asegurar el necesario recambio de los conceptos y de las categorías ordenantes, con el fin de evitar el peligro de que el apego a la tradición impida la comprensión de los nuevos y concretos fenómenos sobre los cuales el Derecho común de los contratos está llamado a operar, de modo que los institutos, aunque permaneciendo fieles a los valores y a la lógica del ordenamiento, se modifican en consonancia con la modificación de la realidad que ellos están llamados conceptualmente a organizar y regular». (La traducción es nuestra).

¹⁴ Para un análisis detallado de las diversas clases de coligación contractual identificadas por la doctrina comparada, permítasenos remitir a nuestro siguiente trabajo: Vásquez (2012: 114 ss.). Asimismo, en el referido trabajo hemos desarrollado con amplitud los aspectos de la extensión de la ineficacia como consecuencia de las hipótesis de coligación contractual.

La coligación abstracta reúne aquellas agrupaciones de contratos vinculados en abstracto, es decir, por su naturaleza inherente o por la función abstracta (causa abstracta) que uno de ellos desempeña respecto al otro. Es este el tipo de vinculación presente entre los contratos de garantía (personal o real) y los contratos de los que surge el crédito garantizado;¹⁵ asimismo, un nexo de semejante naturaleza une al contrato base con los acuerdos derivados (es decir, con los subcontratos en sentido técnico).¹⁶

Por su parte, la coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados entre sí a partir del texto o del contexto por estar dirigidos hacia la gestión de una operación económica global. En tales supuestos, el cumplimiento de la pluralidad de contratos resulta necesario e instrumental frente al desenvolvimiento de la operación económica global, la cual no podrá ser actuada a partir de la ejecución aislada de cada contrato. Es precisamente la coligación concreta la que se tomará como base frente a la realización del presente estudio.

Pasando a otro punto, nos referiremos a los componentes necesarios para la configuración de una hipótesis de coligación contractual concreta. Esta noción cuenta con dos requisitos lógicos indispensables: la pluralidad contractual y el nexo funcional.

En efecto, es universalmente aceptado que la configuración del escenario que nos ocupa requiere, en primer lugar, la convergencia de una agrupación de contratos diversos que no pierdan su individualidad ni su autonomía y que conserven su propia causa.¹⁷

Por su parte, el nexo funcional es aquel componente que instaura un vínculo de dependencia entre los convenios aludidos. A su vez, el nexo funcional cuenta con dos componentes lógicos: a) el elemento externo y b) el elemento interno.¹⁸

El elemento externo se encuentra conformado por una operación económica global, la cual debe entenderse como aquel resultado unitario cuya realización requiere de la actuación coordinada de dos o más contratos. La operación económica global puede ser de dos tipos: a) la macrofinalidad y b) el macroequilibrio. En virtud del primer perfil, la pluralidad de contratos

15 Ciertas normas del Código Civil peruano de 1984 hacen emerger la relevancia jurídica de la coligación abstracta. Así, el artículo 1875 determina el carácter accesorio de la fianza al señalar que esta, como regla, no puede existir sin una «obligación válida». Luego, en virtud de dicha norma, el contrato que diera origen al crédito y el contrato de fianza se encuentran conectados por un vínculo de accesoriedad en virtud del cual la afección patológica del primero de ellos comporta la afección de la fianza. Obsérvese que el caso contrario (es decir, la patología de la fianza) no tendría por qué incidir en el contrato garantizado. Por su parte, el artículo 1885 establece que el fiador pueda oponer al acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor principal, salvo las inherentes a su persona. Como se podrá apreciar, semejante regla constituye otra manifestación de la estrecha vinculación que existe entre el acuerdo que diera origen al crédito garantizado y la fianza como programa dirigido a garantizarlo.

16 Otro conjunto normativo mediante el cual nuestro Código Sustantivo regula aspectos particulares relativos al tema objeto de estudio puede apreciarse en la disciplina del subarrendamiento. El artículo 1694 dictamina la «extinción» del subarrendamiento (contrato derivado), aunque su plazo se encuentre vigente, como consecuencia de la «conclusión» del arrendamiento (contrato base). En otros términos, el legislador reconoce que el subarrendamiento se extinguirá a causa de la terminación de un contrato distinto: el arrendamiento. No obstante, como podrá advertirse, la «conclusión» no es la única situación de ineficacia predicable de un contrato de arrendamiento, sino que existen un sinnúmero de patologías que podrían llegar a afectarlo. Para tales hipótesis no es posible apreciar una regulación jurídica específica. Esta situación justifica el estudio del nexo que une al arrendamiento con el subarrendamiento (y, más en general, al contrato base y al subcontrato) en el marco de la teoría de la coligación negocial.

17 Para una metodología que permita distinguir entre uno o varios contratos (tarea mucho más complicada de lo que parecería ser), véase Vásquez (2012: 155 ss.).

18 Para un desarrollo detallado sobre este punto, véase Vásquez (2012: 220 ss.).

coligados estará proyectada a la consecución de una unidad teleológica, o sea, de una finalidad de conjunto. En lo que respecta al macroequilibrio, la operación canaliza una proporción económica de riesgos y beneficios ajena al contenido de cada acuerdo y que se teje o engrana a partir de la concertación de estos.

Por su parte, el elemento interno (segundo componente del nexo funcional) penetra en la estructura negocial de al menos uno de los contratos coligados en concreto. Se trata de la asunción, en el elemento de la causa concreta, de un interés —jurídicamente relevante— en la coordinación con los otros contratos conexos, frente a la actuación de la operación económica global. La causalización del interés en la coordinación complementa la función abstracta cristalizada en el tipo (es decir, la causa abstracta) otorgándole, en el caso específico, un margen mayor de operatividad al acto de autonomía privada.

La verificación de la asunción causal del interés en la coordinación se desenvolverá atendiendo al texto y al contexto.¹⁹ La causalización del interés en la coordinación se derivará del texto cuando en el reglamento consensual se incluya una cláusula en virtud de la cual se califique como *coligados* (o bien con alguna expresión equivalente) a los diversos contratos.

Por su parte, la asunción causal de semejante interés se derivará del contexto a partir de ciertos indicios reveladores (no limitativos, desde luego) como los siguientes:

- a) El conocimiento, por parte de los contrayentes, de la operación económica global a la que se dirigen los contratos coligados.
- b) La tipicidad de la operación económica global. Dicho de otra manera, a raíz de su práctica reiterada, las coligaciones entre contratos se toman socialmente típicas, lo cual puede generar la presunción de que el contenido contractual en concreto corresponda al modelo socialmente típico (Marino 2009: 146).²⁰
- c) Las características de los bienes a los que se refieren los diversos contratos, los cuales podrían ser de naturaleza complementaria o brindar una utilidad unitaria.
- d) La colaboración previa y planificada de algunas de las futuras partes contractuales frente a la celebración y operatividad de la agrupación de contratos.²¹
- e) Los nexos de parentesco o de dependencia organizativa entre dos o más partes de la agrupación de contratos.

El valor de semejantes indicios reveladores no es absoluto. Afirmar ello en abstracto podría ser peligroso. El valor específico de cada índice deberá fijarlo caso por caso el juez o árbitro, de conformidad con los criterios hermenéuticos consagrados por el legislador.

19 En realidad, ambas situaciones, en caso se verifiquen, constituirán dos formas distintas de apreciar un mismo fenómeno. Es decir, no existirán especies distintas de coligación concreta según el interés en la coordinación se haya causalizado a partir de indicios textuales o contextuales.

20 Marino destaca, entre otros, el ejemplo del contrato de franquicia coligado a arrendamiento, a favor del franquiciado, de un inmueble especialmente acondicionado para la operación del negocio (2009: 172 ss.).

21 Esto resulta particularmente explícito en los financiamientos trilaterales celebrados en el marco de las operaciones de crédito al consumo. Sobre el particular, véase: Piepoli (1976: 143 ss.); Bergel y Paolantino (1993: 28); Escuin (2002: 89 ss.), y Marín (2010: 190 ss.).

En tales escenarios se puede apreciar la convergencia de una serie de indicios objetivos relevantes capaces de darnos luces sobre la asunción causal del interés en la coordinación, tanto en el esquema de provisión como en el de financiamiento. En otro lugar (Vásquez 2011: 193-194), hemos clasificado tales indicios en dos grupos diversos denominados la «lista negra» y la «lista gris».

Los contratos coligados en concreto cuentan con un tratamiento particular que se diferencia tanto de la regulación jurídica aplicable al contrato unitario como de aquella propia de los contratos independientes. Se trata de un genuino régimen privativo. Evidentemente, el estudio del tratamiento mencionado no puede plantearse con detalle en estas líneas. Sin embargo, siguiendo a Sacco (2011: 240), resulta posible mencionar algunas de las consecuencias jurídicas que la jurisprudencia italiana ha venido derivando de las hipótesis de coligación negocial:

- a) La interdependencia de los contratos conlleva que las vicisitudes de uno repercutan sobre las del otro y lo condicionen en su validez y eficacia.
- b) Por ello, si un contrato es nulo, toda la cadena es nula, salvo la «prueba de resistencia» establecida en virtud de la regla de la nulidad parcial.
- c) La anulación, la resolución y el desistimiento no pueden afectar a un contrato sin afectar a toda la cadena.
- d) No es admisible el desistimiento de uno solo de los contratos coligados.
- e) Quien es parte de un contrato puede impugnar toda la cadena.
- f) El derecho de retención se comunica de un contrato al otro.
- g) La condición insertada en un contrato puede afectar a toda la cadena.
- h) El nexo de reciprocidad se presenta entre prestaciones derivadas de los contratos autónomos coligados.
- i) La interpretación global y sistemática del contrato será aplicable a la cadena y determinará que los diversos contratos sean apreciados de manera armónica.
- j) La presencia de un contrato oneroso destruye la gratuidad del acuerdo coligado a este.
- k) La fidelidad a la buena fe en la ejecución del contrato y la correspondencia a la buena fe en el ejercicio del desistimiento se aprecian teniendo presente no solo los contratos individuales, sino toda la cadena.

3. La noción de fraude a la ley y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional

Quizá la consecuencia más representativa de los escenarios de coligación contractual es la llamada «propagación de la ineficacia». Semejante fenómeno consiste en determinar, en los supuestos de conexión entre contratos, qué incidencia puede tener la ineficacia (entendida en sentido genérico) de un convenio sobre los demás. En otras palabras, se busca saber «si se extiende (o cuándo se extiende) la ineficacia de un determinado contrato a otro u otros vinculados funcionalmente con aquel» (López 1994: 292-293). Sin embargo, el aspecto patológico de la coligación contractual objeto del presente estudio —y que desarrollaremos a continuación— se comporta de una manera diametralmente diversa.

En efecto, existen hipótesis en las cuales los contratos coligados en concreto se encuentran concertados de manera tal que la operación económica global a la que están dirigidos coincide con el resultado que alguna norma imperativa prohíbe bajo sanción de nulidad o al que le otorga cierto tratamiento particular.

Este segundo perfil patológico ha recibido una atención mucho menor por parte de los estudiosos de la coligación contractual. A pesar de ello, los problemas jurídicos relevantes presentes en estos escenarios no solo resultan particularmente interesantes y complejos, sino

que también son frecuentes en la *praxis*. Por tal razón, a nuestro juicio, se trata de casos que ameritan un estudio tan profundo como aquel dedicado a la extensión de la ineficacia.

La doctrina que se ha ocupado del segundo perfil patológico de la coligación concreta se ha pronunciado sobre sus importantes vinculaciones con el fraude a la ley,²² entendida como norma imperativa. Conviene en este punto, por tanto, dirigir nuestra atención a esta última noción.

Antes de emprender dicha tarea, resulta importante reiterar al lector que en las presentes líneas nos ocuparemos únicamente de la elusión a aquellas normas imperativas cuya violación directa desencadena el remedio jurídico de la nulidad y, por lo tanto, no determina consecuencias como la aplicación directa de la norma defraudada. Las situaciones apenas descritas resultan comunes frente a la elusión de normas imperativas laborales o tributarias, ámbitos que no buscaremos abarcar en las presentes líneas.²³ Consideramos que semejante delimitación se encuentra justificada por la naturaleza del presente trabajo y por las limitaciones de espacio a las que nos vemos sujetos.

El primer punto que suele evaluarse en los estudios tradicionales (basados en las fuentes romanistas) (D'Amico 1993: 5 ss.; Nardi 2006: 3) sobre el negocio jurídico fraudulento es su distinción con los actos de autonomía privada *contra legem*. En esta línea, se ha dicho que en las hipótesis *fraus*, respetando solo en apariencia el texto de la norma, los particulares llegan a violarla en su espíritu. Se trata de una afirmación que halla su antecedente directo en un pasaje de un comentario de Paulo²⁴ relativo a la prohibición de donaciones de la *Lex Cincia* transmitido por el *Digesto* de Justiniano D.I, 3, 29: «*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis sententiam eius circumvenit*». Acorde con esta perspectiva, el intérprete deberá determinar el espíritu de la norma a partir de los procedimientos de interpretación declarativa y extensiva de la prohibición legal (Coviello 1949: 465-466).

Las hipótesis de fraude a la ley, desde luego, no han sido del todo ajenas a nuestras fronteras, pues se han documentado pasajes de nuestra historia menos reciente en los cuales resulta posible apreciar claramente el recurso a «un serie de herramientas legales y contractuales realmente complejas y sutiles (e.g., mandatos sin representación, compraventas consuetudinarias) para eludir ciertas restricciones legales impuestas» (Guevara 2012: 272).

Según las opiniones clásicas, el contrato en fraude a la ley no realiza el resultado prohibido por la norma, sino uno análogo o similar a este último.²⁵

Como contrapartida, existe otra orientación según la cual tanto en los supuestos de contravención directa (*contra legem*) como en el fraude a la ley se actúa el resultado prohibido

22 El fraude a la ley ha sido un tema abordado solo de manera tangencial por los estudiosos de la coligación negocial. Entre los autores que han mencionado este perfil se encuentra Gasperoni (1995: 386-387). Asimismo, destaca la monografía de Nardi (2006). Ya Bianca señalaba que el fenómeno de la coordinación fraudulenta no parece poderse agotar en el instituto de la coligación negocial propiamente dicha (1957: 254).

23 Sobre este punto, conviene reproducir la distinción realizada por Ferri: «Se observa que el fraude es objeto de estudio en el derecho civil bajo tres distintas formas: como fraude a la ley (artículo 1344) como fraude a los acreedores (artículo 2901) y como fraude al fisco. La reacción frente a las diversas hipótesis de fraude es diferente: en la hipótesis de fraude a los acreedores no hay nulidad, sino revocabilidad del contrato (artículo 2901); en la hipótesis de fraude al fisco, a su vez, el contrato parece considerarse válido, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones fiscales» (2004: 241-242).

Tal como se ha mencionado, en el presente trabajo nos dedicaremos única y exclusivamente a la figura mencionada en primer lugar, esto es, al contrato en fraude a la norma imperativa que desencadena el remedio jurídico de la nulidad.

24 Así lo narra Flume (1998: 419-420).

25 En ese sentido, véanse: Carresi (1987: 339); Cariota-Ferrara (1956: 518), y Santoro-Passarelli (1964: 225).

por la norma. Luego, la diferencia entre los escenarios referidos anteriormente debería constatarse atendiendo fundamentalmente al momento estructural de los diversos actos de autonomía privada (Pugliatti 2011: 506). De este modo, mientras el actuar *contra legem* produciría un contraste inmediato entre el resultado del negocio y la prohibición legal, en el *fraus legem* se apreciaría un itinerario indirecto que consiste en la degradación de un negocio singular a la calidad de mero instrumento para perpetrar el fin ulterior que consiste en la elusión de la prohibición. Semejante degradación se obtendría a través de un acuerdo defraudatorio, el cual vendría a configurarse como un negocio jurídico ulterior (Pugliatti: 2011: 507)²⁶ y con entidad propia.

En cuanto a la legislación comparada, cabe destacar que ni el Código Civil alemán ni el Código Civil francés²⁷ regularon explícitamente el contrato en fraude a la ley. En tales latitudes, el fenómeno objeto de análisis suele encuadrarse en instituciones como la interpretación normativa,²⁸ la valoración de la sustancia real de las operaciones creadas por las partes, el abuso del derecho, etcétera (Morello 1990: 2-3).²⁹

Respecto al sistema jurídico alemán, Flume narra que la exclusión del fraude a la ley del Código Civil alemán fue intencional en vista de que los autores de este importante cuerpo normativo vieron el potencial inconveniente para el tráfico jurídico del efecto psicológico derivado de crear una norma especial para ocuparse de esta institución. Al respecto, según el referido autor: «Podría correrse el peligro de que una serie de negocios jurídicos permitidos fueran declarados nulos, si se atacara así la libertad de interpretación del juez y en la Ley se le quisiera dar una directiva» (1998: 420). Adicionalmente, Flume opina que en consideración a la regulación legal del negocio simulado y a los principios hoy reconocidos sobre la interpretación de la ley, en Alemania, «no hay lugar a una teoría especial sobre el fraude a la ley» (1998: 421).

No obstante ello, la reforma del Código Civil alemán, que entró en vigencia a partir del 2002, introdujo ciertas manifestaciones expresas al fraude o elusión normativo. Un ejemplo de ello se encuentra en el parágrafo 306a que forma parte de la Sección Segunda del mencionado Código, titulada «Configuración de relaciones obligatorias negocial mediante condiciones generales de la contratación», según el cual «Las disposiciones de esta sección se aplican si se eluden por medio de otro procedimiento».

Por otra parte, es necesario resaltar que el Código Civil español cuenta desde 1974 con una disciplina expresa sobre el fraude a la ley plasmada en su Título Preliminar.³⁰ En efecto, en el numeral 4 del actual artículo 6 del referido cuerpo normativo (contenido en el Capítulo

26 De esta manera, el autor vincula el fraude a la ley con el fenómeno de la coligación negocial.

27 Según D'Amico, en dicha tradición se suele asimilar el fraude al principio *fraus omnia corrumpit* (1993: 91 ss.).

28 En palabras de Flume: «La respuesta a la cuestión de si un negocio jurídico debe ser nulo por ser realizado in fraudem legis, depende de la interpretación del supuesto de hecho jurídico-negocial y de la norma que comprenda este supuesto» (1998: 420).

Si bien aquí resulta inviable realizar una crítica adecuada de cada uno de los mencionados perfiles, parece que el fenómeno hermenéutico difícilmente podría llegar a absorber la problemática del *fraus legem*. Semejante afirmación obedece a dos razones concretas: a) las cortapisas que el juez halla de cara a la realización del procedimiento hermenéutico en la era de la codificación (D'Amico 1993: 58), y b) la potencial creación de «criptosistemas complejos» que proliferen de manera incontrolable y determinen notables dificultades de determinación de las reglas operativas de hecho seguidas (Morello 1990: 7) (La paginación corresponde a la de la separata).

29 La paginación corresponde a la de la separata.

30 Año en el cual se promulgó el Decreto 1838/1974, del 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

III, titulado «Eficacia general de las normas jurídicas») regula el fraude a la ley en los siguientes términos: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

La Exposición de Motivos³¹ de la mencionada norma modificatoria sostiene que para obtener la descripción sintética de las situaciones representativas de fraude a la ley y de abuso del derecho, se han tenido en cuenta especialmente las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de derecho comparado, a lo cual se agrega la siguiente justificación, la que por su importancia reproducimos textualmente a continuación:

En la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo: por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse esta última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias.

Con la finalidad de explicar el precepto normativo contenido en el Código Civil español, cierta doctrina española considera que de la frase «lo realizado al amparo de una norma que persiga un resultado prohibido» se debe deducir que la ley, al prohibir ciertos negocios, ha prohibido un fin para aquel caso y para cualquier otro (Albaladejo, citado por Puig 1978: 539).

Por otro lado, se ha aclarado que la consecuencia de la declaración de la existencia del fraude, a la luz del inciso 4 del artículo 6 del Código Civil español, es la aplicación de la ley imperativa o prohibitiva defraudada, lo cual contrastaría con la regla establecida en el inciso 3 del referido artículo, según el cual los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un defecto para el caso de contravención (Salvador y otros 2004: 12).³²

En general, es posible afirmar que la doctrina española se refiere al fenómeno objeto del presente trabajo como aquella situación consistente en utilizar un tipo de contrato, o varios contratos combinados, para evitar la aplicación de normas dictadas para regular otro contrato, y precisamente aquel cuyo resultado las partes quieren alcanzar (Puig 1978: 537). Según otra opinión, el fraude supone la realización de un resultado contrario al derecho: la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y de atender» (Díez-Picazo y Ponce de León 1992: 9).

Ahora bien, resulta importante resaltar que ya previamente al reconocimiento de la concepción moderna del negocio jurídico en fraude a la ley en el Código Civil español (que como mencionamos se produjo en 1974), la doctrina más autorizada venía definiendo a aquella figura como una manifestación especial del fraude a la ley que «consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular

31 La cual forma parte de la sección expositiva del Decreto 1838/1974, del 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

32 La paginación corresponde a la de la separata. Salvador y otros (2004: 14 y 15) citan otras normas jurídicas que reprimen el fraude a la ley en el sistema jurídico español.

otro negocio; aquel, precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica» (De Castro y Bravo 1985: 370).

En esta línea de ideas —siguiendo con el parecer antes mencionado—, la relevancia del fraude:

[S]erá distinta según que el resultado propuesto se centre en lograr algo en sí mismo ilícito (p. e., escapar de una prohibición legal, conseguir un propósito inmoral) o se limite a buscar una eficacia distinta a la propia de su finalidad (p. ej., transmitir gratuitamente con la firmeza de un título de venta; enajenar por precio sin exponerse al retracto). La calificación de fraudulento lleva consigo que el resultado verdaderamente buscado, sea cualquiera el tipo de negocio o procedimiento o combinación comercial que se utilice, queda sometido a las normas que deban serle aplicables, conforme a su verdadera condición, y a las sanciones que ellas impongan. Si resulta que la causa está viciada por el fraude, hasta resultar ilícita, habrán de aplicarse las disposiciones propias de esta situación. (De Castro y Bravo 1985: 370).

Por otra parte, en ciertos modelos jurídicos hispanoamericanos se verifica la existencia de una regulación explícita para la institución que nos ocupa. En ese sentido, el Código Civil boliviano de 1975, notablemente influido por la regulación del Código Civil italiano de 1942 (que pasaremos a describir posteriormente), señala en su artículo 489, contenido en la Sección IV titulada «De la causa de los contratos», lo siguiente: «La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa».

Por su parte, el artículo 166 del Código Civil de Brasil, en vigor desde el 2003, ha regulado al fraude a la ley como una causal de nulidad en los siguientes términos: «Es nulo el negocio jurídico cuando: [...] VI) tiene por objetivo defraudar una ley imperativa».

Más recientemente, el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino (Proyecto Lorenzetti) ha propuesto una regulación del fraude a la ley relacionándolo con la institución del orden público. En efecto, el artículo 12 del citado cuerpo normativo dispone lo siguiente: «Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir».

En fin, existen una serie de menciones —interesantes, sin duda— al fenómeno que nos ocupa en legislaciones³³ y jurisprudencia³⁴ extranjera. Sin embargo, los propósitos del presente

33 Código Civil chileno. Artículo 11.- «Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley».

Ley de Reforma del Código civil costarricense. Artículo 20.- «Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Ley del Organismo Judicial Guatemala. Artículo 4. Actos nulos. (Reformado por Decreto 64-90 del Congreso de la República).- «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

34 En Colombia, la Corte Constitucional se ha ocupado del fraude a la ley en la Sentencia SU.1122/01, enarbolando

trabajo y los parámetros a los que nos encontramos sujetos impiden efectuar un desarrollo que se aleje aún más del modelo jurídico que tendremos como principal referente: el italiano.

En Italia, el Código Civil de 1865 no acogió el contrato en fraude a la ley, lo cual no impidió que dicha categoría goce de un predominante reconocimiento doctrinario durante la vigencia del aludido cuerpo normativo. Como contrapartida, el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1344 reguló el fenómeno en los siguientes términos «también se reputa ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa». A pesar de que en Italia el fraude está normativamente vinculado a la causa del contrato, la doctrina mayoritaria prefiere concederle autonomía conceptual (Pugliatti 2011: 491).

El tenor literal del artículo 1344 del Código Civil italiano ha causado no poca perplejidad entre los estudiosos de dichas latitudes sobre todo en lo relativo a lo que debe entenderse por «reputar ilícita» la causa del contrato. La polémica se agrava si se tiene en cuenta que al momento de redactar el referido cuerpo normativo predominaba la teoría de la causa abstracta. Según esta corriente, el solo hecho de elegir un tipo contractual cuya licitud y protegibilidad habían sido de antemano respaldadas por el legislador a través de su reconocimiento positivo, hacía inviable que el contrato comprendido en el referido modelo abstracto sea ilícito. Dicho de otro modo, la licitud resultaba predicable en abstracto, ya que se derivaba del tipo contractual particular en el que la declaración contractual se encuadraba.

Pasando a otro punto, es importante mencionar que la doctrina italiana menos reciente ha destacado la necesidad de concurrencia de los requisitos objetivo y subjetivo para la verificación del contrato en fraude a la ley.³⁵ En virtud del aspecto objetivo, el *fraus* se distinguiría porque el contrato viola una norma imperativa y alcanza indirectamente el resultado que esta prohíbe. Por su parte, el perfil subjetivo requiere la intención o *animus* de los agentes que consiste en eludir la aplicación de la norma imperativa en cuestión.

Así concebidos, los componentes referidos no han permanecido exentos de críticas. Respecto al perfil objetivo se ha dicho que vendría a confundir al fraude con el actuar *contra legem*. Por otro lado, se suele negar el valor del aspecto subjetivo dado que la intención de eludir la norma pertenecería al plano de los motivos siendo, por consiguiente, irrelevante para el derecho (Giacobbe 1969: 79-80).³⁶

Como contrapartida, según la doctrina más próxima a nosotros en el tiempo, la configuración del contrato en fraude a la ley debe desligarse parcialmente de los perfiles objetivo y subjetivo

el presente criterio:

Se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

35 Así lo manifiesta Nardi (2006: 7-8).

36 A mayor abundancia, cabe mencionar que la tendencia subjetiva ha sido rechazada por un sector de la doctrina (Carusi 1999: 572 ss.) bajo el siguiente argumento: no parece aceptable requerir la presencia del elemento subjetivo (intención de los contratantes de eludir la aplicación de la norma imperativa) para la aplicación del fraude a la ley, así como no es necesario que las partes sean conscientes de la ilicitud de la causa para que esta se declare.

Contra: Pugliatti (2011: 497), quien considera que el elemento subjetivo del fraude a la ley es imprescindible. Sin embargo, el autor lo entiende de manera diversa a cómo lo hacía la doctrina clásica, pues aboga por la existencia de un «acuerdo defraudatorio» que contaría con naturaleza negocial, esto es, sería un genuino contrato.

apenas mencionados y debe, en cambio, tener en cuenta los aportes de la teoría norteamericana del *business purpose* (D'Amico 1993: 112-113) (formulación estrechamente relacionada con el ámbito tributario). De esta forma, debería concedérsele importancia a un elemento ulterior: la verificación de un legítimo o razonable interés de las partes a sostener las reglas negociales o el procedimiento declarado.

Según la doctrina del *business purpose*, es necesario verificar si el negocio singularmente considerado tiene para el contribuyente una apreciable utilidad y por tanto una autónoma justificación; o bien si, por el contrario, la utilidad derivada del fraccionamiento negocial está limitada al ahorro vinculado a la elusión de impuestos. De tal manera, «si opera un'inversione dell'onere probatorio potendosi presumere, ove non si alleggi una diversa fondata ragione del frazionamento del contratto, che esso sia destinato a conseguire un indebito risparmio fiscale» (Gabrielli 2008: 749).³⁷

Para el caso específico de los contratos coligados, Giuseppe Cricenti (2008: 42) ha sostenido en una destacada monografía que el mencionado procedimiento

[D]eve mirare allo stesso risultato vietato da una norma imperativa, oppure deve essere rivolto allo scopo di sottrarsi ad una disposizione sfavorevole: in entrambi i casi può fare fede la mancanza di un apprezzabile interesse delle parti a porre in essere quel procedimento; meglio, di un interesse diverso da quello ad eludere il divieto. Se v'è un interesse apprezzabile il collegamento (o il procedimento) è giustificato o totalmente, o in parte.³⁸

En este orden de ideas, atendiendo a las opiniones antes mencionadas, el punto central en la indagación del contrato fraudulento pasaría a ser la determinación de un interés sustancial merecedor de tutela que fundamente la reglamentación contractual tal como ha sido organizada. Si semejante interés no llegase a verificarse, la operación vendría a constituir solo un instrumento dispuesto para eludir una norma imperativa (Morello 1990: 10-11)³⁹ o, al menos, la carga probatoria sería asignada al sujeto que desee negar semejante posibilidad.

Luego de haber revisado esquemáticamente algunas reflexiones doctrinales sobre el punto que nos interesa, debemos señalar que, a nuestro parecer, el *fraus legem* consiste en la persecución, a través de un itinerario indirecto que se vale primordialmente del instrumento contractual, de un resultado económico-jurídico que ha sido disciplinado de cierta forma por una norma imperativa. Esta última bien podría haber prohibido la obtención de la consecuencia empírica aludida (estableciendo remedios como la nulidad, que es el caso que analizaremos

37 «Se efectúa una inversión de la carga probatoria pudiéndose presumir, cuando no se alegue una distinta y fundada razón del fraccionamiento del contrato, que este se encuentra destinado a conseguir un ahorro fiscal indebido». (La traducción es nuestra).

En la misma línea, para D'Amico (1993: 174 ss.), puede ocurrir que ciertos actos jurídicos se evidencien como anormales si están desprovistos de un contenido económicamente apreciable o privados de un objetivo carácter de conveniencia y economicidad. En tales escenarios, resultaría aplicable el fraude a la ley.

38 «Debe aspirar al mismo resultado prohibido por una norma imperativa, o bien debe estar dirigido a sustraerse de una disposición desfavorable: en ambos casos puede darse fe de la ausencia de un interés apreciable de las partes a crear aquel procedimiento; mejor, de un interés distinto del de eludir la prohibición. Si existe un interés apreciable la coligación (o el procedimiento) está total o parcialmente justificado». (La traducción es nuestra).

39 La paginación corresponde a la de la separata.

en estas líneas) o haber previsto algún tratamiento peculiar (como en el caso de las normas tributarias⁴⁰ y laborales).

Habiendo realizado un análisis con mayor detenimiento, se tiene que las hipótesis de fraude pueden segmentarse en dos componentes lógicamente diferenciables. En virtud del primero, los individuos hacen uso anómalo o desnaturalizado —es decir, desviado de su causa abstracta— de cualquiera de los aspectos de su autonomía contractual (libertad de configuración interna, libertad de celebrar contratos atípicos, libertad de vincular diversos contratos, etcétera). Como es evidente, ello no colisiona per se con los valores del ordenamiento jurídico. En efecto, por sí sola, la desnaturalización de una forma negocial no amerita una reacción negativa por parte del sistema, pues no necesariamente transgrede los límites de la autonomía privada. Se trata únicamente de una utilización lícita del principio cardinal apenas citado.

Sin embargo, los escenarios de *fraus* presentan un segundo elemento: la desnaturalización del esquema negocial empleado tiene como propósito único y exclusivo la obtención de un resultado empírico vetado o regulado de forma peculiar por alguna norma imperativa.

En esta línea de ideas, el intérprete —inexorablemente— procederá a formularse la siguiente interrogante: ¿cuál debería ser la postura de un sistema privado ante los contratos en fraude a la ley? Sobre el particular (y con un esfuerzo sintético de no escasa envergadura), podríamos distinguir dos grandes orientaciones.

Por un lado, se ha dicho que acoger una postura favorable a la interdicción del fraude a la ley crearía inseguridad jurídica, la cual derivaría de la incerteza que generaría la difícil aplicación de esta institución. Según esta corriente, un sistema basado en reglas claras y sencillas (que sería

40 Para ilustrar lo antes dicho, piénsese en el siguiente ejemplo: una norma grava con el tributo Zigma la obtención del resultado económico Alfa a través del contrato Gamma. Sin embargo, los particulares, en uso de su autonomía privada, podrían obtener el resultado Alfa a través de una vía indirecta, por ejemplo, vinculando los contratos típicos Ipsilon y Omega o celebrando el contrato mixto «Gammega». Como consecuencia de ello, y ateniendo al hecho de que los individuos han obtenido el resultado Alfa sin valerse del contrato Gamma, ninguna de las partes calificaría como deudora del tributo Zigma!

Cabe destacar la reciente modificación de la regulación fiscal en el Perú, que ha comprendido la inclusión de una cláusula antielusiva: la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. El texto del dispositivo mencionado es el siguiente: «NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN. Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso de que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados».

el ideal a alcanzar) debería evitar a toda costa este tipo de doctrinas, pues —a la postre— estas últimas repercutirían negativamente en la seguridad de las transacciones, lo cual terminaría por desincentivar a los inversionistas.

Como contrapartida, la segunda orientación sostiene que la interdicción del fraude a la ley resulta indispensable puesto que un ordenamiento jurídico no podría tolerar la obtención, a través de vías indirectas, de resultados que prohíbe de manera directa (a través de normas imperativas). Ello cobraría mayor relevancia si se pone de manifiesto que a todas las normas mandatorias aludidas subyace la tutela de valores e intereses de diversa índole, que han sido considerados dignos de protección por el Estado.

A nuestro parecer —y a la luz del desarrollo expuesto anteriormente—, la primera postura resulta equivocada. Es insostenible negar la necesidad de combatir el fraude con argumentos tan elementales. Aceptar la posibilidad (no sancionada y, por ende, respaldada por el ordenamiento) de obtener un resultado económico reprochado a través de un itinerario indirecto —sin desencadenar la regulación imperativa aplicable ante la verificación de este— implicaría avalar la destrucción del propio sistema jurídico y de los valores que las normas buscan tutelar. Concebir la autodefensa del sistema jurídico implica, como consecuencia lógica, concebir la necesidad de reaccionar contra el fraude.

El argumento que incide en los costos y en la falta de predictibilidad es ciertamente relativo. Si bien es cierto que esta última ocasiona efectos indeseables en todos los niveles, es necesario reconducir el análisis costo-beneficio hacia parámetros más acordes con la realidad. Dicho de otra forma, el análisis costo-beneficio relativo a la admisibilidad del fraude debería contrastar a) el costo —en términos de impredecibilidad— que generaría la prohibición del fraude con b) el costo que ocasionaría regular positivamente todos los medios idóneos para conseguir los resultados proscritos por las normas. Si bien lo primero podría parecer económicamente gravoso, lo segundo resultaría absurdamente «prohibitivo»: implicaría anticipar absolutamente todas las formas en que las partes podrán utilizar su autonomía privada.

A nuestro parecer, la segunda postura (favorable a la interdicción del *fraus legem*) resulta correcta. Contrarrestar la elusión de normas imperativas a través de la vía contractual se configura como el contrapeso necesario para cualquier sistema jurídico que —como el nuestro— acoja el principio de autonomía privada. Se trata del equilibrio indispensable frente a la constatación de que los individuos, a través de contratos, cuentan con el poder de perseguir una gama enorme de funciones empíricas, muchas de ellas rechazadas por el ordenamiento.

A pesar de que el legislador peruano de 1984 no disciplinó el contrato en fraude a la ley, a nuestro juicio no sería correcto pretender desconocer la operatividad de dicho fenómeno al interior de nuestras fronteras. Ello en la medida que un sistema jurídico no puede avalar la consecución indirecta, a través del empleo de una pluralidad de instrumentos negociales, de un resultado que prohíbe de modo directo. En ese sentido, concordamos plenamente con aquella opinión según la cual no ocuparse del tema y dejarlo a las simples reglas de la convivencia social resultaría peligroso en grado extremo, en la medida que «se corre el riesgo de que todo el sistema jurídico y las diversas figuras e instituciones que lo conforman puedan ser utilizadas en contravención con las finalidades sociales para las cuales y en mérito de las cuales fueron reconocidas» (Taboada 2002: 347).

Por lo demás, esta tendencia ha hallado acogida en la jurisprudencia nacional. En efecto, es famoso el caso resuelto por la sentencia del Décimo Juzgado Civil de Lima de fecha 23 de

febrero de 2002, que amparó una pretensión de declaración de nulidad, por configurar una hipótesis de fraude a la ley, del negocio jurídico de constitución de las asociaciones Edge Social Club y The Piano Social Club, en la cual se sostuvo lo siguiente:

No es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados, significando además que el fraude ante la ley se da en el artículo noventiséis del Código Civil al permitir que el Ministerio Público pueda solicitar judicialmente la disolución de una asociación cuyos fines resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres, por cuando si bien tenemos que la asociación está formalmente constituida, empero también lo es que sus actos atentan contra el orden público o las buenas costumbres, *constituyendo un fraude ante la ley por el hecho porque se usa una forma lícita para contravenir normas de orden público*; que en el presente las normas de orden público están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, que también debe destacarse que el status económico esgrimido como una de las maneras de justificar la discriminación a las discotecas que regentan las empresas demandadas por sí sola se da sin necesidad de que se restrinja el ingreso, ya que los servicios que se prestan dentro de ellos al ser de alto costo, como lógica respuesta del usuario que no tiene dicha capacidad económica no podrá utilizarlos, que por ello resultaría innecesario que se restrinja el ingreso por tales motivos.⁴¹ (Las cursivas son nuestras)

Siguiendo con el análisis del sistema nacional, es preciso poner de manifiesto que el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil Peruano de 1984, contenido en la Resolución Ministerial 043-2006-JUS, publicada el domingo 5 de febrero en el diario oficial El Peruano, propuso la regulación del fraude a la ley en los siguientes términos: «Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir».

Si bien la referida propuesta hasta la fecha no ha sido aprobada, es preciso manifestar nuestra extrañeza con el texto propuesto. Ello en la medida que parece contrariar a la lógica jurídica más elemental el hecho de que el remedio jurídico aplicable frente a una hipótesis de fraude a la ley sea la nulidad del negocio jurídico y que a la vez lo sea la aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir. En efecto, la aplicación de esta última tiene como presupuesto indispensable la validez y eficacia del negocio jurídico defraudado.

Como podrá apreciarse a partir del análisis hasta aquí expuesto, el intérprete que busque identificar los casos de fraude a la ley debe conducirse tan cautelosamente como el navegante mitológico que pretenda transitar entre Escila y Caribdis,⁴² es decir, debe buscar el difícil equilibrio entre la exigencia de no legitimar que la ley sea puesta en jaque por la malicia de las partes y aquella otra de no contrarrestar la actuación lícita basada en las posibilidades ofrecidas por el ordenamiento (D'Amico 1993: 126).

41 En efecto, según la mencionada resolución, «no es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados». Para la narración del caso específico que motivó semejante pronunciamiento, véase Espinoza (2004: 243 ss.).

42 En la mitología griega, Escila era un monstruo marino que bloqueaba un estrecho canal de agua junto con Caribdis. Si las embarcaciones se aproximaban demasiado a esta última, corrían el riesgo de ser devoradas y luego expulsadas. La navegación cercana a Escila no era menos riesgosa dado que esta última atacaba a sus víctimas con sus seis cabezas y doce pies. Por consiguiente, la frase «estar entre Escila y Caribdis» hace referencia a aquella situación en la que uno se encuentra atrapado entre dos males igualmente grandes de un modo tal que alejarse de uno implicaría acercarse al otro.

4. La noción de coligación contractual fraudulenta

Pasando al tema específico que nos convoca, D'Amico —en una acertada síntesis— ha señalado que el comportamiento negocial en fraude a la ley se caracteriza por «il sottrarsi (o il tentare di sottrarsi) all'applicazione di una norma(tiva) realizzando la fattispecie di una diversa norma(tiva) (più favorevole), rispetto alla quale non sussistono le limitazioni o i divieti che il privato intende evitare. Chi agisce in frode alla legge mira, dunque, a conseguire un risultato illecito attraverso il ricorso a mezzi leciti, cioè a forme (negoziali) previste e consentite dalla legge» (1993: 125 y 126).⁴³

Cuando las limitaciones impuestas por las normas imperativas conciernen al contenido del contrato, su elusión se realiza a través de la elección de un tipo negocial diverso de aquel sometido a la regulación limitativa. No obstante, cuando los límites legales conciernen a aspectos de la libertad negocial como la elección del contratante, el objeto del negocio, etcétera, es difícil que la elusión se efectúe a través de un negocio individual. En tales supuestos, las partes recurren «ad una serie di "atti" tra essi "collegati" (c.d. collegamento negoziale fraudolento), volti ora a rimuovere artificiosamente i presupposti che determinerebbero l'applicazione della norma(tiva) che i privati intendono evitare, ora a creare all'opposto (altri) presupposti (in realtà fittizi o meramente apparenti) che egualmente escludono quella applicazione» (D'Amico 1993: 170 ss.).⁴⁴

De esta forma, la coligación contractual es, si no la única, definitivamente la hipótesis más frecuente a través de la cual, haciendo uso de diversos actos de autonomía privada, se efectúa la elusión de las normas imperativas.⁴⁵ Se trata de un fenómeno al cual denominaremos, a tono con las tendencias mayoritarias, «coligación contractual fraudulenta» o «coligación contractual en fraude a la ley».⁴⁶ En estas situaciones la ley no es violada directamente, sino mediante una suerte de maniobra o engaño (Bravo 2006: 330).

En esta línea de ideas, en una célebre investigación jurídica, Massimo Bianca ha descrito a la coligación fraudulenta en los siguientes términos:

Ad ogni modo, si pone ulteriormente il problema di chiarire i limiti di estensione della figura del collegamento fraudolento. Quest'ultimo si esprime nella massima evidenza in un negozio che precisi l'impegno al compimento dei vari atti per il raggiungimento del fine vietato. L'accordo dei diversi autori dei negozi, nel senso di coordinare questi ultimi verso il risultato mediato, può comunque

43 «La elusión (o intento de elusión) de la aplicación de una norma(tiva) realizando el hecho jurídico hipotético de una diversa norma(tiva) (más favorable) respecto a la cual no subsisten las limitaciones o prohibiciones que el privado intenta evitar. Quien actúa en fraude a la ley aspira, entonces, a conseguir un resultado ilícito a través del recurso a medios lícitos, es decir, a formas (negociales) previstas y permitidas por la ley». (La traducción es nuestra).

44 «A una serie de "actos" entre ellos "coligados" (la llamada coligación negocial fraudulenta), dirigidos ya sea a remover artificiosamente los presupuestos que determinarían la aplicación de la norma(tiva) que los privados tratan de evitar, ya sea a crear, por el contrario, otros presupuestos (en realidad ficticios o meramente aparentes) que igualmente excluyen aquella aplicación». (La traducción es nuestra).

45 Si bien la doctrina ha vinculado el fraude a la ley a categorías como los negocios indirectos, simulados o a los procedimientos contruidos sobre la base de negocios (o entre estos y actos jurídicos en sentido estricto), la coligación contractual parecería ocupar un lugar destacado en el ámbito referido. Así lo han considerado: Carusi (1999: 571); Nardi (2006: 55 ss.) y Navarretta (2010: 230).

46 Nuevamente, vale aclarar que en el presente estudio no nos ocuparemos de las hipótesis de coligación contractual presente en el ámbito tributario o laboral, donde es perfectamente posible la aplicación directa de la norma eludida y no del remedio jurídico constituido por la nulidad.

manifestarse tacitamente, onde el dubbio che possa essere sufficiente la semplice consapevolezza del fine perseguido e non anche necessariamente un impegno in tal senso. In particolare, si potrebbe osservare che il coordinamento fraudolento è ilícito e que le parti potrebbero essere consapevoli di tale illiceità e dell'ineficacia jurídica dei loro impegni. Esse potrebbero, quindi, affidare l'ulteriore compimento dei negozi fraudolentos ad un simple dovere de conciencia, como tale. (1957: 254).⁴⁷

Los estudiosos de la hipótesis apenas referida afrontan el problema de establecer si puede ocurrir que, siendo lícito cada contrato coligado, sea ilícito el resultado de conjunto programado a partir de su despliegue coordinado (al cual habíamos denominado operación económica global), con la consecuencia que semejante disvalor pudiese llegar a afectar a la propia regularidad estructural de los diversos contratos agrupados. La postura predominante parece suscribir semejante afirmación (Bianca 2007: 647).⁴⁸

En tal contexto, hay quien ha sostenido que la coligación contractual en fraude a la ley se configura a partir de la concurrencia del aspecto funcional y el aspecto estructural. En virtud del primero, la coligación negocial obtiene el resultado prohibido por la norma imperativa. Por su parte, el perfil estructural supone la concurrencia de una pluralidad de contratos lícitos, los cuales fungen de instrumentos a través de los cuales se logra el referido resultado prohibido (Nardi 2006: 23). En términos más exactos,

[L]a frode alla legge presuppone una pluralità di negozi composti in un'unità formale per la realizzazione di un interesse illecito trascendente i negozi stessi. Infatti, nel collegamento negoziale ciascun contratto coinvolto, giusta l'interdipendenza che lo lega agli altri, «sacrifica» la propria funzione immediata per rendersi strumentale al raggiungimento di un unitario ulteriore interesse economico. Così che questo, lungi dall'essere conseguenza immediata di un singolo negozio, lo è piuttosto dell'operazione complessa. Ne segue che, ove tale interesse urti con un divieto normativo, rende la causa di ciascun contratto collegato, in virtù dell'autonomia causale di questo, non direttamente illecita, bensì fraudolenta. (Nardi 2006: 55-57)⁴⁹

Como se podrá advertir, la referida opinión postula a la operación económica global como un elemento indispensable para explicar las hipótesis de coligación contractual fraudulenta. En

47 «De cualquier modo, se presenta ulteriormente el problema de esclarecer los límites de extensión de la figura de la coligación fraudulenta. Esta última se manifiesta en su máxima expresión en un negocio que precisa del compromiso respecto al cumplimiento de varios actos para la consecución del fin prohibido. El acuerdo de los distintos autores de los negocios, en el sentido de coordinar estos últimos hacia el resultado mediato, puede en todo caso manifestarse tácitamente, de lo cual deriva la duda de que pueda resultar suficiente el simple conocimiento del fin perseguido y no así necesariamente un compromiso en tal sentido. En particular, se podría observar que la coordinación fraudulenta es ilícita y que las partes podrían ser conscientes de tal ilicitud y de la ineficacia jurídica de sus compromisos. Por lo tanto, ellas podrían confiar la realización ulterior de los negocios fraudolentos a un simple deber de conocimiento como tal». (La traducción es nuestra).

48 Para Massimo Bianca, el contrato fraudulento en sí mismo no incurre en la prohibición legal, ya que su contenido no integra un resultado proscrito, sino que se encuadra como una combinación negocial que se dirige a realizar semejante resultado. En el mismo sentido: Nardi (2006: 58-59) y Navarretta (2010: 230).

49 «El fraude a la ley presuppone una pluralidad de negocios compuestos en una unidad formal para la realización de un interés ilícito que trasciende a los propios negocios. De hecho, en la coligación negocial cada contrato involucrado, dada la interdependencia que lo vincula a los otros, "sacrifica" su propia función inmediata para volverse instrumental a la consecución de un ulterior interés económico unitario. De modo que este último, lejos de ser consecuencia inmediata de un negocio individual, lo es más bien de la operación global. De ello resulta que, cuando tal interés colisione con una prohibición normativa, la causa de cada contrato coligado se torna, en virtud de la autonomía causal de este, no directamente ilícita, sino fraudulenta». (La traducción es nuestra).

efecto, la entidad antes referida constituiría justamente el punto de referencia sobre el cual recaería el juicio de compatibilidad con los valores del ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la operación, en el conjunto, persigue un objetivo ilícito (Navarreta 2010: 230), es decir, reprobado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, según la postura expuesta, el análisis no debe detenerse allí (pues de lo contrario no se diferenciaría en nada de la coligación fraudulenta de la contravención directa de la norma imperativa), sino que resulta necesario constatar de qué manera se obtiene el tantas veces referido resultado global ilícito. En ese sentido, sin perder de vista el aspecto funcional, sería indispensable tener en cuenta la pluralidad negocial: el resultado ilícito se gestiona a partir de la convergencia de varios contratos lícitos (Nardi 2006: 139-140).

La licitud de los componentes de la coligación fraudulenta se sustentaría en que cada uno de estos, evaluado de forma aislada, no resulta idóneo para provocar el evento prohibido. Luego, la nulidad que afecta a los contratos coligados en fraude a la ley no sería inherente a su estructura, sino que derivaría de su vinculación con otros acuerdos en función de un ulterior interés práctico unitario. De este modo, la inmediata licitud del negocio individual vendría a ser corrompida o contaminada por el interés ilícito trascendente alcanzado a consecuencia de la coligación con otros contratos (Nardi 2006: 154).

5. La coligación contractual fraudulenta y la ilicitud de la causa concreta

Toca ahora evaluar con precisión las relaciones existentes entre la coligación en fraude a las normas que prescriben la nulidad y la ilicitud de la causa del negocio jurídico.⁵⁰ En efecto, es necesario determinar si ambas instituciones convergen, si son compartimentos estancos o si, por el contrario, coinciden solo parcialmente. Para entender a cabalidad este punto, es absolutamente indispensable tener en cuenta la diferencia entre las dos corrientes principales que buscan explicar el fenómeno causal: la teoría de la causa abstracta y la teoría de la causa concreta.

La causa abstracta —o función económico-social— es aquella funcionalidad constante e invariable del reglamento contractual que no toma en cuenta el contexto concreto ni las finalidades prácticas específicas perseguidas aun cuando hayan sido asumidas por ambas partes. Según esta formulación, por ejemplo, la causa de todas las compraventas del mercado vendría a estar constituida por el intercambio entre el bien y el precio sin que revistan relevancia circunstancias como de qué bien o de qué precio se trata ni los fines o presupuestos comunes de ambas partes con relación al destino o la utilidad del bien. En palabras de Emilio Betti, el más conspicuo propulsor de esta tendencia: «En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella [...] una razón práctica típica inmanente a ella, una “causa”, un interés social a que aquella responde» (1943: 134-135).

⁵⁰ La relevancia de la causa del negocio jurídico en este ámbito ha sido resaltada por De Castro y Bravo, (1985: 371). Según el jurista referido, para llegar a la condena de un negocio por fraude a la ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo, y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura. Según el autor, la posibilidad de este tipo de interpretación depende de la concepción que domine en cada sistema. «Será imposible o gravemente obstaculizada en los ordenamientos en los que predomina el formalismo, se favorecen los negocios abstractos o se defiende el concepto abstracto de los tipos de los negocios; resulta necesaria en aquellos otros sistemas en los que prepondera la causa sobre la abstracción y la forma, atendiendo al fin práctico propuesto con el negocio».

Sobre la base de los argumentos apenas descritos, la corriente abstracta fue objetada dando lugar a perspectivas que revalorizaron el rol operativo de la institución. Se trató de las teorías concretas de la causa. En esta línea, por oposición a la función económico-social, se concibió a la causa concreta como función económico-individual. Semejante orientación constituyó un indiscutible mérito de Giovanni Battista Ferri. En palabras del notable jurista:

Solo quiero poner en evidencia, por un lado, que en la compleja y detallada estructura de la regla privada que el contrato expresa, la *causa* se presenta como el elemento de cohesión de todos los demás elementos (primarios o secundarios que sean) de los que está compuesta la estructura; por otro lado, ya que el contrato expresa, precisamente, una reglamentación de privados intereses, la *causa* se presenta como el indicio de que dicha regla privada es la *expresión objetivada de las finalidades subjetivas* que los autores del contrato pretenden perseguir. En esta última acepción, la causa aparece como el elemento que enlaza técnicamente la entera operación económica contenida en el contrato, entendido en su globalidad, con los sujetos que son sus autores. En resumen, la causa, como función económica-individual, busca indicar la dimensión *racional y razonable* (*Zweck* y a la vez *Grund*, si así se puede decir) de la específica regla contractual a través de la cual las partes han ordenado sus específicos y concretos intereses, teniendo en cuenta, precisamente, la especificidad que, en concreto, los caracteriza. (Ferri 2002: 273)⁵¹

Retomando a la coligación fraudulenta, resulta importante destacar la posición de Luigi Ferri, quien aboga por la licitud de la causa del contrato fraudulento. Según el autor, el contrato en fraude a la ley no posee causa ilícita (en el sentido que esta no resulta contraria a la norma imperativa) dado que, a su parecer, en todas las hipótesis de fraude (a la ley, al fisco o a los acreedores) existe «una voluntad interna o psicológica que permanece como aspecto subjetivo y no se objetiviza en el contrato, por la razón adicional que bien podría no ser común a las partes» (Ferri 2004: 242).

Si bien, en el caso específico del fraude a la ley, este «propósito fraudulento» estaría dirigido a eludir normas imperativas o inderogables, no habría sido declarado en el contrato pues, de lo contrario, sí existiría causa ilícita. En este orden de ideas, el fraude «no se transforma en dato objetivo, en fin del contrato, sino que permanece como dato subjetivo, motivo o propósito». Por consiguiente, Ferri concluye que la causa no es ilícita, dado que las partes no han incorporado el «propósito fraudulento» en el contrato (Ferri 2004: 243).

Más adelante, agrega que la colusión o el acuerdo fraudulento están separados del contrato, el cual, de tal modo, resulta instrumentalizado. Semejante relación sería análoga a aquella que existe entre el acuerdo simulatorio y el contrato simulado. Por lo demás, sostiene que el artículo 1344 del Código Civil italiano no dictamina que el contrato en fraude a la ley tenga causa ilícita, sino solamente que esta «se reputa» ilícita y, por ende, se aplica la misma sanción que corresponde a la hipótesis de ilicitud (Ferri 2004: 243-244) en tal sistema, es decir, la nulidad.

51 En nuestro medio, la teoría de la causa concreta ha sido desarrollada y sustentada con rigor científico y lógico por Morales (2004: 446 ss.) —especialmente en las pp. 458 y 460—, quien en un extenso trabajo dedicado exclusivamente a la categoría referida ha llegado a afirmar que «la causa del contrato es el interés concreto que el contrato está dirigido a realizar». Agrega que esta concepción (que en comparación con la función económico-social resulta menos rígida y, al mismo tiempo, más rica y abierta a la autonomía individual) no constituye un retorno a la dimensión subjetiva y atomística. La finalidad concreta es, según el autor, el fundamento objetivo de los efectos jurídicos o la razón de ser de la constitución, modificación o extinción de las situaciones jurídicas subjetivas y relaciones jurídicas del contrato en concreto.

Evidentemente, una cabal comprensión de la opinión descrita requerirá tener en cuenta la noción de causa de la cual parte. De acuerdo con Ferri, la causa vendría a ser el propósito de la voluntad objetiva o voluntad negocial,⁵² es decir, «el propósito inmanente a las normas negociales». No se trataría del propósito perseguido por el sujeto a través del negocio, sino del «propósito del negocio» (Ferri 2004: 233).⁵³

Los motivos, a manera de principio, no formarían parte de la causa, a no ser que se incorporen en el contrato y dejen de ser un hecho meramente psicológico y subjetivo y se conviertan en el elemento objetivo que «enriquece el contrato» y que puntualiza y da color al fin, la causa del contrato. Pero para tal efecto, el motivo debería manifestarse en el contrato particular (Ferri 2004: 236), lo cual, a juicio del autor, no ocurriría en el ámbito del negocio fraudulento.

Hasta aquí con las posturas que abogan por la licitud de la causa del contrato en fraude a las normas que prescriben la nulidad. Otro sector de la doctrina, en cambio, ha asimilado abiertamente la conexión contractual fraudulenta a la ilicitud de la causa.⁵⁴

En esta línea, resulta pertinente considerar la opinión de Giovanni Giacobbe, según el cual, en virtud del fraude a la ley, el negocio prima facie lícito pierde su autonomía típica al insertarse en un hecho jurídico concreto complejo más amplio del cual constituye solo uno entre varios elementos. En tal contexto, el negocio se colocaría no tanto como instrumento para conseguir un efecto típico, sino más bien como medio para realizar, a través del efecto típico, también querido, el resultado prohibido (Giacobbe 1969: 83).

Siguiendo este razonamiento (que parte de considerar a la causa como «síntesis de los efectos esenciales programados por el sujeto, a través de la utilización de un esquema estructural típico o atípico»), en los escenarios de fraude a la ley, el elemento causal se ensancha para comprender en la síntesis efectual típica a los elementos propios del efecto prohibido con la finalidad de recomponerlos en un esquema causal más vasto, en el cual la programación de la síntesis efectual típica del negocio utilizado se inserta como elemento determinante, pero no exclusivo, del hecho jurídico concreto complejo que resulta (Giacobbe 1969: 85-86).

Dicho de otra manera, en las hipótesis de negocios fraudulentos cobra importancia ya no la causa aislada de cada contrato típico, sino aquella causa mayor proyectada por íntegro supuesto de hecho en la que el mencionado acuerdo se encuadra. Es sobre la base del análisis de este esquema causal amplio —y, ciertamente, concreto— que se determina la ilicitud de la causa del contrato instrumental.

52 Según Ferri (2004: 233), la teoría normativa del negocio «implica la existencia, dentro del negocio, de una voluntad, la llamada «voluntad negocial», la cual no es una voluntad subjetiva ni una voluntad actuada, sino una voluntad normativa, que es objetivada en mandatos jurídicos, en normas. La voluntad del sujeto, aun cuando haya existido, se ha separado del autor del negocio, y ha precipitado en el negocio; ha devenido algo inherente al negocio, propio de este».

53 En opinión del autor (2004: 277), la causa no es propiamente un componente del contrato, es decir, no integra su contenido. Se trataría, más bien, de un elemento que constituye «el enlace entre la norma, el reglamento contractual, que son realidades ideales, y las necesidades, las exigencias, los intereses, que representan la realidad social concreta».

54 Se han adherido a esta corriente: Giacobbe (1969: 82); Cataudella (2000: 336); Roppo (2009: 383). En nuestro medio, aunque con algunos matices que se explicitarán posteriormente, han sostenido que el contrato en fraude a la ley posee causa ilícita, y resulta de aplicación el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil: Espinoza (2010: 529) y Taboada (2002: 356). Este último, luego de señalar que el negocio fraudulento busca una finalidad anómala a la forma negocial instrumental de la que se vale, llega a la conclusión de que el remedio jurídico aplicable es la nulidad del negocio sobre la base de la norma antes referida.

La corriente que cree hallar ilicitud de la causa en los escenarios de fraude a la ley ha sido acogida por un sector de la doctrina nacional. Efectivamente, al abordar esta materia, el profesor Lizardo Taboada ha señalado que en el fraude a la ley se produce una «instrumentalización anormal de las figuras negociales», lo cual originaría «un uso inadecuado de los esquemas negociales establecidos [...] no en base a inventos del legislador, sino en base a la función socialmente útil o trascendente para la satisfacción de necesidades no contempladas dentro del respectivo ordenamiento jurídico» (Taboada 2002: 346).

Dicho de otra manera, «en el caso del negocio celebrado en fraude a la ley, los sujetos celebran el negocio buscando una finalidad distinta a la contemplada por el legislador, al establecer el esquema legal, es decir, una función totalmente distinta a la función socialmente útil que justificó la creación de ese esquema legal de figura negocial» (Taboada 2002: 347).

Los negocios fraudulentos presentarían todos los componentes y requisitos estructurales propios de la figura negocial, lo cual determinaría la existencia de un negocio completo. Sin embargo, a decir del autor, «la característica fundamental del fraude debemos encontrarla en la finalidad fraudulenta». (Taboada 2002: 352) En otras palabras, «lo fundamental para calificar un negocio de fraudulento o no radica en su finalidad y no en su estructura» (Taboada 2002: 352).

A juicio de Taboada, la finalidad debe entenderse como el propósito práctico de los sujetos que celebraron el negocio jurídico, perspectiva que se encontraría referida directamente al concepto de causa en su «aspecto subjetivo». Es decir, se trataría de «la finalidad común que las partes pretenden conseguir mediante la celebración del negocio y que es, precisamente la que las ha determinado a concluir dicho negocio». Esta finalidad común, que conforma el aspecto subjetivo de la causa, deja de pertenecer al campo de las motivaciones de las partes y pasa a convertirse en elemento propio del negocio de que se trate en particular (Taboada 2002: 352-353).

Posteriormente, tras señalar que el negocio con causa ilícita es aquel que contraviene el orden público, las buenas costumbres o la norma imperativa, este parecer concluye que el negocio fraudulento amerita la asignación del remedio jurídico de la nulidad sobre la base de la misma norma que consagra la nulidad por causa ilícita (inciso 4 del artículo 219 del Código Civil peruano) (Taboada 2002: 356). En suma, entendemos que el autor considera al negocio fraudulento portador de una causa (aunque en su «aspecto subjetivo», o sea, en su «finalidad común») ilícita.

En la misma línea, Escobar ha sostenido que en las hipótesis de *fraus* «el objeto del negocio es perfectamente lícito, pero su causa no, ya que ella intenta eludir, mediante la coligación de componentes negociales de distinta naturaleza, la aplicación al caso concreto de una norma imperativa» (2007: 682). Como ejemplo de ello, la opinión ahora expuesta cita el caso de un contrato de compraventa con pacto de rescate dirigido a sustraer a las partes de la aplicación de la norma que establece la nulidad del pacto comisorio

Recientemente, Espinoza ha aseverado que en el caso del negocio jurídico con fraude a la ley, «nos encontramos frente a un negocio que se hace bajo el amparo de una norma de cobertura para eludir ilícitamente los alcances de una norma imperativa. La sanción es desconocer el acto que se hace al amparo de la norma de cobertura, aplicando la norma imperativa» (Espinoza 2010: 334). Agrega el referido autor que a pesar de que el sistema peruano no cuenta con una norma expresa que sancione con nulidad el acto jurídico por fraude a la ley, no existe inconveniente alguno en aplicar el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, que sanciona con nulidad el acto jurídico que tenga un fin ilícito (Espinoza 2010: 335).

Respecto a la coligación contractual en fraude a la ley (en particular, a normas cuya violación se sanciona con nulidad), debemos manifestar nuestro escepticismo para con las opiniones que afirman la licitud de la causa concreta al interior de cada convenio integrante del grupo. Del breve desarrollo que hemos podido elaborar, nos parece que semejante afirmación descansa básicamente en dos fundamentos.

El primero de ellos se encuentra constituido por la interpretación exegética del artículo 1344 del Código Civil italiano en un contexto histórico en el que, como habíamos visto, predominaba la teoría de la causa abstracta. En efecto, si la norma «reputa» ilícita la causa del contrato es porque dicho elemento no presenta de antemano tal cualidad. Luego, la licitud de la causa se configura como un presupuesto o *prius* lógico al momento en que es «reputada» ilícita. Si la causa estuviese afectada de ilicitud, no podría lógicamente considerarse titular de semejante cualidad.

Consideramos que este argumento quedaría superado si, como planteamos, se acogiese la teoría de la causa concreta. En efecto, la licitud de la causa de un acto de autonomía privada no es una cualidad predicable en abstracto, sino que atiende a la funcionalidad concreta hacia la que el negocio jurídico ha sido programado. Por ende, la subsumibilidad típica de una declaración contractual no bastará para determinar su licitud. No en vano se suele afirmar que, según la teoría de la causa concreta, incluso un contrato típico puede ser ilícito.

Lo mencionado anteriormente es respaldado de cierta forma por Giuseppe Mirabelli, según el cual el legislador italiano dictó el artículo 1344 constreñido por haber enarbolado una teoría causal (causa abstracta) en virtud de la cual dicho elemento no podía ir *contra legem* (la causa típica es siempre lícita). Ante tal escenario —prosigue este parecer— se hacía necesaria la creación de una «válvula de escape» que permitiese conminar la nulidad cuando el resultado perseguido por los privados colisionara con una prohibición legal, no obstante la licitud abstracta del reglamento elegido (Mirabelli, citado por Morales 2006: 330-331).

Según esta voz, si se hubiese asumido la teoría de la causa concreta —la cual coloca en primer plano el «propósito total de la operación económica» de modo que un contrato típico puede ser ilícito sobre el plano causal— no habría habido necesidad de incluir el artículo 1344 del Código Civil italiano. Ello en la medida que, de acogerse la corriente causal apenas mencionada, la hipótesis del fraude a la ley quedaría reabsorbida en aquella de la ilicitud de la causa con la cual comparte la sanción (establecida por el ordenamiento) de la nulidad (Mirabelli, citado por Morales 2006: 331).

Lo mencionado queda confirmado si, como observa Cricenti (2008: 41-42), se atiende al texto de la *Relazione al codice* (número 614), según el cual en el fraude a la ley «opera l'illiceità dell'intento pratico comune ad entrambe le parti, che in via generale è preso in considerazione nell'art. 1345».⁵⁵ Tal como podrá apreciarse, este propósito común a ambas partes sancionado con ilicitud de manera general no es otra cosa que la causa concreta del contrato.

A nuestro parecer, en un sistema jurídico como el peruano en el que no existe norma alguna que regule el fraude a la ley, no concurren los mismos problemas de coherencia sistemática que debieron afrontar los estudiosos italianos. Es decir, no hay razón para distinguir entre la genuina causa concreta ilícita y aquella otra reputada ilícita.

La segunda razón por la que se suele predicar la licitud de los contratos coligados en fraude a la ley es que, individualmente considerado, cada acuerdo no es capaz de realizar el resultado

⁵⁵ «Opera la illiceità del propósito práctico común a ambas partes, el cual es tomado en consideración de manera genérica por el art. 1345». (La traducción es nuestra).

prohibido. En efecto, la operación económica global a la que los contratos coligados apuntan es la entidad que desenvuelve la aludida funcionalidad reprochada por el ordenamiento jurídico y contrarrestada con el remedio de la nulidad. La referida operación debe entenderse como una síntesis, es decir, como un resultado de conjunto al cual convergen los diversos componentes negociales. De allí que —según la orientación ahora objetada— podría ocurrir que solo uno de los componentes mencionados (negación de la síntesis) sea lícito y la función de conjunto al que este concurre sea ilícita. Si bien este razonamiento parece convincente, no podemos secundarlo.

En efecto, como se ha tenido oportunidad de destacar, la funcionalidad programada por el acto de autonomía privada (causa concreta) podría no circunscribirse únicamente al reglamento contractual. Dicho de otra manera, la causa no es —o mejor, no solo es— la dimensión dinámica del contenido contractual, sino que podría tener como referente o presupuesto a algún factor externo a la estructura del contrato sin que por ello deba calificarse como «causa externa» (Navarreta 2010: 223 ss.).

Luego, el interés común de las partes en un resultado externo al contrato (en el caso de los contratos coligados, un resultado global que obtener a partir de su concertación con otros contratos) podría llegar a contaminar su función concreta privativa. De suceder ello, deberá sin más predicarse la incompatibilidad de la causa concreta con los valores del ordenamiento, a pesar de que el contenido negocial de cada contrato aislado no contravenga directamente —sino indirectamente— el resultado vetado por la norma imperativa.

Queda por referirnos a la postura de Luigi Ferri según la cual, como se recordará, el «propósito fraudulento» no pasa a objetivarse en el contrato (y, por ende, no forma parte de la causa), sino que permanece en el plano de los motivos. En atención a ello, es natural que el autor se decante por la licitud de la causa privativa del o los contratos en fraude a la ley. La afirmación expuesta ha sido refutada convincentemente por Salvatore Pugliatti, según el cual en la hipótesis de *fraus legi*, al menos en aquella regulada por el 1344 del Código Civil italiano, el fin elusivo, considerado fin ulterior, actúa como propósito, relevante en cuanto tal, y no como motivo (Pugliatti 2011: 506).

Por nuestra parte, como veremos a continuación, creemos que en los escenarios de *fraus* concurre un peculiar interés común que, en cuanto tal, cuenta con relevancia causal, es decir, que pasa a integrar el elemento funcional del contrato. De este modo, resulta lógico sustentar la afección patológica del contrato cuya funcionalidad programada asuma tal interés.

Efectivamente, en la coligación contractual fraudulenta el interés en la coordinación con los diversos contratos (elemento interno del nexo funcional) frente a la obtención de un resultado prohibido por la norma imperativa contamina la causa concreta de cada contrato que lo asuma,⁵⁶ y la encamina hacia una operación económica global proscrita por la ley.

Sobre el particular, nos parece que no puede desplegar sus efectos jurídicos fisiológicos un contrato coligado que funja de instrumento para la actuación de una operación económica global que desenvuelve un resultado prohibido por una norma imperativa. En tales hipótesis, el interés en la coordinación con los otros convenios, que penetra en la causa concreta de cada

⁵⁶ Ello ocurrirá, como se repite, independientemente de que la entidad que realiza el resultado prohibido (operación económica global programada) sea externa a la estructura contractual. En efecto, si un contrato coligado en concreto ha sido programado de manera instrumental a la consecución de una operación económica global prohibida (por integrar un resultado contrario a la norma imperativa), su causa concreta privativa debe ser alcanzada por el análisis de disvalor.

esquema coligado, corrompe el elemento funcional determinando su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, nos parece que la presencia del elemento subjetivo (o voluntad de defraudar la norma imperativa) no es indispensable para la configuración del contrato en fraude a la ley. Dicha conclusión ya era sostenida por Bianca en la década de los cincuenta, a decir de la cual:

In realtà, questo elemento della intenzione fraudolenta si risolverebbe nella rilevanza di un apprezzamento che il soggetto faccia sulla illiceità giuridica del suo comportamento. E come tale esso non potrebbe essere preso in considerazione. Se, infatti, si ammetta che nella frode alla legge il fine perseguito debba essere obiettivamente vietato, è chiaro che la illiceità di questo, e del comportamento che lo realizza, si pone indipendentemente della valutazione che il soggetto ne faccia sul piano giuridico. (1957: 262-263)⁵⁷

En efecto, las partes pueden no haber tenido la intención de eludir la aplicación de la norma imperativa en cuestión, pero sí de coordinar un grupo de contratos hacia la consecución de un resultado de conjunto que, aunque las partes lo ignorasen, se encuentra prohibido por la norma. En semejante supuesto no debería dudarse de la configuración del fraude a la ley, a pesar de la ausencia del *animus* de eludir la vigencia del precepto imperativo. A mayor abundancia, no se aprecia que en las situaciones «normales» de ilicitud, la asignación del remedio jurídico de la nulidad presuponga la intención de las partes de vulnerar una norma jurídica.

Por lo demás, no queda claro cómo Ferri justifica la interdicción del fraude a la ley en el sistema italiano si es que el propósito fraudulento permanece —tal como afirma— en todo momento dentro del plano de los motivos, el cual, por definición, forma parte de la dimensión interna y psicológica de las partes. En todo caso, si se tratara de un escenario de excepcional relevancia de los motivos configurado por el artículo 1344 del Código Civil italiano, creemos que ello llevaría a la negación de la vigencia de dicha figura en nuestro país, donde no existe norma *ad hoc* reservada para tales escenarios.

Reformulando las ideas expuestas anteriormente, dos o más contratos coligados que, aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados de una manera tal que su actuación coordinada desenvuelva una operación económica global incompatible con alguna norma del sistema y a cuya promulgación subyazca la tutela de ciertos valores del ordenamiento jurídico. La técnica mencionada se emplea frecuentemente en la práctica con la finalidad de eludir la aplicación de normas imperativas cuya vulneración acarrea como resultado la aplicación del remedio jurídico de la nulidad.

El fraude supone instrumentalización de contratos; la palabra *instrumentalización* sugiere la idea de emplear una forma como medio para conseguir una finalidad distinta (anómala) a la que en una situación de normalidad esta entidad es capaz de desenvolver. Sin embargo, a manera de principio, la instrumentalización de una figura negocial no colisiona con los límites impuestos a la autonomía privada. En efecto, no configura disvalor alguno el hecho de que los sujetos se valgan de los esquemas contractuales abstractos para obtener fines (motivos, incluso elevados a nivel causal) diversos a aquellos contemplados por el legislador al momento de positivizar un modelo negocial.

57 «En realidad, este elemento de la intención fraudulenta se resolvería en la relevancia de una apreciación que el sujeto efectúa de la ilicitud jurídica de su comportamiento. Y como tal, esta no podría tomarse en consideración. En efecto, si se admite que en el fraude a la ley el fin perseguido debe ser objetivamente prohibido, es claro que la ilicitud de este, y del comportamiento que lo realiza, se presenta independientemente de la valoración que el sujeto realiza en el plano jurídico». (La traducción es nuestra).

No obstante ello, en la coligación fraudulenta, que es el ámbito que nos compete, la instrumentalización, que afecta a los diversos contratos coligados, determina que estos últimos se empleen como medios para la obtención de una operación económica global que se corresponde nada menos que con un resultado prohibido por la norma.

Por otro lado, la licitud de un acto de autonomía privada se determina en concreto y no en abstracto. De allí que la instrumentalización de un contrato origina aquel estado de cosas sobre el cual deberá recaer el juicio concreto de compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Si la instrumentalización del contrato busca un resultado global prohibido por alguna ley imperativa cuya inobservancia está sancionada con nulidad, semejante circunstancia determinará el disvalor concreto del medio negocial empleado (ilicitud).

En ese sentido, hablar de una instrumentalización no debería llevarnos a pensar que al medio (contrato) le es inherente una calificación permanente de licitud. Esta última sería predicable únicamente en el plano abstracto, situación que no resulta determinante. En suma, creemos que la utilización anómala de un grupo de contratos frente a la actuación de una operación global vetada por una norma imperativa resguardada con la sanción de nulidad supone únicamente la licitud de la causa abstracta y no así de la causa concreta de los convenios que componen la referida pluralidad.

Como se ha tenido oportunidad de apreciar, ciertas opiniones en el marco del análisis jurídico de los modelos comparados han considerado que la coligación contractual fraudulenta se encuentra estrechamente ligada al perfil de la ilicitud de la causa concreta. La ilicitud de la causa suele vincularse a su contravención al orden público, buenas costumbres y normas imperativas, siendo que en tales hipótesis al contrato le sería asignado el remedio de la nulidad.

En lo que concierne a la coligación en fraude a la ley, creemos que si la norma imperativa defraudada a través del recurso a un itinerario indirecto estuviese respaldada con la sanción de la nulidad, la causa concreta de los diversos contratos coligados será ilícita por absorber un interés en la coordinación hacia un resultado expresamente prohibido.

Sintetizando el desarrollo expuesto anteriormente, consideramos que en las hipótesis de coligación fraudulenta, el disvalor de cada contrato coligado por contravención a la norma imperativa podrá apreciarse únicamente a partir de una perspectiva macrosistémica, es decir, desde un punto de vista que tenga en cuenta la funcionalidad compleja o de conjunto a la que apunta la agrupación contractual. De este modo, la operación económica global (elemento externo del nexo funcional) se erige como una entidad lógicamente indispensable para explicar satisfactoriamente la coligación fraudulenta.

La idea central es que si en los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental del contrato a través de su inserción en un conjunto de elementos más amplio (conformado por la pluralidad coordinada de contratos coligados en concreto), es absolutamente necesario analizar el resultado que es capaz de desenvolver la conjunción de los mencionados convenios (operación económica global). Solamente a través de semejante indagación resulta factible predicar la contravención a la norma imperativa, primero, del mencionado resultado global y, luego, de cada contrato instrumentalizado.

A lo mencionado podría replicarse que la operación económica global se configura como un elemento externo a la estructura de cada contrato coligado. Ante semejante constatación, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿cómo podría sostenerse la afección patológica (en este caso, la nulidad) de la estructura de cada contrato miembro de la agrupación? Según creemos, la clave para brindar respuesta a tal interrogante debe hallarse en la otra cara del nexo funcional: el elemento interno.

Como se recordará, el plano interno del nexo se encuentra estrechamente vinculado con la relevancia de la causa concreta del negocio jurídico. En efecto, esta última, como se ha destacado con anterioridad, es una institución que permite explicitar los intereses perseguidos por las partes más allá del núcleo cristalizado en el tipo abstracto. Precisamente dentro de esta gama de intereses se inserta el interés en la coordinación de los diversos contratos coligados hacia la operación económica global.

En suma, a nuestro parecer, la operación económica global y la causa concreta son dos nociones cruciales frente a la adecuada configuración de la coligación contractual fraudulenta. Lo mencionado equivale a afirmar que para el adecuado esclarecimiento del fenómeno referido resulta imperativo prestar atención a los dos elementos que configuran el nexo funcional que une a los contratos coligados: el elemento externo (operación económica global) y el elemento interno (interés en la coordinación con relevancia causal).

En los escenarios de coligación en fraude a la ley, la operación económica global coincide con la prohibición que importa la norma imperativa. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés común en la coordinación hacia la aludida operación. Luego, en tal escenario, la causa concreta de cada contrato coligado en concreto asimila un interés en la coordinación hacia la obtención de un resultado complejo ilegal (en cuanto prohibido por una norma imperativa). Por tal razón, en la medida que tales esquemas constituyen un medio para defraudar una norma imperativa, la causa de cada contrato coligado en que penetra semejante interés se verá inexorablemente afectada.

El interés en la coordinación hacia la operación económica global traslada la calificación predicable del resultado global vetado a la causa concreta privativa de cada miembro singular de la coligación. Por consiguiente, es posible afirmar que el interés mencionado, al contar con relevancia causal, desempeña el rol de hilo conductor del disvalor hacia la estructura de cada contrato coligado en concreto.

Lo que queremos decir es que, en los supuestos de coligación fraudulenta, la afectación de la causa concreta de cada contrato vinculado (por contrariedad a la norma imperativa) se produce a raíz de la asimilación de un interés que recae en una funcionalidad externa (la operación económica global) incompatible con los valores del ordenamiento jurídico. A consecuencia del disvalor que porta la mencionada funcionalidad, el interés en la coordinación hacia esta última se revela inexorablemente reprochable. Por ende, la causa concreta de los contratos que absorban semejante interés se teñirá de la calificación aludida, esto es, será contraria a la norma imperativa. Si la inobservancia de esta última se encuentra sancionada con nulidad, entonces cada uno de los contratos coligados será nulo.

6. Aplicación del tratamiento propuesto para el fraude a algunos casos prácticos desde la óptica del sistema jurídico peruano

Finalmente, con la finalidad de apreciar adecuadamente el desarrollo teórico planteado, pasaremos a graficar la coligación fraudulenta en nuestro sistema jurídico nacional a través de la presentación de algunos casos concretos. En el primer escenario planteado se programa, a

través de una conjunción coordinada de contratos, la violación indirecta del artículo 1111⁵⁸ del Código Civil peruano, cuya contravención directa desencadenaría la nulidad.⁵⁹

Alfa (actuando en calidad de mutuante) y Beta (actuando en calidad de mutuataria) celebraron un contrato de mutuo oneroso. De conformidad con el contenido de dicho acuerdo, la suma prestada ascendió a S/. 20 000, la cual debía restituirse en veinte cuotas (distribuidas en un lapso de dos años) ascendentes a S/. 1 050 cada una.

Contextualmente, ambas partes otorgaron una escritura pública en la cual concluyeron otros dos convenios. En primer lugar, un contrato de compraventa en virtud del cual Beta, en calidad de vendedora, le transfirió a Alfa un bien inmueble de su propiedad (valorizado en S/. 400 000) a cambio de S/. 21 000. En segundo lugar, un contrato de comodato, a través del cual Alfa le cedió a Beta el uso del bien transferido a su favor por un plazo indeterminado.

En el contenido de la compraventa inmobiliaria, los actores incluyeron algunas disposiciones peculiares:

- a) Una condición resolutoria con retroactividad consensual que supeditaba la extinción de la eficacia del referido convenio al evento condicionante constituido por el cumplimiento, por parte de Beta, de la obligación de restituir en el plazo pactado todas y cada una de las cuotas de la suma obtenida en virtud del contrato de mutuo.
- b) Una cláusula que difería el pago del precio por el inmueble, a cargo de Alfa, al segundo año contado a partir de la celebración de la compraventa.
- c) Una provisión en virtud de la cual el incumplimiento en el pago de alguna de las cuotas del mutuo por parte de Beta determinará la exigibilidad e inmediata compensación entre el precio de la compraventa, debido por Alfa, y el monto impago del capital, intereses y daños causados a Alfa en razón del incumplimiento del mutuo.

En otras palabras, las partes subordinaron la terminación retroactiva de la eficacia de la compraventa (y la consiguiente restitución del inmueble transferido a un precio ínfimo) al cumplimiento de las obligaciones del mutuuario en el marco del contrato de mutuo. En el ínterin, Beta se mantendría en el uso del bien, en virtud del acuerdo de comodato. De este modo, Alfa (mutuante-comprador-comodante) se haría de la propiedad del bien, aunque su valor haya sido mucho mayor al de la suma prestada, si es que Beta (mutuuario-vendedor-comodatario) no cumpliera con restituir oportunamente, y con los intereses compensatorios correspondientes, alguna de las cuotas de la suma desembolsada.

58 Artículo 1111 del Código Civil peruano.- «Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario».

59 Que el pacto comisorio pueda eludirse a través de diversos contratos coligados entre ellos es una afirmación pacífica en la jurisprudencia italiana contemporánea. Al respecto, cabe traer a colación lo mencionado por la Casación del 19 de mayo de 2004, número 9466 (citada por Nardi (s. a.: 10) (la paginación corresponde a la de la versión digital), según la cual el aludido resultado se presentará:

[C]uando derive una organización global de intereses capaz de hacer considerar que el mecanismo negocial a través del cual debe realizarse la transferencia de un bien del acreedor está efectivamente coligado, en vez de a la función de intercambio, a un propósito de garantía, prescindiendo de la naturaleza meramente obligatoria, o traslativa, o real del contrato, o bien del momento temporal en que el efecto traslativo está destinado a verificarse, además de los instrumentos negociales destinados a su actuación e, incluso, de la identidad de los sujetos que hayan estipulado los negocios coligados, complejos o mixtos, siempre que entre los diversos pactos sea reconocible una relación de interdependencia y las mismas resulten funcionalmente dirigidas al propósito final de garantía.

En el caso narrado es posible apreciar tres contratos distintos: a) un mutuo dinerario, b) una compraventa de bien inmueble, c) un comodato de bien inmueble. De examinarse aisladamente, se vería que ninguno de tales esquemas presenta patologías evidentes. Sin embargo, en concreto, la coordinación proyectada entre ellos (o mejor, la operación económica global a la que se encuentran encaminados) realiza aquel resultado vetado por el artículo 1111 del Código Civil: la configuración de una garantía que recae sobre un bien inmueble con la posibilidad de que si el deudor no cumple su obligación, el acreedor se haga de la propiedad del bien.⁶⁰

En efecto, como es posible advertir, la transferencia de propiedad, en el contexto detallado, no solo se encuentra instrumentalizada para otorgar una garantía inmobiliaria al mutuante, sino que le permitirá a este último mantener la propiedad del inmueble otorgado en garantía (cuyo valor excede ampliamente el de la obligación garantizada) en caso que el mutuuario incumpla con su obligación de restituir alguna de las cuotas de la suma desembolsada.

En síntesis, en el supuesto narrado es posible advertir dos peculiaridades: a) cada acuerdo contractual, individualmente considerado, resulta incapaz de integrar el resultado prohibido por el artículo 1111 del Código Civil y b) el fin vetado será realizado por el despliegue coordinado de los reglamentos programados en virtud de la pluralidad contractual.

A nuestro parecer, en el ejemplo se presentan los indicios objetivos suficientes para llegar al convencimiento de que la causa concreta de los contratos coligados de compraventa y comodato⁶¹ asume un interés en la coordinación hacia la actuación del resultado vetado (operación económica global) por una norma imperativa. Esta última, a su vez, forma parte de aquellas leyes que interesan al orden público, dado que su contravención se sanciona con el remedio de la nulidad por el artículo 1111.

Siguiendo este razonamiento, y en aplicación de las ideas desarrolladas líneas arriba, deberá concluirse que las respectivas causas concretas de los dos contratos coligados mencionados son ilícitas (al haber absorbido un interés en la coordinación hacia una operación económica global prohibida por una norma imperativa de orden público). Por consiguiente, el remedio jurídico aplicable a los convenios mencionados se encuentra dado por la nulidad.

Otro ejemplo de coligación contractual fraudulenta en el sistema peruano podría constituirlo la violación, a través de un itinerario indirecto, del inciso 4 del artículo 1366 del Código Civil. Imaginemos que el magistrado Alfa desea adquirir por la vía contractual un inmueble que pertenece a Beta, quien fuera parte en un proceso judicial de su competencia que versara sobre la titularidad del bien. Como podrá advertirse, un contrato de compraventa del inmueble entre Alfa y Beta contravendría abiertamente la norma imperativa aludida y con ello ameritaría la aplicación del remedio jurídico de la nulidad.

No obstante ello, consciente de la prohibición, Alfa celebra un contrato de mandato sin representación con Gamma (un familiar cercano suyo) con la finalidad de que este, por la vía contractual, se haga de la propiedad del inmueble de Beta y, posteriormente, se la retransmita a Alfa través de un nuevo convenio de atribución. Beta, por su parte, se encontraba al tanto de la prohibición de adquisición que recaía sobre el magistrado y de que el procedimiento indirecto estaba destinado a procurar que este último termine por hacerse del bien. Aprovechando

⁶⁰ El pacto comisorio suele definirse como aquel acuerdo entre el acreedor y el deudor hipotecario que permite que, en caso de incumplimiento, aquel se haga pago de la obligación, adquiriendo la propiedad del bien.

⁶¹ No así la del contrato de mutuo porque, en el caso específico, la ley restringe la nulidad al pacto comisorio y no la extiende al negocio jurídico del que deriva la obligación garantizada.

dicha situación, Beta decidió realizar una oferta de venta al familiar del magistrado en la cual incrementó el precio del bien en un 20 %, respecto al precio originalmente solicitado a Alfa.

En el caso narrado, ni el mandato sin representación celebrado entre Alfa y Gamma, ni la compraventa concluida entre Gamma y Beta, ni tampoco el contrato de retransmisión a Alfa de la propiedad adquirida por el mandatario Gamma, individualmente considerados, encajan en el resultado vetado por el inciso 4 del artículo 1366, pues ninguno de tales esquemas es apto para provocarlo por sí mismo. Sin embargo, es evidente que la operación económica global resultante de la combinación de los mencionados contratos coligados sí producirá semejante resultado (procurar la adquisición de un inmueble que había sido litigioso a favor del magistrado que conoció la controversia).

En tal escenario, la causa concreta de cada uno de los tres contratos coligados en concreto asume un interés en la coordinación hacia la actuación del fin prohibido por una norma imperativa. Por otro lado, deberá atenderse al hecho que la norma busca tutelar un interés de orden público como la «necesidad de evitar que quienes ocupan determinados cargos o ejercen determinadas actividades abusen del poder que tales cargos o actividades les confieren para lucrar en beneficio propio» (De la Puente y Lavalle 2007: 433). Por ende, en aplicación de los incisos 4 y 8 del artículo 219 y del artículo V del Título Preliminar tal como fueran interpretados líneas arriba deberá concluirse que los diversos contratos son nulos por ilicitud de la causa.

Como creemos haber demostrado, dos o más contratos coligados que, aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que integra un resultado vetado por una norma imperativa. En los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental de un contrato a través de su inserción en un complejo de elementos más amplio (conformado por la pluralidad de contratos), siendo absolutamente necesario analizar la funcionalidad de conjunto (operación económica global) que es capaz de actuar la concurrencia coordinada de contratos.

En las hipótesis descritas, la operación económica global coincide con la prohibición legal, es decir, resulta incompatible con una norma imperativa específica. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés en la coordinación hacia la operación global reprochada (en cuanto prohibida por una norma imperativa) que hemos mencionado. Por tal razón, la causa concreta de cada contrato coligado contrariará simultáneamente la norma imperativa, y será de aplicación el remedio de nulidad en caso que este sea asignado por el legislador ante la contravención de dicho dispositivo.

7. Conclusiones

- a) Los esquemas contractuales típicos consagrados por el legislador frecuentemente se revelan insuficientes para satisfacer las necesidades, cada vez más novedosas y complejas, del tráfico comercial contemporáneo. En vista de ello, los individuos, en uso de su autonomía privada, suelen valerse de la concertación de una pluralidad de contratos frente a la satisfacción de necesidades complejas (aunque unitarias). Este fenómeno, que denominamos «nuevo paradigma de la contratación», constituye el sustrato sobre el cual se sienta la noción de contratos coligados.

- b) La coligación contractual jurídicamente relevante se corresponde con lo que la doctrina italiana denomina «coligación funcional». A su vez, esta última se subdivide en: a) coligación abstracta y b) coligación concreta. La coligación abstracta supone agrupaciones de contratos vinculados en abstracto, es decir, por su naturaleza o por la función abstracta que uno de ellos desempeña respecto al otro. La coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados en concreto (a partir del texto o del contexto) por estar dirigidos hacia la consecución de una operación económica global. En tales hipótesis, la concurrencia de la pluralidad de contratos resulta necesaria frente al desenvolvimiento de la operación económica global, la cual, a manera de principio, no podrá ser actuada a partir del despliegue aislado de cada acuerdo contractual.
- c) El fraude a la ley consiste en la persecución a través de un itinerario indirecto que contempla la utilización de medios en abstracto lícitos (y que se vale primordialmente del instrumento contractual) de un resultado económico-jurídico que ha sido disciplinado de cierta forma por una norma imperativa. Esta última bien podría prohibir la obtención de la aludida consecuencia empírica (estableciendo remedios como la nulidad) o aplicarle algún tratamiento peculiar (como en el caso de las normas tributarias y laborales).
- d) Un sistema jurídico debe combatir el fraude a la ley por los siguientes argumentos: a) el contrato es un instrumento polifuncional; b) la autonomía privada le permite a los individuos actuar resultados económicos de diversa índole desligándose —a veces por completo— de los esquemas negociales formales utilizados; c) a muchos de esos resultados se les veta directamente o les es aplicable cierto tratamiento peculiar al cual subyace la tutela de ciertos valores, y d) aceptar que esos resultados puedan obtenerse de forma indirecta sin desencadenar la regulación contenida en una norma imperativa implicaría desproteger los valores defendidos por esta última y, además, darle carta blanca a los individuos para subvertir los lineamientos más elementales de un sistema jurídico.
- e) Dos o más contratos coligados, que aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haberse programado para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que actúa un resultado vetado por una norma imperativa. En los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental de un contrato a través de su inserción en un complejo de elementos más amplio (conformado por la pluralidad de contratos), siendo absolutamente necesario analizar la funcionalidad de conjunto (operación económica global) que es capaz de actuar la concurrencia coordinada de contratos.
- f) En las hipótesis descritas, la operación económica global coincide con la prohibición legal, es decir, resulta incompatible con una norma imperativa específica. Por su parte, la causa concreta de cada uno de los contratos coligados absorbe un interés en la coordinación hacia la operación global reprochada que hemos mencionado. Luego, la causa concreta de cada contrato coligado contrariará simultáneamente la norma imperativa, y será de aplicación el remedio de nulidad en caso que este haya sido previsto por la ley ante la inobservancia de la norma defraudada.

8. Bibliografía

BARBA, Vincenzo

2008a «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale». Parte I. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXII, número 3, pp. 791-818.

2008b «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale». Parte II. *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXII, número 4, pp. 1167-1188.

BERGEL, Salvador y Martín PAOLANTINO

1993 «Bases para una regulación jurídica del crédito al consumo». *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, año 26, números 154-156, pp. 15-39.

BIANCA, Massimo

1957 *Il divieto del patto commissorio. Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri*. Milán: Giuffrè.

2007 *Derecho civil 3. El contrato*. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BRAVO, Jorge y Rómulo MORALES

2006 «El negocio jurídico en fraude a la ley entre el derecho civil y el derecho tributario: una nueva visión para un viejo problema». *Vectigaglia*, año 2, número 2, pp. 39-42.

BUONOCORE, Vincenzo

2007 «Contratti d'impresa e collegamento negoziale». En AA. VV. *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*. Milán: Giuffrè, pp. 9-41.

CARIOTA-FERRARA, Luigi

1956 *El negocio jurídico*. Traducción del italiano de Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar.

CARRESI, Franco

1987 *Il contratto*. En CICU, Antonio y MESSINEO Francesco (directores) (continuado por Luigi Mengoni). *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Volumen XXI, tomo I. Milán: Giuffrè.

CARUSI, Donato

1999 «La disciplina della causa». En GABRIELLI, Enrico (editor). *I contratti in generale*. En *Tratato di Diritto privato* dirigido por Pietro Rescigno. Tomo I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 529-630.

CATAUDELLA, Antonino

2000 *I contratti*. Parte generale. Turín: Giappichelli.

CLARIZIA, Renato

2002 «I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring». En

BUONOCORE, Vincenzo (director). *Trattato di Diritto commerciale*. Tomo IV. Turín: Giappichelli.

COLOMBO, Claudio

1999 *Operazioni economiche e collegamento negoziale*. Padua: Cedam.

COVIELLO, Nicola

1949 *Doctrina general del derecho civil*. Traducción del italiano de Felipe de J. Tena. México D. F.: Unión Tipográfica.

CRICENTI, Giuseppe

2008 *I contratti in frode alla legge*. Milán: Giuffrè.

D'AMICO, Giovanni

1993 *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*. Milán: Giuffrè.

D'ANGELO, Andrea

1992 *Contratto e operazione economica*. Turín: Giappichelli.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico

1985 *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

DI MAJO, Adolfo

2002 «La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. Premesse di carattere generale». Intervención en el *Incontro di studio del C.S.M.* realizado del 22 al 24 de abril de 2002. Consulta: 20 de enero de 2011.
<<http://www.judicium.it>>

DI MARZIO, Fabrizio

2004 «Illecità nei contratti emergenti». En *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*. Volumen I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 407-431.

DI NANNI, Carlo

1977 «Collegamento negoziale e funzione complessa». *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año LXXV, número 11-12, pp. 279-343.

DI SABATO, Franco

1959 «Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)». *Rivista di Diritto civile*, parte I, año V, pp. 412-438.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

1992 «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código

Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». *Ius et veritas*, año III, número 5, pp. 5-14.

2004 «Contrato y libertad contractual». *Themis. Revista de Derecho*, número 49, pp. 7-14.

ENNECCERUS, Ludwig y otros

1950 *Tratado de derecho civil*. Tomo II. Traducción del alemán de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch.

ESCOBAR, Freddy

2007 «Causales de nulidad absoluta». En *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias de derecho civil*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 675-688.

ESCUÍN, Irene

2002 *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*. Granada: Comares.

ESPINOZA, Juan

2004 «Abuso de derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico?». En AA. VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, pp. 243-262.

2010 *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica.

FERRANDO, Gilda

2000 «I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative». *Contratto e impresa*, año XVI, número 1, pp. 127-141

FERRI, Giovanni

2002 *El negocio jurídico*. Traducción del italiano de Leysser L. León. Lima: Ara Editores.

2004 «La presencia "invisible" de la causa del contrato», Traducción del italiano de Carlos Zamudio Espinal. En AA. VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, pp. 263 -283.

2006 «La nozione di contratto». En AA. VV. *I contratti in generale. Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli*. volumen I, tomo I. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 3-40.

FERRI, Luigi

2004 *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*. Traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Grijley.

FLUME, Werner

1998 *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Tomo II. Traducción del alemán de

José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

FORNO, Hugo

2000 «Acerca de la noción de contrato». *Gaceta Jurídica*. Tomo 78-B, pp. 9-26.

GABRIELLI, Enrico

2003 «Il contratto e l'operazione economica». *Rivista di Diritto civile*, número 2, pp. 93-114.

2008 «Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica». *Giustizia civile*, año LVII, número 3, pp. 728-750.

2009 «L'operazione economica nella teoria del contratto». *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año LXIII, número 3, pp. 905-939.

GASPERONI, Nicola

1995 «Collegamento e connessione tra negozi». *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año LIII, números 1-2, pp. 357-387.

GIACOBBE, Giovanni

1969 Voz «Frode alla legge». En *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVIII. Milán: Giuffrè, pp. 73-89.

GIORGIANI, Michele

1937 «Negozii giuridici collegati». *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, año XII tomo XV, pp. 275-352.

1960 Voz «Causa (Diritto privato)» en *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VI. Milán: Giuffrè, pp. 547-576.

GRONDONA, Mauro

2011 «Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada». Traducción del italiano de Pablo Andrés Moreno Cruz. *Revista de Derecho Privado*, número 20, pp. 271-299.

GUEVARA, Armando

2012 «La propiedad agraria en el derecho colonial». En PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 265-282.

IRTI, Natalino

2004 «Es cierto, pero...» (Réplica a Giorgio Oppo). En AA. VV. *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara Editores, pp. 331-344.

KONDER, Carlos

2006 *Contratos conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Río de Janeiro: Renovar.

LEÓN, Leysser

2004 «Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)». En AA. VV. *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara Editores, pp. 877-936.

LÓPEZ, Ana

1994 *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosch.

LORENZETTI, Ricardo

2001 *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Lima: Palestra Editores.

MAISTO, Filippo

2000 *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordenamento giuridico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARÍN, Manuel

2010 *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Navarra: Aranzadi.

MESSINEO, Francesco

1962a Voz «Contratto collegato». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen X. Milán: Giuffrè, pp. 48-54.

1962b Voz «Contratto innominato». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen X. Milán: Giuffrè, pp. 95-110.

1972 Il contratto in genere. Volumen XXI, tomo 2. En CICU, Antonio y Francesco MESSINEO (directores). *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Milán: Giuffrè.

MORALES, Rómulo

2006 «Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley». En MORALES, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, pp. 305-342.

MORELLO, Umberto

1990 Voz «Negocio giuridico. VI) Negozio giuridico in frode alla legge». En *Enciclopedia giuridica*. Volumen XX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 1- (la paginación corresponde a la de la separata).

MOSSET, Jorge

1999 *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- NARDI, Sandro
s. a. *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*. Consulta: 20 de diciembre de 2011.
<http://judicium.it/news/ins_25_02_05/Nardi%20civile.html>
- 2006 *Frode alla legge e collegamento negoziale*. Milán: Giuffrè.
- NAVARRETTA, Emanuela
2007 «Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione». *Rivista di Diritto civile*, año LIII, número 6, pp. 823-841.
- 2010 «Causa del contrato». En *Derecho civil 8: Contratos. Selección de textos de Rómulo Morales Hervias*. Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 218-231.
- NICOLAU, Noemí
1997 «Los negocios jurídicos conexos». En CENTRO DE INVESTIGACIONES DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO. *Trabajos del centro*, segunda serie, número 2, pp. 9-16.
- NICOLÒ, Rosario
1939 «Aspetti pratici del concetto di causa» (Nota a la Casación del 12 de julio de 1938). *Rivista di Diritto commerciale*, volumen XXXVII, pp. 10-17.
- 2005 «Las situaciones jurídicas subjetivas». Traducción del italiano de Carlos Zamudio Espinal. *Advocatus. Revista de la Asociación Civil ADV*, número 12, pp. 103-116.
- OERTMANN, Paul
1933 *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor.
- ORLANDO, Salvatore y Carlo ARGIROFFI
1988 Voz «Contratti misti e contratti collegati». En *Enciclopedia giuridica*. Volumen IX. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, pp. 1- (La paginación corresponde a la de la separata).
- OSTI, Giuseppe
1959 Voz «Contratto». En *Nuovissimo digesto italiano*. Volumen IV. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 462-535.
- PALACIOS, Eric
2002 *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores.
- PIEPOLI, Gaetano
1976 *Il credito al consumo*. Nápoles: Jovene.

PUGLIATTI, Salvatore

2011 «Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia». *Scritti giuridici*. Volumen III: 1947-1957. Milán: Giuffrè, pp. 455-516.

PUIG, José

1978 *Fundamentos de derecho civil*. Volumen I, tomo II: «Doctrina general del contrato». Barcelona: Bosch.

ROPPO, Vincenzo

2009 *El contrato*. Traducción del italiano de Eugenia Ariano. Lima: Gaceta Jurídica.

SACCO, Rodolfo

2011 Voz «Contratto complesso o misto». En Rodolfo Sacco (director). *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile. Sesto Aggiornamento*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp. 238-241.

SALVADOR, Pablo y otros

2004 «Autonomía privada, fraude a la ley e interpretación de los negocio jurídicos». *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, pp. 1- (La paginación corresponde a la de la separata).

SANTORO-PASSARELLI, Francesco

1964 *Doctrinas generales del derecho civil*. Traducción del italiano de A. Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SEGUI, Adela

2001 «Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones. (Especial referencia al Proyecto del Código Civil de 1998 y a las Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Santa Fe, Setiembre de 1999)». En AA. VV. *Contratación contemporánea. Contratación electrónica y tutela del consumidor*. Tomo II. Lima: Palestra Editores, pp. 183-184.

SCHLESINGER, Piero

2002 «La autonomía privada y sus límites». Traducción del italiano de Leysser L. León. *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, número 3, pp. 103-110.

SCOGNAMIGLIO, Renato

1960 Voz «Collegamento negoziale». En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen VII. Milán: Giuffrè, pp. 375-381.

TABOADA, Lizardo

2002 *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley.

VÁSQUEZ, Walter

2011 «Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo

y la teoría de la coligación contractual». *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*, número 10, tomo II, pp. 183-198.

2012 *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*. Tesis de licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

VENDITTI, Arnaldo

1954 «Appunti in tema di negozi giuridici collegati». *Giustizia civile*. Tomo I. Año 4, Milán: Giuffrè, pp. 259-272.



COMENTARIOS

Rómulo Morales Hervias

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

El trabajo de investigación «Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano» de Walter Humberto Vásquez Rebaza constituye un valioso aporte académico en cuanto es un ejemplo de lo que debe ser un estudio dogmático, comparado y funcional.

El fraude «es la denominación de nuevo usada en una acepción descriptiva y genérica para designar en su complejo el total procedimiento simulatorio» (Breccia 1999: 286). El trabajo toma como referencia el derecho civil italiano. En efecto, el artículo 1344 del Código Civil italiano de 1942 —norma inexistente en el Código Civil peruano de 1984— indica expresamente lo siguiente: «Se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa». No obstante el texto expreso de la ley, un sector de la doctrina italiana ha encontrado la razón de ser del negocio jurídico en fraude a la ley en la simulación relativa. Se ha expresado que el «negocio en fraude a la ley debe necesariamente ser un negocio “atípico”, que fundamentalmente se estructura en un negocio típico “medio” y en acuerdos ulteriores (no siempre contenidos en documentos adjuntos). En efecto, si los acuerdos ulteriores fueran tales para dar lugar a un diverso contrato *típico*, habría un caso de simulación relativa (y no de fraude a la ley)» (Morello 1990: 5). Asimismo, una doctrina italiana ha manifestado que

El propósito fraudulento, por su misma esencia, no se manifiesta en el contrato, y, por consiguiente, no se transforma en causa. Por ello, la causa del contrato instrumentalizado para eludir una prohibición legislativa, y para conseguir el resultado prohibido, no es ilícita. Aunque ambos contratantes fueren partícipes del fraude (y ello, como se ha anotado, no siempre es necesario), la colusión o el acuerdo fraudulento están separados del contrato, que, de tal modo, resulta instrumentalizado, del mismo modo en que el acuerdo simulatorio es cosa distinta del contrato simulado. Por lo demás, el artículo 1344 no señala que el contrato en fraude a la ley sea un contrato con causa ilícita: lo que se dice, solamente, es que «se reputa» ilícita su causa, y ello significa que la sanción en el caso de fraude a la ley es la misma que se aplica cuando la causa del contrato es ilícita. (Ferri 2004: 243-244)

En el trabajo, la causa cumple un rol importante para delimitar el contrato en fraude a la ley pero en cada caso en concreto.

Por otro lado, el trabajo estudia los vínculos entre la coligación contractual y el fraude a la ley. Ya en la actualidad una doctrina italiana expresa que las partes pueden concebir la combinación contractual como medio para eludir normas imperativas (como las tributarias) y de ahí que la jurisprudencia «debe valorizar el objetivo de ahorro tributario como elemento de la causa (concreta) del contrato» (Roppo 2013: 977). Antes otra doctrina informaba que

entre las modalidades en que se realiza el fraude a la ley están «la previsión de cláusulas solo formalmente válidas a través de la utilización de una tipología contractual, cuyo recurso es puramente instrumental para evitar la aplicación de normas imperativas, o mediante procedimientos indirectos, que usan con una finalidad elusiva la coligación contractual» (Navarretta 2011: 686). Ello cobra relevancia en un Código Civil como el peruano que no ha regulado la nulidad cuando los contratos violan normas imperativas (artículo 1354). De ahí que el trabajo tiene una innegable actualidad.

Bibliografía

BRECCIA, Umberto

1999 «Frode alla legge». En BESSONE, Mario (director). *Trattato di diritto privato*. Volumen XIII. Turín: G. Giappichelli Editore, pp.

FERRI, Luigi

2004 *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Presentación, notas y edición de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley.

MORELLO, Umberto

1990 «Negozio Giuridico. I) Negozio in frode alla legge». En *Enciclopedia Giuridica*. Volumen XX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, pp.

NAVARETTA, Emanuela

2011 «Della causa del contratto». En AA. VV. *Commentario del Codice Civile*. Dirigido por Enrico Gabrielli, Dei Contratti in generale, bajo la dirección de Emanuela Navarretta y Andrea Orestano, artículos 1321-1349. Turín: Utet Giuridica.

ROPPO, Vincenzo

2013 «Causa concreta: Una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito». *Rivista di Diritto Civile*, año LIX, número 4, pp. 957-988.

Alfredo Soria Aguilar

Profesor del Departamento Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sobresaliente es una palabra que resume adecuadamente el trabajo titulado «Los contratos coligados en fraude a la ley» que el CICAJ nos presenta en esta oportunidad.

El autor, Walter Humberto Vásquez Rebaza, ha sido intelectualmente intrépido al proponer, en una misma investigación, el estudio de dos figuras sumamente complejas que, no solamente carecen de regulación legal específica en nuestro país, sino que resultan, sin ninguna

duda, muy interesantes si es que se analizan en conjunto, como lo hace acertadamente el autor de este excelente trabajo.

Como es sabido, los particulares, en virtud de la libertad de configuración interna de los contratos, pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento legal o pueden también celebrar sus acuerdos celebrando sus respectivos contratos sin necesidad de utilizar las figuras preconcebidas o tipificadas por el ordenamiento legal, es decir, pueden también celebrar contratos atípicos.

Asimismo, si bien una operación comercial puede ser compleja en cuanto a sus prestaciones, puede realizarse a través de un solo contrato (cuando todas las prestaciones responden a una causa única) o, por el contrario, puede efectuarse recurriendo a distintos contratos a la vez (pluralidad de causas o pluralidad de contratos) como ocurre en el supuesto de los contratos coligados.

Como es evidente, las figuras contractuales reguladas expresamente por la ley (figuras típicas) podrían resultar insuficientes para satisfacer los diferentes y cada vez más complejos intereses y necesidades de los particulares, dado que la ley no podría prever ni tampoco tipificar toda la amplia gama de contratos posibles de pactar. Por ello, resulta de relevancia que las partes puedan satisfacer sus respectivos intereses creando sus propias figuras contractuales.

Precisamente, en el marco de sus respectivas negociaciones, las partes pueden decidir celebrar válidamente, tanto contratos típicos, como figuras contractuales no reguladas por normas legales especiales, o también satisfacer sus intereses recurriendo a varios contratos distintos pues, en el ejercicio de la libertad de configuración interna (o libertad contractual),¹ los particulares se encuentran facultados para determinar libremente el contenido del contrato. Sin embargo, la libertad de configuración interna del contrato no es irrestricta; sino que, por el contrario, tiene algunos límites que son precisamente aquellos que señalan las propias normas legales.

Como lo sostiene Walter Vásquez, «Dos o más contratos coligados, que aisladamente no resultan aptos para provocar resultado prohibido alguno, podrían haber sido programados para que, a través de su desenvolvimiento coordinado, gestionen una operación económica global que actúa un resultado vetado por una norma imperativa». Por ello, una de las conclusiones que nos propone el autor es que si bien un contrato coligado resulta admitido jurídicamente como un acuerdo válido y eficaz, el contrato coligado no debe realizarse en fraude de ley. Es decir, no puede eludirse la aplicación de normas imperativas utilizando un contrato coligado.

En palabras de Walter Vásquez,

La idea central es que si en los escenarios de coligación fraudulenta se verifica la utilización instrumental del contrato a través de su inserción en un conjunto de elementos más amplio (conformado por la pluralidad coordinada de contratos coligados en concreto) es absolutamente necesario analizar el resultado que es capaz de desenvolver la conjunción de los mencionados convenios (operación económica global).

Lo enunciado resulta totalmente razonable dado que, como lo sostiene Héctor Lafaille «La voluntad humana exteriorizada tiene fuerza porque el legislador se la confiere y en la medida en que este se la acuerda, considerando los intereses colectivos y la seguridad de terceros»

¹ Al respecto, véase el artículo 1354 del Código Civil.- «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

(Lafaille 1927: 20). Por ello, en nuestro país, la voluntad de las partes no puede establecer acuerdos que sean contrarios a las normas imperativas, las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres.²

Este brillante trabajo no se agota en lo enunciado. Esta obra plantea una posición muy bien fundamentada sobre varios temas relacionados con los contratos coligados en fraude a ley. Esta sobresaliente publicación busca generar un punto de partida, debidamente fundamentado, para iniciar la discusión jurídica de nuevos temas. Pretende ofrecer un importante aporte a partir del cual surjan otros estudios. Por ello, consideramos que esta publicación resulta altamente recomendable. Estamos seguros de que esta obra será fuente de inspiración y referencia para nuevos trabajos de investigación sobre otros aspectos relacionados con estos interesantes y complejos temas.

Bibliografía

LAFAILLE, Héctor
1927 *Curso de contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

² Dado que la libertad contractual es reconocida por el ordenamiento legal, dicha libertad solamente puede ejercitarse dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone. Por ello, lo pactado por las partes no podría contravenir las normas de carácter imperativo (artículo 1354 CC) ni las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar CC).

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, quisiera agradecer los valiosos comentarios efectuados a mi trabajo de investigación *Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano* por parte de los profesores Rómulo Morales Hervias y Alfredo Soria Aguilar. Me siento verdaderamente honrado con la valoración críticamente positiva que dos especialistas en la materia, quienes además se han desenvuelto exitosamente durante años en el ámbito académico y profesional, han efectuado respecto de las modestas líneas escritas por alguien que en algún momento tuvo la oportunidad de ser su alumno.

Sin perjuicio de ello, pasaré a desarrollar algunos aspectos concretos incluidos en sus acertadas consideraciones.

En mi opinión, la virtual coincidencia entre los supuestos de fraude a la ley y simulación negocial es contingente, es decir, puede presentarse o no dependiendo de las circunstancias. De esta manera, es posible defraudar una norma imperativa a través del procedimiento simulatorio del negocio jurídico (el negocio disimulado puede ser lícito o ilícito).¹ Sin embargo, no todos los procedimientos simulatorios tienen como propósito perpetrar un *fraus*, sino que pueden apreciarse ciertas hipótesis en las cuales el propósito empírico buscado por las partes es benigno. Por ende, es posible considerar que la simulación —entendida como fenómeno genérico— cuenta con un efecto neutro.

En efecto, tal como señala Roppo respecto del sistema italiano,

La ley no tiene perjuicios morales en contra de la simulación: no considera que fingir contratos no verdaderos (o hacer contratos ficticios) sea malo en sí, y merezca estar generalmente prohibido; ni siquiera piensa que los intereses que impulsan a las partes a crear una apariencia contractual no conforme con la realidad sean siempre intereses ilícitos o reprobables. (2009: 640)²

En cambio, el fraude a la ley —al menos sobre la base de los parámetros restringidos en que lo hemos definido en nuestro trabajo— implicará siempre la actuación indirecta del resultado prohibido por una norma imperativa y, por ende (al margen del remedio jurídico defraudado), se configurará como un disvalor. La conclusión mencionada, indudablemente habría de variar si es que se toma como punto de partida una acepción descriptiva y genérica de fraude.

Por otra parte, el profesor Morales Hervias trae a colación acertadamente la tendencia seguida por cierto sector de la doctrina contractual italiana contemporánea más acertada. En sus palabras:

1 Código Civil peruano. Artículo 191.- «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero». Por su parte, el artículo 221 inciso 3 del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente: «El acto jurídico es anulable: [...] 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero».

2 A decir verdad, esta constatación no parece haber sido del todo favorecida por la regulación del Código Civil peruano (bastante perfectible en lo que al fenómeno de la simulación concieme), pues el remedio aplicable para el negocio simulado es la nulidad, dispuesta por el artículo 291 inciso 5.

Ya en la actualidad una doctrina italiana expresa que la combinación contractual puede ser concebida por las partes como medio para eludir normas imperativas (como las tributarias) y de ahí que la jurisprudencia «debe valorizar el objetivo de ahorro tributario como elemento de la causa (concreta) del contrato» [...] Antes otra doctrina informaba que entre las modalidades en que se realiza el fraude a la ley están «la previsión de cláusulas solo formalmente válidas a través de la utilización de una tipología contractual, cuyo recurso es puramente instrumental para evitar la aplicación de normas imperativas, o mediante procedimientos indirectos, que usan con una finalidad elusiva la coligación contractual [...]

Lo mencionado no hace sino confirmar la trascendental relevancia de la causa concreta (como elemento funcional del contrato) en la determinación de las hipótesis del fraude a la ley, respecto de lo cual concuerdo plenamente.

Pasando a los comentarios expuestos por el profesor Soria Aguilar, me gustaría hacer hincapié en la siguiente parte de su discurso, que resulta trascendental:

[E]n virtud de la libertad de configuración interna de los contratos, pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento legal o pueden también, celebrar sus acuerdos, celebrando sus respectivos contratos sin necesidad de utilizar las figuras preconcebidas o tipificadas por el ordenamiento legal, es decir, pueden también celebrar contratos atípicos.

Suscribo a plenitud lo antes expuesto, pues, como sostengo en el cuerpo del trabajo, son las siempre cambiantes necesidades del tráfico económico-jurídico las que determinan que los particulares, haciendo uso de su autonomía privada, delineen esquemas paralelos a aquellos tipificados y configuren de este modo contratos atípicos.

En esta línea de ideas, debe aceptarse que en la actualidad también se verifican necesidades cuya especial complejidad amerite la concurrencia coordinada de una pluralidad de negocios estructuralmente tan distintos entre sí que su calificación como un contrato único resulta inviable. Lo mencionado anteriormente se constituye como el punto de partida empírico indispensable para la construcción de los contratos coligados como categoría conceptual.

SECCIÓN V
DERECHO LABORAL



LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO PERUANO

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Doctor por la Universidad de Cádiz, Jefe de la Oficina Académica de Prácticas Pre Profesionales y SECIGRA de la Facultad de Derecho y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

Usualmente, bajo el título de «principios generales del derecho procesal del trabajo» se han reconocido distintos principios sin que se haya desarrollado una tipología que los ordene. A nuestro juicio, se han mezclado fines con postulados organizativos de orden procedimental y con principios procesales propiamente dichos. En este trabajo de investigación, se busca aclarar en qué consiste cada uno de estos tipos de principios generales con el fin de focalizarnos en los que consideramos los verdaderos principios de la estructura del proceso laboral: contradicción e igualdad. Cada uno de ellos tiene su contenido propio e irradia sus efectos sobre todas las áreas procesales, aunque consideramos que en cada área presentan manifestaciones propias. En este sentido, vamos a analizar uno por uno y pondremos en evidencia su existencia en la concreción de las normas del proceso laboral peruano.

I. Introducción

El tratamiento de los principios en el derecho procesal del trabajo ha sido bastante desordenado. Y creemos que esta situación se debe por lo menos a tres motivos. En primer lugar, hasta hace unos años los principios se veían como entelequias programáticas, sin carácter normativo. Su rol era solo inspirador de las decisiones legislativas y judiciales. En segundo lugar, se ha buscado identificar principios propios del derecho procesal del trabajo, lo cual ha permitido encontrar principios como la «despersonalización del empleador» (Giglio 1984: 369 ss.) o «principio protector» (Pla 1991: 244). Nótese que estos principios específicos, más que «principios», son descripciones de una realidad sui generis que envuelve el derecho del trabajo. La despersonalización del empleador, por ejemplo, no se ha creado por un principio atemporal (hace unos años el empleador tenía personalidad) ni por una tendencia legislativa (dado que hay muy pocas normas que hoy en día abordan este problema), simplemente revela una decisión económica y de política organizativa que asumen en estos tiempos las empresas.

Por último, hay un tercer factor que ha contribuido al desorden. Y es la imposibilidad de diferenciar dentro del derecho procesal laboral los conceptos de procedimiento y proceso.

Se han mezclado los postulados organizativos del procedimiento que inspiran los trámites de los actos procesales (celeridad, oralidad, economía procesal, etcétera) con los principios que regulan el comportamiento de las partes que integran la relación jurídico-procesal (partes y juez), llámese «igualdad de armas» entre demandante y demandado.

En esta investigación, trataremos de abordar los principios del derecho procesal del trabajo y buscaremos superar estos motivos de desorden. Y, en esa lógica, reconoceremos a los principios su carácter de norma jurídica. Partiremos de la idea de que, al margen de sus áreas específicas, el derecho procesal tiene principios propios y que en el campo laboral lo único que cambia son sus manifestaciones. Es decir, el derecho civil y el laboral comparten los mismos principios, solo que las concreciones de estos son distintas debido a las características propias (desequilibrio de poder) de la relación entre las partes laborales. Finalmente, intentaremos diferenciar los verdaderos principios del proceso de los simples postulados organizativos del procedimiento.

Sobre la base de estos objetivos, intentaremos construir una nueva tipología de los principios en el derecho procesal del trabajo peruano.

2. La relevancia de los principios en el derecho moderno

La tradición positivista construyó el contenido del derecho basándose en reglas, es decir, mandatos que permiten o prohíben comportamientos y que se aplican o no se aplican a un caso concreto. Como señala Dworkin, son mandatos de «todo o nada» pues el hecho de la realidad queda subsumido en la regla o queda fuera de ella (1995: 75 ss.). La propia tradición positivista vio en los principios simples entelequias programáticas sin mayor trascendencia práctica, cuya función no pasaba de ser inspiradora de las reglas.

En todo caso, lo que estaba detrás de esta opción positivista era la entronización de la figura del legislador en un altar normativo. Al momento de emitir una sentencia, el legislador no podía equivocarse, dado que encarnaba la voluntad general del grupo social. Al contrario, la regla siempre representaba la ecuanimidad y el equilibrio de los bienes e intereses en juego.

No obstante, esta concepción empieza a quebrarse cuando a partir de la crítica de Dworkin se les reconoce carácter normativo a los principios. Desde este momento, el derecho no está formado solo por reglas, sino también por principios. Entendemos por principios, con carácter normativo, aquellos mandatos que establecen razones para actuar o que sirven para fundamentar acciones o comportamientos.¹ Por eso, los principios pueden aplicarse en distintos grados dependiendo de las características del caso concreto. El significado de los principios no puede determinarse en abstracto, sino solo en casos concretos, y solo en casos concretos se puede entender su significado (Zagrebelsky 1997: 111).

Mientras que cuando las reglas colisionan generan antinomias que desencadenan en la desaparición de una de las reglas; cuando los principios son incompatibles no desaparecen, solo se ponderan (se concilian entre sí).

Pongamos un ejemplo para explicar la relación entre reglas y principios. El artículo 8.3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) señala que «los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación». Esta es una regla

¹ Robert Alexy los define como «mandatos de optimización» (2007: 458).

que representa una decisión política del legislador. Y significa que los sindicatos asumen la representación de sus afiliados sin necesidad de poder especial. Sin embargo, no queda claro si se debe exigir algún tipo de poder, aunque fuera simple.

Tratemos de aclarar esta regla a partir de la ponderación. Si entendemos que las reglas son derivaciones de los principios, debemos averiguar qué principios son los que a través de la ponderación generan dicha regla. Por un lado, tenemos que la representación sindical se fundamenta en el principio de igualdad (equiparación de poderes entre empleador y sindicato) e incluso en la promoción del principio de la libertad sindical colectiva (que ostenta la organización sindical). Por otro lado, sería ilógico que se busque la promoción de la organización sindical sin pensar en el derecho de acción del trabajador individual (tutela judicial efectiva). ¿Qué pasaría si el sindicato entabla una demanda que el trabajador no quiere presentar? La regla debe cautelar la aplicación de ambos principios contradictorios. De este modo, la regla debió enunciarse de una manera más clara que pondere los principios contrapuestos: «Para que el sindicato demande es preciso que tenga poder por parte del trabajador interesado, no obstante este poder puede ser simple».

Con todo esto pretendemos destacar que hoy en día las reglas procesales están sometidas a un juicio de parte de los principios. El legislador ha dejado de ser el sujeto omnipotente que es el único que puede ponderar principios sin equivocarse. Y, por el contrario, el sistema jurídico presidido desde la Constitución ha aceptado que el Tribunal Constitucional sea el máximo representante de la ponderación de principios. Casi todos los principios, por no decir todos y de todas las áreas jurídicas, confluyen en el texto constitucional, razón por la cual el Tribunal Constitucional se ha erigido en el árbitro definitivo de la ponderación. El área del derecho procesal no ha quedado al margen de esta actuación, ya que sus reglas son consecuencia de la conciliación de principios constitucionales como se ha tratado de demostrar.

Como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional peruano: «la distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que estas puedan ser divididas entre normas-regla y normas-principio» (Sentencia TC recaída en el Expediente 1417-2005-SS/TC).

3. Tipología de los principios en el derecho procesal del trabajo

Una vez que hemos reconocido carácter normativo a las reglas como a los principios, creemos que debemos estandarizar los conceptos a fin de no confundirnos. En realidad, los principios a los que nos hemos venido refiriendo solo son una especie dentro del género mayor al que podemos denominar «principios generales del derecho».

Al lado de los principios como fundamentos de una acción y que normalmente se conocen como derechos fundamentales, existen otros principios que aunque similares son muy distintos. En esta línea, debemos diferenciar los principios sujetos a ponderación de los fines y de los postulados organizativos de un sistema jurídico.

El fin de un ordenamiento jurídico, o de parte de él, va a diseñarse como el objetivo que persiguen los principios. La aparente incompatibilidad entre los principios encuentra su unidad en el fin que persiguen. El fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y, por tanto, la armonía y la paz sociales mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos (Devis 1984: 9). De este modo, todos los principios

en el entorno procesal deben luchar para hacer realidad el derecho sustantivo u objetivo. El fin es hacer primar la verdad real o fáctica marginando la simple verdad del expediente o verdad formal. Algunos, como Pasco (1997: 40), han confundido el fin del derecho procesal y lo han nombrado «principio de veracidad». Al final de cuentas, parte de la realización justa del derecho objetivo es que se busque llegar a la verdad de los hechos.

Por otro lado, el derecho procesal tiene postulados organizativos que muchas veces también se confunden con principios. No son fundamentos para el comportamiento de las partes o del juez, sino pautas para la realización de los procedimientos. Si asumimos que los procedimientos son actuaciones o diligencias tramitadas según un orden y forma, los postulados organizativos son pautas formales de cómo deben llevarse a cabo dichas actuaciones procesales. En otras palabras, ¿cómo deben ser los procedimientos? El legislador instaura criterios prácticos que buscan la efectividad, seguridad o rapidez del procedimiento.² Digamos que un postulado organizativo del procedimiento puede ser la oralidad o la economía procesal o la celeridad. A ellos volveremos más adelante.

Finalmente, los principios como fundamentos de una acción juegan en torno a los comportamientos de los sujetos que conforman el proceso laboral. Y estos sujetos no son otros que las partes y el juez. Ahora bien, como quiera que los principios son mandatos de optimización, es decir, que son ilimitados hasta entrar en conflicto con otro principio y matizarse a partir del test de ponderación, pueden tener distintos grados de concreción. Y, precisamente, sus distintos grados de concreción nos llevan a una constatación importante para el campo procesal: los principios procesales en una sociedad constitucional y democrática son los mismos en todos los procesos (civil, laboral, penal, etcétera), solo que a partir de las circunstancias o de las características de cada conflicto de intereses sus manifestaciones normativas (reglas) pueden ser distintas.

Por ejemplo, en aplicación del principio de igualdad, ambas partes procesales deben tener igualdad de armas para defender sus posiciones; sin embargo, aunque el mismo principio debemos aplicarlo al campo civil como al laboral, es evidente que las instituciones procesales laborales se verán más afectadas debido a la desigualdad de poderes manifiestos entre trabajadores y empleadores.

Empezaremos el estudio de los principios desde esta última categoría. Es decir, los principios del proceso laboral o como fundamentos de la acción de las partes y del juez.

4. Principios del proceso laboral

4.1. El proceso laboral como relación jurídico procesal. ¿Y el sindicato?

Sin entrar a analizar en profundidad la naturaleza jurídica del proceso laboral, nos adscribimos a las tesis relacionistas. El proceso ha de entenderse como una relación jurídica o, lo que es lo mismo, como un conjunto de vinculaciones jurídicas existentes entre las personas que en él participan. Mientras, el contenido de esta relación jurídica viene determinado por los derechos y obligaciones de naturaleza procesal que ostentan tanto el juez como las partes.

² Gimeno (1981: 221) los reconoce como principios de procedimiento. Incluso, nuestra Nueva Ley Procesal los denomina «principios del proceso» (artículo I del Título Preliminar).

Siguiendo a Devis, «La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción [...] y el cumplimiento de los presupuestos procesales; ella ata a las partes y al juez mientras el proceso subsista, y de ella emanan derechos, obligaciones, potestades y cargas para aquellas y este» (1984: 173). Es verdad que cualquier ejercicio del derecho de acción no instaura automáticamente la relación jurídica procesal y, por ello, este derecho debe cumplir con los requisitos de procedencia y admisibilidad de la demanda. El derecho de acción debe cumplir los llamados «presupuestos procesales» para instaurar válidamente la relación jurídica. Recién a partir de este momento podemos hablar de relación jurídica. De este modo, la relación procesal es una relación distinta a la relación material formada por el actor y su adversario que propició el conflicto judicial. La intervención del juez crea una nueva relación jurídica: la procesal.

No obstante, además, la incorporación del juez al conflicto transforma la relación jurídica material de naturaleza privada en una relación jurídico-procesal de naturaleza pública. Los derechos y obligaciones de las partes y del juez en el marco de la relación jurídico-procesal siempre serán de naturaleza pública.

En el caso del derecho del trabajo pensamos que no deberíamos hablar solo de partes procesales, sino sobre todo de dos posiciones enfrentadas: la de actor y demandado. Por efecto de la presencia del sindicato en la realidad laboral, muchas veces podemos encontrar pluralidad de partes tras una misma posición (sindicato como tercero interviniente en el proceso) u otras veces podemos encontrar sustitución de una parte (representación del sindicato en reivindicaciones individuales de los trabajadores). La presencia del sindicato es una característica de la realidad social que los principios del derecho procesal deben evaluar para modular sus manifestaciones en el proceso laboral.

Por último, la relación jurídico-procesal instaurada crea derechos y obligaciones para el juez y para las partes. Como toda relación jurídica contiene prestaciones que los sujetos de la relación deben cumplir. A una parte le corresponde la acción; y a otra, la contradicción, así como al juez le corresponde dirigir el proceso con imparcialidad, honestidad y respeto a la oportunidad. Estas prestaciones son complejas porque se extienden en el tiempo y en diferentes actos concretos. Pero, todos estos actos se reconducen a las mismas prestaciones.

Las prestaciones mencionadas son las que generan el elenco de derechos y obligaciones de los sujetos inmersos en la relación procesal. Por ejemplo, el actor debe actuar de buena fe y sin generar dilaciones injustificadas de las actuaciones procesales, y también el juez está obligado a actuar con imparcialidad y honestidad. El actor debe presentar su demanda en el plazo fijado por ley, pues de lo contrario caducará su derecho de acción. Pero, al margen de ello, la doctrina moderna ha señalado con bastante razón que en muchos casos las vinculaciones estructuradas entre las partes o entre ellas y el juez o entre cada una de ellas y el juez no siempre conducen a obligaciones que deban cumplirse ineludiblemente. Por ejemplo, las cargas procesales no imponen un verdadero deber u obligación a las partes, sino que de no cumplirlas pueden verse desfavorecidos por un fallo en su contra. El caso típico es la carga de probar el hecho que sustenta nuestra pretensión. ¿Qué pasa si no probamos un hecho que sustenta nuestro alegato? No necesariamente van a declarar infundada la demanda, ya que podría ocurrir que el juez pudo conseguir la prueba vía su investigación o que la otra parte la introdujo sin querer en el proceso. Es decir, a pesar de no haber cumplido con la carga procesal, tenemos grandes posibilidades de obtener un fallo desfavorable, pero de ninguna manera podemos entender que el incumplimiento de la carga nos condena a una pérdida irrevocable.

4.2. Principios de la estructura del proceso y manifestaciones en las normas procesales peruanas

El profesor José Vicente Gimeno Sendra en su texto *Fundamentos del derecho procesal* entiende que los principios que estructuran el proceso son dos: el de contradicción y el de igualdad.³ Son dos principios que sirven para estructurar procesos imparciales y justos. Sirven también como fundamentos del comportamiento tanto del actor como del demandado, por lo que son principios que habrán de respetar el legislador y el juez; el legislador, cuando emita reglas procesales equilibradas; y el juez, cuando dirija el proceso.

4.2.1. Contradicción

4.2.1.1. Definición y fundamento jurídico

La existencia de dos partes o de dos posiciones es consustancial a la idea de proceso. Ambas posiciones o partes deben tener las mismas garantías para poder sustentar sus alegaciones (Aleman 2008: 17). Además, de la controversia y del debate nace la evidencia, por lo que el juez debe dar audiencia a las partes y estar atento a las dos tesis contrapuestas. Este es un principio que fundamenta la acción de las partes, y es el juez el obligado a garantizarlo.

El principio de contradicción encuentra su fundamento constitucional en la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución). Es por eso que de este derecho se deducen básicamente tres garantías: *a)* acceso a la jurisdicción, *b)* derecho de defensa y *c)* motivación y congruencia de las sentencias.

El artículo III del Título Preliminar de la NLPT (Ley 29497) reconoce la presencia del principio de contradicción como un fundamento del proceso laboral. Se obliga al juez a que observe el debido proceso y la tutela jurisdiccional, lo cual implica el respeto al derecho de defensa en cualquier etapa del proceso. No obstante, cabe precisar que el principio juega no solo frente al juez que aplica las reglas procesales, sino también, y sobre todo, frente al legislador que las crea.

Para terminar, no está de más señalar que en un proceso que acentúe la oralidad hay que tener en cuenta que el papel del juez como garante del principio de contradicción será fundamental. En un juicio oral, el equilibrio de las garantías de las partes depende de las propias audiencias donde el juez es el único conductor.

4.2.1.2. Manifestaciones en instituciones del derecho procesal laboral

a) Acceso al proceso

Se entiende que la NLPT busca remover todos los obstáculos que puedan tener sobre todo los trabajadores para constituirse en parte de un proceso laboral.

En el proceso laboral se han atenuado algunas obligaciones para acceder al proceso, respecto a lo que ocurre en el proceso civil. Por ejemplo, evita que las condiciones económicas

3 Coincide en la apreciación de los llamados «principios del proceso» (Desdentado 2011: 329).

del trabajador impidan que este demande. El proceso laboral es gratuito cuando el monto de las pretensiones no supera las setenta (70) unidades de referencia procesal (URP), así como cuando las pretensiones son inapreciables en dinero, a diferencia del proceso civil que exige el pago de tasas judiciales para cualquier proceso.

Otro ejemplo. El artículo 16 de la NLPT permite a los trabajadores demandantes, cuyo monto total reclamado no excede de 10 URP, comparecer en el proceso sin abogado. En cambio, cuando el monto es superior a 10 URP y menor a 70 URP, será el juez quien deba decidir si el trabajador comparece con abogado. Esta decisión debe tomarla en atención a las circunstancias puntuales del caso. Aquí, el principio de contradicción debe complementarse necesariamente con el de igualdad.

Es más, la comparecencia al proceso puede plantearla el mismo trabajador cuando defienda intereses propios o individuales; sin embargo, en muchos casos la jornada de trabajo le impedirá acceder a un proceso judicial. En estos supuestos, la NLPT permite a los sindicatos y a sus dirigentes asumir la representación de sus afiliados (artículo 8.2). Esto es importante porque algunos dirigentes sindicales gozan de licencias.

Paralelamente, el juez tiene la obligación de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en favor a la continuidad del proceso (artículo III Título Preliminar). Debe superar los obstáculos formales impeditivos con el fin de que el trabajador acceda al proceso.

b) Derecho de defensa en las audiencias orales

El juez pronuncia sentencia sobre la base de las exposiciones orales de las partes y de sus abogados (artículo 12.1 de la NLPT). Y las grabaciones de estas forman parte del expediente.

Dada la preeminencia de la oralidad en la NLPT, esta norma establece un elenco de reglas de conducta de las partes a efectos de lograr un respeto al derecho de defensa. Por ejemplo, según el artículo 11.a, está prohibido que cualquier persona presente en la audiencia «agravie a otra, interrumpa mientras se hace uso de la palabra, abandone la sala de audiencias o use teléfonos celulares sin permiso del juez». Es decir, el ambiente de la audiencia debe ser propicio para que las partes sustenten sus alegatos y el juez pueda investigar sobre la verdad del asunto en litigio.

En el artículo 11.b también se prohíben las dilaciones injustificadas de las audiencias o la obstrucción de la actuación de pruebas o la alegación de hechos falsos. Estos actos de mala fe procesal se sancionan con multas indicadas en la ley. También se prohíbe que se generen dilaciones que provoquen la suspensión de la audiencia injustificadamente.⁴

Si una de las partes no asiste a la audiencia oral, esta no se suspende; y ello no significa que se afecte el principio de contradicción. Si el demandante no asiste, el demandado puede contestar la demanda y el proceso sigue. No obstante, si habiendo sido notificado legalmente el demandado no asiste, este incurre automáticamente en rebeldía. Se entiende o se supone que la rebeldía es un acto deliberado del demandado, y su efecto es que el proceso sigue sin él. El demandado podrá incorporarse al proceso cuando lo crea conveniente, pero no tendrá la posibilidad de renovar los actos previos. De este modo se protege su derecho de defensa. Eso sí, la rebeldía del demandado no acarrea necesariamente un fallo desfavorable para el rebelde,

⁴ La suspensión de la audiencia solo puede decretarse por orden del juez cuando en la audiencia citada no se hubiera podido agotar la actuación de todos los medios probatorios.

dado que el juez deberá evaluar si el demandante ha sustentado y probado suficientemente sus alegaciones.

c) Notificaciones y utilización de medios electrónicos

El nuevo proceso laboral peruano incorpora la notificación por medios de comunicación electrónicos que permitan conocer fehacientemente su recepción (Casación 2688-2011-La Libertad, publicada el 14 de marzo de 2012). Hoy en día, los interesados solicitan al Poder Judicial la asignación de un domicilio electrónico, cuya contraseña también la otorga dicho poder del Estado para efectos de notificación de actos procesales (primera disposición transitoria de la NLPT).

En defensa del principio de contradicción, se exceptúa de este tipo de notificación a determinados actos procesales que por su importancia deben seguir notificándose por escrito. Tal es el caso de la notificación de la demanda al demandado, así como la notificación de la sentencia. De no cumplirse con estas notificaciones escritas, sobre todo en lo que toca a la notificación de la demanda, se estaría dejando al demandado en estado de indefensión

d) Congruencia y fallo *ultra* y *extra petita*

Se ha señalado que la congruencia es una de las características principales de las sentencias emanadas de procesos civiles. La sentencia que en vía civil resuelve sobre algún punto no demandado o no controvertido es una sentencia destinada a la nulidad. El juez no debería pronunciarse sobre un punto no controvertido porque de hacerlo pondría en situación de indefensión a la parte perjudicada. Supuestamente, debe existir equilibrio entre lo que se pide en la demanda y lo que se otorga en un proceso.

En el proceso laboral, la sentencia también debe fundamentarse, y ello implica escuchar las posturas de ambas partes. Sin embargo, en algunos casos se rompe el principio de contradicción cuando se permite incorporar al fallo extremos no contemplados en la demanda inicial. Los extremos no contemplados en la petición inicial del proceso pueden ser de dos tipos: *a)* pueden referirse al pago de sumas mayores a las demandadas (fallo *ultra petita*) o *b)* pueden pronunciarse sobre materias originalmente no incluidas en la demanda (fallo *extra petita*).

Respecto al fallo *ultra petita*, no existe mayor controversia doctrinal ya que en realidad no se afecta el principio de contradicción. Si se mira bien, el derecho que sustenta el pago de una suma incorrecta ha pasado el tamiz judicial favorablemente. Lo que ocurre es que existe un defecto en la cantidad demandada. Por ejemplo, podemos probar que nos corresponde el pago de remuneración; sin embargo, demandamos el pago de 500 nuevos soles. En este caso, el fallo judicial debe elevar a 750 nuevos soles el pago de la remuneración ya que este es el monto de la remuneración mínima vital (RMV).

Nuestra NLPT es directa en reconocer esta facultad judicial construida sobre la base del principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 26.3 de la Constitución). Así, el artículo 31 señala que «el juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si aparece error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables». Incluso, el mismo artículo admite que «el pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados».

Por su parte, el fallo *extra petita* ha abierto mayor debate. Y es que para muchos este tipo de fallos desaparece el principio de contradicción, lo cual genera un atentado al derecho constitucional de defensa del afectado. Por ejemplo, un trabajador despedido demanda indemnización por despido arbitrario, pago de dos meses de remuneraciones, asignación familiar y gratificaciones, pero omite solicitar el pago de su compensación por tiempo de servicios (CTS). ¿Podría el juez romper el principio de contradicción ya que no es un tema demandado en el proceso y ordenar el pago de la CTS adeudada?

Atendiendo a la naturaleza protectora y al principio de irrenunciabilidad de derechos, creemos que se debe ordenar el pago de la CTS. Eso sí, el juez en la conducción del proceso deberá asegurarse de que el tema se haya debatido y que la deuda efectivamente existe. Con esta precisión, se estaría restableciendo el principio de contradicción.⁵ Es verdad que estos requisitos, por lo demás evidentes, no se encuentran expresamente reconocidos en la NLPT; sin embargo, es posible sustentar la procedencia del fallo *extra petita* desde dos argumentos legales.

Primero, el propio artículo 31 de la NLPT señala que se pueden reconocer cantidades mayores a las solicitadas cuando hay un error de cálculo o *un error en la invocación de las normas aplicables*. Un error en la invocación de las normas aplicables se puede entender tanto como una confusión o una omisión. Ambos supuestos entrarían dentro de lo que podemos entender como una distorsión de la realidad jurídica. En nuestro caso, la omisión en la demanda del beneficio social de CTS no impide que el juez pueda subsanar el error alegando incorrecta invocación de las normas aplicables.

Segundo, el artículo III del Título Preliminar de la NLPT reconoce al juez laboral un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Y a su vez lo obliga a privilegiar el fondo sobre la forma y a aplicar el principio de razonabilidad. Si lo más importante es llegar a la verdad material y a la aplicación imparcial y justa del derecho objetivo, entonces no queda ninguna duda de que el juez puede subsanar una deficiencia en la presentación de la demanda. Eso sí, su actuación será válida si llega a satisfacer las necesidades básicas del principio de contradicción. De lo contrario, si el fallo *extra petita* niega el derecho de defensa, entonces deberá prohibirse.

4.2.2. Igualdad

4.2.2.1. Definición

No es suficiente que el juez escuche a las partes y con ello cumpla con el principio de contradicción; sino que en determinadas circunstancias, para que esta audiencia de posturas sea efectiva, es necesario dotar de «mayores armas» a la parte más débil. La idea es dotar a las partes de igualdad de oportunidades en el proceso una vez que se haya asegurado la participación en el proceso. Por ejemplo, el principio de contradicción impone la condición de que el acceso al proceso sea gratuito para el trabajador; sin embargo, ya dentro del proceso, el trabajador requiere medidas de apoyo para equilibrar su debilidad como una defensa jurídica gratuita por parte del Estado

Este principio juega de manera muy particular en el derecho del trabajo en la medida que la mayor cantidad de veces el trabajador se encuentra en una posición de inferioridad de

⁵ Desde una perspectiva teórica, en el mismo sentido se ha pronunciado Desdentado (2011: 334).

poder respecto de su empleador. Esta posición de desventaja que se traslada al proceso laboral no solo se expresa en los términos económicos, sino también en el manejo de información empresarial. Que las dos partes puedan acceder a la misma documentación e información es una necesidad para alcanzar la correlación de fuerzas en el proceso laboral (Aleman 2008: 53).

El artículo 2.2 de la Constitución ofrece reconocimiento constitucional al principio de igualdad ante la ley. Tanto el legislador, cuando emita normas, como el juez, cuando las aplique, están condicionados a tratar igual a los iguales y distinto a los diferentes. Por esta razón, no está de más que las reglas jurídico-procesales laborales ofrezcan garantías a las partes para que ambas participen en el proceso en igualdad de condiciones. Obviamente, dada la desigualdad de la relación trabajador-empleador, las manifestaciones del principio de igualdad en el proceso laboral son más intensas que en otros procesos como el civil.

Lo que se dice también tiene recepción normativa en la NLPT. «En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real entre las partes [...]» (artículo III del Título Preliminar). La recepción del principio es clara; solo que debemos apuntar que no es un principio únicamente de ámbito judicial, sino que también es sobre todo oponible al legislador procesal. Es interesante notar que en el mismo artículo la propia NLPT, además de reconocer el principio de igualdad en una relación desequilibrada como la laboral, se preocupa de manera puntual por colectivos de trabajadores en los que el nivel de marginación es más acentuado: madre gestante, discapacitados y menor de edad. Esto no quiere decir que el derecho del trabajo toma partido por los alegatos de la parte más débil, puesto que ello implicaría crear fallos a ciegas y sin sustento técnico. En estos casos, el verdadero perfil de la igualdad debemos entenderlo en el sentido de crear normas desiguales para igualar la correlación de fuerzas sin llegar a admitir necesariamente como válida su pretensión procesal.

4.2.2.2. Manifestaciones del principio de igualdad en el proceso laboral peruano

a) Asistencia jurídica gratuita

La igualdad de armas en el proceso laboral encuentra su principal traducción en la capacidad de ambas partes de contar con una asesoría legal adecuada. Para paliar las eventuales insuficiencias en este aspecto, el Estado peruano reconoce el derecho de los trabajadores de bajos recursos a gozar de una asesoría jurídica gratuita.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cuenta con un servicio jurídico gratuito. Según el artículo 65 del Reglamento del Decreto Legislativo 910, deben confluir dos requisitos en las personas que requieran la asesoría jurídica gratuita: a) La última remuneración recibida no puede superar las 2 RMV (es decir, S/. 1500 nuevos soles) y b) El total de la pretensión, sin intereses, no debe exceder de 70 URP. Es decir, se centraliza el beneficio solo en los trabajadores de menores recursos con pretensiones económicas de cuantía baja.

Adicionalmente, la madre trabajadora, el menor de edad y el discapacitado tienen derecho a la defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia (artículo 10 de la NLPT).

b) Utilización de los indicios y presunciones como sucedáneos de los medios probatorios

Se ha señalado, usualmente, que en el derecho procesal laboral opera una inversión de la carga de la prueba. Es decir, el trabajador simplemente alega, sin necesidad de probar nada, y es el empleador el obligado a desvirtuar los alegatos del trabajador. Sin duda, con una medida como esta se trata de superar el desequilibrio procesal entre trabajador y empleador, y toda la prueba recae sobre el empleador.

Sin embargo, una medida de este tipo sería contraria a la igualdad de armas que debe existir en un proceso laboral, pues sería irrazonable «sobrecargar» toda la prueba en la cabeza del empleador. Hoy en día, el proceso laboral moderno se adscribe a la técnica de corrección, o si se quiere modulación, de la regla general de distribución de la carga de la prueba. Dicho de otra forma, siguiendo la fórmula del proceso civil, tanto el empleador como el trabajador están obligados a ofrecer medios de prueba al proceso para el esclarecimiento del caso; no obstante, el legislador distribuye los «pesos probatorios» con magnitudes distintas. La acción del legislador supone decidir qué corresponde probar a cada parte, para que luego el juez pueda emitir un fallo desfavorable a quien debía probar y no lo hizo. Aunque el principio de distribución y comunidad de la prueba señala que tanto el empleador y el trabajador son responsables de aportar las pruebas que aclaren el proceso, tampoco podemos quitarle al juez la posibilidad de terminar el proceso fallando en contra de la parte gravada con la prueba. De lo contrario, «si no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes» (Devis 1984: 450).

En esta teoría moderna de la carga probatoria no se puede decir que a la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba, puesto que ello incumbe a las dos partes, sino que debe decirse que es mejor que pruebe para evitar un fallo en su contra.⁶ Ahora bien, ¿y qué dice nuestro legislador procesal sobre quién tiene la carga probatoria en el proceso laboral? El artículo 23.1 señala de manera rotunda: «la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». Es decir, incumbe la prueba a quien afirma y no a quien niega. De esta forma, si el trabajador demanda y alega hechos, deberá probarlos si no quiere verse perjudicado por una sentencia contraria a sus intereses.

Hasta aquí, la regla de juicio que contiene la carga de la prueba no se diferencia en nada de la que juega en el ámbito procesal civil. No obstante, la distinción fundamental está en la flexibilidad o relajo de la prueba cuando corresponde al trabajador. De esa manera se concreta el principio de igualdad en el proceso laboral. Incluso, en situaciones muy especiales, algunos han venido a sumar los llamados mecanismos de «facilitación» o «aligeramiento» de la prueba, como en el caso de las demandas por violación de derechos constitucionales.

En la relación general trabajador-empleador opera una importante presunción que trae el artículo 23.2 de la NLPT. «Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario». Esta es una presunción que prácticamente impone un deber mínimo de prueba al trabajador, y es el empleador el que debe desvirtuar la presunción de laboralidad y de indeterminación del contrato.

⁶ Sobre el problema de la distribución de la carga de la prueba, véase Paredes (1997: 189 ss.).

Finalmente, existen reglas de facilitación probatoria en los casos de comportamientos empresariales lesivos a un derecho fundamental. Se permite que el juez, a partir de los indicios aportados por el trabajador, traslade la carga de la prueba al empleador (Casación 2610-2011-La Libertad, publicada el 14 de marzo de 2012). De esta manera, una vez trasladada la carga de la prueba, será el empleador el urgido de probar cualquier hecho que desvirtúe la prueba del indicio. Y si no llega a desvirtuarlo, caerá sobre el empleador un fallo desfavorable. En este sentido, el artículo 23.5 señala lo siguiente: «En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su razonabilidad». Hay que destacar la importancia de estos mecanismos de facilitación en la prueba de comportamientos discriminatorios o antisindicales, ya que por la naturaleza de estos comportamientos es muy difícil que puedan probarse de manera fehaciente en todos sus hechos.⁷

4.3. Principio relativo al poder de disposición de las partes

La decisión de presentar o no una demanda en defensa de sus derechos objetivos es una decisión que solo incumbe a las partes; sería el enunciado que permita graficar el principio dispositivo. Este principio, de más está decirlo, goza de recepción sobre todo en el proceso civil. Entre tanto, cuando la decisión de presentar la demanda no descansa sobre las partes, sino en un órgano distinto como el Ministerio Público en materia penal, estamos ante un proceso inspirado en el principio acusatorio.

Nótese que el principio dispositivo y el acusatorio son dos principios contrapuestos. Y su utilización responde a necesidades muy distintas. El ordenamiento opta por el principio dispositivo cuando el bien jurídico afectado tiene relevancia sobre todo para una de las partes. En este caso, nadie puede obligar a la parte afectada a iniciar una demanda si es que no quiere. No obstante, en los delitos penales opera una lógica distinta. Dado que los delitos afectan a la sociedad en su conjunto, entonces los delitos no pueden dejar de denunciarse. De esta manera, la decisión de iniciar el proceso judicial no puede quedar en manos de la parte afectada. Por ejemplo, frente a un homicidio, el Ministerio Público investiga con ayuda de la Policía, y si encuentra posibles involucrados en el delito el fiscal, los incluye en su denuncia ante el juez.⁸

Ahora bien, ambos principios no juegan solo al momento de presentar o no la demanda, sino también al momento de continuar o desistirse de la pretensión concreta. En el principio dispositivo, las partes pueden concluir el proceso antes de que se emita la sentencia (allanamiento, renuncia, transacción, desistimiento, etcétera). En el principio acusatorio, las partes no tienen poder para terminar el proceso antes de la sentencia (Gimeno 1981: 188).

En este contexto, es sabido que los sistemas procesales no son puros. En el caso del proceso laboral peruano, la NLPT mezcla dichos principios, y es el principio dispositivo el que destaca. Ahora bien, la instauración de un modelo procesal preeminentemente dispositivo es una decisión político-organizativa del ordenamiento cuya raíz la encontramos en una valoración del legislador

7 Sobre la dificultad probatoria de los comportamientos inconstitucionales, véase Arce (2006: 118).

8 Una distinción de los rasgos constitutivos tanto del principio dispositivo como del acusatorio puede verse en Gimeno (1981: 187 ss.).

de los bienes jurídicos afectados. Si el legislador considera que las reivindicaciones individuales que se derivan de un contrato de trabajo deben quedar en el ámbito de la relación trabajador y empleador, estaremos en una aplicación del principio dispositivo. Sin embargo, desde el momento que el legislador considere que algunos bienes jurídicos deben o pueden ser tutelados por sujetos o entidades distintas al trabajador individual, ya habrá cierta toma de postura por el principio acusatorio (en la medida que niega la disposición del titular del derecho).

Digamos que, en primer lugar, cuando se discuten derechos individuales de los trabajadores, el trabajador individual será el titular del derecho, así como de la acción y, por ende, decidirá demandar o no a su empleador. En este contexto, el sindicato solo podrá actuar como representante de los trabajadores en acciones de naturaleza individual cuando sus afiliados así lo quieran (artículo 8.3 de la NLPT), por lo que en realidad el sindicato no se constituye en parte y deberá abandonar el proceso cuando se revoque dicho poder. Esta representación que puede asumir el sindicato es la prueba de que el titular del derecho de acción procesal es el trabajador individual. Asimismo, la propia NLPT le permite solo al titular del derecho, esto es, al trabajador individual, concluir el proceso por allanamiento, conciliación, transacción, desistimiento o abandono (artículo 30 de la NLPT).

En segundo lugar, cuando se discuten derechos colectivos, el titular del derecho será el sindicato. Y el titular del derecho de acción también lo será el sindicato. De este modo, será el sindicato el que decida si demanda o no a su empleador y si quiere terminar el proceso laboral por las formas especiales de terminación del proceso enunciadas en el artículo 30 de la NLPT.

Nadie puede negar que, en estos dos casos, el legislador procesal laboral ha optado por seguir la ruta del principio dispositivo. Sin embargo, no puede pasar inadvertido el hecho de que, en algunos pasajes de la NLPT, el legislador ha incluido rasgos claros del principio acusatorio. El legislador, en ciertos casos de afectación de derechos fundamentales, ha optado por legitimar a otros sujetos o entidades, distintos al trabajador individual o a su sindicato, para que se constituyan en parte en dichos procesos. Lo que sucede es que al incorporar un nuevo sujeto como parte en el proceso, se le está quitando la discreción a las partes para que puedan presentar o no la demanda o para que concluyan el proceso antes de la sentencia.

Estos ejemplos los tenemos en el artículo 9 de la NLPT. Cuando se afecten el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o cuando se quebranten las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil, pueden demandar, además de los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público. De esta forma, si la Defensoría del Pueblo conoce de algún problema de discriminación en el acceso al empleo, entonces deberá demandar por fuerza y no podrá terminar el proceso antes de la sentencia. Igual consideración ha tenido el legislador respecto a las violaciones de la libertad sindical, negociación colectiva, huelga y seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso el sindicato o los representantes de los trabajadores se incorporan como parte al proceso.

Finalmente, aunque no sea un rasgo propio del principio acusatorio, sí supone un debilitamiento del principio dispositivo. El artículo 17 de la NLPT señala que «excepcionalmente, en el caso que la improcedencia de la demanda sea notoria, el juez la rechaza de plano en resolución fundamentada». Entendemos que si concurre una causal de improcedencia del artículo 427 del Código Procesal Civil, la declaración de improcedencia será automática. El problema viene cuando se quiere aplicar la causal 5 que permite declarar improcedente una demanda donde no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio. El rechazar de plano

una demanda por falta de fundamentación de esta es un tema muy delicado que debiera restringirse mucho con el fin de salvaguardar el derecho de tutela jurisdiccional. Solo las partes deberían desistirse de presentar una demanda laboral, con lo cual cualquier acción del juez destinado a truncar este derecho está afectando lógicamente el principio dispositivo.

4.4. Principio de intervención judicial en el desarrollo e impulso del proceso. Aporte de hechos y prueba de estos

La preeminencia del principio dispositivo en el proceso laboral, así como en el civil, no obsta para reconocer que el juez tiene un conjunto de facultades de intervención que lo convierten en director e impulsor del proceso laboral.

La intervención del juez se mide en la libertad que tiene para formar el material fáctico o procesal. Está claro que las partes de la relación laboral son quienes en primera instancia aportan los hechos y también las pruebas sobre estos hechos.⁹ Sin embargo, aunque la NLPT deja el aporte de los hechos al proceso solo a las partes, esta misma norma otorga al juez capacidades especiales de investigación para la acreditación de los hechos.¹⁰

El legislador laboral otra vez toma opción político-organizativa inclinando la balanza hacia un reforzamiento de las facultades judiciales en la formación del material fáctico. Es decir, admite el aporte de las partes con un fuerte sesgo de principio inquisitivo (juez protagonista). De hecho, en el proceso laboral se busca alcanzar la verdad con una dinámica más activa del juzgador. Así como la oralidad, en tanto rasgo fundamental de la NLPT, también ayuda a este protagonismo judicial.

Sin ánimo exhaustivo, podemos agrupar las facultades de investigación que la NLPT reconoce al juez en cinco puntos:

- a) Queda claro que el juez puede ordenar la práctica de una prueba adicional a las presentadas por la parte que alega el hecho (artículo 22 de la NLPT). Esta es una facultad sumamente importante para el juez y que revela su rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Sin embargo, y aunque no quede tan claro de la literalidad de la norma, también creemos que el juez puede incorporar nuevos hechos vía el interrogatorio que realiza a las partes en las audiencias orales. Es verdad que alguien puede decir que no es incorporación del juez, sino de las partes que participan en el interrogatorio; pero lo que también es verdad es que si el juez no es incisivo en el interrogatorio, tampoco se podría pensar en una extensión de los hechos.
- b) El artículo 24 de la NLPT señala que el juez dirige los interrogatorios de las partes, los testigos, los peritos y otros de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo ni fórmula preconstituida. Esto otorga al juez una libertad plena para investigar los hechos fundamentales del caso.
- c) El juez puede admitir o rechazar en el momento de la audiencia los medios probatorios presentados por una parte cuando estos son impertinentes o irrelevantes para el caso

9 El principio de aportación de parte revela la preeminencia de la actuación de las partes sobre el juez. Ello, no obstante, no impide que el legislador reconozca la función de investigación al juez (Desdentado 2011: 335).

10 Un interesante análisis del juego del principio dispositivo con el inquisitivo se puede ver en Toledo (2012: 325-331).

(artículo 21 de la NLPT). Además, el juez puede corroborar la legitimidad de los hechos y sus medios probatorios a través de una inspección judicial.

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso (sobre todo cuando se obstaculiza la actividad probatoria) (artículo 29 de la NLPT).

Solo el juez puede ordenar de oficio la exhibición de planillas y la actuación de peritos en el proceso (artículos 27 y 28 de la NLPT).

Sobre el particular, es importante resaltar dos puntos. En primer lugar, que es deseable que los jueces utilicen todas estas facultades que les otorga la ley con el fin de que su actuación sea más eficaz. En segundo lugar, que el juez mida su participación en el proceso para que se eviten derivaciones en procesos laborales autoritarios. El uso de sus facultades inquisitivas debe ir de la mano del respeto del principio de contradicción y de igualdad de las partes.

5. Postulados organizativos del procedimiento laboral

Como ya se mencionó, el derecho procesal tiene postulados organizativos que muchas veces también se confunden con principios. No son fundamentos para el comportamiento de las partes o del juez, como los principios ya desarrollados, sino pautas que deberían inspirar la realización de los procedimientos. Son pautas formales de cómo deben llevarse a cabo las actuaciones procesales para que los procedimientos sean más efectivos, seguros y/o rápidos. Como señala Paredes, «todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento» (1997: 103).

La Nueva Ley Procesal del Trabajo ha recogido en el artículo I del Título Preliminar bajo el nombre de principios del proceso laboral lo que en realidad la doctrina mayoritaria reconoce como principios o postulados del procedimiento laboral. En consecuencia, el procedimiento laboral se inspira, entre otros, en los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Estos postulados organizativos del procedimiento inspiran sobre todo al juez que es el director del proceso. En algún caso, muy puntual por cierto, el legislador ha creado normas que los contienen (caso de la oralidad en las audiencias) a efectos de que el juez cumpla el mandato bajo determinados parámetros, pero en la mayoría de casos es el propio juez quien va dirigiendo el procedimiento o el día a día procesal en orden a estos postulados organizativos.

Por lo demás, como es fácil deducir, los postulados organizativos son los mismos en las distintas áreas del derecho procesal, ya que siempre toda legislación busca que el trámite de las actuaciones procesales sea eficaz, seguro y rápido.¹¹ En consecuencia, a diferencia de los principios del derecho procesal laboral, los postulados organizativos cambian muy poco del derecho procesal civil al laboral. Por esta razón, simplemente los vamos a mencionar en esta oportunidad.

¹¹ La jurisprudencia de la Corte Suprema peruana ha venido a poner énfasis en este aspecto práctico cuando ha señalado que «los jueces laborales deben romper el paradigma de procesos ineficaces, de excesiva formalidad, dando prevalencia a una tutela jurisdiccional realmente efectiva, apostando por una nueva dinámica contenida en la Ley laboral en comento, en resguardo de la protección de los derechos fundamentales de los justiciables» (Primer considerando Sentencia Corte Suprema recaída en el Expediente 4791-2011-Moquegua, publicada el 1 de junio de 2012).

a) Inmediación

Los trámites de las actuaciones procesales deben ser inmediatos. Y ello supone que el juez es el único que debe dirigir y conocer todos los actos procesales. Debe estar presente en las audiencias y en la actuación de pruebas si luego quiere pronunciar sentencia. Nuestra NLPT es muy clara en que el juez no puede delegar en otras personas la dirección en las audiencias y en la actuación de pruebas (artículo 24). Además, en aplicación supletoria del artículo 202 del Código Procesal Civil, «la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad».

Adicionalmente, este postulado organizativo exige que la valoración de la prueba sea inmediata en términos temporales. Esto es, que una vez actuada la prueba el juez sentencie en el menor plazo posible. Ello evitará olvidos o las impresiones que generaron las audiencias (Pasco 1997: 100).

b) Oralidad

Cuando nuestra NLPT admite la oralidad como un postulado organizativo de los trámites del procedimiento, no debemos entender que se ha proscrito la escritura. No puede existir un proceso completamente oral sin poner en riesgo algunos principios como el de contradicción o igualdad de armas entre las partes. Por eso, podemos decir que las «formas de los actos procesales» son predominantemente orales.

La oralidad potencia otros postulados organizativos del procedimiento, como la inmediación o la celeridad, sin perder eficacia y la imparcialidad en el resultado final. La escritura usualmente vuelve más lentos los trámites y aleja muchas veces al juzgador de los actos procesales. El diálogo y la relación frontal del juez con las partes ayudan a desentrañar misterios que los papeles a veces esconden.¹²

c) Concentración

Este es otro postulado organizativo de carácter formal, pues los trámites procesales deben evitar la dispersión. Por eso, las actuaciones procesales tienen su debido momento y no pueden incorporarse incidentes con posterioridad. Por ejemplo, los medios probatorios solo pueden ofrecerse al momento de presentar la demanda o al momento de contestar esta, salvo que de manera excepcional se refieran a hechos posteriores y previos a la actuación de pruebas (artículo 21 de la NLPT). Es decir, no se pueden presentar medios de prueba con posterioridad a la audiencia donde se actúan los medios probatorios.

Este postulado busca evitar que el procedimiento regrese a la actuación de pruebas continuamente y que se dilate tanto que al final no cumpla su rol eficaz. También se ha dicho que «la concentración del contenido del proceso se obtiene a través de la preclusión, entendida esta como el anclaje de cada uno de los actos del proceso con el fin de impedir el regreso a etapas o momentos ya extinguidos o consumados» (Aleman 2008: 142).

¹² Para un comentario al artículo 12 de la NLPT, véase Toledo (2012: 350).

Finalmente, además de la preclusión, la concentración busca diferir cualquier incidente a su solución en la sentencia final, ya que de lo contrario se estaría paralizando el procedimiento. El juez decide qué incidente puede solucionar en su sentencia o cuál amerita un pronunciamiento previo.

d) Celeridad

Este postulado organizativo del procedimiento indica que los trámites procesales deben realizarse con rapidez (Chocrón 2001: 26). Eso sí, la rapidez no puede ir en detrimento del comportamiento diligente. El juez atiende este postulado cuando cumple con los términos o plazos dispuestos en la norma procesal.

La celeridad se ve potenciada por la oralidad.

e) Economía procesal

Los actos procesales deben ser los menos posibles para llegar al fin del procedimiento. El juez no puede, por ejemplo, aceptar hechos, y menos aún medios probatorios, impertinentes o irrelevantes para la causa. En estos casos deberá descartarlos.

También destaca en la NLPT la declaración de improcedencia de la reconvencción (artículo 19). Como en la mayoría de los procesos laborales, será el empleador el que formule la reconvencción; entendemos que alguien puede pensar que se produce una lesión al principio de contradicción. En realidad, no. Y ello, porque el empleador tiene todo el derecho de contradecir la demanda del trabajador. Sin embargo, nos parece que el legislador busca eliminar actos procesales con el fin de que el litigio no se extienda tanto. Igualmente, el empleador podrá presentar su demanda, pero en un proceso distinto (en una relación jurídico-procesal distinta).

f) Veracidad

Proyectando una interpretación sistemática del principio de veracidad en este artículo, debemos asignar a la veracidad un significado relacionado con el trámite del procedimiento. No cabe asemejarlo al fin del proceso laboral, ya que este concepto apunta a una concepción ontológica.

Las partes deben aportar hechos veraces y abstenerse de aportar hechos falsos o simulados. La veracidad también debe aplicarse a medios probatorios existentes. No pueden fabricarse pruebas o alegar medios de prueba inexistentes. El principio de veracidad impone un actuar de buena fe de las partes.

Ahora bien, como requisito necesario para la imparcialidad y dado que también puede ordenar la práctica de pruebas de oficio, el juez también está ligado al cumplimiento de este deber de buena fe.¹³

¹³ «El juez laboral cuenta con amplias facultades para escudriñar las afirmaciones expuestas por las partes procesales y alcanzar la verdad real» (Vinatea y Toyama 2010: 31).

6. Principios de interpretación en la actividad judicial: pro operario, primacia de la realidad e irrenunciabilidad

Cuando el juez busca perfilar su razonamiento judicial a efectos de analizar si el hecho probado encaja o no en el supuesto de la norma jurídica (regla), realiza la actividad conocida como subsunción.¹⁴ Los hechos no siempre coinciden simétricamente con los tipos legales, por lo que el juez está obligado a interpretar tanto las normas como los hechos. En estos casos, el juez no aplica principios procesales en estricto, sino principios de interpretación a los que acuden también los abogados o la doctrina. Por esta razón, solo vamos a enunciar algunos de estos principios a sabiendas de que no son objeto de nuestro estudio.

Lógicamente, esta actividad judicial está premunida de determinados principios que nada tienen que ver con el proceso ni el procedimiento. En primer lugar, interpretan normas o hechos sin entrar a abordar la relación jurídico-procesal que existe entre las partes y el juez (proceso). En segundo lugar, interpretan normas o hechos sin regular los trámites de la actividad procesal (procedimiento).

Cuando un juez tiene que interpretar si una norma se ajusta a un hecho, la doctrina laboralista ha proveído al juez de distintos principios que actúan bajo la forma de criterios de interpretación. Estos principios tienen, además, reconocimiento constitucional.

a) Sobre la interpretación de normas

Los textos oscuros o ambiguos de las normas jurídicas requieren someterse a un proceso de aclaración de su significado. Este proceso se puede llevar a cabo a través de los llamados «métodos de interpretación»: literal, lógico, sistemático, histórico, sociológico, etcétera. Sin embargo, como quiera que dichos métodos pueden arrojar conclusiones distintas, el derecho del trabajo le permite al juez optar por la interpretación más favorable o que beneficia al trabajador. Así, el artículo 26.3 de la Constitución señala que en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma se interpreta lo que sea más favorable para el trabajador.

Por otra parte, cuando las normas jurídicas reconocen un derecho laboral lo pueden hacer de modo dispositivo o de modo imperativo. Esta es una interpretación básica que debe hacer el juez para aplicar el principio de irrenunciabilidad. Si el derecho proviene de una norma dispositiva, no se aplicará el principio de irrenunciabilidad, y cualquier acto de disposición de un trabajador será un acto válido. En cambio, si el derecho proviene de una norma imperativa, se aplicará el principio de irrenunciabilidad, y el acto de disposición de un trabajador será un acto inválido.

El principio de irrenunciabilidad recogido por el artículo 26.2 de la Constitución solo se aplica a derechos reconocidos en la Constitución y la ley de forma imperativa.

b) Sobre la interpretación de hechos

Ahora bien, puede darse el caso de que la norma sea clara y el juez no tenga problemas para determinar si la norma es imperativa o no; no obstante, existe una discordancia entre lo que las

¹⁴ Sobre el concepto de subsunción, véase De Otto (1988: 287).

partes afirman en un documento y lo que sucede directamente en la realidad. Si se sigue lo que dicen los documentos, se aplica la norma 1; en cambio, si se sigue lo que sucede en la realidad, se aplica la norma 2 (Neves 2009: 42).

Según el principio de primacía de la realidad, el juez debe preferir la aplicación de la norma 2. Y ello, porque el hecho ocurrido en la realidad se identifica con el supuesto de la norma 2.

7. Conclusiones

- a) Los principios generales del derecho procesal del trabajo contienen un fin que le otorga unidad al ordenamiento jurídico procesal («que prime la verdad real sobre la formal»), principios que inspiran el proceso laboral («contradicción, igualdad de armas, dispositivo e inquisitivo») y postulados organizativos del procedimiento laboral («inmediación, oralidad, concentración, etcétera»).
- b) El proceso laboral ha de entenderse como una relación jurídica o, lo que es lo mismo, como un conjunto de vinculaciones jurídicas existentes entre las personas que en él participan (demandante, demandado y juez). Por procedimiento debemos entender la concreción misma de las actuaciones procesales, es decir, el día a día de la actividad judicial. Tanto el proceso laboral como el procedimiento se orientan en función a principios o postulados organizativos, respectivamente.
- c) Los principios del proceso podemos dividirlos en principios de la estructura del proceso (contradicción e igualdad de armas), principio relativo al poder de disposición de la acción por parte del demandante o demandado (dispositivo o acusatorio) y principio de intervención judicial (inquisitivo).
- d) Los principios del proceso tienen manifestaciones específicas cuando se trata de procesos laborales.
- e) Los principios del procedimiento, denominados «postulados organizativos del procedimiento», son directrices que buscan que las actuaciones procesales sean efectivas, rápidas y seguras (celeridad, intermediación, concentración, veracidad, etcétera).

8. Bibliografía

ALEMAN, Jaime

2008 *Estructura del proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores.

ARCE, Elmer

2006 *El despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Ara Editores.

ÁVALOS, Oxal y Leopoldo GAMARRA (coordinadores)

2008 *Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Jurista Editores.

- BAYLOS, Antonio y otros
1995 *Instituciones de derecho procesal laboral*. Madrid: Trotta.
- CHOCRÓN, Ana María
2001 *Lecciones de derecho procesal laboral*. Murcia: Laborum.
- DE OTTO, Ignacio
1988 *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- DESDENTADO, Aurelio
2011 «De los principios del proceso y de los deberes procesales». En MONEREO, José Luis (director). *El nuevo proceso laboral*. Granada: Comares.
- DEVIS, Hernando
1984 *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- DWORKIN, Ronald
1995 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- GIMENO, Vicente
1981 *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ, Francisco
2010 *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Editorial San Marcos.
- NEVES, Javier
2008 *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PAREDES, Paúl
1995 *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. Lima: Ara Editores.
- PASCO, Mario
1995 *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. Segunda edición. Lima: AELE.
- PRIORI, Giovanni (coordinador)
2008 *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Ara Editores.
- TOLEDO, Omar
2011 «Los principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo». En *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Primera edición oficial. Lima: Editora Perú.
- VINATEA, Luis y Jorge TOYAMA
2010 *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ZAGREBELSKY, Gustavo
1995 *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

COMENTARIOS

Luis Vinatea Recoba

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo elaborado por el profesor Elmer Arce plantea una cuestión interesante para el derecho procesal laboral: la necesidad de separar «los postulados organizativos del procedimiento de los principios que estructuran el proceso y regulan el comportamiento de las partes en el proceso». La razón principal se funda en el hecho que los denominados postulados, a diferencia de los principios, no permitirían hacer un juicio sobre las reglas a las que se sujeta el proceso.

Para materializar la separación antes mencionada, el autor propone, por un lado, señalar los principios estructurales del proceso desde la perspectiva de la teoría relacionista del proceso y centrar la atención en la relación entre las partes y el juez dentro del proceso y sujetarlas a los principios de contradicción, igualdad, poder de disposición de las partes y principio de intervención judicial en el desarrollo e impulso del proceso, aporte de hechos y prueba de estos. Por otro lado, el autor propone analizar los postulados organizativos del procedimiento que inspiran los trámites de los actos procesales de acuerdo con el papel funcional que juegan en el propio proceso, al ser el procedimiento la vía de desarrollo formal del proceso.

La primera cuestión que resaltar en el trabajo del profesor Arce es que, efectivamente, pone orden donde no lo ha habido. La segunda es que agrega profundidad en la revisión de los principios estructurales del proceso al señalar que son comunes a todo proceso. Así, establece la relación del principio de contradicción con las reglas de acceso al proceso laboral; con el ejercicio del derecho de defensa en las audiencias; con la notificación de los actos procesales y las excepciones al principio contradictorio, concretamente en materia de pronunciamientos *ultra* y *extra petita*. Del mismo modo, y siempre en relación con la profundización de los principios de estructura del proceso, establece la relación entre el principio de igualdad y manifestaciones contenidas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo como el derecho a la asistencia jurídica gratuita y la utilización de indicios y presunciones como forma de facilitación probatoria, tan necesaria en casos en los que la carga de la prueba (para el trabajador, principalmente) es difícil de soportar. Finalmente y siempre en relación con los principios estructurales del proceso, establece la relación entre el poder de disposición de las partes en el proceso y el papel o rol del juez en este; en este caso, en materia de impulso, aporte de hechos y prueba de estos.

El ejercicio realizado permite apreciar que lo que debe calificarse como principios del proceso no atañe a las características del procedimiento, sino a la conducta de las partes que intervienen en él y a los requisitos (presentados igualmente como principios) necesarios para «estructurar procesos imparciales y justos».

La tercera tarea emprendida por el profesor Arce y que es un complemento de la anterior tiene que ver con los postulados organizativos del proceso, los que define como «pautas que deberían inspirar la realización de los procedimientos». A diferencia de los principios

estructurales del proceso, que se tratan de manera más profunda, hace una referencia rápida de los postulados del proceso, en la medida que tales postulados son similares a los que inspiran al proceso civil y, por tanto, no resulta necesario profundizar en ellos.

Finalmente, en la investigación se alude a los principios de interpretación en la actividad judicial, que son principios que no están relacionados ni con el proceso ni con el procedimiento, pero que además de tener recepción constitucional suelen darle al proceso laboral un matiz particular, lo cual el autor destaca correctamente.

Hecho el repaso de la tarea emprendida en la investigación, vale la pena llamar la atención sobre algo que está presente en esta: la idea de que más allá de ciertos matices normativos (no a nivel de principios), tanto para el proceso laboral como para el civil, los principios de estructura y los postulados organizativos del procedimiento son esencialmente los mismos. Ello, precisamente, confirma la posición del autor en el sentido que el desorden y la confusión de conceptos han sido la característica del tratamiento de esta materia en la doctrina nacional laboral (y hasta en la regulación procesal misma). El valor de la investigación radica en esto y en lo personal; confesamos que en el tratamiento de esta materia no habíamos hecho antes una distinción como la propuesta por el autor.

Por aquello que demuestra el profesor Arce es que hablar de autonomía del derecho procesal del trabajo o de principios propios de este es un ejercicio inútil y equivocado. Lo mismo debe decirse de los postulados organizativos del proceso laboral, pues estos no son propios ni están reservados al proceso laboral. Sin embargo, hay algo que no puede dejarse de lado y que podría complementar el trabajo de investigación bajo comentario. Me refiero a que los postulados organizativos del nuevo proceso laboral funcionan de manera distinta a como funcionan en un proceso escrito, dado que el primero es esencialmente oral. Y probablemente aquí haya una veta por explorar porque, al menos en nuestra opinión, tal diferencia de funcionamiento le da a los postulados organizativos una relevancia tal que, en algunos casos, se convierten en la forma de materializar o hacer efectivos los principios estructurales del proceso.

Nos explicamos. En la medida que los principios del proceso se refieren a conductas, estas tendrán relevancia en tanto se puedan ejercer de modo efectivo, y creemos que en el proceso oral los postulados no pueden ser pautas formales de cómo deben llevarse los procedimientos, sino formas naturales de ejercer derechos fundamentales dentro del proceso. Así, en un proceso por audiencias, de estructura evidentemente concentrada, el que no se permita, por ejemplo, hacer uso de la oralidad en la actuación de la prueba (por ejemplo «oralizar» la prueba documental o interrogar al perito que elaboró una pericia) afecta el derecho a probar y por extensión el derecho de defensa. Debe tenerse presente que en este caso la concentración (típica del proceso por audiencias) convierte a la audiencia de juzgamiento en «la única oportunidad para producir certeza sobre la ocurrencia de un hecho» y la oralidad es la forma natural de lograrlo en esa audiencia, de modo que si se limita o impide la oralidad es posible que no se pueda probar un hecho. Para ponerlo en términos más crudos, un proceso de carácter escrito podría cumplir sus fines sin o con manifestaciones mínimas de intermediación u oralidad. Pero un proceso oral no podría cumplir sus fines sin oralidad ni intermediación.

En este punto dejamos claro que no es que pensemos que el proceso escrito por sí mismo no sirva para esto. Lo que creemos es que el proceso escrito requiere de unas condiciones que lamentablemente no tiene en el Perú¹ y que hacen que en muchos casos los principios

¹ Los procesos arbitrales, a pesar de ser predominantemente escritos, discurren en contextos en los que el proceso judicial no discurre. Y en ellos sí puede ser posible apreciar con mayor nitidez las pautas de cómo deben llevarse a

de estructura se vean seriamente afectados al punto que, en algunos casos, sea difícil hablar de tutela judicial efectiva, entre otras razones, por el solo efecto de la duración excesiva de un proceso.

Y es que en el proceso escrito —sujeto a los condicionamientos que todos conocemos— la inmediación, la oralidad, la concentración, la celeridad y la veracidad son, en términos reales, entelequias o por lo menos aspiraciones. No digo que un proceso escrito no se inspire en estos postulados; lo que digo es que en muchos casos tales postulados ni siquiera están presentes o lo están de un modo tan poco relevante que tornan intrascendente el postulado (piénsese en la intermediación en el marco de la efectiva realización del proceso regulado por la Ley 26636). Es más, en algunos casos creemos que la posibilidad de separar los postulados organizativos de los principios de manera tan clara se debe justamente a que el proceso escrito (y especialmente las características que lo rodean: carga procesal, lentitud, problemas estructurales de diseño y hasta falta de recursos) no expresa adecuadamente esos postulados, lo cual hace necesario recurrir permanentemente a los principios para solucionar problemas que no deberían presentarse de cumplirse aquellos. Así, por ejemplo, es frecuente acudir al principio de intervención e impulso del proceso para introducir de oficio pruebas que permitan acreditar hechos que el juez pudo haber advertido si hubiera hecho uso de la intermediación.²

Nos parece, si se nos permite una sugerencia, que el propósito de orden propuesto por el profesor Arce invita a una reflexión acerca de los principios estructurales del proceso, lo cual sí se ha hecho, pero también a una reflexión acerca del papel de los postulados organizativos del proceso en la materialización de los principios estructurales de este. Porque la sensación que nos queda es que, dependiendo de la estructura del proceso, la recurrencia a los principios será mayor o menor, bien para solucionar conflictos y ponderar principios, bien para servir de guía al juez para conducir su actuación en aquellas situaciones no previstas en las normas (que son muchas, en el caso del proceso por audiencias, dado el carácter informal del proceso). Así, en un caso, la mayor recurrencia para solucionar conflictos y la menor para suplir vacíos desnudará las falencias de un tipo de proceso y, en el otro caso, la menor recurrencia para solucionar conflictos y la mayor para suplir vacíos evidenciarán el alineamiento de este con los principios estructurales del proceso. Pero, además de ello, la menor recurrencia para solucionar conflictos o la mayor para suplir vacíos evidenciaría que el procedimiento se ha diseñado de modo que concrete los principios mencionados no solo a través de las reglas que él contiene (algunas de ellas explicadas por el profesor Arce), sino mediante la actuación del juez en el proceso y durante la audiencia, asunto de la mayor importancia debido a que la NLPT deja en el juez la definición de muchas situaciones en las que la norma difícilmente podría prever soluciones (por ejemplo, la decisión de si una excepción se resuelve en la misma audiencia antes o con la emisión de la sentencia).

En este punto vale la pena destacar que la reflexión sobre los postulados organizativos del proceso puede llevar a comprobar que estos, a pesar de lo dicho y del orden propuesto por el profesor Arce, sí pueden actuar como principios de ordenamiento del propio procedimiento.

cabo las actuaciones arbitrales. Lo mismo ocurre en un juzgado sin carga procesal. Pero cuando las circunstancias ajenas al proceso presionan a este, el juzgador tiende a prescindir de cuestiones esenciales como la intermediación, la concentración y la oralidad. En un proceso oral, el juzgador está condicionado por el modelo y no puede prescindir de ninguna de esas características.

2. Que en muchos casos no se usa no porque el juez no quiera, sino porque no dispone del tiempo para hacerlo debido a las condiciones en las que debe administrar justicia (haciendo uso del proceso escrito).

Y es que, como dijimos, en un proceso por audiencias el juez debe cuidar que este sirva no solo a la imparcialidad y la justicia, sino que sirva para los fines para los que fue diseñado. De este modo, por ejemplo, si bien en uso de los principios estructurales del proceso nada obsta para que el juez pueda ordenar una prueba de oficio,³ se debe tener en cuenta que ordenar esta afectaría la estructura de la audiencia (que se quiebra y dará espacio a una nueva y complementaria) y que ello puede tener impacto en ese mismo proceso o en otros que están relacionados con aquel. Ello quiere decir que los casos de ponderación ya no solo se referirán a principios estructurales, sino también a los propios postulados organizativos del proceso, y llevarán al juez a revisar a conciencia si la prueba (basada en su necesidad de adquirir certeza) es más necesaria que el esfuerzo (o la falta de él) que hacen las partes por probar las proposiciones fácticas derivadas de los hechos (o la teoría del caso) que pretender probar.⁴

En definitiva, el trabajo del profesor Arce es muy importante por su propósito de ordenar una materia efectivamente confusa. Invita, además, a un desarrollo más detallado de los postulados organizativos de proceso, tarea que, por qué no, puede conducir a una investigación similar a esta y que no dudamos que el profesor Arce llevará a cabo con el rigor que caracteriza a sus trabajos.

³ El artículo 23 de la NLPT admite la posibilidad excepcional de ordenar pruebas de oficio.

⁴ A pesar de que la NLPT no lo señala, el carácter oral del proceso que ella regula da espacio a la aplicación de la Teoría del Caso, o relato de hechos, del que se derivan proposiciones fácticas y del que se derivan, una vez confrontada con la otra parte, los hechos que serán objeto de prueba. La posibilidad o no de ordenar pruebas de oficio implica verificar, en primer lugar, que las partes ofrezcan los medios probatorios relacionados con lo que ellas afirman; y solo si ellas generan la necesidad de actuar pruebas de oficio, cabrá ordenarlas. En caso contrario, el juez debe aplicar las reglas de la carga de la prueba, pues de no hacerlo suplirá a la parte que no probó lo que afirmó, afectará los derechos de la contraparte que basó parte de su defensa en las reglas del proceso y se afectará la continuidad misma de la audiencia y el carácter concentrado de esta.

RESPUESTA DEL AUTOR

He leído con atención las interesantes apreciaciones del profesor Vinatea sobre mi trabajo referido a los principios estructurales del proceso laboral y los postulados organizativos del procedimiento laboral, y las valoro de entrada por dos razones. La primera, por la profundidad de su reflexión académica probada durante muchos años en la cátedra universitaria. Y, la segunda, por su conocimiento y compromiso profundo con el derecho procesal del trabajo peruano.

Agradezco las virtudes que destaca en esta investigación el profesor Vinatea, pero sobre todo como investigador me llama mucho la atención la acertada crítica que formula al trabajo. Postulados organizativos (oralidad, celeridad, intermediación, etcétera) y principios estructurales (contradicción, igualdad de armas, etcétera) están íntimamente relacionados. Es más, los postulados y los principios se condicionan mutuamente. Dice el profesor Vinatea que entender que cada uno de ellos actúa por separado implica que muchas veces un postulado pueda desorientar la efectividad del principio o viceversa. Claro, muchas veces la intermediación o la concentración puede potenciar la igualdad de armas en un proceso, pero en otros casos la impertinencia de una acción judicial basada en la intermediación puede postergar u oscurecer el derecho de contradicción de las partes.

Estoy muy de acuerdo con la precisión. Es un tema interesante que podría abrir la puerta a una nueva investigación en esta materia.

Cuando empecé la investigación que hoy se publica, mi primera intención fue hacer una tipología de los principios procesales partiendo de algunos ejemplos en los que el legislador los plasma. Dije en el punto 3 de mi trabajo que los principios que actúan en el derecho procesal peruano los íbamos a diferenciar en tres: a) principios estructurales o principios propiamente dichos, b) fines y c) postulados organizativos. En realidad, estas tres formas de presentación tienen la misma consistencia, pues son principios y no reglas.

Dije también que estas tres clases de principios deben tener un carácter normativo. Es decir, son capaces de crear derechos y obligaciones en las partes y el juez (sujetos de la relación jurídico-procesal). Digamos que no son reglas con mandatos específicos que emite el legislador como la gratuidad de la demanda laboral cuando el monto de la pretensión es inferior a 70 URP, sino que son mandatos genéricos que encontrarán su concreción en casos particulares.

El gran inconveniente que veo es que los principios en el proceso normalmente los concreta para cada caso, o bien el legislador, o bien el juez. Con el legislador no hay problema, porque es un tercero en la relación procesal. Sin embargo, en este segundo caso, el juez tiene un poder muy grande, pues es juez para decidir la aplicación concreta del principio y al mismo tiempo sujeto de la relación jurídico-procesal. Él decide usualmente si la concentración es pertinente en un proceso para potenciar o maximizar el principio de contradicción.

Recordemos que en otros ámbitos del derecho no siempre el juez es parte de la relación, con lo cual siempre podrá tener mayor imparcialidad. O quizá el principio puede estar más regulado. Por ejemplo, un postulado organizativo en cualquier proceso también podría aplicarse

según la jerarquía de normas en el sistema jurídico; sin embargo, este postulado organizativo deja muy poco de discrecionalidad al juez. El nivel constitucional supera al nivel legal y estos a su vez al nivel reglamentario. Pero ¿qué reglas legislativas guían la inmediatez o la concentración procesal? ¿El juez podría tener límites en la aplicación de estos postulados organizativos o de la concreción de los principios?

Estas son preguntas trascendentales, ya que de su respuesta depende la eficacia de un sistema procesal. Fin este que todos persiguen.

Mi respuesta, siguiendo el razonamiento del profesor Vinatea, debe ser positiva. El legislador tiene por obligación asegurar la eficacia del proceso laboral. Y si ello implica poner límites razonables a la función jurisdiccional, debe proceder. Sin duda, el primer límite es la prohibición del abuso de derecho del juez en un proceso.

Ahora, finalmente, habría que explorar si es posible que el legislador disponga jerarquías de principios, a efectos de que estos se organicen dentro de un verdadero sistema procesal. Me explico: podría suceder que los principios estructurales tengan menor valor jerárquico que el fin procesal, pero mayor que los postulados organizativos del procedimiento. Si esto se tiene claro, podrían existir formas generales que predeterminen la solución de un conflicto de principios. Cuestión que hasta hoy no se ha abordado.

Al mismo tiempo, sería ideal que los mismos plenos judiciales puedan establecer pautas de comportamiento óptimas de los jueces que limiten la discrecionalidad absoluta. De estas pequeñas cuestiones, dependerá la eficacia del actual derecho procesal peruano.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTEXTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA PERUANA

Miguel F. Canessa Montejo

Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Profesores

El derecho a la negociación colectiva recogido en la Constitución de 1993 es uno de los pilares fundamentales del sistema de relaciones laborales en el país. Sin embargo, los trabajadores de las empresas de servicios organizados en sindicatos tienen serias dificultades para ejercitar este derecho fundamental, en razón de que sus empleadores rechazan la presentación de sus pliegos de reclamos o niegan que sean titulares de este derecho. El presente estudio analiza la negociación colectiva de este importante sector de trabajadores, la aborda desde el contexto de la descentralización productiva en el Perú e introduce una metodología sociojurídica que permita profundizar en la temática desde los aspectos socioeconómicos del fenómeno.

Introducción

Desde hace unas décadas se viene transformando profundamente el mundo del trabajo peruano. Esta transformación es provocada por una serie de factores económicos y tecnológicos como los cambios organizativos de las empresas, el impulso del crecimiento económico, la apertura de nuestro mercado, el acceso a los mercados internacionales, etcétera. Este proceso de cambios socioeconómicos hace variar la actuación de los interlocutores sociales —empleadores y trabajadores— y del Estado en las relaciones laborales. Nos encontramos en una nueva etapa que le exige a la normativa estatal responder jurídicamente a estos fenómenos sociales.

Sin embargo, en el Perú no siempre se elabora una forma jurídica por la presencia de un nuevo fenómeno social, más bien son la influencia de la doctrina jurídica o la legislación laboral comparada las que justifican la nueva regulación, de modo que la norma laboral resulta artificial para el mundo del trabajo peruano, con las deformaciones y trastornos que ello provoca. Así caemos en debates normativos carentes de sustento en la realidad. Por supuesto, esto no puede significar un rechazo o una renuencia a elaborar formas jurídicas que afronten los cambios en el mundo del trabajo peruano; se trata más bien de plantear una metodología jurídica que analice de qué modo se materializa el fenómeno social en el mundo del trabajo y, a partir de ese estudio, elaborar la forma jurídica apropiada que lo regule.

La descentralización productiva es uno de los fenómenos sociales más importantes que se viene produciendo en el mundo del trabajo peruano, ya sea que la provoquen las nuevas formas de organización de la empresa asentadas en el país o un marco normativo flexible que permita adoptarla para disminuir los costos de producción. Ante el impacto de la descentralización productiva, los trabajadores peruanos han venido implementando una serie de acciones colectivas para defender sus derechos laborales apelando a la sindicalización y a la negociación colectiva.

No obstante, esas acciones colectivas han venido sufriendo una serie de obstáculos. Los empresarios rechazan entablar negociaciones colectivas con organizaciones sindicales ajenas a la visión tradicional de la bilateralidad de las relaciones laborales. Así se argumenta que esos sindicatos carecen de personería jurídica para negociar o se les rechazan sus pliegos de reclamos porque son planteados en un nivel de la negociación colectiva inexistente. Los pronunciamientos del Ministerio de Trabajo que ordenan el inicio de la negociación son insuficientes porque se encuentran cuestionados ante el organismo judicial sin que exista un pronunciamiento firme al respecto.

Ante este renovado escenario del mundo del trabajo peruano, se justifica que el presente estudio intente responder a la siguiente interrogante: ¿la normativa vigente es adecuada para el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva peruana?

Consideramos que para esbozar una respuesta a esta interrogante resulta insuficiente reducirla al plano jurídico, en razón de que una respuesta completa va más allá de una correcta interpretación de la regulación. Se trata más bien de la correspondencia entre la forma jurídica (la regulación) y el fenómeno social (el ejercicio de la negociación colectiva dentro de la descentralización productiva). Se responde si la regulación resulta apropiada y no simplemente si existe un vacío legal o cómo se encuentra regulada. Un estricto análisis jurídico confronta la práctica de los actores sociales con la normativa vigente sobre negociación colectiva, y asume que el modelo abstracto de regulación contesta a los supuestos que la realidad materializa. Se trataría de una respuesta válida, pero incompleta. Preferimos incorporar el análisis sociológico para subrayar esas particularidades y ampliar la perspectiva del complejo fenómeno de la descentralización productiva sin que se pierda el carácter jurídico del estudio.

Por ello se ha dividido el estudio en dos grandes secciones. La primera parte aborda la descentralización productiva tanto como fenómeno social del mundo del trabajo y como forma jurídica del ordenamiento laboral. Luego, el análisis se traslada al escenario peruano sobre la base de lo observado. La segunda parte examina el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva peruana a partir de casos de negociaciones. Brevemente se introducen las cuestiones jurídicas fundamentales de la negociación colectiva: su contenido constitucional; los principios de negociación libre y voluntaria, de buena fe; la legitimación en la negociación; el nivel de negociación; y la negociación colectiva en el grupo de empresas. En el apartado final se responde a la interrogante principal por medio de una serie de conclusiones.

Parte I

La descentralización productiva

1.1. La descentralización productiva como fenómeno social en el mundo del trabajo

La organización del trabajo es la forma cómo se interrelacionan los diversos elementos — capital, trabajadores, maquinarias, insumos— que permiten la producción de una mercancía o la prestación de un servicio al interior de una empresa. Novick formula una buena definición de la organización del trabajo en los siguientes términos:

Por organización del trabajo puede definirse el conjunto de aspectos técnicos y sociales que intervienen en la producción de determinado objeto. Se refiere a la división del trabajo entre las personas, así como entre personas y las máquinas. Intervienen el medio ambiente y la totalidad de las dimensiones presentes en cualquier prestación laboral. La organización del trabajo es el resultado del conjunto de reglas y normas que determinan cómo se ejecuta la producción en la empresa. Desde esta perspectiva es una construcción social, histórica, modificable y cambiante. (2000: 126)

La eficiencia productiva consiste en que dicha interrelación permita producir la mercancía o la prestación del servicio con los menores costos económicos posibles y con la mayor calidad demandada. Durante buena parte del siglo XX, el modelo de producción fordista-taylorista resultaba ser el más eficiente.

Con la crisis económica de los setenta, pero, especialmente durante los ochenta, se inicia el proceso de conformación de nuevas formas de organizar el trabajo.¹ Gracias a ello, la empresa puede subdividir las fases de producción, independizarlas entre ellas, y así permitir que externamente puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general.² Asimismo, van desapareciendo de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados y se sustituyen por pequeñas organizaciones que producen una parte específica del proceso bajo la coordinación de una central de dirección. Así, los bienes pueden rediseñarse y modificarse sin detener la producción en las demás secciones, y cobra importancia la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado. El paradigma de este modelo de producción es la empresa-red (Castells 2000: 201 ss.).³

La consolidación del modelo se logra cuando se independizan las fases de producción ya no solo al interior de una misma empresa, sino que también se pueden realizar externamente a ella. Paralelamente cobran importancia una variedad de términos —muchos de ellos que se confunden o se yuxtaponen— como: la intermediación laboral, la externalización, la cesión de trabajadores, la subcontratación (laboral), la tercerización (de servicios). Dicha variedad de términos explican las dificultades jurídicas en la adecuada regulación normativa de este fenómeno social surgido desde la nueva organización del trabajo.

1 Una de las primeras investigaciones que muestran los profundos cambios que se venían produciendo en la organización del trabajo la encontramos en Piore y Sabel (1990).

2 Para Valdés Dal-Ré, lo que lo caracteriza son los dos rasgos descritos: la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo (2002: 75-76).

3 Véase también Bilbao (1999: 126).

El impacto de estas nuevas formas de organización del trabajo afecta inmediatamente al derecho del trabajo. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores y reducen su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa central o por el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas, el clásico trabajador subordinado es sustituido por un trabajador temporal o semiautónomo. En algunos casos, escondiendo la subordinación bajo modalidades fraudulentas de contratos civiles o mercantiles (Ermida y Hernández 2003: 174-175); en otros casos, aprovechando las potencialidades de la innovación calificada de los trabajadores (Supiot 1999: 40).

Reconociendo las dificultades de «encasillar» las diversas modalidades de descentralización productiva existentes, partamos por identificar de manera general sus corrientes principales y dejemos de lado la denominación jurídica con que se le vincula. En general, se reconoce que existen dos corrientes principales en función a si se externaliza o se conserva la producción al interior del centro de labores.

La primera corriente sostiene que la empresa distribuye las fases de su producción de bienes hacia otras empresas (externalización) sin perder el control sobre el proceso productivo (Urrea 1999: 56-57). El abanico de posibilidades de la externalización (*outsourcing*) de la producción es bastante amplio: desde una empresa que implementa directamente solo las labores más esenciales (el núcleo del negocio) y contrata a terceras empresas para que implementen el resto del proceso productivo, como suele ocurrir con algunas empresas multinacionales que gozan de prestigio internacional por su marca (o logo), hasta una empresa que contrata a otra para una fase específica del proceso productivo, como ocurre con las empresas automotrices con la adquisición de los neumáticos u otros accesorios complementarios para sus vehículos. Hay que tener presente que a la externalización no la define que el proceso productivo se realice físicamente fuera de la empresa principal, porque cabe que la empresa contratista cumpla sus tareas dentro del centro de labores de la empresa principal.⁴

La segunda corriente sostiene que una empresa contrata a terceras personas —naturales o jurídicas— para que le proporcionen personal que cumpla labores al interior de su centro de trabajo, con independencia de si dichas labores son la actividad principal o auxiliar de dicha empresa. A diferencia del modelo anterior, aquí no hay una externalización de la producción, sino más bien la incorporación de personal a las labores de la empresa siempre sometidos a su dirección, aunque bajo un régimen distinto al de sus propios trabajadores.

El tipo de obligación que adquiere el tercero respecto a la empresa principal podría ser el elemento clave para ubicar qué clase de descentralización productiva se implementa. Si la obligación del tercero fuera una obligación de hacer —prestar un servicio, elaborar un bien—, nos encontraríamos ante una externalización de la producción. En cambio, si la obligación del tercero es una obligación de dar —suministrar o ceder trabajadores—, nos encontraríamos ante una incorporación de personal a las labores productivas.

Si bien la descentralización productiva tiene resultados positivos a favor de las empresas, lo mismo no puede plantearse sobre los trabajadores. Bronstein plantea un balance interesante en los siguientes términos:

⁴ Ugaz resalta acertadamente que el destaque de personal no es el elemento determinante para configurar si nos encontramos ante una subcontratación (2009: 180).

Cuando la relación jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquellos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes. Tampoco gozan de la misma seguridad del empleo, en la medida en que la empresa subcontratista por lo general está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria; motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato en cuestión. Otras desventajas se relacionan más directamente con la desagregación del colectivo laboral de todos aquellos que laboran para la empresa usuaria. Si los trabajadores de esta última pueden sindicarse y negociar colectivamente con la misma, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última, pero esto solo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria. En fin, en caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de esta difícilmente podrán hacer valer sus derechos contra la usuaria. Cuando estamos en presencia de subcontratación de labores las desventajas para el trabajador puedan ser aún más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad. (2007: 20)

De igual modo, la sociología latinoamericana muestra los efectos perniciosos que viene provocando la subcontratación sobre los trabajadores con el siguiente balance:

En primer lugar, el proceso acentúa la tradicional desestructuración del mercado de trabajo latinoamericano al disminuir el empleo regular, concentrando en las grandes empresas y aumentar el empleo sin registro que tiende a multiplicarse en las pequeñas empresas subcontratadas. En segundo lugar, se profundiza la segmentación del mercado de trabajo al multiplicarse las formas posibles de relación laboral, lo que aumenta las diferencias entre grupos sociales, bloquea la movilidad entre categorías y quiebra las fuentes de la identidad colectiva; con la subcontratación tiene lugar una dualización de la fuerza de trabajo entre los *insiders* y los *outsiders*: los primeros son los beneficiarios de la nueva cultura organizacional, mientras que los segundos siguen siendo las víctimas de la cultura tradicional, jerárquica y autoritaria de la clásica empresa taylorista. En tercer lugar, al acrecentarse el número de trabajadores desprotegidos sindicalmente conjuntamente con una gestión más individualizada para el personal estable, refuerza el poder discrecional de los empresarios y reaparecen situaciones de corte autoritario, paternalista o corporativo; la mera existencia de los subordinados actúa como mecanismo de reforzamiento de la disciplina y del poder en el interior de la empresa, y puede ejercer presión a la baja sobre los salarios y las prestaciones de los mismos trabajadores fijos. En cuarto lugar, las trayectorias laborales adquieren una condición fragmentada y contingente, producto de la informalización del trabajo, con lo que el empleo [...], deja de estar referido a una carrera social, a un proyecto de vida, para quedar reducido a un contrato mercantil. En quinto lugar, se transforma el proceso de compra y venta de productos del trabajo, transfiriéndole al trabajador los costos de su formación profesional y de su reproducción al convertirlo en autónomo e independiente. Y, por último, la «empleabilidad del trabajador» es decir, su capacidad de obtener empleo, va quedando constreñida a dos opciones: o cuenta con capacidad para actualizarse constantemente en vistas a los cambios continuos, o se ve forzado a aceptar las peores condiciones de trabajo. (Iranzo y Leite 2006: 274-275)

La descentralización productiva ha transformado la organización del trabajo —con sus efectos positivos y negativos sobre empleadores y trabajadores— conviviendo con la empresa tradicional que no ha desaparecido. Ese impacto directo de la descentralización productiva sobre las relaciones laborales tiene consecuencias también sobre la regulación.

1.2. La descentralización productiva como forma jurídica

La descripción socioeconómica de la descentralización productiva señalada en párrafos anteriores se reproduce también entre los distintos laboristas que han estudiado el tema al trasladarlo al ámbito jurídico. El sustento jurídico para la implementación de la descentralización productiva reside en la libertad de empresa y en la libertad de contratación, en tanto el ejercicio de las libertades fundamentales del que gozan las personas —en este caso, los empresarios— les permite definir su organización empresarial y la celebración de contratos con terceros.⁵

Tomando como referencia la división de la descentralización productiva en sus dos grandes corrientes sobre la base de la externalización (*outsourcing*),⁶ trataremos de señalar sus modalidades más predominantes.

La primera modalidad predominante es la contratación entre una empresa principal con una empresa usuaria para que realice una actividad a favor de aquella. Se le identifica con la *subcontratación*, la cual tiene una amplia gama de formas jurídicas dependiendo de los límites legales que fijen los ordenamientos nacionales.

El extremo de la subcontratación se produce cuando una empresa subcontrata a una o varias empresas para que cumplan las distintas fases productivas de las mercancías y se queda exclusivamente con el rol de dirigir y coordinar dicha producción. Un buen ejemplo son las empresas multinacionales textiles, quienes contratan simultáneamente empresas para que realicen los diseños de las prendas de vestir —empresas textiles de países en vías de desarrollo (las maquilas)— y para que elaboren la prenda bajo su marca o logo —les proporcionan el diseño de la prenda y el material (algodón, hilo, etcétera)—. Luego estas multinacionales colocan la producción en el mercado internacional bajo su red de distribución. El conjunto del proceso productivo distribuido entre la empresa principal y las empresas contratistas se denomina «cadena productiva». Esta situación descrita revela la subordinación de las empresas contratadas al interior de la «cadena productiva» respecto a la empresa matriz o principal.

El nivel mínimo de la subcontratación se produce cuando la empresa principal contrata con una empresa contratista para que cumpla una labor auxiliar (limpieza, seguridad, *catering*, transporte, etcétera) dentro de ella. Bajo el modelo fordista de producción, las grandes y medianas empresas prestaban directamente esta actividad auxiliar dentro de sus centros de labores y fueron de las primeras actividades que fueron subcontratadas con terceros dado su carácter auxiliar. Aquí la particularidad consiste en que los trabajadores de la empresa de servicios desempeñan sus labores en el local de la empresa principal porque es allí donde se presta el servicio.

5 La Constitución peruana recoge la libertad de empresa (artículo 59) y la libertad de contratación (artículo 62).

6 Fue el criterio que asumió la Organización Internacional del Trabajo (OIT) durante la discusión en la elaboración frustrada de una norma internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación. Se distinguió entre la *subcontratación de la producción de bienes y servicios* en referencia a la contratación entre una persona o empresa con una contratista para que realice labores a favor de ella y la *subcontratación de mano de obra* en referencia a la contratación entre una persona o empresa con un contratista para que le proporcione personal (OIT 1997).

Bajo esta forma de subcontratación resulta difícil establecer con precisión cuándo nos encontramos ante una actividad auxiliar dentro de una empresa.⁷ Puede ser claro el ejemplo de la seguridad privada que se presta a una empresa dedicada a la elaboración de una mercancía o a la prestación de un servicio, pero se ensombrece en el caso de la seguridad que se le presta a un banco. Si bien la actividad bancaria se concentra principalmente en la administración y préstamo del dinero depositado, la seguridad que se presta a las entidades bancarias tiene una fuerte conexión con esa actividad principal. Sin embargo, la seguridad suele prestarla una empresa de servicio ajena al propio banco.

La segunda modalidad predominante de la descentralización productiva es el *grupo de empresas* que consiste en la articulación de varias empresas, de modo que las actividades al interior del grupo se den coordinadamente y obedezcan a una planificación común de recursos y una política empresarial conjunta. Se debe descollar la falta de coincidencia entre la realidad económica del grupo sometido a una acción conjunta y la realidad jurídica donde cada empresa goza de una personalidad jurídica propia. Se suele clasificar a los grupos de empresas en dos categorías: por un lado, el grupo de empresas articulado bajo la dirección jerárquica proveniente de una de las empresas; y, por otro lado, donde las empresas tienen completa independencia y no existe en ellas ningún tipo de relación de dominación, sino de coordinación (Martín y otros 2008: 113).⁸

Algunos de los grupos de empresas se han conformado artificialmente sobre la base de una gran empresa que externaliza las fases productivas, constituye paralelamente empresas en cada una de ellas y traslada simultáneamente a sus trabajadores a dichas empresas por medio de despidos y de nuevas contrataciones. De este modo, las nuevas empresas se comportan como satélites de la empresa principal y cumplen sus actividades en función a los requerimientos de ella. Los trabajadores tienen una nueva relación laboral con las nuevas empresas y ya no con la empresa principal, lo que en muchos casos significa el abaratamiento de los costos laborales dada las nuevas condiciones peyorativas establecidas en los nuevos contratos. Un buen ejemplo se produjo con las grandes empresas de telefonía que externalizaron sus actividades — instalación, mantenimiento, telefonía celular, etcétera— a través de nuevas pequeñas empresas que continuaron bajo su control.

La tercera modalidad predominante de descentralización productiva se produce con la *trasmisión o sucesión de empresas*. Esta consiste en el cambio de titularidad de una empresa a otra sin que exista un vínculo económico entre ambas, quedando subrogado el nuevo titular sobre las obligaciones con los trabajadores. La trasmisión de una empresa puede suceder bajo cualquier negocio jurídico, desde el arrendamiento (de este modo una empresa principal alquila en su totalidad o parcialmente a una tercera empresa para que continúe con su actividad productiva y se vea beneficiada con ella) hasta una sucesión testamentaria (los herederos del titular adquieren la empresa). Bajo la trasmisión de empresas puede producirse un fraude laboral cuando la trasmisión oculta un desprendimiento patrimonial que impide el pago de los beneficios laborales (Tomaya y Vargas 2009: 151).

Una cuarta modalidad predominante de la descentralización productiva se produce cuando una empresa contrata a *trabajadores autónomos* para que presten servicios a favor de ella. No se trata de un contrato de trabajo, sino de un contrato civil o mercantil. En muchos casos, el

7 Refiriéndose a la subcontratación de servicios complementarios —término utilizado por la legislación peruana—, el profesor Arce señala una serie de ejemplos donde dicha diferenciación no es tan precisa (2006: 48-49).

8 Véase también Arce (2008a: 113).

notable incremento de los trabajadores autónomos proviene de la proliferación de este tipo de contrataciones. La legislación debe ser muy precisa para evitar que detrás de esta modalidad puedan esconderse fraudes laborales.

También deben destacarse las redes de empresas, el trabajo a domicilio, el teletrabajo, etcétera, como otras formas habituales de la descentralización productiva que pueden materializarse en contratos laborales, civiles o mercantiles.

Sin embargo, en la descentralización productiva, una de las modalidades más importantes se produce cuando una empresa contrata a otra para que le proporcione trabajadores que desarrollen labores al interior de su compañía. Bajo esta modalidad no hay una externalización de la producción, sino que se recurre más bien a un personal distinto al de la empresa principal y se le incorpora a sus actividades.

Esta modalidad puede clasificarse bajo los siguientes criterios. Cuando los trabajadores suministrados desempeñan la labor permanentemente y cumplen las mismas labores que los trabajadores de la empresa principal, a ello se le denomina *cesión de trabajadores*. Cuando los trabajadores suministrados desempeñan la labor temporalmente (por el incremento de las actividades productivas o por el reemplazo de personal en vacaciones o licencia), a ello se le denomina *sustitución temporal de trabajadores*. Lo que diferencia a ambos supuestos es el tiempo que están presentes los trabajadores en la empresa principal, porque en ambos supuestos sus labores son las mismas que las de los trabajadores de planilla.

Finalmente, merece mencionarse la situación de empresas que se dedican a vincular las ofertas y demandas de empleo sin que establezcan una relación laboral con los trabajadores que se contratan. Se trata de las empresas de colocación de empleo o de las oficinas públicas de empleo que tradicionalmente han sido reguladas por la legislación. En sentido estricto, no se trataría de una modalidad de descentralización productiva, sino más bien de una forma en la que un tercero colabora en poner en contacto las ofertas de empleo con los demandantes de empleo. Sin embargo, merece atención, porque algunas legislaciones como la española denominan a esta actividad económica *intermediación laboral* (Cruz 2009: 96-97), denominación que otras identifican con la cesión de trabajadores o con la sustitución temporal de trabajadores.

Este breve repaso de modalidades de descentralización productiva no necesariamente coincide con lo regulado por los ordenamientos nacionales. Lo que interesa resaltar es que la empresa se viene organizando de diversas maneras y aprovecha las condiciones materiales y tecnológicas que le permiten redefinir la producción de mercancías o la prestación de servicios.

Asimismo, hay que tener presente que estas modalidades de descentralización productiva no estuvieron ausentes del escenario empresarial durante la etapa fordista-taylorista, lo cualitativamente distinto es que han adquirido una sustancial preponderancia dentro del actual mundo del trabajo. En efecto, como resalta Valdés Dal-Ré, hay dos vías jurídicas con que se materializa la descentralización productiva. Por un lado, utilizando las categorías contractuales viejas (por ejemplo, el arrendamiento de servicios, la comisión, la agencia, etcétera) y, por otro lado, creando nuevos contratos (por ejemplo, la franquicia, el suministro de informática, etcétera) (2002: 77).

Lo realmente novedoso es la forma triangular que adquiere la relación entre el trabajador, su empleador y el beneficiario del trabajo. En el clásico derecho del trabajo, el empleador es el beneficiario del trabajo prestado por el trabajador; por ello, la relación laboral se estructura en el marco de una bilateralidad (Alonso y Casas 2006: 251), pero con la descentralización productiva la bilateralidad se ve trastocada. Hay una quiebra de la noción tradicional de

trabajador y de empleador, y se desorganizan las estructuras básicas del derecho del trabajo (Rivero 2000: 20).

De este modo, el carácter protector de los derechos laborales estructurado sobre la relación bilateral se desdibuja ante la relación triangular predominante en la nueva organización del trabajo. Existe un consenso doctrinario de que los ordenamientos laborales carecen de la adaptación apropiada para regular la figura triangular de la descentralización productiva (Menéndez 2009: 23).⁹ Este trastorno también quedó reflejado en la jurisprudencia laboral. Por ejemplo, la Corte Suprema canadiense señala que la relación tripartita de la descentralización productiva no encaja fácilmente en el esquema clásico de las relaciones bilaterales. La característica tradicional de un empleador es compartida por dos entidades separadas, y ambas tienen una cierta relación con el trabajador temporal.¹⁰

Para asegurar la extensión de la debida protección a los trabajadores inmersos en dicha relación triangular, se resalta que el beneficiario de su trabajo también sea responsable de las obligaciones laborales en términos solidarios con el empleador directo.

De entrada debemos poner el acento en el hecho de que la prestación de trabajo que desarrolla el trabajador beneficia al empresario principal. En los supuestos de descentralización productiva, en los que se manifiesta una relación triangular caracterizada por la pluralidad empresarial, de modo que repercute sobre el empresario principal, ese empresario debe quedar afectado por la responsabilidad frente al trabajador con quien no mantiene una relación laboral, pues se beneficia de la prestación de trabajo, percibe el resultado de la misma, lo adquiere, a veces, incluso de manera directa. Este es el fundamento de la extensión de la responsabilidad en contratas y subcontratas y es perfectamente aplicable a este otro ámbito de descentralización no regulado por nuestro ordenamiento. (Gorelli 2009: 168-169)¹¹

La protección de los trabajadores inmersos en alguna modalidad de descentralización productiva se ha centrado especialmente bajo dos mecanismos. Por un lado, configurar con claridad los supuestos en los que resulta legal la contratación de trabajadores bajo alguna de estas modalidades para evitar el fraude laboral. En este caso, las legislaciones suelen apelar como criterio a la noción de actividad principal o propia de la empresa que hace uso de ellas. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas.

La legislación laboral suele trazar la frontera de la descentralización productiva en función a prohibir o permitir su implementación dentro de la actividad principal o propia de la empresa usuaria. Aquellos que la prohíben sustentan su posición en que la actividad principal (el núcleo del negocio) debe continuar bajo la responsabilidad directa de la empresa y que el apoyo de otras empresas debe concentrarse en las demás actividades. En cambio, los que la permiten sostienen que no se puede restringir la forma de organizar la empresa siempre que se asegure el respeto de los derechos de los trabajadores contratistas, de allí que se incluya la responsabilidad civil de la empresa principal. De esto se desprende que los puntos controversiales son la prohibición o la aceptación de que un tercero participe directamente en la actividad principal y establecer las fronteras de la actividad principal que lo diferencia de las otras actividades.

⁹ Para el caso peruano, véase Arce (2008b: 22-23).

¹⁰ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Case of Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* (1997) 1 SCR 1015, 1055.

¹¹ Véase también Arce (2006: 21).

Respecto a su prohibición o aceptación, hay una cierta inclinación legislativa por su aceptación en la subcontratación y su prohibición en la cesión de trabajadores. Así, en el caso español se permite la subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal (artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores, con excepción de las empresas de trabajo temporal (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores). En el caso argentino se permite la subcontratación sobre la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito (artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores y se consideran empleados directos de quien utilice su prestación (artículo 29 de la Ley del Contrato de Trabajo).

En cuanto a las fronteras que fijan la actividad principal o propia de la empresa usuaria de la descentralización productiva, Gorelli nos recuerda que se han conformado dos posturas o posiciones interpretativas. Por un lado, la interpretación amplia que considera a todas las operaciones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad productiva, lo que conduce a incluir a las actividades complementarias o auxiliares (2009: 158 y 159). Por otro lado, la interpretación más restrictiva que se centra en lo «inherente» de la actividad productiva, lo cual significa que solo aquellas operaciones específicas que tengan relación con el ciclo productivo de la empresa forman parte de él, y se excluyen las actividades complementarias o auxiliares. Como sostiene el profesor español:

Desde este punto de vista, la «propia actividad» [término utilizado por la legislación española] implicaría distinguir entre aquellas actividades que son necesarias para el fin productivo, pero que no forman parte del núcleo productivo central. Es decir, probablemente el sentido de la propia actividad sea el de distinguir aquellas actividades que ayudan de manera directa a la consecución de la finalidad productiva y otras actividades, que formando parte del ciclo productivo, sin embargo tienen un carácter puramente complementario o marginal. (2009: 158 y 159)

El interés por la fijación de la frontera reside en que la responsabilidad civil establecida legislativamente para la empresa principal o usuaria está en relación con ella. Si un trabajador contratista labora dentro de la actividad propia o principal de la empresa usuaria, esta está «más obligada» a asegurar el respeto de los derechos laborales aunque la relación de trabajo sea con la empresa contratista. A su vez, esto significa que si el trabajador contratista labora en una actividad complementaria o auxiliar, la responsabilidad será menor para la empresa usuaria.

Esto ha conducido a sostenidas críticas desde la doctrina jurídica, porque justamente los trabajadores más vulnerables se ubican dentro de las actividades complementarias o auxiliares. En palabras de Valdés Dal-Ré:

[...] la inadecuación de la noción de «propia actividad», como condición de aplicación del régimen jurídico previsto por aquel precepto. Como ha sido sistemáticamente señalado por un solvente sector de nuestra doctrina, es esa una noción que deja hoy fuera de tutela, precisamente, a los colectivos de trabajadores más vulnerables a la utilización de la descentralización con fines de degradación de las condiciones de trabajo; a aquellos trabajadores que prestan su actividad en ciertas empresas del sector servicios (limpieza, seguridad y vigilancia, por ejemplo) que se encuentran a menudo descapitalizadas, sin más utillaje que el que brinda su mano de obra no cualificada. (2002: 81)

Además, las fórmulas de responsabilidad civil dispuestas en las legislaciones laborales se suelen concentrar sobre los aspectos estrictamente salariales o de las contribuciones a la

Seguridad Social, dejan de lado otras condiciones de trabajo esenciales y originan diferencias entre los trabajadores de las empresas principales y contratistas (Menéndez 2009: 141).

Se vienen planteando alternativas a la noción de «propia actividad» o «actividad principal» dada las evidentes debilidades en su formulación. Entre los planteamientos destaca la dependencia funcional. Esta propuesta resalta la integración que se produce entre las empresas durante la descentralización productiva, lo que conduce a ir más allá de las formas contractuales. Se trata de recuperar en toda su dimensión la importancia del beneficio del trabajo que se obtiene, de modo que sea el elemento definidor en asumir los costos económicos y sociales relacionados con la descentralización productiva, es decir, que sea el enfoque relacional y funcional de la actividad productiva lo que predomine (Deakin 2001: 72; Fudge 2006: 314).

Este enfoque de dependencia funcional reconoce múltiples empleadores para diferentes propósitos, donde la coordinación, la toma de decisiones, la asunción de riesgos, que son las funciones tradicionales del empleador, siguen siendo las bases para adscribir responsabilidades en las obligaciones laborales (Deakin 2001: 72; Fudge 2006: 314). En realidad, se trata de una lectura socioeconómica de la descentralización productiva que permite traslucir el vínculo entre la dependencia funcional de las empresas y los beneficios de las labores de los trabajadores.¹² Inclusive el profesor Davidov va más allá al sostener que la asignación de responsabilidades entre los empresarios no solo debe ser un enfoque funcional, sino que también debe responder al déficit democrático y de dependencia económica que experimentan los trabajadores (2004: 727).

En todas esas propuestas se reconfiguran las relaciones laborales y se apartan de la visión tradicional bilateral que existe y que reconoce que la relación triangular es la dominante. Se abandona una lectura reduccionista formal y se pone el énfasis en la fenomenología de la descentralización productiva. Hay tres actores en esta relación: la empresa principal o usuaria, la empresa contratista y el trabajador contratista. La dependencia funcional que se produce en la relación los vincula y genera un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. De este modo pierde relevancia si el trabajador contratista labora en la actividad principal o complementaria de la empresa usuaria; basta que sea uno de los componentes de esa relación triangular para que sea un sujeto de derechos en el marco de la descentralización productiva.

En la descentralización productiva, la negociación colectiva se ha conducido bajo los mismos términos que en el plano individual de las relaciones laborales bilaterales; es decir, los trabajadores gozan del derecho de ejercerla respecto a su empleador directo sin que la empresa principal tenga algún tipo de participación o rol. Sin embargo, desde una lectura de la dependencia funcional nos encontramos que también en el plano colectivo es exigible que la empresa principal tome parte dentro de ella. La fundamentación reside en que la empresa principal cumple las funciones tradicionales del empleador. Dado que el derecho de negociación colectiva tiene que ver con la función de coordinación de la gestión en el proceso de producción y la organización de los servicios (Fudge 2006: 314), la idea de un empleador múltiple resulta más ajustada al objetivo de la legislación laboral. Por supuesto, la participación de la empresa principal en la negociación colectiva estará de alguna manera condicionada a la modalidad de descentralización productiva en la que se ubique.

12 En la doctrina peruana, el profesor Arce se suscribe a este enfoque de múltiples empleadores. Véase Arce 2008b: 26-27.

1.3. La descentralización productiva en el Perú

En los acápites anteriores se ha mostrado el complejo fenómeno social de la descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, y se han generado diversas respuestas jurídicas para su regulación. Sin embargo, en el caso peruano la dirección fue la opuesta. En efecto, mientras el fenómeno social es previo a la forma jurídica, en nuestro país ocurrió que la forma jurídica se adelanta al fenómeno social. La escasa relevancia del número de contrataciones entre empresas en el escenario productivo previo a la implementación de la reforma laboral fujimorista es un dato que lo retrata (Aspilcueta 2000: 287).

Efectivamente, fue la flexibilización laboral fujimorista de principios de los noventa la que introdujo en el mundo laboral peruano las modalidades de descentralización productiva, especialmente la cesión de trabajadores a través de la contratación de las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios para proporcionar personal en las labores cotidianas de las compañías con el objetivo de abaratar los costos laborales de las empresas.

Durante la década de los setenta ya existían las agencias de empleo de colocación utilizadas mayormente en la contratación temporal, pero a partir de 1991 se fomentó la cesión de trabajadores como forma privilegiada de contratación.¹³

En el caso de las cooperativas de trabajadores, la norma que instituye esta figura jurídica es la Ley 15260 de 1964, que regulaba los diversos tipos de cooperativas de trabajadores que podían existir. Posteriormente, el Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, reguló nuevamente la materia. Originalmente, la idea de las cooperativas de trabajadores era convertirse en fuente de trabajo para sus socios y exceptuarlos de la legislación laboral. Finalmente, la Ley 24514, Ley de Estabilidad Laboral, prohíbe que las empresas de servicios puedan cumplir servicios en empleos permanentes, salvo en actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. La jurisprudencia laboral incluyó a las cooperativas de trabajadores en esta prohibición.

El Decreto Legislativo 728 permitió que las cooperativas de trabajadores pudiesen prestar sus servicios a otras empresas denominadas *usuarias* sin ningún tipo de restricción, ya fuese para su actividad permanente o complementaria. El plazo máximo de los contratos entre la cooperativa de trabajadores con la empresa principal o usuaria era de tres (3) años, y podía renovarse de común acuerdo. El único límite era que el personal cooperativista no excediese del 20% del personal que laboraba en la empresa usuaria. La regulación normativa trajo profundos cambios en el ámbito laboral porque permitía que los trabajadores cooperativistas realizaran la misma labor que un trabajador de la empresa usuaria. Con ello se abrió la posibilidad de que las empresas contratasen trabajadores cooperativistas, ya sea para reemplazar a sus trabajadores o para el incremento de personal. Esto beneficiaba a las empresas usuarias porque los cooperativistas estaban exceptuados de la legislación laboral y con ello del pago de una serie de rubros (compensación por tiempo de servicios, seguridad social, etcétera), lo que les ahorra importantes costos laborales.

En el caso de las empresas de servicios, al igual que las cooperativas de trabajadores, estas se convirtieron en otro de los importantes cambios del Decreto Legislativo 728. Se establecieron dos tipos de empresas de servicios: temporales y complementarias. Las primeras son aquellas que se contratan para la prestación de servicios en beneficio de terceros con el fin

¹³ Aunque el autor lo denomina subcontratación, en realidad se trata de una cesión de trabajadores por las características con que se materializa (Verdera2000: 87-88).

de colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades. La prestación de servicios la cumplen personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a estas el carácter de empleador. Las segundas son aquellas cuya actividad principal es poner a disposición de otras empresas actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Las empresas de servicios temporales cumplen el mismo rol que las cooperativas de trabajadores: laborar en las mismas actividades del rubro de la empresa usuaria. También se les estableció que el personal no excediese del 20% del personal que labora en la empresa usuaria.

El impacto de la nueva regulación se notó inmediatamente conforme lo muestran las estadísticas de 1995 publicadas por el Ministerio de Trabajo. A nivel nacional estaban registrados 39 435 socios trabajadores, la gran mayoría en la capital. Asimismo, en las empresas con más de 100 trabajadores que contaban con un personal de alrededor de 130 000 trabajadores, más de la cuarta parte provenían de las cooperativas de trabajadores (aproximadamente 34 000 socios trabajadores) (Verdera 2000: 87-88).

Posteriormente, con las reformas laborales fujimoristas de 1996 (Decretos Legislativos 855 y 871) se elevó el tope límite al 50% del total de trabajadores de la empresa usuaria tanto para los cooperativistas como para los trabajadores de empresas de servicios. En el caso específico de las cooperativas de trabajadores, se suprimió la comparación entre la remuneración que perciben los cooperativistas y la que percibe otro trabajador análogo, así como percibir una remuneración inferior a la mínima legal, con lo que se extendió la precarización laboral de los trabajadores bajo el argumento de promover el empleo autónomo por medio de estas regulaciones.

En este período, las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios se ubicaron bajo la modalidad de la cesión de trabajadores con el límite legal de la mitad del personal que labora en la empresa principal o usuaria. Nuevamente hay que resaltar que se trata de reformas legales que regulan un fenómeno social que no ha surgido del propio escenario empresarial, sino que más bien es la forma jurídica o su regulación la que se convierte en el impulsor de su aparición y le otorga un «paraguas» jurídico para su implementación.

Esto marcó la dinámica inicial de la descentralización productiva peruana, porque en vez de girar sobre un proceso económico de innovación y renovación tecnológica al interior de las empresas por medio de la distribución eficiente de las fases productivas con el apoyo de la subcontratación, se trató más bien de la simple cesión de trabajadores para abaratar los costos laborales. Con el retorno a la democracia, las organizaciones sindicales exigieron la regulación de la cesión de trabajadores en un marco de respeto a los derechos laborales.

La primera reforma laboral democrática se produce con la Ley 27626 del 6 de enero de 2002 que deroga la participación de las cooperativas de trabajadores y de las empresas de servicios en las actividades principales de las empresas usuarias y restringe la participación de este tipo de trabajadores a los supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 3). Lo resaltante es que la norma califica a estas modalidades de descentralización productiva como *intermediación laboral*, cuando en realidad se están regulando la subcontratación y la sustitución temporal de trabajadores, acompañada de la prohibición de la cesión de trabajadores, lo que merece justificadamente la crítica desde la doctrina nacional (Villavicencio 2004: 149-150).

Se entiende por temporalidad las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria bajo su dirección en el marco de los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia. Se entiende por complementariedad las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria

para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio de estas. Se entiende por especializadas las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria para desarrollar actividades de alta especialización; la empresa usuaria carece de la facultad de dirección sobre esos trabajadores destacados.

Asimismo, el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que presten labores en las empresas usuarias, bajo la modalidad temporal, no puede exceder el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Esta limitación no es aplicable a las labores complementarias o especializadas siempre y cuando la empresa de servicio o la cooperativa de trabajadores asuman plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

Si bien la ley prohíbe que los trabajadores de las empresas de servicios o las cooperativas de trabajadores puedan desempeñar permanentemente las labores principales de la empresa principal o usuaria, la legislación sí lo permite de manera temporal. Asimismo, el profesor Arce sostiene que dada la debilidad en la regulación de la ley, podría admitirse la subcontratación en actividades principales de la empresa usuaria bajo el marco de las reglas civiles (Arce 2008b: 37).

No obstante, con esta ley se produce una profunda modificación en la forma jurídica de la descentralización productiva, se abandona la más perniciosa de sus modalidades —la cesión de trabajadores en labores permanentes de la empresa principal o usuaria— y se inicia la regulación de lo que la legislación peruana denomina *intermediación laboral*.¹⁴

Sin embargo, apoyándose en la permisividad de la regulación sobre la intermediación laboral en las actividades complementarias, los empleadores peruanos contrataron de manera significativa a empresas de servicios para que cumplieren labores complementarias, cuando en realidad estas formaban parte de la actividad principal de la empresa usuaria. En otras palabras, se continuó con la dinámica de recurrir a la contratación de empresas de servicios de una manera fraudulenta y se mantuvo la cesión de trabajadores como la modalidad predominante de la descentralización productiva. Ante esta situación, el Gobierno dicta el Decreto Supremo 008-2007-TR, donde define la actividad principal de la empresa como aquella que es consustancial al giro del negocio, es decir, a las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y el desarrollo de la empresa. Con ello se buscó suprimir esas contrataciones fraudulentas.

A pesar de esto, los empresarios peruanos se volcaron a los servicios de tercerización complementarios como nuevo instrumento legal para evitar la «rigidez» de la normativa (Ugaz 2009: 187). Aunque no se trata de una rigidez normativa, sino más bien de prohibir contrataciones que tergiversan la naturaleza laboral de la relación. Solo las actividades productivas ajenas al giro del negocio de las empresas pueden ser contratadas por medio de empresas de servicios.

Nuevamente la inadecuada regulación de la descentralización productiva permite que se utilicen los resquicios legales —en este caso, la tercerización de servicios complementarios— para utilizar la mano de obra de trabajadores ajenos a la empresa principal. Esto obliga a que el Gobierno dicte un conjunto de leyes que regulen la tercerización de servicios: la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038 con su respectivo reglamento.

¹⁴ Aunque no compartimos la categoría jurídica utilizada por la legislación peruana, resulta conveniente para el estudio continuar con esta denominación.

La Ley 29245 define la tercerización como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras siempre que esas empresas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables de los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Se le exige a estas empresas que cuenten con una pluralidad de clientes, tengan su propio equipamiento, etcétera. Se prohíbe que las empresas solo provean personal a la empresa usuaria (artículo 2). La ley menciona específicamente ejemplos de tercerizaciones válidas como los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, las tercerizaciones que tengan a cargo una parte integral del proceso productivo. En los casos en los que se produzca una desnaturalización de la tercerización de servicios, se considera que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tienen una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal. Con esta norma se amplía la cobertura legal hacia una mayor pluralidad de modalidades de descentralización productiva.

Si bien la descentralización productiva tiene por finalidad aprovechar la nueva organización del trabajo que permite independizar las fases productivas sin perder el control del proceso, abaratando los costos y flexibilizando la producción frente a los constantes cambios en el mercado —tanto de bienes y servicios—, esto no puede interpretarse de una manera cortoplacista e identificar a la cesión de trabajadores en la empresa usuaria como la única modalidad de descentralización productiva. Esta visión reducida le hace perder la riqueza que las innovaciones tecnológicas vienen produciendo dentro del mundo del trabajo. En nuestro país se ha puesto el énfasis en abaratar los costos laborales por medio de la inaplicación de los derechos laborales en vez de incrementar la productividad por medio de la innovación tecnológica acompañada de la involucración de los trabajadores.

Si bien la polémica legislativa peruana se ha centrado en la cesión de trabajadores y parcialmente en la *subcontratación*, lo cierto es que no son las únicas modalidades de descentralización productiva que se han materializado en el país. También hay que destacar los casos de las grandes empresas; muchas de ellas fueron privatizadas bajo el Gobierno fujimorista, e iniciaron un proceso de externalización de sus fases productivas a través de nuevas empresas y dieron forma en realidad a *grupos de empresas*. Por ejemplo, la empresa Telefónica externalizó sus actividades de instalación, mantenimiento, y esas labores recayeron en pequeñas empresas controladas desde la propia empresa principal. Otro ejemplo fue la constitución de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston sobre la base de un proceso de adquisición de otras empresas del sector cervecero que conservaron su personería jurídica durante un lapso de tiempo (la Compañía Nacional de Cerveza, la Compañía Cervecera del Sur), aunque estuvieron controladas por la empresa principal. Asimismo, se han producido contratos entre empresas multinacionales y empresas locales para la producción de mercancías dando forma a *subcontrataciones* dentro de «cadenas productivas», especialmente en el sector textil y de confecciones.

Lo que se debe destacar es que nuestra legislación se ha centrado exclusivamente en el plano de las relaciones individuales de trabajo, en especial sobre los fraudes laborales que se producen en la contratación y en la responsabilidad civil de la empresa principal con la empresa usuaria. Sin embargo, hay un vacío por fomentar la regulación en el plano de las relaciones colectivas de trabajo. Se considera que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo 010-2003-TR, en adelante TUO-LRCT)¹⁵ es suficiente para abordar las particularidades de la descentralización productiva a ese nivel.

¹⁵ El Decreto Supremo 010-2003-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) es una norma con rango de ley que simplemente compila la regulación de las relaciones colectivas de trabajo.

Sin embargo, esta visión deja de lado los aspectos perjudiciales de la descentralización productiva que se producen en las relaciones colectivas de trabajo. Como nos lo recuerdan Ermida y Colotuzzo:

Los trabajadores tercerizados también enfrentan dificultades en cuanto al ejercicio del derecho de sindicación. En ocasiones han tratado de constituir sindicatos propios sufriendo, en muchos casos, una aguda represión, sobre todo en aquellas áreas de actividad donde pueden ser fácilmente sustituidos por otros trabajadores. La posibilidad de integrarse a los sindicatos que nuclean a los trabajadores permanentes, «titulares» o de la empresa principal, puede enfrentar diverso tipo de dificultades, según el país, el sector de actividad y la empresa en cuestión [...] Ante la referida desprotección del trabajador tercerizado, la acción sindical no siempre resulta exitosa, enfrentando distintas dificultades para cumplir su función de autotutela, protección colectiva o contrapoder. (2009: 73-74)

En el caso peruano, el profesor Arce plantea que el legislador elabore normas específicas de la acción sindical en el marco de la relación triangular que genera todo proceso de subcontratación entre empresas, más aún cuando el propio autor retrata ejemplos claros donde el TUO-LRCT produce efectos limitativos en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores de las empresas de servicios o contratistas (2008a: 107 y ss).

Parte 2

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva

En la primera parte se ha planteado una lectura sociojurídica de la descentralización productiva en nuestro país. Se ha buscado resaltar especialmente las condiciones que se vienen materializando y los efectos sobre los trabajadores que laboran en el sector. Se ha resaltado que, en el plano de los derechos individuales, los trabajadores que laboran en el contexto de la descentralización productiva se han visto protegidos parcialmente por una legislación laboral reciente, aunque incompleta y con deficiencias.

Una primera lectura haría pensar que el TUO-LRCT resulta suficiente para regular las relaciones laborales colectivas dentro de la descentralización productiva, es decir, que las singularidades que se producen en ese contexto resultan irrelevantes para que merezcan una legislación especial. En otras palabras, que el ejercicio de los derechos colectivos está protegido dentro del escenario de la descentralización productiva.

Sin embargo, los trabajadores contratistas peruanos organizados en nuevos sindicatos o afiliados a sindicatos o federaciones existentes sufren una serie de dificultades para ejercitar el derecho de negociación colectiva por la fuerte oposición de los empresarios. Se han identificado dos materias que concentran la mayoría de las dificultades jurídicas. En primer lugar, se cuestiona la legitimación de las organizaciones sindicales para entablar la negociación colectiva, especialmente si un sindicato de rama de actividad puede negociar a nivel de empresa. En segundo lugar, se cuestiona la definición del nivel de negociación al presentar sus pliegos de reclamos.

Justamente, el análisis de estas dificultades jurídicas son indicadores precisos para responder a la interrogante formulada en el presente estudio. Aquí corresponde trasladar una serie de temas analizados en la primera parte conforme sean relevantes para el ejercicio de la negociación colectiva; asimismo, ser muy puntual al examinar el régimen jurídico de la

negociación colectiva, en razón de que la investigación se centra en los aspectos destacados para la descentralización productiva. Por ello, la segunda parte se ha dividido en cuatro temas en los que se hará lo siguiente.

En primer lugar, establecer el contenido constitucional de la negociación colectiva. En segundo lugar, definir el contenido del principio de negociación libre y voluntaria, y del principio de negociación de buena fe en tanto está en directa relación con la validez del rechazo de un pliego de reclamos. En tercer lugar, analizar la representación y legitimidad de las organizaciones sindicales para entablar una negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. En cuarto lugar, abordar las dificultades en el nivel de negociación, especialmente si un sindicato de rama negocia a nivel de empresa. En quinto lugar, evaluar las negociaciones colectivas en un *grupo de empresas*.

2.1. El derecho de negociación colectiva en el marco constitucional

La interrogante principal es si la condición de trabajadores ubicados en un proceso de descentralización productiva los imposibilita válidamente de ejercitar el derecho de negociación colectiva.

El artículo 28 de la Constitución peruana establece: «El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1.º Garantiza la libertad sindical. 2.º Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La Convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado [...]».

Nuestro artículo constitucional no plantea ninguna restricción a los trabajadores para constituir libremente una organización sindical. Esto se ve respaldado por los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical—, quienes analizando el Convenio 87 de la OIT —ratificado por el Perú— señalan que solo se permite excluir a las fuerzas armadas y a la policía del derecho de los trabajadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a estas, con lo que los trabajadores bajo subcontratación no están impedidos de ejercitar este derecho fundamental (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 263; Comisión de Expertos 2012: párrafo 77).

La constitución de un sindicato tiene como objetivo defender los intereses individuales y colectivos de sus afiliados, especialmente hacia su empleador.

La libertad sindical no es un mero derecho a organizarse, sino sobre todo una facultad de actuar públicamente en defensa de los intereses que se consideran legítimos de los trabajadores. Y esa defensa pública se lleva a cabo esencialmente por medio de una actuación colectiva que, como tal, le corresponde gestionarla al sindicato como organización. Por ello, la actividad sindical como facultad no solo se le reconoce individualmente al afiliado, sino igualmente colectivamente al sindicato. El sindicato aglutina y organiza a los trabajadores, con vistas a una actuación externa de reclamación de intereses profesionales y sociales. (Cruz 2009: 388)

Una de las expresiones de la actividad sindical es el ejercicio del derecho de negociación colectiva, con lo que, en principio, los sindicatos de trabajadores en empresas ubicadas dentro

de la descentralización productiva tienen el legítimo derecho de presentar un pliego de reclamos a su empleador e iniciar la negociación colectiva.

En el caso del derecho de negociación colectiva recogido por el texto constitucional peruano, como lo resalta el profesor Neves, hay cuatro materias que se desprenden del artículo constitucional: el fomento del derecho de negociación colectiva por el Estado, la promoción estatal de formas de solución pacífica de los conflictos laborales, la cautela por el ejercicio democrático del derecho y la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado de los convenios colectivos (1994: 27). Merece destacarse la obligación estatal de fomentar la negociación colectiva, porque esto resulta esencial en un panorama donde los empleadores busquen entorpecerlo por medio del rechazo injustificado de los pliegos de reclamos.

A nivel constitucional, no solo el referido artículo 28, numeral 2 reconoce el derecho de negociación colectiva, sino que también los convenios internacionales del trabajo elaborados en el seno de la OIT ratificados por el Perú consagran este derecho laboral fundamental:¹⁶ el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva¹⁷ y el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.¹⁸ Ambos convenios internacionales del trabajo gozan de rango constitucional¹⁹ y forman parte del bloque de constitucionalidad del referido artículo 28 de la Constitución conforme lo establece el Tribunal Constitucional.²⁰

En el caso del Convenio 98 de la OIT nos interesa su artículo 4 cuando señala:

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Es bajo este artículo que la norma internacional del trabajo plantea dos principios: la adopción de medidas estatales que fomenten la negociación y el respeto de una negociación libre y voluntaria de modo que ambos principios se complementen.

La importancia de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT para nuestro ordenamiento nacional proviene de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, donde señala: «Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido el criterio que para determinar el contenido de un derecho fundamental, los órganos jurisdiccionales peruanos deben tener en

16 Hay que tener presente que el artículo 55 de la Constitución precisa que los tratados internacionales celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional.

17 Ratificado con la Resolución Legislativa 14712 de 18 de noviembre de 1963 y que entró en vigencia el 13 de marzo de 1964.

18 Ratificado con la Constitución Política de 1979 del 12 de julio de 1979 y que entró en vigencia el 27 de octubre de 1980.

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 25 de abril de 2006 (Expediente 0025-2005-PI/TC), fundamentos jurídicos 25 al 34, señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú gozan de rango constitucional.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 17 de agosto de 2009 (Expediente 03561-2009-PA/TC), fundamento jurídico 18.

consideración los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos.²¹ Si bien los órganos de control de la OIT —y en general, los órganos de control de derechos humanos— no son tribunales internacionales de derechos humanos, esto no ha sido un obstáculo para que el máximo tribunal del país recurra reiteradamente en sus sentencias a dichos pronunciamientos como criterios interpretativos en la materia.

En conclusión, la negociación colectiva es un derecho fundamental reconocido en el texto constitucional peruano, que se encuentra enriquecido con la ratificación de los Convenios 98 y 151 de la OIT por nuestro país. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos tiene carácter vinculante para el organismo jurisdiccional peruano. Asimismo, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT son criterios interpretativos sobre la materia. Finalmente, no existe una limitación al ejercicio de derecho de negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana.

2.2. El principio de negociación libre y voluntaria y el principio de la negociación de buena fe

El derecho de negociación colectiva se encuentra estructurado bajo dos principios. En primer lugar, el principio de negociación libre y voluntaria. En segundo lugar, el principio de la negociación de buena fe. Ambos principios son fundamentales para la negociación colectiva dentro de empresas sometidas a la descentralización productiva.

El principio de *negociación libre y voluntaria* es uno de los pilares esenciales del derecho de negociación colectiva, siendo su raíz el derecho civil de los contratos que se trasladó al derecho del trabajo por medio del contrato de trabajo (Sánchez 1999: 94-95).

En el derecho internacional del trabajo, el principio de negociación libre y voluntaria está recogido en el ya mencionado artículo 4 del Convenio 98 de la OIT al lado de otros principios de la negociación colectiva. Bajo los órganos de control de la OIT —la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical—, se ha interpretado en líneas generales el principio de negociación libre y voluntaria en los siguientes términos (Comisión de Expertos 1983: párrafos 303-315; Comisión de Expertos 2012: párrafos 200-207; Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafos 925-931):

- a) La negociación colectiva debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de la negociación (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 926).
- b) Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio 98 obliga a un Gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 927).
- c) Tampoco se impone al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 8 de noviembre de 2005 (Expediente 5854-2005-PA/TC), fundamento jurídico 23.

- de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 928). No obstante, sí se permite que la regulación nacional establezca el deber de negociar.
- d) Si bien el contenido del artículo 4 del Convenio 98 no obliga a un Gobierno a imponer coercitivamente la negociación colectiva a una organización determinada, puesto que una intervención de este tipo alteraría claramente el carácter voluntario de la negociación colectiva, ello no significa que los Gobiernos deban abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación colectiva (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 929). La Comisión de Expertos ha considerado admisibles los mecanismos que coadyuvan a la negociación, como los de información, conciliación, mediación y arbitraje voluntarios (2012: párrafo 200). Justamente se trata de uno de los mecanismos de fomento a la negociación colectiva.
 - e) Una legislación que impone la conciliación obligatoria e impide que el empleador la abandone con independencia de las circunstancias en que se produzca es contraria al principio de negociación colectiva voluntaria consagrado en el Convenio 98 (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 930).
 - f) La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio 98 (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 992). Solo es admisible el recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 994), con lo que queda prohibido cualquier arbitraje obligatorio que ponga fin a la negociación colectiva, salvo para el caso de los servicios esenciales.

El principio de negociación libre y voluntaria asegura que las partes actúen bajo ese marco en la negociación colectiva. Su respeto es una obligación que debe acatar el Estado, aunque esto no impide que por medio del fomento de la negociación colectiva el Estado implemente una regulación que favorezca su ejercicio.

El Estado peruano debe implementar las acciones públicas necesarias que permitan a los actores sociales —empleadores y trabajadores— ejercitar la negociación libre y voluntaria sin verse menoscabada por las singularidades en donde se practique. Así, es una obligación del Estado peruano asegurar las condiciones para que los trabajadores contratistas ejerciten su derecho dentro del marco del principio de negociación libre y voluntaria.

Este criterio es respaldado por nuestro Tribunal Constitucional cuando señala que:

[...] siguiendo los preceptos del Convenio 98 de la OIT, la Norma Fundamental encarga al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no solo que este debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo. [...] interesa poner de relieve que el artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y

efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado «plus de tutela» cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva.²²

Al igual que el principio de negociación libre y voluntaria, el *principio de la negociación de buena fe* ha merecido diversos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

La Comisión de Expertos señala:

El principio de la negociación de buena fe, derivado del artículo 4 del Convenio, se traduce en la práctica en varias obligaciones para las partes interesadas, a saber: i) reconocer las organizaciones representativas; ii) procurar llegar a un acuerdo; iii) mantener negociaciones verdaderas y constructivas; iv) evitar demoras injustificadas en las negociaciones, y v) respetar mutuamente los compromisos adquiridos y los resultados obtenidos mediante la negociación. Por lo general, la apreciación del cumplimiento de la obligación de las partes de negociar de buena fe y de sus consecuencias suele confiarse a jurisdicciones especializadas, y diversas legislaciones establecen sanciones contra los empleadores que se niegan a reconocer los sindicatos representativos, actitud que puede considerarse como práctica desleal de trabajo. La Comisión considera que este enfoque no es contrario al Convenio núm. 98. (2012: Párrafo 208)

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical ha establecido el contenido del referido principio en los siguientes términos:

- a) Los empleadores y los trabajadores deben hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo dentro de la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas (2006a: párrafo 935).
- b) Los negociadores deben evitar todo retroceso injustificado en el desarrollo de las negociaciones (2006a: párrafo 937).
- c) La actitud conciliadora o intransigente adoptada por una de las partes frente a las reivindicaciones de la otra es materia de negociación entre las partes (2006a: párrafo 938).
- d) Los acuerdos que se celebren deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes (2006a: párrafo 939).
- e) No pueden cancelarse unilateralmente los acuerdos celebrados entre las partes, ni tampoco una disposición legal puede permitir al empleador modificar unilateralmente el contenido de los acuerdos colectivos previamente pactados u obligarlos a negociarlos nuevamente (2006a: párrafos 941 y 942).
- f) La falta de aplicación de un convenio colectivo, incluso de manera temporal, supone una violación del principio (2006a: párrafo 943).

Nuestra legislación lo recoge en el segundo párrafo del artículo 54 del TUO-LRCT: «Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado».

Existe una división de opiniones acerca de si el principio de negociación de buena fe puede distinguirse del deber de negociar y el deber de negociar de buena fe, aunque ambos sin duda están interrelacionados. Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT son

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 26 de marzo de 2003 (Expediente 00261-2003-AA/TC).

el mejor ejemplo de esta distinción. Como se ha señalado en párrafos anteriores, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT no establece una obligación de negociar, pero permite que la legislación nacional lo implemente sin que esto signifique su violación. Solo es factible hacer esta apreciación si se plantea la distinción entre ambos deberes, de manera que resulte coherente reconocer el principio dentro de la norma internacional del trabajo y a la vez considerar que el deber de negociar no forma parte del principio.

Sin embargo, la tradición jurídica los ha identificado de manera conjunta:

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que se trataba de aquella obligación, conforme a la cual las partes debían avenirse a la solicitud de negociación evacuada por una de ellas y someterse al proceso negocial con una disposición abierta y proclive al acuerdo. De este modo, y bajo la configuración de un deber unitario, se consideraba que este actuaba impeliendo a las partes a iniciar un proceso negociador y entrar en su dinámica con respecto a determinadas materias, prescribiendo la obligatoriedad de acceder a la comunicación de promoción, «sentarse» en la Mesa de Negociación y someterse a un determinado «Código de Conducta» accesorio o instrumental, sin que ello, no obstante pudiera equivaler a un deber de contratar. (Sánchez 1999: 353)

En el caso de la legislación nacional no existe una dificultad jurídica en considerar de manera conjunta ambos deberes dentro del principio de negociación de buena fe, ni que este criterio suponga violar el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

El deber de negociar se interpreta como el deber de las partes de comparecer en las negociaciones, de modo que los representantes de los trabajadores y del empleador deban reunirse para proceder al inicio de la negociación. Así surge una obligación del empleador de responder de manera afirmativa o negativa a la presentación del pliego de reclamos. Para los profesores Sala y Albiol, se trata de una alternativa entre aceptar la «invitación» de negociación o rechazarla indicando por escrito y motivadamente su postura, pero a la vez ambas partes deben adoptar las medidas procedentes para que se desarrolle efectivamente la negociación (1994: 368-369).

El deber de negociar no significa anular la posibilidad de que la parte receptora rechace la negociación, lo que sería violatorio es el rechazo injustificado sin contar con el respaldo legal para implementarlo. La mera arbitrariedad de la parte receptora de no responder a la presentación del pliego de reclamos o la búsqueda de entorpecer la negociación por medio del rechazo con la búsqueda de dilatar el inicio de la negociación son flagrantes ejemplos de la violación al deber de negociar.

Asimismo, no se puede interpretar que el deber de negociar conduce al deber de convenir o contratar.

El deber de negociar debe llevar a las partes a la mesa negociadora y establecer de forma general el método y la manera en que la negociación colectiva debe organizarse y desarrollarse, como protección del ordenamiento público laboral, aunque con ello la ley no puede ir más allá, de forma que interfiera decisiva y sustancialmente la discusión libre y voluntaria entre las partes o invada el terreno del ejercicio legal de la autonomía privada. (Sánchez 1999: 43-44)

No se trata solo de prohibir el deber de contratar o convenir, sino también de cualquier otro mecanismo obligatorio que conduzca a un resultado similar.

También se incluye dentro del principio de negociación de buena fe el deber de información a la contraparte, porque cada parte requiere justificar razonablemente sus posturas, especialmente las negativas (Ojeda 2003: 774). El TUO-LRCT reconoce el deber de informar en su artículo 55.

El deber de negociar de buena fe se plasma durante el propio proceso de la negociación entre las partes. Lo que los órganos de la OIT denominan la *celebración de las negociaciones para llegar a un acuerdo*.

La profesora Sánchez plantea un listado de ejemplos de violaciones a este deber: el planteamiento de propuestas que sean irracionales; el rechazo injustificado sin formular contraofertas; el planteamiento de una única o última oferta; llevar deliberadamente al *impasse* la negociación; las retractaciones de una propuesta realizada; las dilaciones indebidas; las conductas que buscan socavar a la representación de los trabajadores (1999: 137-158). En general, la identificación de violaciones al deber de negociar de buena fe, al igual que el deber de negociar, se desenvuelve en el plano de la casuística, y corresponde a las autoridades administrativas y judiciales sancionarlas.

El contenido del deber de negociar de buena fe es crucial para evaluar las justificaciones formuladas al rechazar los pliegos de reclamos de los trabajadores contratistas. Así se debe tener presente que es violatorio del principio negarle el reconocimiento a un sindicato representativo. De modo que el rechazo a un pliego de reclamos de un sindicato que cumple con las formalidades legales para su constitución configura una violación del principio. Asimismo, el rechazo del pliego de reclamos sin la debida justificación y con la finalidad de entorpecer la negociación contraviene el deber de negociar de buena fe.

2.3. La legitimación en la negociación colectiva peruana

La capacidad convencional es la potestad otorgada para negociar y celebrar convenios colectivos. La legitimación convencional es la materialización de esa capacidad convencional en referencia a la unidad de negociación, es decir, la legitimación estricta (Ojeda 2003: 740). No basta la capacidad convencional que es una aptitud genérica para negociar en el plano colectivo; se exige un requisito adicional de vinculación de los sujetos colectivos con los miembros del grupo o grupos afectados por el convenio, que es la representatividad o implantación en la unidad de negociación concreta en la que pretende actuar (Martín 2009: 352). Por ello, para gozar de esta legitimación las legislaciones nacionales exigen que los negociadores cumplan ciertos requisitos que evidencien su representatividad (Cruz 2009: 448).

La legislación peruana regula en la primera parte del artículo 47 del TUO-LRCT la representación de los trabajadores:

Tendrán capacidad para negociar colectivamente en representación de los trabajadores: a) En las convenciones colectivas de empresa, el sindicato respectivo o, a falta de este, los representantes expresamente elegidos por la mayoría absoluta de trabajadores; b) En las convenciones por rama de actividad o gremio, la organización sindical o conjunto de ellas de la rama o gremio correspondiente.

Mientras que la representación de los empleadores está recogida en el artículo 48 del TUO-LRCT:

La representación de los empleadores estará a cargo: a) En las convenciones de empresa, del propio empresario o las personas que él designe; b) En las convenciones por rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir esta, de los representantes de los empleadores comprendidos.

Uno de los temas más controversiales del ejercicio de la negociación colectiva en la descentralización productiva peruana se viene produciendo por el cuestionamiento que formulan los empresarios sobre la carencia de representación y legitimación de las organizaciones sindicales. Tomemos como ejemplos los casos *Sitintel* y *Tecsur* que se ventilaron ante el Ministerio de Trabajo para ubicar la argumentación de los empleadores.

El caso *Sitintel* consiste en el rechazo del pliego de reclamos que presentó el sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones a las empresas contratistas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Mantto (Lari), Emerson del Perú S.A.C. e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A. (Itete). Las empresas Emerson, Cobra y Lari sostienen que el sindicato referido carece de capacidad y legitimidad, en razón de que sus empresas se desempeñan fuera del rubro de las telecomunicaciones.

El caso *Tecsur* consiste en el rechazo del pliego de reclamos que presentó el sindicato unitario de trabajadores de Electrolima, empresas concesionarias eléctricas y afines (SUTEECEA) a la empresa Tecsur S.A. La empresa argumentó que no es una empresa que se enmarque dentro del sector eléctrico, sino en el de ingeniería; por ello la organización sindical no puede afiliar a trabajadores que no pertenecen al mismo sector, razón por la que carece de representación y legitimidad de los trabajadores.

Desde el punto de vista empresarial, el registro comercial de la unidad económica define la rama de actividad de los trabajadores que laboran dentro de ella; por ello, si la organización sindical no corresponde a la definición establecida en el registro, carece de legitimidad para ejercitar una negociación colectiva.

Esta controversia se resuelve administrativamente apelando a las actas de la inspección del trabajo y a la libre afiliación de los trabajadores a un sindicato que respete sus estatutos. En el caso *Sitintel*, la inspección establece que las empresas referidas se ubican en el sector de las telecomunicaciones con independencia de los registros civiles o comerciales que se muestren, en razón de que deben preferirse los hechos constatados sobre las formas o documentos apelando al principio de la primacía de la realidad.²³

Conforme el artículo 47 de la Ley General de Inspección del Trabajo, hay que tener presente que merecen fe las actas de inspección. En el caso *Tecsur*, el Ministerio de Trabajo subraya que los trabajadores se afiliaron legítimamente al sindicato de rama, en tanto sus estatutos sindicales lo permiten en razón de que son trabajadores de empresas afines al sector eléctrico, supuesto en que se encuentra inmersa la empresa Tecsur, conforme se corrobora por sus labores y servicios anexos a dicho sector que se documentan en el expediente administrativo. «Es así que si bien los servicios de la empresa no se encuentran categorizados en el CIU como propios del sector eléctrico, en realidad sí se configuran como adherentes a este, encontrándose por ello incluidos en el supuesto de afiliación regulado en el estatuto».²⁴

23 MINISTERIO DE TRABAJO. Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/2/14 del 4 de noviembre de 2011, considerando 18.

24 MINISTERIO DE TRABAJO. Resolución Directoral General 024-2011-MTPE/2/14 del 21 de noviembre de 2011, considerando 8.

Conforme a las resoluciones del Ministerio de Trabajo, queda establecido administrativamente que la definición de la rama de actividad de una empresa no viene determinada por las formalidades del registro civil o comercial, sino por los hechos constatados en las visitas a las empresas, y se sustenta en el principio de la primacía de la realidad.

Aunque no es una materia de controversia directa en los casos, sin embargo, se puede desprender de ellos un cuestionamiento a que un sindicato de rama de actividad pueda representar a trabajadores de una empresa en la negociación colectiva. Merece abordarse esta controversia en términos teóricos en el plano de la legitimación, porque posteriormente lo abordaremos desde el nivel de la negociación colectiva.

Como se ha señalado, el artículo 47 del TUO-LRCT regula la representación en la negociación colectiva. En el caso de la representación de los trabajadores, esta regulación se encuentra en directa relación con lo establecido por el artículo 5 del TUO-LRCT donde señala las clases de sindicatos que se pueden constituir en el país: empresa, rama de actividad, gremio y territoriales. El profesor Villavicencio sostiene que si se interpreta taxativamente el referido artículo 5 conduciría a serias limitaciones en el derecho de constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes; por ello, siguiendo al Comité de Libertad Sindical, Villavicencio postula que esta regulación debe interpretarse en términos enunciativos, abiertos o ejemplificativos (2010: 110-111). Evidentemente, la interpretación taxativa del artículo 5 del TUO-LRCT sería un limitante para la legitimación de los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva y en la definición de la unidad de negociación, en razón de que al no coincidir la estructura sindical y el nivel de negociación se cuestionaría la legitimación del sindicato.

Compartimos el criterio del profesor Villavicencio cuando afirma que es una equivocación vincular mecánicamente la estructura sindical y la legitimación en la negociación colectiva (2009: 28). La interpretación de Villavicencio se respalda en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, específicamente en el Informe Provisional del *Caso 1845* del Comité de Libertad Sindical:

En cuanto a la alegada exigencia de varias empresas del sector de la electricidad (EDEGEL S.A., Luz del Sur S.A., EDELNOR S.A. y ELECTROLIMA S.A.) de exigir la constitución de una sección sindical para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar una convención colectiva a nivel de empresa, el Comité observa que el Gobierno no ha enviado observaciones al respecto. El Comité estima que esta práctica constituye una injerencia inadmisibles en la organización y estructura interna de los sindicatos, contraria al principio de autonomía y libre funcionamiento de las organizaciones sindicales consagrado en el artículo 2 del Convenio núm. 87. El Comité considera que para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar un convenio colectivo de empresa debería bastar la prueba de que dicho sindicato cuenta con suficiente representatividad a nivel de empresa. El Comité pide pues al Gobierno que tome medidas a nivel de la legislación y de la práctica para que a los sindicatos de rama de actividad que desean negociar colectivamente a nivel de empresa no se les obligue a constituir una sección sindical en la misma y puedan negociar si acreditan suficiente representatividad. (1996: párrafo 516)

Así se puede concluir que la falta de coincidencia entre la estructura sindical y el nivel de negociación no es un impedimento de legitimación de la organización de los trabajadores para iniciar una negociación colectiva. Por ello, un sindicato de rama de actividad o una federación de sindicatos podría entablar una negociación con el conglomerado de empresas, o hacerlo

de manera independiente con cada una de ellas. En este último caso se trataría de una típica negociación a nivel de empresa siempre que cuente con su representación sindical.

Un debate interesante sobre este tema se ha producido en el derecho laboral uruguayo. La legislación uruguaya en el último párrafo del artículo 14 de la Ley 18566 dispone que:

[C]uando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior». Esta norma ha merecido el comentario del Comité de Libertad Sindical estimando: «por una parte que la negociación con la organización más representativa de nivel superior solo debería llevarse a cabo en la empresa si cuenta con una representación sindical conforme a la legislación nacional. (Comité de Libertad Sindical 2010: párrafo 1389 V)

Desde el punto de vista del órgano de control internacional, un sindicato de rama de actividad goza de la legitimación para negociar colectivamente por los trabajadores de una empresa con la sola condición de que tenga una representación sindical dentro de ella; no se le exige que sea una representación mayoritaria de los trabajadores ni que tengan una sección sindical.

De este modo, una empresa no puede rechazar el pliego de reclamos o la iniciación de la negociación colectiva sosteniendo la falta de legitimación de la organización de los trabajadores bajo este argumento. Como señala el primer párrafo del artículo 54 del TUO-LRCT: «Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable». Es ilustrativo el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical para el caso de las compañías eléctricas, que puede extenderse a situaciones similares, donde se descarta como causa legal el rechazo del pliego de reclamos. Admitir este rechazo genera la violación del artículo 2 del Convenio 87 y del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, respectivamente. Además hay que considerar que el rechazo injustificado del pliego de reclamos es una violación del principio de negociar de buena fe, conforme quedó claramente establecido en párrafos anteriores.

2.4. El nivel de la negociación colectiva en el Perú

La fijación del nivel de negociación colectiva se encuentra regulada por el TUO-LRCT en su artículo 45, y señala como regla general que son las propias partes de común acuerdo quienes fijan el nivel. Sin embargo, en el mismo artículo la ley establece que «A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa». Asimismo, si existe una convención colectiva en algún nivel, para entablar otra distinta se requiere el acuerdo de las partes, no se puede establecer por acto administrativo ni por laudo arbitral. Al lado de esta regulación, la tercera disposición transitoria y final de la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593) estableció que las negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad que estaban en trámite al momento de la vigencia de la ley debían ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel; de no haber acuerdo de partes, «la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa».

En términos prácticos, por esta regulación los empresarios peruanos rehusaron sistemáticamente aceptar una negociación colectiva por rama de actividad. Asimismo, las negociaciones en este nivel que se encontraban en trámite fueron entorpecidas para conducir las al nivel de empresa, por lo que casi desapareció este nivel de negociación en el país.

La regulación fujimorista fue parcialmente reformada con la promulgación de la Ley 29712 que modificó el artículo 46 del TUO-LRCT y estableció en su último párrafo: «De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad, esta mantendrá su vigencia». Asimismo, se derogó la regulación original de la tercera disposición transitoria y final de la ley.

Esta modificación reabrió la negociación colectiva por rama de actividad en el país. Las organizaciones sindicales que previamente a la vigencia de la LRCT negociaban a este nivel (construcción civil, portuarios, etc.) volvieron a presentar sus pliegos de reclamos a los gremios empresariales con la nueva regulación. Los empresarios continuaron rechazando la negociación colectiva al nivel de rama de actividad. Sin embargo, a diferencia del período anterior, el Ministerio de Trabajo ordenó en resoluciones administrativas que se instalasen las mesas de negociaciones. Uno de esos casos fue en el sector de la construcción civil.

La Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) presentó un recurso de amparo contra el auto directoral del Ministerio de Trabajo que ordenaba el inicio de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad. El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 26 de marzo de 2003. El Alto Tribunal establece en su Fundamento Jurídico 3.3 que:

[...] con el fin que la negociación colectiva no se tome inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. *En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento aquellas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo.*²⁵

Ante el revés jurídico que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y CAPECO presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical contra el Estado peruano (Caso 2375) por la violación del Convenio 98 de la OIT al imponer al sector de la construcción civil la obligación de negociar a nivel de rama de actividad.

El Comité de Libertad Sindical se pronuncia en los siguientes términos:

[E]n base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, *la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo.* El Comité ha considerado que para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación; *no obstante, en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes; el Comité ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente.* (2005: párrafo 1226). (Las cursivas son nuestras).

La interpretación del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical nos conduce a que no debe ser ni la legislación ni la autoridad administrativa de trabajo quienes definan el nivel de negociación colectiva, sino los propios actores sociales. A la vez, el Comité considera que si la legislación dispone que un organismo independiente de las partes determine el nivel de la

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 26 de marzo de 2003 (Expediente 00261-2003-AA/TC). Las cursivas son nuestras.

negociación colectiva, esto no sería violatorio del Convenio 98 siempre que sea independiente de las partes. En principio, el organismo judicial o un tribunal arbitral pueden cumplir dicho rol.

Por ello, el Comité de Libertad Sindical solicita al Gobierno peruano que

[T]ome las medidas necesarias para la modificación del artículo 45 del decreto-ley núm. 22593 y del artículo 46 de la ley núm. 27912 con objeto de ponerlos en conformidad con las normas de la OIT y los principios señalados, de manera que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. En cuanto al problema del nivel de la negociación colectiva cuando las partes no se ponen de acuerdo, el Comité ha tomado nota de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2003 en favor en tales casos de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector de la construcción. El Comité toma nota del interés del Gobierno en promover la negociación colectiva de acuerdo con la Constitución Nacional y con el artículo 4 del Convenio núm. 98. *No obstante, el Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista.* El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva. (2005: párrafo 1227). (Las cursivas son nuestras)

Lo que resulta valioso destacar en el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical es que la sentencia del Tribunal Constitucional no puede establecer permanentemente el criterio que la negociación colectiva se desenvuelva a nivel de rama de actividad, las partes siempre deben conservar el derecho a definir el nivel de negociación, aunque esto ocurra cada vez que se produzca una negociación colectiva. En otras palabras, lo que rechaza el Comité de Libertad Sindical es el establecimiento permanente de un nivel de negociación porque esto recorta la negociación libre y voluntaria de las partes. Lo que el Comité no cuestiona es que el Tribunal Constitucional defina específicamente para este período el nivel de negociación en coherencia con su pronunciamiento anterior, es decir, que un organismo independiente a las partes cumpla dicho rol.

Con posterioridad al Informe definitivo del caso, el Comité de Libertad Sindical se vuelve a pronunciar al respecto y precisa el contenido del principio de negociación libre y voluntaria ante la intervención gubernamental peruana.

El Comité ha tomado nota de los argumentos del Gobierno sobre las conclusiones formuladas en el anterior examen del caso, así como de los comentarios, de la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú y de los argumentos del Tribunal Constitucional a favor de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el ramo de la construcción. El Comité quiere dejar bien claro que en sus conclusiones anteriores no había tomado partido ni por la negociación a nivel de rama de actividad (que se produce en la práctica desde hace años) ni por la negociación a nivel de empresa. El principio fundamental que el Comité ha señalado es que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. *A este respecto, lo que el Comité observa es que en aplicación del sistema legal nacional e invocando el Convenio núm. 98 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha determinado para todas las negociaciones colectivas que se produzcan en el sector de la construcción que deban realizarse a nivel de rama de actividad, alterando así el principio de autonomía de las partes y el principio de la negociación libre y voluntaria, principios indisociables del derecho de negociación colectiva*

consagrado en el Convenio núm. 98. El Comité estimó que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial a favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista. (2006b: párrafo 181). (Las cursivas son nuestras)

Si bien el Caso 2375 no se refiere directamente a la negociación colectiva en la descentralización productiva, plantea un punto central: cuál es el marco válido de la intervención estatal, ya sea legislativa, administrativa o judicial sobre la negociación colectiva sin violar el principio de negociación libre y voluntaria. En el caso referido, el Comité de Libertad Sindical es preciso en señalar que la actuación estatal —la sentencia del Tribunal Constitucional para ser más preciso— alteró el principio de autonomía de las partes y de la negociación libre y voluntaria cuando se determina que todas las negociaciones colectivas deban realizarse a nivel de rama de actividad, con independencia de que en la práctica se haya producido a ese nivel en años anteriores. En realidad, los interlocutores sociales siempre deben contar con la potestad de variar o modificar el nivel de su negociación colectiva, o que una de ellas pueda apartarse o rechazar el nivel de negociación propuesto sin que la intervención estatal pueda imponerlo. Se requiere que en cada negociación las partes gocen de la libertad de definir el nivel de negociación.

El profesor Neves evalúa que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical resulta menos protector que la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, por ello se inclina a favor de esta última:

[P]uede verse que hay dos lecturas sobre las normas que regulan la determinación del nivel: una, más igualitaria para ambas partes, conforme a la cual, solo el acuerdo entre ellas puede fijarlo, nunca el Estado, que es la acogida por los órganos de aplicación de la Organización Internacional del Trabajo; y otra, más protectora de los trabajadores, que admite en los supuestos excepcionales la asignación del nivel de rama de actividad por el Estado, que está enunciada por nuestro Tribunal Constitucional. No hay duda de que tendremos que preferir la formulada por el organismo nacional, de carácter jurisdiccional, que es el máximo intérprete de la Constitución y que, por añadidura, resulta la más favorable para los trabajadores, conforme al principio que rige en el Derecho del Trabajo. (2007: 17)

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Constitucional resulta más protectora que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical. Sin embargo, el carácter protector no sería suficiente argumento para restringir la aplicación del principio de negociación libre y voluntaria, razonamiento principal que apela el órgano de control de la OIT en su pronunciamiento. Una libertad fundamental como la negociación libre y voluntaria solo puede ser restringida por otra libertad o derecho fundamental; no por un criterio interpretativo.

Traslademos este pronunciamiento al campo de la negociación colectiva en la descentralización productiva. Los órganos de control de la OIT son precisos en señalar que ni el Estado ni el empleador pueden cuestionar la estructura sindical que adopten los trabajadores cuando constituyan un sindicato, con lo que es violatorio de la libertad sindical cuestionar la legitimación de los trabajadores para negociar colectivamente en función a este argumento. Sin embargo, esto no significa que el Estado pueda imponer el nivel de negociación colectiva a las partes sobre la base de la legitimación convencional.

Las partes pueden establecer libremente el nivel de negociación. En el caso de que exista un *impasse* entre las partes para la definición del nivel de negociación, los órganos de control de la OIT señalan que un órgano independiente de las partes debe resolver el nivel de negociación o el contenido del convenio colectivo, lo cual permitirá que la conciliación, la mediación, el arbitraje o el organismo judicial sean mecanismos válidos para cumplir dicho rol. En cambio, lo que rechaza el Comité es que la autoridad administrativa de trabajo resolviese estas materias. Del mismo modo, la obligatoriedad de la conciliación, la mediación y el arbitraje también son rechazados. Lo recomendable es que las partes elijan libremente el mecanismo de solución. No obstante esto, los órganos de control de la OIT han considerado que existen supuestos donde cabe excepcionalmente implementar un arbitraje obligatorio en la definición del nivel de negociación colectiva.

En conclusión, si surge un conflicto en el nivel de negociación dentro de la descentralización productiva, son las partes quienes libremente deben resolver el *impasse*, y pueden recurrir a los mecanismos autónomos y heterónomos de solución de conflictos; de aquí que cobre importancia el arbitraje.

Sin embargo, no puede interpretarse que el rechazo a la negociación colectiva de rama de actividad pueda justificarse sobre la base de la falta de legitimación del sindicato o la federación que presenta el pliego de reclamos. Nos encontramos en dos situaciones jurídicas diferentes: cuestionar la legitimación del titular del derecho y cuestionar el nivel de negociación.

Aquí recuperamos otro de los temas controversiales en la negociación colectiva entre empresas contratistas y un sindicato de rama de actividad que se mencionó previamente: el argumento empresarial de que un sindicato de rama no puede negociar a nivel de empresa. En el caso *Sitintel* ante el Ministerio de Trabajo, la empresa Lari sostiene que el sindicato es una organización gremial de rama de actividad impedida de negociar en el nivel de empresa. Este argumento se encuentra mejor desarrollado en el caso *Procom Agua*. El sindicato único de trabajadores del área comercial *services* del agua potable y alcantarillado de Lima y Callao presentó su pliego de reclamos a la empresa Consorcio Procom Agua. Uno de los argumentos que plantea la empresa para rechazar el pliego de reclamos consiste en que una interpretación literal del artículo 47 del TUO-LRCT impide que los sindicatos de rama de actividad puedan entablar negociaciones colectivas con una sola empresa del sector, dado que la norma referida sostiene que la capacidad de negociar corresponde al sindicato respectivo o, a falta de este, a los representantes expresamente elegidos por mayoría absoluta de los trabajadores.

Desde el punto de vista empresarial, el TUO-LRCT establece que solo un sindicato de empresa puede negociar a nivel de empresa, por ello un sindicato de rama de actividad estaría prohibido de hacerlo en ese nivel. Ante la falta de un sindicato de empresa, serían solo los representantes de la mayoría absoluta de los trabajadores quienes pueden establecer una negociación colectiva.

La Dirección General del Trabajo resuelve que la interpretación literal del artículo mencionado, formulada por la empresa, es inadecuada porque resulta arbitraria, en razón de que el término «sindicato respectivo» podría también aludir a cualquier otro tipo de organización sindical contemplado en el artículo 5 del TUO-LRCT que legítimamente pudiera actuar en el ámbito de la empresa. De allí que la Dirección se decante por una interpretación sistemática que considere el desarrollo de la jurisprudencia constitucional del país. Sobre esa base, sostiene que los trabajadores de la empresa son libres de constituir un sindicato o afiliarse a uno existente siempre que respeten sus estatutos. En este caso, los trabajadores de la

empresa decidieron afiliarse a un sindicato de rama de actividad y, apoyándose en la conclusión que establecimos previamente, la Dirección sostiene:

[L]a correspondencia de la organización sindical con un nivel de negociación fijado por la ley no determina que necesariamente aquella organización sindical exclusivamente negocie en dicho nivel referencial. El nivel de negociación es, al momento de la conformación de la organización de trabajadores, una referencia que en todo caso debe considerarse dinámica, pues allí donde exista legitimidad negocial podrá haber una organización de nivel superior (rama de actividad) que pueda entablar una negociación en el nivel de empresa.²⁶

La posición del Ministerio de Trabajo es rechazar una interpretación literal que considere una imposición del artículo 47 del TUO-LRCT que solo los sindicatos de empresa pueden negociar a ese nivel y que excluya a otro tipo de organización sindical.

Esta interpretación del Ministerio se ve reforzada por los argumentos que se han desarrollado en este acápite, en especial los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, donde precisan que un sindicato de rama de actividad (aunque en realidad podría ser cualquier tipo de organización sindical) puede negociar a nivel de empresa siempre que goce de una representatividad entre los trabajadores de la empresa.

De este modo, una interpretación armoniosa del artículo 47 del TUO-LRCT con los Convenios 87 y 98 de la OIT que gozan de rango constitucional conduciría a sostener que el «sindicato respectivo» alude a la organización sindical en general que negocia a nivel de empresa, sin referirse a un determinado tipo de organización sindical. Esto significa que las empresas contratistas no pueden rechazar un pliego de reclamos argumentando que el sindicato de rama de actividad (u otro tipo de organización sindical), al cual se encuentran afiliados sus trabajadores, está impedido de negociar a nivel de empresa. La única exigencia es que el sindicato acredite gozar de representatividad entre los trabajadores de la empresa.

Estos casos retratan las dificultades del ejercicio de la negociación colectiva de trabajadores contratistas que se afilian a sindicatos de rama de actividad. En principio, los trabajadores contratistas pueden constituir su propia organización sindical si cumplen con los requisitos exigidos por la ley y negociar directamente con la empresa contratista. No obstante, estos casos evidencian la tendencia de que estos trabajadores valoran agruparse con otros trabajadores de empresas contratistas y con los trabajadores de las empresas principales que laboran en la misma rama de actividad.

Esto podría explicarse por la exigencia legal de un mínimo de veinte trabajadores para constituir un sindicato de empresa (artículo 14 del TUO-LRCT), una valla legal alta si laboran en pequeñas empresas —que son la gran mayoría de las empresas contratistas—, por ello resulta preferible afiliarse a un sindicato de rama de actividad.

Sin embargo, en nuestra opinión, el argumento principal provendría del propio ámbito de aplicación de un convenio colectivo por rama de actividad; es decir, el convenio se aplica tanto a las empresas principales como a las empresas contratistas en tanto laboran dentro de

26 MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 007-2012-MTPE/2/14* del 13 de julio de 2012, considerando 11. Hay que tener presente que esta resolución directoral varía la posición previa del Ministerio de Trabajo, donde se sostenía que a una federación sindical, como en el caso de la Federación de Trabajadores de las empresas de Telefónica del Perú (FETRATEL PERÚ) del 2008, le corresponde negociar colectivamente con una pluralidad de empresas que desarrollan la misma actividad y no negociar a nivel de una sola empresa, y concluye que la misma no cuenta con capacidad para negociar colectivamente a ese nivel. Véase Ulloa (2011: 26).

la misma actividad económica, conforme lo señala el artículo 44, inciso b) del TUO-LRCT. Si observamos los modelos de relaciones laborales donde prevalece la negociación colectiva por rama de actividad, los trabajadores contratistas se encuentran mejor protegidos por este tipo de convenios.

En el caso español, la profesora Menéndez lo señala en estos términos: «las empresas contratistas o subcontratistas aplican a sus trabajadores, en la mayoría de los supuestos, el convenio colectivo sectorial, estatal o provincial [...] algo que, por otra parte, también hacen muchas de las empresas principales» (2009: 253). En el caso argentino, lo retrata así el profesor Tosca: «el régimen en que prevalece el nivel de negociación por actividad puede brindar, sin habérselo propuesto, alguna solución uniformadora» (2007: 435). Esto se reproduce también en Brasil y Uruguay, por mencionar países cercanos al nuestro. En otras palabras, el sentido común de los trabajadores contratistas los conduce a privilegiar afiliarse o constituir un sindicato de rama de actividad, aunque esto no les ha evitado que tengan serias dificultades para ejercitar su derecho de negociación colectiva.

2.5. Las negociaciones colectivas en grupos de empresas

La estructura empresarial peruana se inclinó por la modalidad de cesión de trabajadores como una forma rápida de abaratar los costos laborales durante el fujimorismo, pero con las reformas legislativas emprendidas desde el retorno de la democracia paulatinamente se ha revertido por la sustitución temporal de trabajadores. De igual forma, las subcontrataciones en actividades complementarias y auxiliares han ganado importancia en el mundo laboral peruano y, en menor medida, la conformación de «cadenas productivas» que externaliza la producción de los bienes materiales o la prestación de servicios de la actividad principal. Parecería que el empresario peruano continúa inclinándose a conservar el control directo de la actividad principal.

Otro fenómeno que ha cobrado relevancia en el escenario empresarial peruano son los casos de las grandes empresas que han externalizado fases de su producción trasladándolas a nuevas empresas, muchas de ellas constituidas por su impulso y bajo su control directo. Como se señaló previamente, se trata de la modalidad del *grupo de empresas*. Castello destaca que las dos características principales del grupo de empresas residen en la dependencia de las empresas contratistas hacia la empresa principal (o matriz) y en la dirección unitaria que ejerce esta sobre las demás empresas (2007: 536).

Estas dos características son las que permiten distinguir al grupo de empresas de las otras modalidades de descentralización productiva. Podría confundirse que una relación permanente de contratación entre una empresa principal con una empresa usuaria lo ubique dentro de un grupo de empresas, cuando en realidad ni existe un régimen de control ni una dirección unitaria (Castello 2007: 538); por ello se trataría de una subcontratación regular.

La jurisprudencia uruguaya ha elaborado un interesante listado de indicios para identificar a un grupo de empresas: administradores comunes u oficinas administrativas comunes, coincidencia de los directores, personal indiferenciado, identidad patrimonial, lazos de parentesco entre los directores o integrantes de las empresas, unidad de decisión, control de una empresa sobre la otra, identidad de tareas o actividades, integración total del capital social de una de las empresas con acciones de la otra, uso de los mismos bienes (Ragusa 2007: 514).

La aplicación del principio de la primacía de la realidad resulta ser un instrumento central para definir la existencia de un grupo de empresas, de modo que se verifique la existencia de un fraude laboral. Esto en razón de que las legislaciones laborales que lo regulan le establecen una responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores que laboran dentro del grupo.²⁷

La legislación laboral peruana no regula específicamente el supuesto de los grupos de empresa en el plano de su responsabilidad civil de las obligaciones laborales de los trabajadores, aunque no debería haber dificultades para extender la aplicación de la normativa de intermediación laboral sobre esta modalidad de descentralización productiva.

El grupo de empresas es la modalidad de descentralización productiva que mejor evidencia la dependencia funcional que existe entre la empresa principal y la empresa usuaria, como se resaltó en la primera parte. El respaldo a esta perspectiva la podemos encontrar en el maestro uruguayo Ermida, para quien el grupo de empresas debe considerarse una empresa única, un único empleador por una razón de coherencia lógica y que no se debe refugiar en el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas del grupo (1981: 147-151).

Considerar a la empresa principal del grupo un único empleador significaría que no podría oponerse a las reclamaciones laborales que le presenten los trabajadores del grupo con el argumento de que carecen de una relación jurídica directa. Inclusive los trabajadores podrían plantearle legítimamente una negociación colectiva al interior del grupo de empresas con su participación directa. La dificultad de la negociación colectiva en el grupo de empresas se produce cuando se interpreta rígidamente que la normativa reconoce solo los niveles de empresa o de rama de actividad (sectorial) sin considerar que puede producirse a un nivel supraempresarial, pero sin alcanzar el ámbito de una rama de actividad como se produce en el grupo de empresas. Sin embargo, la legislación comparada viene incorporando al grupo de empresas como uno de los niveles de la negociación colectiva y respaldando la práctica con que se han venido produciendo.²⁸

En el caso de la legislación peruana no existe una regulación precisa al respecto, pero cuando analizamos esta materia en un acápite previo concluimos que no debería existir ninguna dificultad para ejercitar el derecho de negociación colectiva bajo este marco. Las resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo apoyan este criterio.

En efecto, en el mencionado caso *Sitintel*, la Dirección General del Trabajo resalta que las cuatro empresas de servicios «realizan actividades consideradas de telefonía, encargándose a sus trabajadores, labores de telefonía [...] verificándose relaciones contractuales y fácticas con la empresa Telefónica S.A.A. lo cual queda demostrado con los [...] informes de actuaciones inspectivas».²⁹ Aunque la Dirección no se pronuncia sobre la existencia de un grupo de empresas entre Telefónica y las cuatro empresas de servicios, la forma en que se implementa la prestación de servicios de las contratistas denota una dependencia funcional y la dirección unitaria existente. En el caso *Tecsur*, el Ministerio de Trabajo sí llega a calificar la conformación de un grupo de empresas entre Luz del Sur (la empresa principal) y Tecsur S.A. (la empresa

27 La consolidación de las leyes del trabajo brasileñas lo establece en su artículo 2, 2 y el artículo 31 de la Ley de Contratos de Trabajo argentina.

28 La reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores español regula la legitimación de los trabajadores en una negociación colectiva del grupo de empresas en su artículo 87, 1, tercer párrafo.

29 MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/2114* del 4 de noviembre de 2011, considerando 20.

contratista): por la acreditada íntima vinculación societaria, jerárquica y económica entre ambas empresas y por ser comunes sus órganos directivos es que dicha vinculación entre ambas empresas se acredita con una resolución de INDECOPI donde se afirma que dichas empresas se encuentran vinculadas por los intereses económicos que las conforman.³⁰

El esfuerzo de los trabajadores peruanos ubicados en un grupo de empresas por lograr que los salarios y las condiciones de trabajo sean regulados por medio de un convenio colectivo se ha materializado bajo tres modalidades. En primer lugar, el sindicato de la empresa principal absorbe a los sindicatos de las demás empresas del grupo y de manera simultánea afilia directamente a los trabajadores de las distintas unidades productivas. Posteriormente, plantea una negociación colectiva con la empresa principal que incluye al grupo de empresas. En segundo lugar, se conforman sindicatos en cada una de las empresas del grupo y luego articuladamente estos negocian simultáneamente con cada una de las empresas. En tercer lugar, se constituye un sindicato de rama de actividad que afilia a los trabajadores del grupo de empresas y plantea una negociación simultánea con cada una de las empresas.

Estas tres formas de actuación de los trabajadores evidencian las dificultades legales al plantear de manera uniforme una negociación colectiva al interior de un grupo de empresas, a pesar de nuestra afirmación sobre la correcta interpretación de un derecho fundamental como la negociación colectiva. A continuación se muestran tres negociaciones colectivas de grupo de empresas en el país.

El primer caso se produce en la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. constituida originalmente por la empresa matriz —Backus y Johnston, localizada en su planta de Ate— y las otras empresas del grupo: Cervecería del Norte (Motupe), Cervecería del Sur (Arequipa y Cusco), Cervecería San Juan (Pucallpa) y Maltería Lima (Ñaña).³¹ Este proceso de conformación como grupo de empresas se fue conformando desde la década de los noventa, previamente a la adquisición de la empresa matriz por parte de la empresa multinacional SAB Miller. Aunque se podría sostener que no existe un grupo de empresas Backus, sino más bien una empresa con diversos centros de labores, lo cierto es que todavía la Cervecería San Juan conserva su personería jurídica, aunque controlada directamente por la empresa principal, por lo cual en términos formales existen dos empresas.

Simultáneamente a este proceso de centralización empresarial, en cada una de las empresas cerveceras existió un sindicato que negociaba de manera colectiva con su empleador. A raíz de este proceso, el sindicato de la empresa principal estableció como estrategia sindical absorber a los sindicatos del grupo. Así, se constituye el Sindicato Nacional de Obreros de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. sobre la base del sindicato de Backus y Johnston (planta Ate) y absorbiendo a los sindicatos de trabajadores de Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería. En la actualidad, este sindicato afilia a los trabajadores de las plantas cerveceras referidas. Sin embargo, no se ha podido integrar a los trabajadores de la Cervecería San Juan (Pucallpa) porque la empresa conserva su personería jurídica independiente.

Como resultado de la estrategia sindical, el 4 de febrero de 2012 se suscribe el convenio colectivo que tiene como ámbito de aplicación «todas las áreas de Manufactura Cervecera (Elaboración, Envasado, Planta de Fuerza, Mantenimiento y otros), Almacén de Materiales y

30 MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 006-2012-MTPE/2114* del 13 de julio de 2012, p. 3.

31 Previamente fue adquirida la Compañía Nacional de Cerveza que contaba con tres plantas (Sáenz Peña, Modelo y Trujillo).

Almacén de Productos Terminados de las plantas cerveceras de Ate, Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería». Asimismo, en septiembre de 2012, la Cervecería San Juan suscribió el convenio colectivo con su sindicato por un período de tres años.

Mientras la Cervecería San Juan mantenga su personería jurídica, los trabajadores cerveceros del grupo Backus tendrán serias dificultades legales para afiliarse a estos trabajadores y poder ejercer una negociación colectiva a este nivel. La única salida legal es transformarse en un sindicato de rama cervecero, aunque sea una evidente violación de su libertad sindical.

El segundo caso se produce dentro del sector minero. Ante el nuevo *boom* de la minería peruana, hay un notable incremento de trabajadores mineros; muchos de ellos laboran en empresas de servicios complementarios o especializados que están vinculadas a una empresa principal. En este escenario productivo, los sindicatos mineros de las empresas principales negocian colectivamente con su empleador, pero los trabajadores de las empresas de servicios no logran beneficiarse económicamente del *boom*. Al interior de este grupo de trabajadores se genera una estrategia que consiste en constituir sindicatos en cada una de las empresas de servicios y plantea reivindicaciones de manera conjunta.

El mejor ejemplo de esta estrategia sindical ocurre en las unidades mineras de la Compañía de Minas Buenaventura —la empresa principal—, donde se constituyen sindicatos en las empresas de servicios y se plantean simultáneamente pliegos de reclamos con reivindicaciones salariales similares. Al principio hay un sostenido rechazo de las empresas de servicios de aceptar la constitución de sindicatos e implementar una negociación colectiva. Sin embargo, al producirse una serie de huelgas coordinadas dentro de las empresas de servicios que afectan directamente a la empresa principal, esto termina obligando a una negociación conjunta de las empresas de servicios con los sindicatos, con participación de la empresa principal como observador.

Así, el 6 de marzo de 2010 se suscribieron cuatro convenios colectivos en extraproceso de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Antapite de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Asimismo, el 7 de febrero de 2012 se suscribieron tres convenios colectivos de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Uchucchacua de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

Al estudiarse los referidos convenios colectivos mineros se evidencian dos características. Por un lado, los convenios colectivos contienen las mismas cláusulas laborales, aunque se suscriben independientemente con cada una de las empresas. Por otro lado, hay una participación indirecta de la empresa principal (Buenaventura) durante el proceso de negociación colectiva. En realidad, esto retrata que los convenios colectivos se han producido dentro de una negociación colectiva de un grupo de empresas, pero que al carecer de un marco normativo apropiado adoptan esta multiplicidad de convenios colectivos de empresa. Aunque la dificultad se profundiza, porque no puede ejercitarse una negociación que incluya a la empresa principal (Minas Buenaventura) y a sus trabajadores sindicalizados.³²

Estos dos ejemplos de convenios colectivos en *grupos de empresas* muestran que los trabajadores apelan a la estructura sindical dispuesta por la legislación laboral, a pesar de que no encaja en la situación real de las relaciones laborales. Se constituyen como sindicatos de empresa, aunque negocian para el colectivo de trabajadores del *grupo de empresas*.

El tercer caso se produce en el ya mencionado caso Sitentel con el sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones que presentan

32 Aunque la jurisprudencia española ha calificado que la suscripción de tres empresas de un mismo convenio colectivo conjuntamente evidencia la existencia de un grupo de empresas (Martínez 2003: 27).

su pliegos de reclamos a las empresas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Manto, Emerson del Perú S.A.C. e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A., las cuales rechazan el pliego de reclamos en consideración a tres argumentos sustantivos. En primer lugar, el sindicato de rama de actividad no se encuentra legitimado para negociar colectivamente en cada una de las empresas. En segundo lugar, el sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. En tercer lugar, las empresas no se ubican en el sector de telefonía donde se encuentra constituido el sindicato de rama de actividad. Estos temas han sido abordados en los acápites anteriores del estudio, en especial al analizar la Resolución Directoral General 021-2011/MTPE/2/14 del 4 de noviembre de 2011 del Ministerio de Trabajo.³³

Estos tres casos de negociaciones colectivas dentro de grupos de empresas retratan el esfuerzo y la «imaginación jurídica» de los trabajadores de las empresas de servicios para ejercitar el derecho fundamental a la negociación colectiva para regular directamente sus salarios y condiciones de trabajo con sus empleadores. Sin embargo, el TUO-LRCT resulta insuficiente para asegurar ese ejercicio, a pesar de que la Constitución, las normas internacionales del trabajo, la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de los órganos de control internacional respalden ese ejercicio.

La reflexión final es que la negociación colectiva dentro de un grupo de empresas tiene serias dificultades en su ejercicio por los intersticios reguladores existentes. Como se ha reseñado, hay evidentes ejemplos de entorpecimientos a la negociación colectiva contra este colectivo de trabajadores que configuran violaciones de los principios de negociación libre y voluntaria y de la negociación de buena fe, respectivamente. Esto plantea la necesidad de implementar una reforma legal al TUO-LRCT para superar las dificultades estudiadas. Sin embargo, esto no impide que las autoridades administrativas del trabajo y los jueces del país aseguren el respeto del ejercicio de este derecho fundamental y sancionen a los empleadores que lo violen.

Conclusiones

El nuevo modelo productivo consiste en subdividir las fases de la producción de manera que adquieren autonomía, así la dirección empresarial puede recurrir a terceros para que cumplan con esa labor sin necesidad de hacerlo directamente. Este cambio en la forma de organizar el trabajo afecta al ordenamiento laboral. La regulación laboral de bilateralidad empleador-trabajador no se corresponde con el nuevo escenario productivo. Ahora la relación es triangular entre una empresa principal que contrata a una empresa usuaria, y esta presta su servicios por medio de sus trabajadores, siendo el beneficiario del trabajo la empresa principal. Hay una quiebra de la noción tradicional de trabajador y de empleador.

Las normas laborales han recurrido a dos mecanismos para regular la descentralización productiva dentro del mundo del trabajo. Por un lado, regular los supuestos de la contratación de trabajadores para evitar el fraude laboral. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas. Sin embargo, estos mecanismos reguladores siguen insertos en la racionalidad de la bilateralidad de la relación laboral.

³³ Las empresas presentaron una acción contencioso-administrativa contra la resolución ddirectoral del Ministerio de Trabajo, de modo que la negociación colectiva continúa paralizada hasta que el organismo judicial se pronuncie firmemente sobre el tema.

En vez de esto, se postula que se ponga el énfasis en la forma cómo se interrelacionan los actores de la relación triangular, donde la empresa principal ejerce como el actor predominante en tanto se beneficia directamente de las labores de los trabajadores contratistas y conserva las tradicionales potestades del empleador; es decir, coordina las labores, toma las decisiones principales, asume los riesgos de la actividad económica, etc. De modo que en realidad la empresa contratista y sus trabajadores se encuentran inmersos en una dependencia funcional hacia la empresa principal. Esto es, lo justifica que se formule un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. Si esto resulta claro en el plano individual de la relación laboral, también resulta exigible en el plano colectivo de la relación laboral, porque la empresa principal tiene la función de coordinación de la gestión en el proceso productivo y la organización de los servicios, las materias esenciales en la negociación colectiva. Por supuesto, la participación de la empresa principal está condicionada a la modalidad de descentralización productiva en que se ubique.

En el Perú, la reforma laboral de los noventa se adelanta a la aparición de las distintas modalidades de la descentralización productiva. Lo que ocurre en realidad es que la regulación (la forma jurídica) es previa a la nueva organización del trabajo (el fenómeno social). Esto explica la predominancia inicial de la cesión de trabajadores dentro del mundo del trabajo peruano, en tanto resulta un mecanismo legal y directo para abaratar los costos laborales sin que provengan de un propio proceso de innovación productivo de las empresas. Su impacto deformador sobre el empleo y las condiciones de trabajo provocaron que se implementase una nueva regulación que atenuase sus efectos perniciosos, pero las leyes se concentran en el plano individual de las relaciones laborales y dejan de lado el plano colectivo de ellas.

El texto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva con independencia de la relación laboral en la que se encuentran inmersos los trabajadores, por ello su protección cubre a los trabajadores contratistas. Asimismo, existe una obligación estatal de fomentarlo. De este modo, los trabajadores contratistas organizados sindicalmente o agrupados en coalición tienen el derecho de negociación colectiva con sus empleadores. Sin embargo, los casos de rechazos del pliego de reclamos ventilados ante la autoridad de trabajo y los convenios colectivos de los trabajadores inmersos en la descentralización productiva muestran que existen serias dificultades en su ejercicio.

Uno de los argumentos del rechazo del pliego de reclamos es que los trabajadores contratistas afiliados a un sindicato de rama de actividad no pueden ejercitar la negociación colectiva porque dicho sindicato carece de representatividad al estar fuera del rubro de la actividad de la empresa contratista. El criterio para establecer la ubicación de los trabajadores contratistas no proviene de los registros civiles o comerciales de la empresa, sino más bien de los hechos constatados sobre las actividades, y se apoya en el principio de la primacía de la realidad. Esto resulta importante para los trabajadores contratistas que se desempeñan en las actividades complementarias de las empresas de servicios.

Otro de los argumentos del rechazo de los pliegos de reclamos consiste en vincular mecánicamente la estructura sindical con el nivel de negociación colectiva. Una interpretación taxativa del artículo 47 del TUO-LRCT sostendría que un sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. Se trata de una interpretación errónea, en razón de que un sindicato de rama de actividad puede negociar a nivel de empresa siempre que goce de una evidente representatividad, sin exigirle que constituya una sección sindical o que represente a la mayoría de los trabajadores. Asimismo, la autoridad administrativa de trabajo tampoco puede imponer el nivel de negociación colectiva; esto corresponde que lo definan los actores sociales.

Los rechazos de pliegos de reclamos de trabajadores contratistas afiliados a un sindicato de rama de actividad evidencian los obstáculos que deben enfrentar para negociar directamente con su empleador. Inclusive no se ha materializado el supuesto en que los sindicatos han pretendido simultáneamente negociar con la empresa principal y la empresa contratista. En todo caso, estos rechazos de los pliegos son evidentes violaciones del principio de negociación de buena fe recogido por la legislación peruana. Sin embargo, las resoluciones administrativas no se han cumplido por estar sometidas a procesos judiciales.

En el caso de la negociación colectiva dentro de un grupo de empresas, la dependencia funcional entre la empresa principal y sus empresas contratistas es mucho más estrecha bajo este supuesto. No debería haber un impedimento legal para que un sindicato de un grupo de empresas o la coalición de sindicatos del grupo de empresas implementen una negociación colectiva a este nivel, a pesar de que la legislación peruana no lo regule específicamente. Sin embargo, esta ausencia reguladora lo entorpece, como lo ejemplifican los convenios colectivos estudiados.

El análisis de los diferentes casos retrata que el vigente TUO-LRCT no es adecuado para el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. En vez de promoverlo, lo entorpece, ya sea por las interpretaciones rígidas que propicia o por la falta de soporte legal para las actuaciones de los trabajadores. Es una evidente violación del Estado peruano a su obligación de garantizar el ejercicio de la negociación colectiva.

La reforma legislativa debe enmarcarse en el mandato constitucional de promover la negociación colectiva. Las siguientes son medidas que se desprenden del estudio: disminuir el número de trabajadores exigidos para constituir un sindicato, sustituir el criterio de la actividad principal por la dependencia funcional, desvincular la estructura sindical con el nivel de negociación colectiva, asegurar el respeto del derecho de los trabajadores al constituir la organización sindical que estimen conveniente, reconocer la negociación colectiva en el grupo de empresas.

Bibliografía

I. Libros y artículos

ALONSO, Manuel y María Emilia CASAS

2006 *Derecho del trabajo*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Thomson-Aranzadi.

ALTHAUS, Jaime de

2009 *La revolución capitalista en el Perú*. El Comercio. Lima.

ARCE, Elmer

2006 *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores.

2008a *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.

2008b «Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un

molino de viento?». En: AA. VV. *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 21-50.

ASPILCUETA, Marco

2000 «Relaciones interempresariales y oportunidades de subcontratación en el Perú». En SULMONT, Denis y Enrique VÁSQUEZ (editores). *Modernización empresarial en el Perú*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 287-328.

BILBAO, Andrés

1999 *El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

BRONSTEIN, Arturo

2007 «La subcontratación laboral». (1999). *Cuadernos de Integración Andina*. Lima, número 20, pp. 9-29.

CASTELLO, Alejandro

2007 «Grupo de empresas». En ACKERMAN, Mario y Diego TOSCA (compiladores). *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 525-555.

CASTELLS, Manuel

2000 *La era de la información*. Volumen I: La sociedad red. Traducción de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés. Segunda edición. Madrid: Alianza Editorial.

COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES

1983 *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

2012 *Dar un rostro a la globalización. Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

1996 *Informe número 302, Caso 1845 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

2005 *Informe número 338, Caso 2375 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

2006a *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

2006b *Informe número 343, Caso 2375 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

2010 *Informe número 356, Caso 2699 (Uruguay)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

CRUZ, Jesús

2009 *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.

DAVIDOV, Guy

2004 «Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships». *British Journal of Industrial Relations*. Oxford, volumen 42 (4), pp. 727-746.

DEAKIN, Simon

2001 «Commentary. The Changing Concept of “employer” in Labour Law». *Industrial Law Journal*. Oxford, volumen 31, pp. 72-84.

ERMIDA, Óscar

1981 *Empresas multinacionales y derecho laboral*. Montevideo: Ediciones Jurídicas A . M. Fernández.

ERMIDA, Óscar y Natalia COLOTUZZO

2009 *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo.

ERMIDA, Óscar y Óscar HERNÁNDEZ

2003 «Crítica de la subordinación». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid, número 116, pp. 269-297.

FUDGE, Judy

2006 «The Legal Boundaries of The Employer, Precarious Workers, and Labour Protection». En DAVIDOV, Guy y Brian LANGILLE (editores). *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in The Regulation of Work*. Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 295-315.

GORELLI, Juan

2009 «Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador». En AA. VV. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: ARA Editores y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 143-174.

IRANZO, Consuelo y Marcia de Paula LEITE

2006 «La subcontratación laboral en América Latina». En DE LA GARZA Enrique (coordinador). *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*. México D. F.: Anthropos, pp. 268-288.

MARTÍN, Antonio y otros

2009 *Derecho del trabajo*. Décimo octava edición. Madrid: Tecnos.

MARTÍNEZ, Jesús

2003 «La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas». En

MARTÍNEZ Jesús (coordinador). *La negociación colectiva en grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 13-42.

MENÉNDEZ, Remedios

2009 *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Madrid: Consejo Económico y Social.

MINISTERIO DE TRABAJO

2011a Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/2/14 del 4 de noviembre.

2011b Resolución Directoral General 024-2011-MTPE/2/14 del 21 de diciembre.

2012a Resolución Directoral General 06-2012-MTPE/2/14 del 13 de julio.

2012b Resolución Directoral General 07-2012-MTPE/2/14 del 13 de julio.

MONEREO, José Luis

2001 «Evolución y futuro del derecho del trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social». *Relaciones Laborales*. Madrid, números 15 y 16, pp. 13-70.

MONTOYA, David

2004 *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NEVES, Javier

1994 «La negociación y el convenio colectivo en las Constituciones de 1973 y 1993». *Asesoría Laboral*. Lima, año 4, número 37, pp. 27-30.

2007 «El nivel de la negociación en la actividad portuaria». *Asesoría Laboral*. Lima, año XVII, número 196, pp. 15-17.

NOVICK, Martha

2000 «La transformación del mundo del trabajo». En DE LA GARZA, Enrique (coordinador). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 123-147.

OJEDA, Antonio

2003 *Derecho sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1997 *Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación. 85.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

PIORE, Michael y Charles SABEL

1990 *La segunda ruptura industrial*. Traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Alianza Editorial.

RAGUSA, Azucena

2007 «Los grupos de empresa». En ACKERMAN, Mario y Diego TOSCA (compiladores). *La transformación de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Colzoni Editores, pp. 493-523.

RIVERO, Juan

2000 «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo». En AA. VV. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 17-94.

SALA, Tomás e Ignacio ALBIOL

1994 *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ, Esther

1999 *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social.

SUPIOT, Alain

1999 *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

TOSCA, Diego

2007 «La descentralización productiva (anatomía y patología en Argentina)». En ACKERMAN, Mario y Diego TOSCA (compiladores). *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 429-459.

TOYAMA, Jorge

2008 *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.

TOYAMA, Jorge y Alfredo VARGAS

2009 «Las contratas mineras: aspectos laborales». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 4, número 8, pp. 149-160.

UGAZ, Mauro

2009 «El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú». En OJEDA, Antonio. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: ARA Editores.

ULLOA, Daniel

2011 «La negociación colectiva en el Perú». *Laborem*. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, pp. 17-32.

URREA, Fernando

1999 «Globalización, subcontratación y desregulación laboral. Una revisión bibliográfica

parcial». En ARANGO, Luz y Carmen MARINA (compiladoras). *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 50-91.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

2002 «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo». *Sistema*. Madrid, números 168 y 169, pp. 71-87.

VERDERA, Francisco

2000 «Cambios en los modelos de relaciones laborales en el Perú 1970-1996». En SULMONT, Denis y Enrique VÁSQUEZ (editores). *Modernización empresarial en el Perú*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 59-121.

VILLAVICENCIO, Alfredo

2004 «La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico». *Ius et Veritas*. Lima, año 14, número 29, pp. 143-156.

2009 «La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa». *Soluciones Laborales*. Lima, Gaceta Laboral, número 14, pp.23-29.

2010 *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PLADES.

2. Jurisprudencia nacional, comparada e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente 00261-2003-AA/TC. Sentencia del 26 de marzo de 2003

2005 Expediente 5854-2005-PA/TC. Sentencia del 8 de noviembre de 2005

2005 Expediente 0025-2005-PI/TC. Sentencia del 25 de abril de 2006

2009 Expediente 03561-2009-PA/TC. Sentencia del 17 de agosto de 2009

CORTE SUPREMA DE CANADÁ

1997 *Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* 1 SCR 1015, 1055.



COMENTARIOS

Alfredo Villavicencio Ríos

Decano de la Facultad de Derecho, Director del Doctorado en Derecho y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Debo iniciar estos comentarios señalando que comparto mucho de lo afirmado por el autor. Las virtudes del texto no permiten que sea de otra forma; entre ellas resaltan especialmente el carácter interdisciplinario del análisis realizado (sobre la base de fuentes no solo jurídicas, sino también sociológicas) y el abordaje de temas de fondo, como la falta de idoneidad de la regulación laboral actual y el replanteamiento de conceptos como *organización del trabajo*. En ese sentido, y sin desmerecer en absoluto los principales aciertos de la investigación, paso a realizar una apreciación crítica de algunos elementos tratados en ella con la intención de complementar sus aportes.

Una de las primeras observaciones que es necesario hacer es que el fenómeno analizado en el trabajo es complejo y tal vez por ello existe cierta ambigüedad en la forma en que se le nombra. El profesor Canessa lo denomina tanto descentralización productiva como subcontratación. Considero que ambos términos no son sinónimos; de hecho, el efecto jurídico del primero es el segundo. La *descentralización productiva* es un fenómeno organizacional que interrelaciona diversos elementos: empresarios, trabajadores, máquinas e insumos; y sus consecuencias alcanzarán diferentes campos. La aproximación jurídica a este fenómeno es la consecuencia, y es este concepto el que es materia de análisis en el texto bajo comentario; a este fenómeno, por cierto, también se le denomina *tercerización* o *outsourcing*.

Como bien señala el autor, como pauta general, las consecuencias de la descentralización productiva suelen ser buenas para las empresas y malas para los trabajadores. Esto revela la necesidad de un cambio de paradigma en la aproximación al fenómeno, un cambio cuyo impacto debería alcanzar a los actores involucrados y sus actos, incluso en el ejercicio regulatorio de la subcontratación. Por otro lado, en el Perú existe un juego de intereses que se refleja en las influencias empresariales en las políticas laborales, incluida la política legislativa. La posición real de poder del actor económico le permite una interlocución especial frente al mundo de lo político, razón por la cual tenemos un serio problema regulativo, que ya tiene más de dos décadas, y no se ve en el horizonte ninguna posibilidad de afrontarlo tanto para darle precisión a las normas como para dotar de cierto equilibrio a los actores. Por ello, el autor acierta cuando busca formular un juicio de adecuación de estas normas.

El trabajo comentado se extiende en el tratamiento de la descentralización productiva, sus expresiones y consecuencias, temas que ya tienen más de dos décadas de análisis. Hubiera sido más útil que se concentrara en el meollo del asunto: la ruptura del paradigma de la bilateralidad de la relación laboral y el establecimiento del reino de las relaciones triangulares, y que apuntara a consolidar el enfoque relacional de la dependencia funcional entre todos los empleadores involucrados y trabajadores.

La subcontratación implica necesariamente el desdoblamiento y el trastrocamiento de la figura del empleador entre empresa principal y contratista. Estamos frente a organizaciones empresariales diferentes, jurídicamente independientes, cada una con sus propios trabajadores y recursos, pero frente a un solo ciclo productivo, con una empresa que lo diseñó y lo controla.

Hay una empresa principal que genera excedentes económicos a través del aprovechamiento directo de la fuerza de trabajo de personal ajeno, y rompe así la concepción tradicional del contrato de trabajo:

- a) Mantiene el control global del proceso de producción, lo que le permite ostentar el poder de decisión final sobre las circunstancias bajo las cuales se desarrollará este. El empleador inmediato no se corresponde con el centro de decisiones real.
- b) Es la beneficiaria final y directa de la prestación de los servicios desplegados por los trabajadores de la contratista.
- c) No asume responsabilidades y riesgos laborales implícitos en el proceso productivo.
- d) Es la que se encuentra en la posibilidad real de solucionar una serie de conflictos de intereses que se suscitan con los trabajadores destacados.

Se trata, como afirmara el profesor Gorelli, de una cesión de autonomía empresarial, una nueva clase de subordinación jurídica, mucho más sutil, no entre trabajadores y empleador sino entre empresarios auxiliares y principal, no de carácter jurídico sino de hecho, que se presenta porque la principal tiene las potestades de organizar, dirigir y coordinar las fases externalizadas.

Y, en este contexto, cobra una fuerza aún mayor el enfoque relacional o de dependencia funcional entre empresas y trabajadores, que tiene que conducir a reconfigurar la relación laboral y sobre todo la noción de empleador. Pierde relevancia la persona jurídica y el carácter principal o secundario de la actividad para priorizar la dependencia funcional.

Además, hay que revisar la historia de las normas sobre subcontratación en el Perú, tanto porque comienza con el Decreto Ley 22126 y no con la Ley 24514 como porque la motivación no fue la influencia de la doctrina o de la legislación comparada, sino la necesidad de favorecer a los intereses empresariales entendiendo que esa era la única vía que generaría inversión, crecimiento y desarrollo, premisa tantas veces desmentida por la realidad y que sigue hasta la fecha justificando la lógica del «cholo barato» en las políticas de empleo de los distintos Gobiernos posteriores al Gobierno fujimorista.

Si bien en las relaciones individuales hay regulación, no la hay en las relaciones colectivas, lo que es grave si consideramos que el fenómeno de la descentralización productiva impacta a los tres derechos colectivos. Y sobre este tema hay un matiz con el trabajo comentado, porque debería haber dicho algo sobre los otros dos derechos: el presupuesto (sindicación) y la garantía de eficacia de la negociación colectiva (huelga).

Sobre el particular, deberíamos revisar la posición sobre la no injerencia estatal en la constitución de los sindicatos, puesto que con la subcontratación no solo basta con eliminar las restricciones registrales a las organizaciones que contrata, sino que hay que regular promocionalmente esta posibilidad y dar especial garantía a los fundadores y dirigentes dada su extrema precariedad.

Finalmente, hay graves problemas de legitimación que se derivan del tema de sindicación. No se respeta el derecho a constituir los sindicatos que se estimen convenientes y se les quiere encasillar legalmente; o se les impacta estableciendo posibilidades negociales solo a nivel de

empresa, con lo que no se constituyen sindicatos de rama. Al respecto, lo único que se puede exigir es que tengan presencia en la empresa, solución que habría que asumir legalmente.

Así, estos temas muestran los problemas actuales de una legislación que se encuentra en las antípodas de las exigencias de tutela colectiva que plantea cualquier sistema medianamente desarrollado de relaciones laborales y que son puestas en evidencia en el trabajo comentado.

Elmer Arce Ortiz

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Lo primero que quisiera resaltar en el texto del profesor Canessa es la profundidad y limpieza con la que trata un tema antiguo, como lo es el derecho de negociación colectiva, desde una visión económica, política y social moderna. Su perspectiva interdisciplinaria abre las puertas a una reflexión sobre la efectividad de la negociación colectiva en los momentos actuales del capitalismo maduro.

El cambio de modelo de producción, del taylorista al flexible, constituye no solo una nueva manera de enfocar las actividades empresariales, sino también una nueva forma de ver las relaciones laborales y el papel del sindicato. La empresa como unidad económica y jurídica va dejando su paso a modelos más complejos que mezclan de distinta forma el componente jurídico con el económico: grupos de empresas, tercerización, teletrabajo, franquicias, trabajadores autónomos, etcétera.

Entrando en la reflexión sobre el papel de la legislación flexible en el Perú, el profesor Canessa señala que el fenómeno social de cambio de modelo productivo no había llegado a nuestro país cuando la reforma jurídica ya se había hecho. Es decir, el Gobierno fujimorista aceleró el proceso de cambio en el modo de actuar de las empresas peruanas. Sobre el particular, discrepo. En primer lugar, no creo que el contexto del Perú de los noventa ameritaba un cambio de paradigma jurídico. Y ello, porque las condiciones que se dieron en Europa fueron muy distintas a las producidas en Perú. En Europa se produjo una saturación de la competencia en los mercados, lo cual no ocurrió en el Perú. En segundo lugar, no se incorporaron nuevas formas de regulación en todas las nuevas formas empresariales que teóricamente derivan de la descentralización. Por ejemplo, se regularon solo las empresas de trabajo temporal y la tercerización de actividades complementarias. No se regularon los grupos de empresas, ni el teletrabajo, ni los trabajadores autónomos, ni la transmisión de empresas ni, por último, los efectos laborales de la franquicia. En tercer lugar, las modificaciones legislativas solo se focalizaron en los efectos sobre los derechos individuales de los trabajadores y dejaron al margen los derechos colectivos. En realidad, estas tres consideraciones confirman desde mi punto de vista una sola cosa: «se utilizó la regulación de la descentralización productiva para avasallar los derechos laborales». En otras palabras, se utilizó una ficción jurídica (que no encontraba correspondencia con nuestra realidad social) para desarticular la estabilidad laboral del trabajador hasta ese momento existente.

Prueba de lo que se dice es que hasta ahora hay muchas formas que han nacido en el modelo descentralizado que todavía no tienen regulación jurídica. Si la razón o finalidad de la regulación flexible de los años noventa hubiera sido acelerar el desarrollo de la realidad social

empresarial, se hubiera regulado también la tercerización de actividades principales, los grupos de empresas o los trabajadores autónomos. Esto, desgraciadamente, no ha ocurrido.

Lo que vinieron a crear estas fórmulas jurídicas de ficción fue la dispersión del poder de dirección en varias personas jurídicas, con lo cual el trabajador empezó a perder certeza respecto de quién era su contraparte contractual; y el sindicato, de quién era su contraparte negocial. Por lo demás, nunca existió intención por parte del legislador de unificar el poder de dirección aunque este estuviera en distintas manos, y empezó a crear sujetos que podían tomar decisiones sobre la organización de los trabajadores, pero que no tenían ninguna responsabilidad económica ni jurídica respecto de ellos. Estas palabras grafican lo que significó la regulación incipiente bajo los marcos de la descentralización productiva para los trabajadores peruanos.

El derecho de negociación colectiva también se ha visto afectado por esta suerte de «desaparición del empleador responsable». Las reglas tradicionales del derecho de negociación colectiva, como afirma el profesor Canessa, lo vuelven un derecho que produce insatisfacción en el marco de la descentralización productiva. Ello es preocupante, dado que la Constitución peruana promueve la eficacia de negociación colectiva más que su aparición simbólica en el texto legal.

Coincido con el profesor Canessa en que una vía para recuperar la aplicación del derecho constitucional de la negociación colectiva sea la de voltear la cara a los principios que la sustentan. Los principios pueden ayudar a reconstruir las reglas jurídicas siempre que los contextos estén en un momento de cambio. De esta forma, la reconstrucción del derecho sobre la base de los principios de negociación libre y voluntaria permite una visión de esperanza que atienda a la finalidad del derecho fundamental.

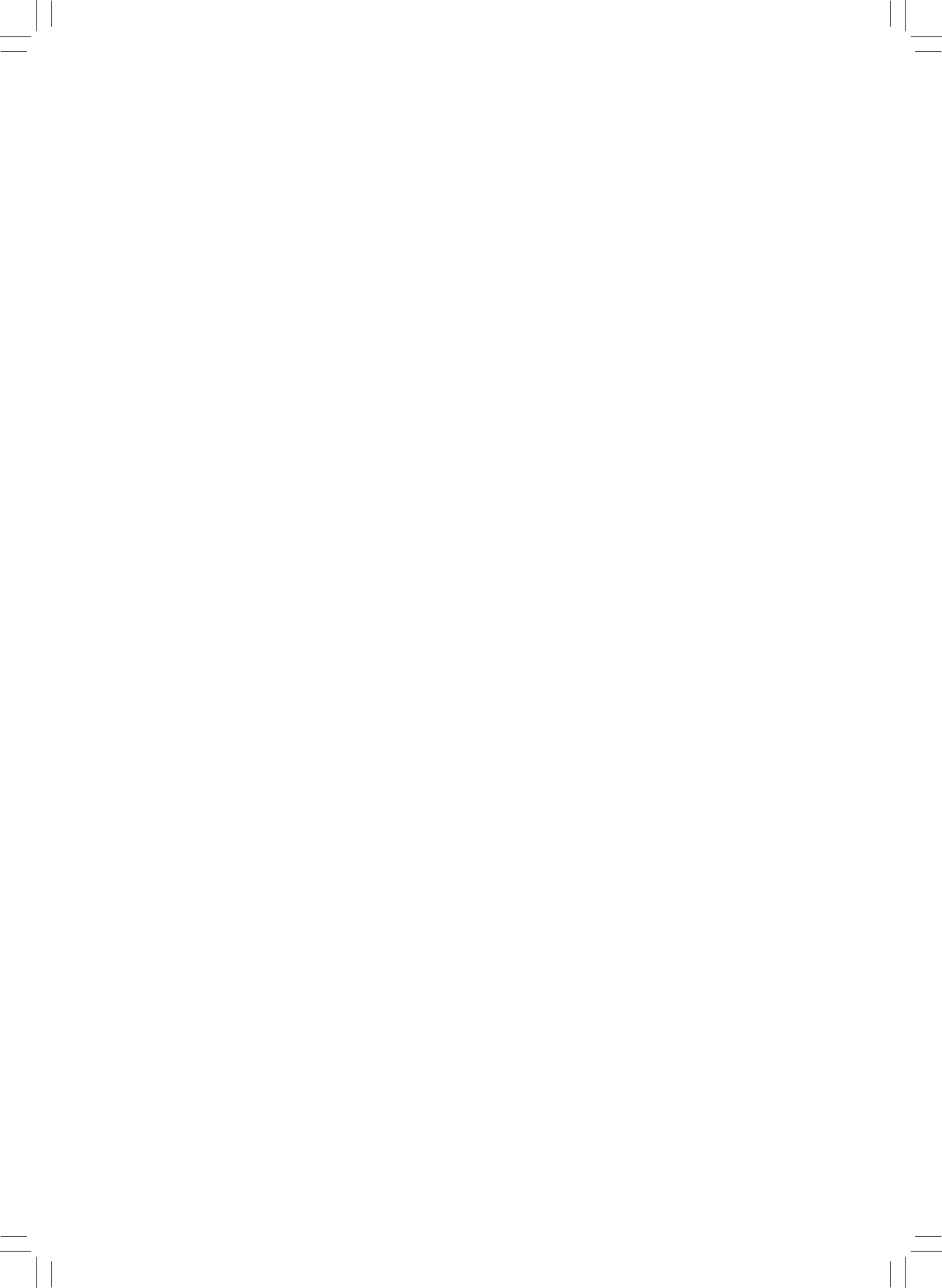
Creo que los dos temas que el profesor Canessa plantea al final de su trabajo son temas de gran envergadura. Tanto la legitimidad para negociar como el nivel de negociación ponen el acento precisamente en la insuficiencia de las actuales reglas peruanas para regular las nuevas formas de organización empresarial (tercerización, grupos de empresa, transmisión, teletrabajo, etcétera). Se deja en evidencia la ineficacia de las normas actuales laborales, aunque se trata de resaltar el papel de la jurisprudencia judicial y administrativa a efectos de subsanar los errores de esa anomía legislativa. No obstante, dichos pronunciamientos poco a o nada pueden hacer para cambiar la realidad jurídica. En otros casos, los propios trabajadores han conseguido «sentar» en la misma mesa de negociación a quien por ley no está obligado a hacerlo, como es el caso del empleador de la empresa principal o usuaria respecto de los trabajadores de las empresas contratistas), pero son soluciones que exigen mucho compromiso y esfuerzo, además de ser excepcionales. Creo que los principios de negociación colectiva y voluntaria deben empujar hacia la consolidación de una nueva normativa que no obligue a los jueces y funcionarios a realizar «soluciones heroicas».

Incluso, en muchos casos podemos crear soluciones ingeniosas que mitigan el problema de la negociación colectiva; sin embargo, los jueces muchas veces tienen que enfrentarse a prohibiciones imperativas que no podrán dejar de lado. Por ejemplo, es verdad que las partes deberían escoger el nivel de negociación, o que en su conflicto más complejo lo haga un tribunal arbitral, pero ello es insuficiente en una organización empresarial como el grupo. Elegir un nivel de negociación colectiva no debería significar que los otros niveles (empresa y centro de trabajo) se quedan sin capacidad de negociación. La negociación en el grupo de empresas requiere una negociación simultánea en todos los niveles desde donde se ejerce el poder de dirección patronal. Lo que quiero decir es que el paradigma de negociación en las nuevas

formas empresariales viene a transformar toda la dinámica de los niveles de negociación si queremos hacer efectivo el derecho de negociación colectiva.

Otro ejemplo, el ámbito de negociación de rama de actividad tampoco permite con claridad que dos empresas colaboradoras entre sí puedan negociar conjuntamente respecto de los trabajadores de una de ellas. El problema es que el requisito para sentarse en la misma mesa es que pertenezcan a la misma actividad o al mismo sector empresarial. Esto es muy delicado y, aunque hay pronunciamientos interesantes al respecto, es necesario que la legislación se ocupe urgentemente de un tema como este. Las dos empresas colaboradoras deberían negociar conjuntamente con los trabajadores de una de ellas, siempre que su vínculo de colaboración sea intenso. ¿Por qué tendría que ser determinante la pertenencia a un sector empresarial o no?

Para terminar, quiero agradecer al profesor Canessa por darnos la oportunidad de reflexionar sobre estos temas que él ha puesto sobre el tapete. Estamos ante un estudio serio, profundo y sobre todo compilador de los problemas que genera la descentralización productiva en el mundo del derecho laboral. Coincido con él en una de sus últimas afirmaciones: es necesario implementar una reforma legal al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.



RESPUESTA DEL AUTOR

Uno de los logros del esquema de investigación del CICAJ es incorporar el punto de vista de respetados profesores, quienes comentan el trabajo de su colega con la rigurosidad y bajo la perspectiva de profundizar en las reflexiones planteadas, resaltan sus carencias y aportan nuevos planteamientos. Elmer Arce y Alfredo Villavicencio han cumplido dicho rol, para satisfacción mía, y me han permitido dialogar con ellos por medio de esta réplica.

El profesor Arce señala que no era necesario modificar el paradigma jurídico en los noventa sin que se hubiese materializado el cambio de modelo productivo peruano en las empresas. Estoy de acuerdo con él, la reforma fujimorista se centró en abaratar los costos laborales, en realidad el salario, como un medio de compensación a la política de ajuste estructural implementado por el Gobierno fujimorista. Eso explica por qué la reforma laboral se centra en la cesión de trabajadores —la modalidad más perniciosa de la descentralización productiva—.

En el texto se resalta que la normativa laboral se adelanta al fenómeno social, lo que conduce a una grave distorsión en el mundo del trabajo peruano. Sin embargo, la globalización de la economía, la propia apertura del mercado nacional y el ingreso de la inversión extranjera inevitablemente hubieran conducido a la materialización de la descentralización productiva en el país, aunque con la sustancial diferencia de que la nueva regulación se habría enfocado en los aspectos que se venían materializando, por ejemplo la subcontratación entre empresas y la conformación de grupos de empresas.

Asimismo, el profesor Arce resalta la insuficiencia de los principios de negociación colectiva para enfrentar los cambios en el mundo del trabajo. En efecto, los principios solo cumplen un rol incompleto dada la complejidad de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. Como dice el ensayo a su término, se requiere una nueva legislación que aborde esta materia porque la LRCT incumple dicha finalidad. No obstante esto, los principios de negociación colectiva suplen parcialmente esta carencia mientras el legislador nacional mantenga su pasividad.

La autoridad de trabajo y el organismo judicial están obligados a proteger el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores peruanos inmersos en la descentralización productiva por medio de estos principios. Estos son obligatorios no solo por ser pilares de la negociación colectiva, sino también por formar parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento, como ha subrayado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional peruano. Tengamos presente que los principios de la negociación colectiva están recogidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT, los cuales han sido debidamente ratificados por el país.

El profesor Arce reflexiona sobre si la negociación colectiva por rama de actividad es idónea como solución jurídica para los casos en los que las empresas colaboradoras no tengan la misma actividad económica. Esta reflexión me conduce a considerar dos aspectos del tema. En primer lugar, la estructura sindical de rama de actividad ha atenuado sustancialmente los efectos perniciosos de la descentralización productiva como lo evidencian los casos argentino, brasileño y uruguayo en la región. Bajo esta estructura sindical, las negociaciones colectivas en

estos países han podido lograr una mayor cobertura de protección a favor de los trabajadores. Por supuesto, también esta estructura sindical enfrenta dificultades a las transformaciones que se producen en la organización del trabajo, pero a pesar de ello es un medio para abordar inicialmente desde una experiencia cercana nuestra materia de estudio.

En segundo lugar, pone como tema de discusión el vetusto parámetro sobre el número de trabajadores necesario para constituir un sindicato de empresa —la estructura sindical predominante en el país—. Conforme con nuestra legislación nacional se requieren veinte (20) trabajadores para constituir una organización sindical en una empresa; esta exigencia recibe el respaldo de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical). Bajo este parámetro, la inmensa mayoría de los trabajadores asalariados peruanos son excluidos legalmente del ejercicio de un derecho fundamental como la libertad sindical.¹ Si bien se permite negociar colectivamente por medio de delegados de los trabajadores (artículo 15 del TUO de la LRCT), no resulta equiparable a ejercerlo en el marco de una organización sindical. La exigencia de veinte (20) trabajadores para constituir un sindicato de empresa fue entendible en el período en el que la organización de la empresa era dominada por el paradigma fordista-taylorista, pero justamente la descentralización productiva socava esa visión y la reemplaza por una organización flexible del trabajo donde la disminución del número de trabajadores requeridos para la producción o la prestación del servicio resulta central. Una disminución sustancial del número de trabajadores para constituir un sindicato de empresa es un requerimiento indispensable en el nuevo escenario de la descentralización productiva.

El profesor Villavicencio sostiene que una lectura de la investigación conduce a equiparar la descentralización productiva y la subcontratación. Debo ser preciso en señalar que no son equiparables. La descentralización productiva es la clase o género; mientras que la subcontratación es una de sus modalidades. Asimismo, el profesor Villavicencio subraya que las normas de subcontratación se inician con el Decreto Ley 22126 del régimen militar en vez de con la Ley 24514 del primer Gobierno aprista. Conforme al artículo 27 del decreto ley, se prohibió el servicio de trabajadores que provengan de una entidad distinta y extraña al centro laboral en labores permanentes, con excepción de las labores de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos. Se trata de la prohibición de la cesión de trabajadores para desempeñar labores permanentes en la empresa principal. Sin embargo, en nuestra clasificación de las modalidades de la descentralización productiva distinguimos la *subcontratación* y la *cesión de trabajadores*.

En el primer caso consiste en la contratación de una empresa principal y una empresa contratista, donde esta se compromete a realizar una actividad a favor de aquella. En el segundo caso consiste en que una empresa proporciona trabajadores para que laboren en la empresa principal. Si bien el distingo entre ambas modalidades podría ensombrecerse bajo la casuística que proporciona la realidad, el énfasis consiste en que la subcontratación se centra en la actividad productiva o la prestación del servicio; mientras que en la cesión se centra en proporcionar trabajadores. Eso explica por qué la legislación peruana no prohibió la subcontratación entre empresas en el país y sí la prohibición de cesión de trabajadores para evitar la desprotección laboral.

El profesor Villavicencio critica el ámbito del estudio porque este se reduce a la negociación colectiva sin abordar el derecho de sindicación y la huelga —derechos fundamentales—

¹ Conforme a la reciente Encuesta de Hogares del INEI (2013), el 71,5% de los trabajadores asalariados peruanos venían laborando en empresas con menos de once (11) trabajadores.

igualmente desprotegidos para los trabajadores inmersos en la descentralización productiva. Comparto la preocupación de Alfredo Villavicencio y respaldo su afirmación de que también estos derechos fundamentales son menoscabados en su ejercicio por la legislación laboral vigente. En este caso, he preferido restringir el análisis jurídico a las fronteras de la negociación colectiva en razón a los casos estudiados (Backus & Johnston, Buenaventura, Telefónica) y a las significativas resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo, pues aportan un acercamiento a la praxis sindical en el contexto de las restricciones de nuestra normativa. De algún modo se aborda el derecho de sindicación, pero sin la amplitud que merece el tema. Espero que estas ausencias sean suplidas con posteriores investigaciones motivadas por la lectura de este estudio.

El profesor Villavicencio pone acertadamente el énfasis sobre la ruptura del paradigma de la bilateralidad de la relación laboral y el establecimiento del reinado de las relaciones triangulares sostenidas en la dependencia funcional. La doctrina moderna laboral viene planteando desde hace décadas que la dependencia funcional debe sustituir a la noción de «propia actividad» o «actividad principal» como criterio definidor en el establecimiento de las responsabilidades de las obligaciones laborales en el marco de la descentralización productiva. De este modo, se puede recuperar en el plano jurídico lo que se revela en el plano fáctico: quién se beneficia del trabajo prestado. Lamentablemente, la legislación laboral peruana insiste en la equivocada visión que reduce la relación laboral a términos de bilateralidad, cuando una de las transformaciones de la organización del trabajo consiste en la trilateral relación laboral existente. La legislación apela a la noción de «actividad principal» para definir tanto la contratación legal como para fijar el sujeto responsable de las obligaciones laborales. Es un reto de doctrina nacional lograr que en el derecho laboral peruano se hegemonice esta renovada teoría jurídica.

Los comentarios de los profesores Arce y Villanueva me conducen a reflexionar sobre uno de los temas abordados en el estudio que merecen volver a tratarse en esta réplica. En el caso peruano se menciona que la normativa —la regulación— se antepone a la aparición del fenómeno social —la descentralización productiva—. Sin embargo, lo que suele ocurrir en otras sociedades, incluidas otras que están en vías de desarrollo, es que las nuevas tecnologías que se incorporan al proceso productivo resultan ser los detonantes que conducen a la transformación de la organización del trabajo; esto provoca los cambios en los roles y en las actividades del trabajo. La organización del trabajo se modifica sobre las exigencias que esas tecnologías generan en la forma de producir o prestar el servicio. Esa transformación en la organización del trabajo puede entrar en colisión con el marco regulador en la empresa, ya sea por lo establecido en los convenios colectivos que fija las condiciones de trabajo o por la normativa laboral —nacional o de la actividad económica— que regula en líneas generales las relaciones laborales. Así, las nuevas formas de organizar el trabajo presionan sobre la regulación y buscan su modificación para que se armonice con estos cambios. Sin pretender ser esquemáticas o mecanicistas, colocan una relación: tecnología —organización del trabajo— y regulación, todo lo opuesto a lo que ocurrió en nuestro país a principios de los noventa y que evidencia su distorsión.

En la actualidad, se sostiene que las empresas peruanas vinculadas a la economía globalizada han incorporado las tecnologías digitales en su producción y han rediseñado su organización del trabajo e impulsado el desarrollo productivo en beneficio de la sociedad peruana (De Althaus 2009). En otras palabras, la descentralización productiva se ha asentado en el escenario productivo.

Sin embargo, desde el sector empresarial se oponen a cualquier modificación de la regulación laxa de la flexibilización laboral fujimorista que perjudica la protección de los trabajadores. Se nos señala que la actual regulación es la que ha permitido el crecimiento económico, cuando justamente la legislación vigente impide que los trabajadores se vean beneficiados por la riqueza que participan en crear. La normativa laboral no puede renunciar a su objetivo principal: proteger la libertad de los trabajadores en el mundo del trabajo, con mayor razón en el escenario de la descentralización productiva, como retrata la investigación. La nueva regulación debe responder a ese objetivo esencial que no está en oposición al desarrollo productivo.

La Haya, marzo de 2014

SOBRE LOS AUTORES

Félix Morales Luna

Abogado y docente en temas de Teoría y Filosofía del Derecho en el pregrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sus temas de investigación están asociados a la Teoría del Derecho, así como a la ciencia y dogmática jurídica. Es autor del libro *La Filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico* (Madrid: 2013) así como de artículos en revistas nacionales y extranjeras especializadas en temas de teoría y filosofía del Derecho. Así mismo, también es traductor al castellano de diversos libros y ensayos de autores italianos.

Betzabé Marciani Burgos

Abogada y docente en áreas vinculadas a la Teoría y Filosofía del Derecho, la Argumentación Jurídica y al Derecho Constitucional. Se desempeña como docente tanto a nivel de pregrado (PUCP) como de postgrado (Maestrías en Derecho y Doctorado en Derecho PUCP, y Maestría en Derecho Constitucional de la USMP), así como en diversas entidades estatales vinculadas al Sistema de justicia (Academia Nacional de la Magistratura, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, entre otras). Sus temas de investigación se han orientado al estudio de algunos principios constitucionales y derechos fundamentales (con especial énfasis, a la libertad de expresión y al principio de laicidad del Estado), a las teorías de la justicia y a la argumentación jurídica. Es autora del libro *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes* (Lima: 2004) y de artículos de investigación publicados en el Perú, Colombia y España. Además, es co-coordinadora del Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) de la PUCP.

Alfredo Alpaca Pérez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con una maestría en Derecho penal por la Universidad de Salamanca (España), y es doctorando en Derecho Penal por la Universidad de León (España). Se ha desempeñado como adjunto de docencia de las asignaturas Derecho Penal - Parte especial (2010-2) y Derecho Penal Económico (2010-1, 2014-2), en la Facultad de Derecho de la PUCP. Se ha especializado en temas de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Derecho Penal Internacional.

Heber Joel Campos Bernal

Abogado y magister en Ciencias Políticas y Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el Máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional de la Universidad de Génova (Italia). Profesor de los cursos Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sistema Romano Germánico y Sistema Anglosajón de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha sido consultor de la Defensoría del Pueblo del Perú, y de GTZ Internacional, Cooperación Alemana para el Desarrollo, en temas vinculados a la reforma de la administración de justicia y al análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, ha sido integrante y asesor de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la PUCP y ha participado en esa condición del Proyecto «Fortalecimiento de la Sociedad Civil y el Estado de Derecho», auspiciado y financiado por el Banco Mundial entre los años 2007 y 2008. Ha sido asesor de la Secretaría General del Jurado Nacional de Elecciones y ha integrado el equipo técnico encargado de la elaboración del anteproyecto de Código Electoral con miras a la reforma del sistema electoral y político del Perú. Ha sido gerente de la Unidad Gerencial

de Asesoría Legal del Programa para la Generación de Empleo Social Inclusivo «Trabaja Perú» del Ministerio de Trabajo. Actualmente, se desempeña como asesor principal de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Ha publicado diversos artículos jurídicos en revistas del Perú y del extranjero en las áreas de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional, e integra el Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) de la PUCP.

Natalia Torres Zúñiga

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Ha sido becaria de la Fundación Carolina. Es autora del libro *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)* (Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2013). Actualmente es asesora de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Sus temas de interés en la investigación son: la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Justicia Constitucional, Derecho Parlamentario, Derechos Económicos Sociales y Culturales.

José Carlos Fernández Salas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y asociado del Estudio Echeopar. Asimismo, realizó sus estudios de pregrado en la Universidad Leibniz de Hannover, Alemania (2012-2013). Obtuvo su título de abogado con la mención de *sobresaliente* mediante la sustentación de la tesis *El Derecho de Superficie* elaborada en base a una estancia de investigación en el Max-Planck-Institut de Frankfurt am Main, Alemania. Ha publicado diversos artículos y sido expositor en materia de Derecho Civil y de Análisis Económico del Derecho. Actualmente se desempeña como Profesor Adjunto de Derecho Civil, a la vez que cursa estudios de Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Walter Vásquez Rebaza

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de especialización en la Universidad Complutense de Madrid y en INDECOPI. Es asociado en el Estudios Delmar, Ugarte Abogados (área de Derecho Corporativo). Es profesor de Contratos Especiales I en la PUCP y de Acto Jurídico en la Universidad ESAN. Es autor de la tesis *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*, la cual fue calificada con la mención *sobresaliente*. Ha resultado ganador en los concursos de investigación jurídica organizados por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la PUCP- CICAJ (2013), por el Círculo de Derecho Administrativo-CDA (2011) y por la Asociación Civil Derecho & Sociedad-DyS (2007). Es autor de la traducción al español de los libros *Estudios Sobre Teoría General del Contrato*, del profesor italiano Enrico Gabrielli (Lima: 2013) y *Derecho del Consumidor*, del profesor italiano Lorenzo Mezzasoma (Lima: 2013). Ha dictado cursos y ha participado como expositor en conferencias especializadas nacionales e internacionales. Es autor de numerosos artículos de investigación jurídica y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Elmer Arce Ortiz

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz (España). Adicionalmente, es docente en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en cursos relativos a temas de Derecho Laboral. Así también, fue Jefe de Práctica del curso de Derecho del Trabajo impartido por el Doctor Jesús Cruz Villalón, en la Universidad de Cádiz. Ha realizado investigaciones para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Defensoría del Pueblo y la Organización Internacional del Trabajo. Entre sus publicaciones destacan: *Derecho Individual del Trabajo en el Perú* (Lima: 2008), *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales* (Lima: 2006) y *Código de Derecho Laboral. Tomos 1 y 2* (Lima: 2011 y 2012).

Miguel F. Canessa Montejo

Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor en maestrías de la PUCP. Conferencista, investigador y consultor internacional. Ha publicado libros en el país y en el extranjero, destacando: *La protección internacional de los derechos humanos laborales* (Madrid: 2008), *El sistema interamericano de derechos humanos y la protección de los derechos humanos laborales* (Lima: 2014).



