

Revista de Ciencias  
Jurídicas

Tomo LX  
Año VI  
Marzo - 2019

Exégesis

«Una Visión hacia el futuro de la Investigación»



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
LEXIS LEGIS L&L



Instituto de Investigaciones Jurídicas Lexis Legis L&L

---

Revista de Ciencias Jurídicas “EXÉGESIS”

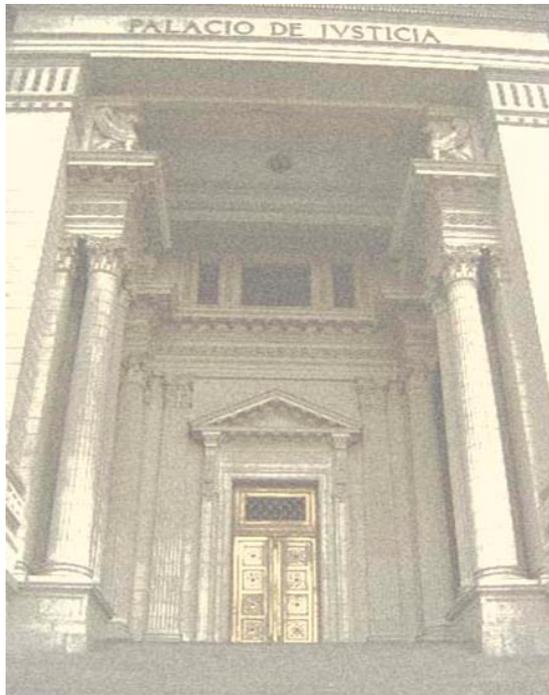
Tomo 60 - Año VI

Marzo 2019



# EXÉGESIS

«Revista de Ciencias Jurídicas»



DIRECTOR

Oscar Martín  
Guerrero Sánchez

**EXÉGESIS**

«Revista de Ciencias Jurídicas»

Manzana Ñ Lote 03 Urbanización Sol de  
Pimentel – Galilea - Lambayeque

**Central Telefónica:**

(074) 615815

928 179 824

**Visítanos en:**

[www.lexislegis.net](http://www.lexislegis.net)

**Envío de Originales y Consultas a:**

[admin@lexislegis.net](mailto:admin@lexislegis.net)

[rjexegesis@gmail.com](mailto:rjexegesis@gmail.com)



# Revista de Ciencias Jurídicas



**EXÉGESIS**

Marzo 2019 - Tomo 60



## **DIRECTOR**

Mg. OSCAR MARTÍN GUERRERO SÁNCHEZ

Universidad Señor de Sipán - Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

## **COMITÉ CONSULTIVO**

Mg. MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Pontificia Universidad Católica del Perú

## **COMITÉ REVISOR**

Mg. JHOEL CHIPANA CATALÁN

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lic. GABRIELA MORIN CARRASCO URQUIETA

Universidad Católica del Norte (CHILE)

Mg. PAMELA NIEVES PEÑA

Universidad Nacional de Trujillo

## **EDITOR EJECUTIVO**

Mg. LUIS ROBERTO CABRERA SUÁREZ

Universidad Señor de Sipán – Universidad César Vallejo

## **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

INGRID NINÓN SANCHEZ RONCEROS

**Marzo 2019 -Tomo 60**

**REVISTA DE EDICIÓN TRIMESTRAL**



El Instituto de Ciencias Jurídicas Lexis  
Legis L&L no se responsabiliza ni se  
solidariza necesariamente con las ideas  
u opiniones vertidas en esta revista.

---

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
N°2014-10166

ISSN VERSIÓN IMPRESA 2312-5101

IMPRESA EDITORIAL EL GRAPHICOMP  
E.I.R.L. 20480017421

---

**REPRESENTANTE LEGAL:** Ingrid Ninón Sánchez Ronceros

Esta publicación no puede ser reproducida, todo en parte, ni registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio; sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, fotocopia o cualquier otro medio; sin el permiso previo por la Editorial

Derechos reservados. D. Leg. N° 822

Exégesis  
9



# EDITORIAL

**C**omo ya lo hemos mencionado en anteriores ediciones, este espacio está reservado por lo general, para tocar aspectos con enfoque jurídico de trascendencia. Sin embargo, no podemos ser ajenos a los flagelos que aquejan hoy en día a nuestro país y en general, en toda América Latina. Seguimos vivenciando una serie de escándalos mediáticos generados por las denuncias de corrupción en las más altas esferas del Gobierno y de la Administración de Justicia, donde al parecer hasta la fecha, podemos ver que aún hay mucho que desempolvar. Es por ello que en esta oportunidad –y cuando así lo merezca- hacemos un giro de nuestras habituales Editoriales con enfoques jurídicos a fin de tratar dicha problemática de enorme trascendencia.

La presión de la población en la lucha contra la corrupción es un título enmarcado dentro de un contexto de necesidad de cambios urgentes, la sociedad recoge hoy en día esa desazón que nos deja toda esta problemática de nunca acabar, pues somos víctimas de la depredación efectuada por quienes brindamos nuestra confianza y que han festinado los recursos de nuestro país para provecho propio. En ese sentido, la lucha contra la corrupción no puede ser solo la lucha del Poder Judicial. El compromiso de la sociedad civil es indispensable. La presión pública resulta ser una especie de escudo para jueces y fiscales "contra los intentos de los corruptos de obstruir el trabajo del Poder Judicial".

Los fenómenos que vivimos en el Perú, no son ajenos a otros países de la región. Por ejemplo, la fiscalía federal de Brasil buscó activamente el apoyo de los ciudadanos hace algunos años. Ella había redactado diez medidas anticorrupción para facilitar el trabajo de los jueces y fiscales y lanzó una petición para llevar el proyecto al Parlamento. Más de dos millones de brasileños firmaron, pero en el Congreso, la iniciativa anticorrupción se diluyó tanto que casi no quedaba nada de las medidas originales.

Obviamente, la clase política está principalmente interesada en protegerse a sí misma en lugar de luchar contra la corrupción. Que los políticos puedan cambiar las leyes para otorgarse una amnistía o quitar algunas de sus herramientas en la lucha contra la corrupción del poder judicial y la policía es una amenaza. Si las estrategias defensivas de las élites corruptas tienen

éxito contra la represión de la justicia, las consecuencias podrían ser devastadoras. Hoy, la corrupción no solo causa inmensos daños financieros y sociales, sino que también amenaza la democracia.

Muchos ciudadanos están ahora muy decepcionados con la política, el peligro de que la corrupción provoque un desencanto político cada vez mayor existe en toda América Latina. Sin embargo, en vista de la dimensión del escándalo de Odebrecht, se puede observar el efecto contrario en algunos lugares. En la República Dominicana, poco después de que el escándalo se conociera, iniciaron las propuestas que continúan hasta el día de hoy. Los manifestantes piden el establecimiento de investigadores independientes para investigar los pagos masivos de soborno de Odebrecht en su país. No confían ni en el poder judicial ni en el gobierno. Ello muestra que muchos latinoamericanos ya no quieren aceptar la corrupción.

Por otro lado, existe una creciente conciencia de que la corrupción es responsable de la pobreza o incluso la muerte, por ejemplo, "cuando el transporte público funciona mal o los hospitales están en malas condiciones", incluso en el sistema educativo estatal, que está en problemas en muchos países de América Latina y necesita urgentemente inversiones, falta el dinero que desaparece por la corrupción.

Las recientes protestas dan esperanza, porque podrían canalizar la desilusión de muchos latinoamericanos y convertirla en una fuerza que haga posible la renovación política. Solo si continúan y continúan creciendo, la lucha contra la corrupción tendrá éxito al final.

Corresponde entonces que a través del derecho como herramienta de cambio social podamos trabajar firmemente en proponer nuevas ópticas que aborden el problema de la corrupción para que de esa manera construyamos una democracia más real, participativa y que incluya la protección de los intereses de toda Latinoamérica unida.

*Oscar M. Guerrero Sánchez*  
*El Director*

*Luis Roberto Cabrera Suarez*  
*Editor Ejecutivo*

# Presentación

Nos congratula presentarles un nuevo número de nuestra Revista Jurídica “Exégesis”, porque ello significa que los connotados investigadores que han remitido sus publicaciones, junto con el resto de los colaboradores que forman parte del Consejo Editorial, han conseguido sacar a la luz esta publicación, editada a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas Lexis Legis.

A lo largo de 2019, el panorama jurídico en nuestro país, así como en el contexto internacional, ha experimentado profundos cambios, principalmente motivados por que el Derecho es una ciencia en constante evolución atendiendo los nuevos retos y necesidades de connotación jurídica que requiere la sociedad. En ese contexto, en nuestro país se han afianzado nuevas leyes tendientes a dar una respuesta más eficaz a la lucha contra la corrupción, el crimen organizado, la violencia de género y otros aspectos regulatorios relacionados al campo civil, tributario, administrativo, ambiental, etc. Asimismo, en materia internacional, nuestros gentiles colaboradores han dado significativos aportes en materia de derechos humanos, cuestiones regulatorias de Derecho de Familia y otros aspectos de trascendente notoriedad en los diversos ordenamientos jurídicos de donde provienen.

Para no desviar la atención del lector y en una línea continuista con el anterior número, basado en la sencillez y en la facilidad de acceso, este número—el número 60 para ser exactos— de nuestra revista, se ha distribuido en artículos nacionales e internacionales con un contenido esencialmente investigador o divulgativo, redactados por expertos en materia jurídica.

Son todos estos resultados positivos los que nos empujan a continuar con “EXÉGESIS” y a invertir esfuerzos para intentar mejorarla. El dinamismo en una publicación es una pieza clave y nuestro propósito a lo largo de lo que resta de este año, es tratar de introducir algunas novedades sin alejarnos de nuestro objetivo principal, que no es otro que ofrecer al lector un sólido conocimiento y una información fiable sobre el Derecho en sus diferentes especialidades.

Por último, queremos reiterar nuestro agradecimiento a los honorables publicantes de este número, tanto nacional como extranjero, a los colaboradores de la Revista que forman parte del Consejo Editorial, a aquellos que nos han enviado artículos y comentarios y muy especialmente a todos los lectores que se interesan por el contenido de nuestra publicación y que esperamos sigan aumentando. El reconocimiento y apoyo de todos ellos es lo que sinceramente nos impulsa a continuar.

*Ingrid Ninón Sánchez Ronceros*  
Directora- Fundadora



# Escriben en este número

## Autores Nacionales



### **CYNTHYA FIORELLA CÉSPEDES CAJO**

- ✓ *Abogada por la “Universidad Señor de Sipan”*
- ✓ *Estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial por la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”*
- ✓ *Asistente Judicial en el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia del Distrito de José Leonardo Ortiz de Chiclayo.*



### **IVAN MANUEL HARO BOCANEGRA**

- ✓ *Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo.*
- ✓ *Estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en Posgrado de la misma casa de estudios.*
- ✓ *Actualmente se desempeña como abogado en el Tribunal Registral con sede en Trujillo y anteriormente en los Registros de Derechos Mineros y de Predios de esta misma sede.*
- ✓ *Autor de diversos artículos sobre el Derecho minero y Derecho registral publicados en revistas especializadas.*
- ✓ *Asistente en la Cátedra de Derecho minero y energético en la Universidad Privada de Trujillo.*
- ✓ *Miembro de la Sociedad de Derecho Registral, Notarial y Minero del Instituto Interdisciplinario “Apex Iuris”*

**KEVIN IRWIN MENDOZA DELGADO**

- ✓ *Magíster en Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad, por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.*
- ✓ *Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Penal, por la Universidad Privada San Juan Bautista.*
- ✓ *Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Fiscal del Callao.*

**BRAULIO RAÚL QUISPE HUILLCA**

- ✓ *Abogado por la Universidad Andina del Cusco (2009)*
- ✓ *Ha sido Especialista Legal encargado de proyectar sentencias en el 3er Juzgado Especializado de Trabajo del Cusco (2011-2013)*
- ✓ *Juez de Paz Letrado e Investigación Preparatoria de Paucartambo de la Corte Superior de Justicia de Cusco (2014)*
- ✓ *Magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” de Juliaca (2017)*
- ✓ *Estudios de doctorado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque (2018).*
- ✓ *Estudios de especialización en Argumentación Jurídica en el Instituto Palestra (2018) y en Responsabilidad Ambiental por la Universidad de Jaén-España (2018).*
- ✓ *A la fecha es Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado con adición de funciones del Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Condorcanqui de la Corte Superior de Amazonas (2015-2019).*



### **WALTER RENGIFO SÁNCHEZ**

- ✓ *Estudiante del 7° Ciclo de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto*
- ✓ *Miembro de la Clínica Jurídica de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto*



### **SAÚL NICOLÁS ROMERO CHÁVEZ**

- ✓ *Abogado por la Universidad San Martín de Porres.*
- ✓ *Candidato a Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional por la PUCP*
- ✓ *Doctorado en Derecho por la Universidad San Martín de Porres.*
- ✓ *Publicante de artículos jurídicos en revistas especializadas*
- ✓ *Ex Juez Superior Penal en la Corte Superior de Justicia de Ventanilla*
- ✓ *Juez Superior Supernumerario de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla*

# Autores Internacionales



## JOSÉ GABRIEL BARRAGÁN GARCÍA

- ✓ *Abogado de los Tribunales de la República.*
- ✓ *Diploma Superior en Investigación del Derecho Civil. Diploma Superior en Derechos Humanos y Democracia.*
- ✓ *Especialista en Derecho Civil Comparado.*
- ✓ *Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Regional Autónoma de los Andes.*
- ✓ *Doctorando (Ph.D) en Ciencias Jurídicas – Pontificia Universidad Católica Argentina.*
- ✓ *Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato – Ecuador, Función Judicial del Ecuador.*
- ✓ *Docente de Postgrado - Universidad Técnica de Ambato.*



## JUAN FERNANDO GIL OSORIO

- ✓ *Oficial del Ejército Nacional.*
- ✓ *Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.*
- ✓ *Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.*
- ✓ *Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Carlos III de Madrid.*
- ✓ *Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia.*
- ✓ *Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados DICA.*
- ✓ *Director del observatorio de derecho operacional de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"*



## **JOSÉ ALFREDO GÓMEZ REYES**

- ✓ *Licenciado en Derecho titulado por excelencia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*
- ✓ *Maestría en Políticas Públicas por el Colegio de Veracruz y es Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UV).*
- ✓ *Doctor en Derecho Público, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.*
- ✓ *Expositor de clases y conferencias de Derechos Humanos a lo largo de su desempeño profesional dentro de la República Mexicana.*
- ✓ *Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACYT.*
- ✓ *Desempeño dentro de los poderes judiciales Estatal y Federal.*
- ✓ *Actualmente funge como Fiscal Regional Zona Centro, en la Fiscalía General del Estado de Veracruz.*



## **VERÓNICA HERNÁNDEZ MUÑOZ**

- ✓ *Directora de Carrera y Docente a tiempo completo, Facultad de Derecho Universidad Especialidades Espíritu Santo.*
- ✓ *Directora del Proyecto de Investigación: "Plataforma Virtual de las acciones extraordinarias de protección 2009-2016".*
- ✓ *Autora de los papers académicos: 1.- "Diálogo entre Cortes frentes a los grupos vulnerables"; 2.- "La responsabilidad judicial y ministerial frente al VIH"; 3.- "El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?". Autora del Libro "Introducción al Derecho Político" y "Activismo judicial de la Corte Constitucional del Ecuador.*
- ✓ *Estudio de casos sobre derechos sociales a favor de los grupos de atención prioritaria".*
- ✓ *Ex-visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, periodo enero-marzo 2018.*
- ✓ *Magíster en Ciencias Jurídicas Universidad Pompeu Fabra.*



### **WILLIAM LIMA ROCHA**

- ✓ *Advogado, Procurador-adjunto da JUCERJA,*
- ✓ *Especialista em Direito do Consumidor e da Concorrência, FGV/Rio.*
- ✓ *Doutorando em Ciências Jurídicas e Mestrando em Direito Empresarial Econômico, Universidade Católica da Argentina (UCA)*



### **CAROLINA ROJAS FLÓREZ.**

- ✓ *Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín*
- ✓ *Jefe de la Clínica Jurídica de la Universidad Católica de Oriente (Colombia).*
- ✓ *Docente Universitaria*



### **PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA**

- ✓ *Abogada de la Universidad Católica de Colombia.*
- ✓ *Magister en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de València, España.*
- ✓ *Doctorando del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la misma casa de estudios.*
- ✓ *Autora y co-autora de varios artículos y libros en áreas de derechos humanos, justicia transicional.*
- ✓ *Docente de Derecho Internacional I y II de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.*



### **ALEJANDRO VANEGAS MAINGON**

- ✓ *Docente a tiempo parcial de la Facultad de Derecho Universidad Especialidades Espíritu Santo.*
- ✓ *Abogado en el libre ejercicio principalmente en la rama constitucional, mediante las garantías jurisdiccionales.*

---

	<ul style="list-style-type: none"><li>✓ <i>Autor de los papers académicos: 1.- “Desarrollo Histórico del Derecho de Sufragio en la República del Ecuador”, 2. “Protección Penal de los Animales en el Ecuador”, 3. “Principio de Subsidiariedad en la Acción de Protección”, entre otros.</i></li><li>✓ <i>Diplomado en Derecho Ambiental por la Pontificia Universidad Javeriana</i></li><li>✓ <i>Diplomado en Derechos Humanos con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.</i></li><li>✓ <i>Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Especialidades Espíritu Santo.</i></li></ul>
--	---

---

# Autores de Nuestra Institución



## **BERMÚDEZ TAPIA MANUEL**

- ✓ *Abogado. Magister en Derecho Civil.*
- ✓ *Profesor de la Facultad de Derecho de la UNMSM.*
- ✓ *Profesor Investigador de la UPSJB.*



## **CABRERA SUÁREZ LUIS ROBERTO**

- ✓ *Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Humanos*
- ✓ *Doctorando en Derecho y Ciencia Política.*
- ✓ *Maestro en Gestión Pública*
- ✓ *Director de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto*
- ✓ *Árbitro en Derecho, Miembro de la Sección Peruana de Amnistía Internacional.*
- ✓ *Miembro fundador del Grupo de Estudios Constitucionales de la Universidad César Vallejo.*
- ✓ *Fue Asesor de la Cámara de Comercio, Producción y Turismo de San Martín.*
- ✓ *Consultor de la Cooperación Financiera de Desarrollo y asesor legal de entidades públicas y privadas.*



## **GUERRERO SANCHEZ OSCAR MARTÍN**

- ✓ *Abogado por la “Universidad Privada Señor de Sipan”;*
- ✓ *Estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial por la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”;*
- ✓ *Director–Fundador del Estudio Jurídico Guerrero Sánchez Abogados;*
- ✓ *Director de la Revista de Ciencias Jurídicas “Exegesis”.*



# Abreviaturas

ADP	Anuario de Derecho Penal (Perú)
AJ	Anales Judiciales (Perú)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Const.	Constitución
CP	Código Penal
CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil
DL	Decreto Ley
DLeg	Decreto Legislativo
Doc.	Documento
DP	Defensoría del Pueblo
DR	Decreto Regional
DS	Decreto Supremo
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Edición
Exp.	Expediente
f.j / ff.jj	Fundamento Jurídico / Fundamentos Jurídicos
inc. / incs	Inciso / incisos.

<b>IBÍD.</b>	Ibídem (en el mismo lugar)
<b>n.</b>	Número Marginal
<b>NCPP</b>	Nuevo Código Procesal Penal
<b>Ob. Cit.</b>	Obra Citada
<b>p./ pp.</b>	Página / páginas
<b>Res.</b>	Resolución
<b>R. Leg.</b>	Resolución Legislativa
<b>RTC</b>	Resolución del Tribunal Constitucional
<b>s. / ss.</b>	Siguiente / siguientes
<b>S.C</b>	Sala Civil
<b>T.</b>	Tomo
<b>T.P</b>	Título Preliminar
<b>TUO</b>	Texto Único Ordenado
<b>Vid</b>	Ver en ...

# Índice General

---

EDITORIAL	11
Presentación	13
Escriben en este número	15

## Autores Nacionales

---

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. ANALIZANDO SU CONTEXTO. <i>Carithua Fiorella Céspedes Caio *</i>	33
EL CONTRATO DE EXPLOTACION MINERA <i>Iván Manuel Haro Bocanegra *</i>	49
ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA INSTIGACIÓN. Análisis dogmático y jurisprudencial. <i>Kevin Irwin Mendoza Delgado *</i>	89
REFLEXIONES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LOS PROFESORES POR LOS DIRECTORES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN EL PERÚ <i>Braulio Raúl Quispe Huilca *</i>	105
LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA <i>Saúl Nicolás Romero Chávez *</i>	121

## Autores Internacionales

---

ESCUCHAR A LOS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE FAMILIA: MÁS ALLÁ DE LA OBLIGACIÓN <i>Josè Gabriel Barrazañ Garcia *</i> (Ecuador)	145
--	-----

EL EJÉRCITO NACIONAL Y LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO  
RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA: La Asistencia Militar cuando se  
presente un hecho fronterizo y no exista intención hostil

*CT. Juan Fernando Gil Osorio \** (Colombia) 159

*Paola Alexandra Sierra Zamora \** (Colombia)

DERECHO HUMANO AL ACCESO A INTERNET

*José Alfredo Gómez Reyes \** (México) 187

DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

*Verónica Hernández Muñoz \** (Ecuador) 203

*Alejandro Vanegas Mainzon \** (Ecuador)

DISCUSIÓN INTERNACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDAD Y  
CONSUMO

*William Lima Rocha \** (Brasil) 217

## Autores de Nuestra Institución

---

LA CREACIÓN JURÍDICA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

*Manuel Bermúdez Tapia \** 243

“VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR LEGITIMIDAD EN  
LAS DELIBERACIONES PREVIAS A UN REFERÉNDUM”

*Mg. Luis Roberto Cabrera Suárez \** 255

*Mg. Carolina Rojas Flores \**

*Est. Watter Rengifo Sánchez \**

LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO. UNA NECESIDAD  
URGENTE.

*Oscar Martín Guerrero Sánchez \** 273



*Autores Nacionales*



---

**CÉSPEDES CAJO CYNTHYA FIORELLA**

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS DE  
FAMILIA. ANALIZANDO SU CONTEXTO.

-----  
THE IMPLEMENTATION OF ORALITY IN FAMILY PROCESSES.  
ANALYZING YOUR CONTEXT.

---

**HARO BOCANEGRA IVAN MANUEL**

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MINERA

-----  
THE MINING EXPLOITATION CONTRACT

---

**MENDOZA DELGADO KEVIN IRWIN**

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA INSTIGACIÓN.

Análisis dogmático y jurisprudencial.

-----  
PROBLEMATIC ASPECTS OF INSTIGATION.

Dogmatic and jurisprudential analysis

---

**QUISPE HUILLCA BRAULIO RAÚL**

REFLEXIONES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA  
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LOS  
PROFESORES POR LOS DIRECTORES DE LAS INSTITUCIONES  
EDUCATIVAS EN EL PERÚ

-----  
REFLECTIONS REGARDING THE DETERMINATION OF THE  
DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY OF TEACHERS BY  
THE DIRECTORS OF THE EDUCATIONAL INSTITUTIONS IN PERU

---

**ROMERO CHÁVEZ SAÚL NICOLÁS**

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO  
FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

-----  
THE CONSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE FUNDAMENTAL  
RIGHT TO THE PROOF

---



# LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. ANALIZANDO SU CONTEXTO.

## THE IMPLEMENTATION OF ORALITY IN FAMILY PROCESSES. ANALYZING YOUR CONTEXT.



*Cynthia Fiorella Céspedes Caio\**

### SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN; 2.- OBJETIVOS; 3.- HECHOS SOCIALES Y SUSTANTIVOS DEL DERECHO DE FAMILIA. PARTAMOS DE SU DEFINICIÓN; 4.- DERECHO PROCESAL DE FAMILIA. LA ACTUACIÓN DEL JUEZ; 5.- LA ORALIDAD Y SU RAZÓN DE SER DENTRO DEL PROCESO; 6.- LA NECESIDAD DE UN NUEVO RÉGIMEN PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA; 7.- HACIA UNA NUEVA TENDENCIA: ANÁLISIS CONTEXTUAL DE LA PROBLEMÁTICA Y VIABILIDAD PARA HACER POSIBLE ESTA HIPÓTESIS; CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

\* Abogada por la “Universidad Señor de Sipan”; estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial por la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”; Asistente Judicial en el Juzgado de Familia del Módulo Básico de Justicia del Distrito de José Leonardo Ortiz de Chiclayo.



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

CÉSPEDES CAJO Cynthia Fiorella "LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. ANALIZANDO SU CONTEXTO." *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

CÉSPEDES CAJO Cynthia Fiorella "THE IMPLEMENTATION OF ORALITY IN FAMILY PROCESSES. ANALYZING YOUR CONTEXT." *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

La familia como fin supremo de la sociedad es una institución que merece ser atendida dentro de un marco constitucional de derecho y garantista, procurando siempre la salvaguarda y la atención inmediata y eficaz de los derechos que ahí se ventilen. Sin embargo, lo que traemos a colación en la presente, es que tan efectiva resulta hoy en día el régimen procesal con la que esta institución es tratada. Planteemos lo siguiente: ¿Cumple el derecho procesal de familia con una verdadera tutela de derechos acorde a justicia? Más allá de su respuesta, lo que creo es que, una sentencia judicial no necesariamente cumple con resolver un determinado conflicto familiar, pues el contexto social, cultural, económico, psicológico y hasta filosófico donde se desenvuelve el derecho de familia, va más allá de un simple estudio judicial de un expediente, cuyo régimen procesal –a propósito de esta investigación- debe ser reformulado.

**Palabras Claves:** Derecho de familia, proceso, oralidad, Administración de justicia, reforma procesal.



### ABSTRACT

---

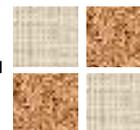
The family as the supreme goal of society is an institution that deserves to be served within a constitutional framework of law and guarantee, always seeking the safeguard and immediate and effective attention to the rights that are ventilated there. However, what we bring up here is that the procedural regime with which this institution is treated is so effective today. Let us propose the following: Does the family procedural law comply with a true protection of rights according to justice? Beyond his response, what I believe is that, a judicial sentence does not necessarily comply with resolving a particular family conflict, since the social, cultural, economic, psychological and even philosophical context where family law unfolds, goes beyond a simple judicial study of a file, whose procedural regime - for the purpose of this investigation - must be reformulated.

**Keywords:** Family law, process, orality, administration of justice, procedural reform.



## 1. INTRODUCCIÓN.

---



A través de la historia la familia como institución legal y social se ha visto marcada por una serie de acontecimientos y cambios, hablar de familia hoy en día no es lo mismo que hablar de familia hace 600 años, por ejemplo, la connotación que nace en el derecho romano en lo que concierne al derecho de familia como tal, era muy distinta a la connotación de derecho de familia en la actualidad.

La familia como institución fundamental en nuestra sociedad, presenta una compleja problemática que se ha ido agravando en múltiples direcciones. De esta manera, en la actualidad se habla de la denominada “*crisis familiar*” que posee muchas manifestaciones, entre ellas, la “*violencia familiar*”, la cual podría considerarse como la más grave de todas. Sin embargo, el problema nace a mi consideración desde dos puntos de vistas y factores determinantes dentro de esta problemática.

El primero, que tiene que ver directamente con la poca sensibilidad que tienen los operadores jurisdiccionales hoy en día en tratar estos tipos de casos de conflictos familiares, pongamos de ejemplo, hoy en día en las mismas comisarias cuando una mujer violentada por su pareja, esposo, o conviviente, se apersona a la dependencia policial a asentar la respectiva denuncia, en muchos casos el trato brindado por parte de los efectivos policiales, sin importar el género, es totalmente inaceptable, la actitud déspota, el machismo y la falta de interés en atender y resolver el conflicto dista mucho de lo que a letra señala la norma. Todo ello se puede ver reflejado por falta de una cultura social de armonía y respeto por los derechos de los demás, eso ligado a un tema de ignorancia total de los que atienden día a día casos basados en conflictos familiares.

El segundo factor obedece ya no a un tema normativo, sino, a un factor clínico propiamente dicho, esto es, de los innumerables casos por violencia familiar que vemos hoy en día, 9 de 10 son archivados a nivel comisaria, esto es en muchos casos por falta de interés en continuar con la denuncia, lo cual a tras de ello encontramos que la víctima ya se ha reconciliado con su agresor y si revisamos los antecedentes en un tiempo cronológico, en muchas veces podemos ver que estas víctimas ya han sido victimadas en anteriores oportunidades por la misma persona, vemos que han sido engañadas por comportamientos adúlteros, hasta humilladas. Y prueba de ellos tenemos casos muy conocidos en estos últimos tiempos los cuales han llegado hasta la pantalla televisiva. Ahora, la pregunta deviene en ¿Por qué estas víctimas de agresión prefieren retirar las denuncias impuestas por violencia familiar y dejar el proceso en abandono? O peor aún, sumado a ello prefieren perdonar y regresar con su agresor, ¿Qué explicación encuentra el derecho a estos tipos de comportamientos? La respuesta no la vamos a poder encontrar en el campo del derecho, sino, en el campo de la psicología clínica, ya que estos tipos de comportamientos que no son entendibles para el

raciocinio humano, son definidas como psicopatologías que presentan y desarrollan este tipo de personas, la cual explican que la voluntad de estas no es coherente en la sociedad. Estas psicopatologías de las que haga mención pueden ser de: (i) hibristofilia, cuando la víctima percibe características buenas dentro de lo malo en su agresor; (ii) síndrome de Estocolmo, los secuestrados emocionalmente por el victimante; (iii) síndrome de Medea, cuando un progenitor asesina a sus hijos para vengarse de su pareja; (iv) Alienación parental (muy típico hoy en día en casos de tenencia de menores), que es cuando uno de los padres que tiene la tenencia de uno de los hijos, habla mal del otro progenitor, pudiendo provocar a su vez otra patología como la “*padrectomia*”; y así, un sin número de psicopatologías más que afectan hoy en día a muchas mujeres y familias en el Perú y de las cuales lamentablemente no pueden ser detectadas a nivel de peritos especialistas ya que estos en su mayoría ni siquiera reconocen estos trastornos, llevándonos de esta forma nuevamente al principio del problema.

Ahora bien, toda esta antesala tiene como finalidad ubicarnos dentro del contexto problemático, teniendo como primera parte, analizar el complejo mundo del derecho de familia puesto a disposición judicial, ya que, de allí es que partiremos a tratar cuales son los mecanismos procesales con los que cuenta nuestra legislación y comprobar que tan útiles resultan estos. Un problema que afecta hoy en día a nuestra sociedad, es el tema de la tan sentida carga procesal que existen en los órganos jurisdiccionales, conllevando procesos lentos, ineficientes y hasta en injustos, puesto que justicia lenta no es justicia. Sin embargo, esta problemática se debe en primer orden a que en la actualidad no contamos con herramientas procesales realmente eficientes que coadyuven a los operadores del derecho a avanzar de manera progresiva, pues todo lo contrario, existe un estancamiento realmente terrible a nivel procesal, y esto se da debido a que no existe un uso efectivo y eficiente de principios procesales que ayudarían en buena medida a superar toda esta problemática.

El presente artículo está encaminado en analizar justamente toda esta problemática planteada, a fin de poder identificar las causas más determinantes de este atraso procesal en el que vivimos. Como punto de inicio, el sentir de este artículo es proponer una reforma procesal a nivel de familia de manera sustancial, a través de la implementación adecuada del principio de oralidad, y con la compañía de otros principios como el de concentración e inmediatez procesal.

## **2. OBJETIVO DEL ARTÍCULO.**

El objetivo central de este artículo es analizar la viabilidad de la aplicación del principio de oralidad en los procesos de familia, a fin de obtener una mejor eficacia de los mismos, convirtiéndolos en más rápidos y justos.

### 3. HECHOS SOCIALES Y SUSTANTIVOS DEL DERECHO DE FAMILIA. PARTAMOS DE SU DEFINICIÓN.

El concepto o termino familia se deriva del latín *famulus*, el cual significa “*esclavo doméstico*”, dicho termino fue ideado e inventado en la Roma antigua para a signar o dominar a un nuevo grupo social, que surgen en las tribus latinas, para luego asimilarla a la agricultura y a la esclavitud legalizada. (SOLIS, 2004, p. 104). Es ya a través del tiempo que la concepción de familia iría cambiando y adaptándose a los distintos acontecimientos históricos y hechos sociales perpetuados en el tiempo.

El Derecho de familia, es quizás de todas las ramas del Derecho civil, la que presenta caracteres singulares y particulares propio de un derecho con propio código, tanto es así que incluso, como proponen algunos, puede ser separado de las demás ramas del Derecho civil, cosa que ocurrió en 1918 con la creación del Estado Soviético. Y que no sería para nada descabellada la idea, toda vez que, de la historia y de nuestra actual realidad, la necesidad de cambios significativos aqueja seriamente a esta área, lo cual ya iremos viendo más adelante.

Las instituciones, conceptos y percepciones vinculadas al ámbito del derecho de familia, tienen un origen histórico romano, de ahí, nuestra posición de plantear una adecuación sobre una perspectiva constitucional a la época contemporánea, toda vez, que resulta inaudita la prevalencia de patrones cuasi-religiosos frente a la exigibilidad de derechos. Tradicionalmente, la defensa de la familia como institución jurídico-religiosa católica, ha sido la premisa máxima en nuestro país y en la mayoría de naciones de tradición romano-germana. (BERMUDEZ, 2012, p. 99).

Desde principios del siglo XXI y hasta la actualidad, la familia sigue siendo la unidad relacional básica de la sociedad. Ejerce sobre sus miembros una influencia muy poderosa. Es un sistema abierto, constituido por un grupo variable de miembros, que conviven en general en una misma unidad habitacional vinculados por lazos consanguíneos, legales o de afinidad.

Para BERMÚDEZ (2015), el derecho de familia no es una realidad uniforme, sino que está marcado por una posición antagónica, en la medida que el derecho de familia se encuentra vinculada al derecho romano, es decir que todas las instituciones, preceptos y procesos judiciales, son muy próximas al derecho romano. Ósea a una realidad teórica de hace 600 años (p. 75).

Por tanto, la evolución de la familia a través de la historia y los cambios sociales y significativos que se vienen dando desde años remotos hasta la actualidad, nos demuestran que la familia es una institución compleja pero fundamental. En esa línea de ideas, citando a TOMASONE (s. f), hace referencia a manera de ejemplo explicativo que: “(...) *El cambio de una forma de vida nómada a sedentaria a partir de la agricultura, la revolución industrial, el cambio del rol de las mujeres en la sociedad, el descubrimiento de nuevas tecnologías en la industria farmacéutica y la medicina, las posquintas sociales, la planificación familiar, la*

*legalidad del matrimonio igualitario, la globalización, las redes virtuales, el cuidado de los recursos naturales, y otros cambios nos han llevado a la forma actual de vivir en familia*". (p. 2).

Ahora bien, como toda rama del derecho, el concepto "*familia*", puede ser definido en sentido subjetivo u objetivo. En sentido subjetivo, se habla de los "*derechos de familia*", para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. Y en sentido objetivo es el conjunto de normas y preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia. (RAMOS, 1988, p. 15).

En términos sociológicos, la familia está limitada a un ámbito de convivencia, que delimita una porción de la vida social, en virtud de metas definidas, vinculando a las personas en niveles profundos de su ser y arrancando de los nexos biopsíquicos más elementales.

Entonces, tomando algunos conceptos, vamos a definir al derecho de familia como la normación jurídica de las relaciones familiares, entendiéndose acá por familia al conjunto de personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio y el parentesco. (RIVERA, 1995, p. 102). Por su parte, ENNECCERUS (1952) define a la familia como "*el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad*" (p. 34).

Atendiendo más a su contexto normativo, el derecho de familia se encuentra consagrado y protegido por nuestra Constitución Política, asumiéndola como un precepto fundamental y muy importante dentro de nuestra sociedad. Por su parte, nuestro Código Civil también se ocupa del Derecho de familia, en su Libro III, la cual en su artículo 233° referente a la finalidad de la regulación de la familia, señala que: "*La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú*". De ello podemos ver la gran importancia que amerita el Derecho de familia dentro del contexto social y constitucional.

#### **4. DERECHO PROCESAL DE FAMILIA. LA ACTUACIÓN DEL JUEZ.**

Partamos de una interrogante importantísima para el derecho sustantivo y procesal, y es: ¿Una sentencia judicial va resolver un determinado conflicto familiar? Estamos seguros que la respuesta es un rotundo NO, toda vez que, contamos con un Código Civil totalmente desfasado en materia de derecho de familia, el cual lamentablemente nos aleja bastante de la realidad social de estos tiempos, convirtiendo consecuentemente a los temas y conflictos familiares en materia muy compleja de tratar a nivel procesal, ya sea por el desconocimiento y falta de especialización de los jueces y operadores judiciales, y por la tan lamentable y pesada demora procesal que existe y aqueja enormemente hoy en

día al Poder Judicial, ya que de acuerdo a datos estadísticos escuchados, siempre se ha tenido la mayor carga judicial en casos de familia.

Sumado a ello, tenemos también que no existe sensibilidad a nivel de los jueces de familia, ya que en su gran mayoría (con tal vez honrosas excepciones), dentro de un proceso de familia el juez solo evalúa el expediente a través de las demandas y contestaciones de demandas, no conociendo a la partes hasta aproximadamente después de un año (sin duda alguna por la carga procesal; sin embargo, la problemática de fondo ni siquiera es esa), cuando se desarrolla la audiencia única, vulnerando el principio constitucional de inmediación, y peor aun importándole poco o nada analizar lo que realmente provocó el conflicto familiar.

En ese sentido, considero firmemente que el juez no debe analizar la ley desde una perspectiva literal, sabemos que en los procesos de familia debe primar el principio de flexibilidad y por ende el desarrollo del proceso debe ser más viable. No obstante a ello, no siempre es así, y pongo un ejemplo, en muchos casos los jueces superiores civiles, no lo entienden necesariamente de ese modo, provocando así, una falta de criterio dentro del entorno del derecho procesal de familia.

El derecho de familia y los diferentes procesos que abarca requieren por parte del magistrado judicial con competencia en la materia una constante actitud de análisis, innovaciones y replanteos; esto resulta algo muy elemental hoy en día, toda vez que en los procesos de familia se plantean y debaten cuestiones que demandan soluciones distintas, para lo cual se debe priorizar la necesidad de dar una respuesta a las pretensiones de las partes sin dejar de lado el derecho de fondo y de forma que rige en la materia. A ello debemos sumarle la crisis que atraviesa el derecho de familia hoy en día, no solo como producto de nuestro desfasado Código Civil, sino también, producto de la problemática judicial en la atención de los casos de familia, esto es, que de lo que acontece en la realidad, una sentencia judicial no resuelve del todo un conflicto de familia, siendo esta una situación muy compleja de analizar.

## **5. LA ORALIDAD Y SU RAZÓN DE SER DENTRO DEL PROCESO.**

Hablar de oralidad en el proceso no es meramente referirse a la simple expresión verbal, sino que se trata de un sistema procesal en el que rigen principios inseparables, tales como, el principio de oralidad, el principio de inmediación y el principio de concentración; los cuales deben ir de la mano para un buen desenvolvimiento –en caso así lo sea- de un proceso de familia con prevalencia oral (para lo cual se le sumara también el principio de flexibilidad).

En todas las épocas se ha pedido una aceleración del proceso con el fin de ahorrar tiempo y gastos.

Según COUTURE (1973) *“la justicia lenta no es justicia... la excesiva demora contradice la esencia de la función jurisdiccional que se ha erigido en principio constitucional obtener la decisión de la causa en un plazo razonable pues se considera que la demora excesiva de la justicia implica la violación de derechos humanos de los justiciables”*. (p. 21).

Afirmación que comparto abiertamente, pues si damos un vistazo por los distintos juzgados de familia de nuestro país, podemos ver que es donde se concentra más la carga procesal, retrasando severamente la solución de los casos –supuestas soluciones que en su mayoría no cumplen su finalidad-, ante esta realidad, podemos ver entonces que algo no está marchando bien y por ende, nos hace pensar no solo en la idea de investigar y analizar, sino también, de proponer hipótesis en mejora de nuestro sistema procesal, tal y como lo hacemos en la presente.

Dentro de este contexto, podemos ver que, de acuerdo a la historia y a los mecanismos procesales que se han implementado a través de ella, la forma de la oralidad y la escritura, han sido temas muy nombrados y cuestionados, lo cierto es que, la necesidad de un cambio a nivel procesal urge en nuestro sistema por diversos factores tanto económicos, sociales y sobre todo, de una tan sentida justicia.

MONROY GALVEZ, (1996) precisa que: *“Siendo la función jurisdiccional una actividad especializada, única, irrenunciable y exclusiva del Estado, la regulación de su estructura, funcionamiento y métodos supone la existencia de normas cuya naturaleza es de derecho público, utilizando aun cuando solo fuese por razones didácticas, la clásica, anacrónica y a veces borrosa división del derecho en público y privado. Nos atrevemos a decir que si alguna vez hubo una discusión sobre el tema, es hoy asunto superado”* (p. 54).

Tal vez la única distorsión que podría presentarse respecto de este tema, es la paradoja consistente en que dentro del proceso se discute la eficacia (declaración, constitución, reconocimiento) de derechos materiales, que regularmente son de naturaleza privada. Sin embargo, queda al margen de toda duda que la relación jurídica destinada a la solución del conflicto privado antes citado es de naturaleza pública, porque cuenta con la intervención de un representante del Estado (Juez), quien realiza su actuación y exige que los otros partícipes adecuen su actuación a reglas de conducta contenidas en normas jurídicas (normas procesales) de cumplimiento regularmente inexcusable. Entonces, la participación determinante del Estado en dicha actividad y la exigencia de cumplir con su propuesta normativa hacen del proceso y de las normas que lo regulan, un tema de derecho público.

DEVIS ECHANDÍA (1966) explica así lo descrito: *"Por último, el derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea, (...) no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas son de imperativo cumplimiento prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras. En realidad, desde que una norma se relacione con el interés general o interés a la organización judicial, es de derecho público"*. (p. 6).

Pensamos que el auge que en los últimos tiempos ha mostrado el principio procesal de la oralidad es la expresión de una carga emotiva más que otra cosa. Su tratamiento intensivo en la doctrina y en muchas legislaciones no responde tanto a una base científica, sino que se inscribe en esa cruzada, en la que estamos todos inmersos, por conseguir mejorar la administración de justicia. (PARODI, 2013, p. 600).

El más desafiante de todos es el cambio de mentalidad de la comunidad jurídica. Para que la oralidad sea realmente efectiva, el juez no puede continuar con el pensamiento del sistema escrito, en el cual rige el principio de que *"lo que no se encuentra en el expediente no existe en el mundo jurídico"*. Si en el sistema oral el juez se convierte en un simple espectador de lo que ocurre en el proceso y las partes se dedican a recitar lo que ya de antemano tenían por escrito, de poca utilidad sería el cambio de un sistema a otro. (BOCHAREL, 2010, p. 191 y ss.).

## **6. LA NECESIDAD DE UN NUEVO RÉGIMEN PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

Dentro de ese análisis, partimos de la siguiente interrogante ¿Cómo implementar una verdadera reforma procesal en derecho de familia, teniendo un sistema procesal actual lento y obsoleto, donde no se cumple con la función garantista, justa y eficaz en los procesos?

Son numerosos los problemas que aquejan hoy en día al derecho de familia, una de ellas, y como ya lo hemos mencionado, es consecuencia del obsoleto Código Civil de 1984, siendo específicos, en su libro de familia. La realidad social dada en la época de los 80 es muy distinta a la realidad social actual, existe una diferencia realmente abismal dentro del ámbito de regulación social y normativa que emana nuestro Código, con las nuevas tendencias y cambios sociales que ha experimentado y evolucionado el derecho de familia hoy en día.

El derecho de familia requiere un nuevo régimen procesal más eficaz, ágil, moderno y sobre todo consecuente a las nuevas tendencias tecnológicas y sociales de nuestro mundo globalizado. El juez ocupa un papel muy importante dentro de esta reforma, ya que, es el, quien debe brindar una adecuada y oportuna tutela a los planteos de diferentes matices que se efectúan en su ámbito.

Desde esta perspectiva el juez puede y debe adoptar medidas eficaces, urgentes y transitorias, a través de un accionar prudente, activo y oportuno adoptando disposiciones que son verdaderas medidas cautelares, urgentes, de prohibición y prevención, de cumplimiento efectivo bajo mandato judicial. Pues el conflicto de familia no se reduce a encontrar un culpable o un inocente como lo persigue el Derecho Penal. En el Derecho de Familia, en la relación material, hay un conjunto de relaciones afectivas, económicas, culturales, biológicas y sociales que son permanentes y más o menos estables que requieren de la tutela efectiva del Estado y en consecuencia debe conocerse la verdad real o su acercamiento más próximo a ella. No obstante, ante esto tenemos las deficiencias en la tramitación escrita de los procesos que por hoy aquejan de manera considerable nuestro sistema procesal en esta área.

## **7. HACIA UNA NUEVA TENDENCIA: ANÁLISIS CONTEXTUAL DE LA PROBLEMÁTICA Y VIABILIDAD PARA HACER POSIBLE ESTA HIPÓTESIS.**

Es evidente la problemática social y normativa que atraviesa la mala administración de justicia en nuestro país; la ineficaz forma con la que se llevan a cabo los procesos de familia, sumado a la crisis familiar que vemos hoy en día en nuestra sociedad. Es por ello que, la identificación de la génesis del conflicto familiar es factible de desarrollarse en una verdadera aplicación del principio de oralidad, ya que siendo así, se le otorga a las partes la libertad de poder tener una mayor actuación, desenvolvimiento y oportunidad de aportar al proceso elementos positivos.

Identificar el motivo base que provoca el conflicto familiar, ayudaría significativamente a reducir los márgenes de conflicto y litigio entre las partes, ocupándonos en atender de esta manera a las partes débiles dentro del proceso.

De la práctica procesal se puede apreciar ampliamente, en base a las experiencias recogidas por operadores del derecho y abogados, que son muy tentadoras la audiencias en las que se está personalmente con el juez y se conversa con él, (inmediación); y en algunos casos, no en todos, se efectúan las pruebas (concentración), y casi el proceso queda expedito para la sentencia, y eso que no tomamos en cuenta las trabas que pone los justiciables o abogados al proceso.

Dentro de los procesos de familia se plantean y debaten cuestiones que demandan soluciones y análisis distintos, para lo cual se debe priorizar la necesidad de dar una respuesta a las pretensiones de las partes sin dejar de lado el derecho de fondo el cual es materia de un determinado caso, pues va ser el juez quien deberá utilizar y brindar las herramientas legales adecuadas y oportunas a los distintos derechos que se ventilan en su ámbito.

Así tenemos que el juez de familia debe estar comprometido en cada caso concreto pues no solo aplicará la ley sino además solucionara un conflicto familiar que estará quizás sujeto a terapias familiares, alternativas que el Juez

dispondrá para que haya una relación armoniosa entre ellos, y al menos no vuelvan generarse un enfrentamiento.

En ese sentido, si de cambios hablamos, el espíritu de esta investigación versa no solo en proponer una reforma al régimen procesal de familia, si no también, que constituya un compromiso con la administración de justicia, la cual demandará una participación procesal más activa del juez que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias.

Dentro de todo ese contexto soy de la tendencia de que el derecho de familia requiere un nuevo régimen procesal más eficaz, ágil, moderno y sobre todo consecuente a las nuevas tendencias tecnológicas y sociales de nuestro mundo globalizado. El juez ocupa un papel muy importante dentro de esta reforma, ya que, es el, quien debe brindar una adecuada y oportuna tutela a los planteos de diferentes matices que se efectúan en su ámbito. Desde esta perspectiva el juez puede y debe adoptar medidas eficaces, urgentes y transitorias, a través de un accionar prudente, activo y oportuno adoptando disposiciones que son verdaderas medidas cautelares, urgentes, de prohibición y prevención, de cumplimiento efectivo bajo mandato judicial.

Asimismo, haciendo una comparación del proceso actual de familia con el proceso penal y laboral en el cual ahora predomina la Oralidad, resulta una mejora considerable de expedientes resueltos en el menor tiempo posible.

Por ello, mi posición dentro de esta investigación está encaminada en lograr una reforma procesal total en materia de familia, empleando la oralidad como fuente de inspiración hacia una nueva tendencia procesal, a fin de obtener procesos más eficaces, justos y modernos.

En ese sentido, aplicando la oralidad al derecho de familia, será de vital importancia al atender conflictos familiares judicializados, principalmente, cuando se trate de evaluar la naturaleza y condición procesal del conflicto y encausarlo en un único proceso que permita superar cualquier tipo de límite, actuando en un sentido amplio y de la mano de la oralidad, los principios de concentración e inmediación.

## **CONCLUSIONES.**

El interés al derecho de familia no es algo abstracto, sino que se presenta en situaciones concretas de la vida real y ordinaria, a veces se presenta por un interés autónomo y otras veces por el interés de un grupo (casi siempre familiar), debiendo en todos los casos proteger y salvaguardar los derechos fundamentales consagrados por ley, ya que son primordiales, a fin de garantizar un ambiente de paz y tranquilidad y un adecuado desarrollo psicosocial; sin embargo, con el procedimiento actual del proceso de familia –el cual me atrevo a describirlo como obsoleto-, las decisiones que se toman en un proceso judicial, muchas

veces no solucionan un caso en concreto, hoy en día la judicialización del derecho de familia no viene cumpliendo necesariamente su causa, desembocando en muchos casos –y muy comprobados- perjuicios irreparables hacia el ámbito de derecho de familia, debido al tiempo transcurrido del proceso en donde se encuentra inmerso y a su finalidad que esta debería tener.

Por último, tal y como hemos visto, el proceso oral tiene un procedimiento más eficaz, que se adecuaría en forma óptima en el proceso de familia, ya que se requiere resolver con una mayor prontitud, a fin de proteger el ámbito familiar como fin supremo de la sociedad, pues así, tenemos, que actualmente en el proceso de Violencia contra la Mujer e Integrantes del grupo Familiar, Ley 30364, se ha incorporado la figura de audiencia oral, lo cual contribuye un avance en ir introduciendo la oralidad en todos los procesos de familia.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **Libros:**

-  BERMUDEZ TAPIA, Manuel. (2012). *Derecho procesal de familia*, Lima: Editorial San Marcos.
-  HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones.
-  ENNECCERUS, Theodor Kipp y Wolf, (1952). *Tratado de derecho civil*, Tomo II, Volumen primero. Barcelona: Editorial Bosch.
-  MONROY GALVEZ, Juan. (1996). *Introducción al proceso civil* t. I. Lima, Editorial Temis.
-  RAMOS PAZOS, René. (1998). *Derecho de familia*. Santiago, Jurídica de Chile.
-  RIVERA, Julio César. (1995). *Instituciones de derecho civil*. Buenos Aires, Parte General, Volumen II, Abeledo Perrot.

### **Artículos:**

-  COUTURE, Eduardo. (1973). «Fundamentos de derecho Procesal civil», Buenos Aires: Ediciones Depalma.
-  PARODI REMÓN, CARLOS. (2013). «Los juicios orales en el Perú», en Instituto de Investigaciones Jurídicas, 605 pág.
-  RAMOS DÁVILA. (2006). «La Fase intermedia, la implementación del nuevo Código Procesal penal en Huaura: algunos problemas y propuestas de solución», en aj, 156, Lima.

 RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo. (2012). «Las Técnicas de litigación oral», Lima, 17 pág.

**Web:**

- ④ BOCHAREL TAPIA, Anna Grace; OTROS. (2010). las ventajas de un proceso civil por audiencias, recuperado en: [[http://www.academia.edu/7937571/75\\_LA\\_VENTAJA\\_DE\\_UN\\_PROCESO\\_CIVIL\\_POR\\_AUDIENCIAS\\_LA\\_VENTAJA\\_DE\\_UN\\_PROCESO\\_CIVIL\\_POR\\_AUDIENCIAS](http://www.academia.edu/7937571/75_LA_VENTAJA_DE_UN_PROCESO_CIVIL_POR_AUDIENCIAS_LA_VENTAJA_DE_UN_PROCESO_CIVIL_POR_AUDIENCIAS)].
- ④ TOMASONE, Andrés O. (s. f). «Ciclo vital familiar», recuperado en: [<http://www.fmed.uba.ar/depto/medfam/pdf/2.pdf>].





# EL CONTRATO DE EXPLOTACION MINERA

---

## THE MINING EXPLOITATION CONTRACT



*Iván Manuel Haro Bocanegra\**

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN. 3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. 4. NATURALEZA JURÍDICA. 5. CONTENIDO. 6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. 7. CARACTERÍSTICAS. 8. EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y FIGURAS AFINES. 9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO. 10. EFECTOS JURÍDICOS DE LA EXTINCIÓN. 11. IMPORTANCIA. 12. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN. 13. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

---

\* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en Posgrado de la misma casa de estudios. Ha sido abogado en el Registro de Derechos Mineros de la Zona Registral N° V – Sede Trujillo y actualmente en el Registro de Predios de la misma sede. Autor de diversos artículos sobre el Derecho minero y Derecho registral publicados en revistas especializadas. Asistente en la Cátedra de Derecho minero y energético en la Universidad Privada de Trujillo. Miembro de la Sociedad de Derecho Registral, Notarial y Minero del Instituto Interdisciplinario “Apex Iuris”.



## BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

HARO BOCANEGRA Iván Manuel "THE MINING EXPLOITATION CONTRACT" *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



## RESUMEN

En el presente trabajo, el autor realiza un análisis sobre el contrato de explotación minera como instrumento jurídico válido para extraer minerales de una concesión minera, cuya importancia hoy en día se sustenta en que constituye un medio alternativo para lograr la formalización minera integral de la pequeña minería y minería artesanal. De esta perspectiva se hace un estudio de su noción, naturaleza jurídica, finalidad, contenido esencial, elementos esenciales, principales características y sus semejanzas y diferencias con otros contratos como el usufructo, el arrendamiento y la cesión minera. Se destaca el hecho que por tratarse de un contrato que incide directamente sobre los recursos minerales, tiene relevancia el análisis social y económico, así como sus efectos que se expone. Finalmente, se analiza brevemente sus aspectos registrales teniendo en cuenta la importancia para el propio Estado y los terceros que el contrato de explotación minera conste inscrito.

**Palabras Claves:** Derecho minero; concesión minera; contrato minero; explotación minera; recursos minerales; pequeña minería y minería artesanal; formalización minera.



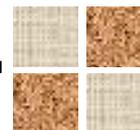
## ABSTRACT

In the present work, the author makes an analysis of the mining exploitation contract as a valid legal instrument to extract minerals from a mining concession, whose importance today is based on the fact that it constitutes an alternative means to achieve the integral mining formalization of the small mining and artisanal mining. From this perspective a study is made of its notion, legal nature, purpose, essential content, essential elements, main characteristics and their similarities and differences with other contracts such as usufruct, lease and mining assignment. The fact that because it is a contract that directly affects mineral resources, the social and economic analysis, as well as its effects, is relevant. Finally, its registration aspects are briefly analyzed taking into account the importance for the State itself and third parties that the mining exploitation contract is registered.

**Keywords:** Mining law; mining concession; mining contract; mining exploitation; mineral resources; small mining and artisanal mining; mining formalization.



## 1. INTRODUCCIÓN



Una de las instituciones jurídicas mineras importantes que introdujo la Ley N.º 27651 –Ley de formalización y promoción de la pequeña minería y minería artesanal (*El Peruano*, 24-1-2002) – y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 013-2002-EM (*El Peruano*, 21-3-2002), fue la posibilidad de celebrar contratos de explotación minera artesanal, como requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros para acreditar la condición de productor minero artesanal y con ello tener algunos beneficios previstos en la mencionada normativa. Posteriormente, con el Decreto Legislativo N.º 1105 (*El Peruano*, 19-4-2012) la celebración de este contrato se constituye en uno de los instrumentos legales destinados a cumplir con el proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal. Hoy en día continúa siendo un requisito para la culminación de la formalización minera integral, según lo ha establecido el artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 1336 (*El Peruano*, 6-1-2017). Es dentro de este ámbito donde mejor utilidad jurídica tiene dicha figura contractual.

El contrato en cuestión, sin embargo, como instrumento válido para extraer minerales de una concesión minera por un tercero, no es una categoría jurídica exclusiva de aquel régimen especial, sino que se pueden perfectamente celebrar contratos de explotación teniendo como marco legal los principios y disposiciones generales de la contratación minera regulados en la Ley General de Minería (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N.º 014-92-EM, *El Peruano*, 3.6.1992; en adelante LGM o, simplemente, la Ley).), no teniendo como finalidad, en este caso, acreditar la condición de minero artesanal ni servir de medio alternativo para cumplir con el proceso de formalización minera.

En ese sentido, teniendo en cuenta la gran importancia hoy en día del contrato de explotación en la industria minera de nuestro país, sobre todo a pequeña escala<sup>1</sup>, nos lleva a la necesidad de estudiar y analizar su noción y naturaleza jurídica, finalidad, contenido, elementos esenciales y principales características, así como sus semejanzas y diferencias con otros contratos como el usufructo, el arrendamiento y la cesión minera, y otros aspectos distintivos. Además, tratándose de un contrato que incide directamente sobre los recursos minerales, analizaremos su relevancia social y económica, y sus efectos.

Cabe mencionar que nos abocaremos básicamente a desarrollar el contrato de explotación minera en su aspecto general, precisando que cuando aludamos al contrato de explotación minera artesanal regulado en la Ley 27651 y el Decreto Legislativo 1105 –categoría jurídica más especial– lo haremos expresamente.

<sup>1</sup> La industria minera en nuestro país, según lo dispuesto en el artículo III de la LGM, comprende tres estratos separados y bien definidos: la gran minería, la mediana minería y la minería en pequeña escala, dentro de esta última tenemos a la pequeña minería y minería artesanal.

Aunque nuestra motivación –debemos resaltar– está dada por el mayor uso que en la actualidad tiene este último en el marco de la formalización minera.

## 2. DEFINICIÓN

### 2.1. Aspectos previos necesarios

La Ley General de Minería no define a los contratos mineros; mas, sí remite que estos “se rigen por las reglas generales del derecho común, en todo lo que no se opongá a lo establecido en dicha ley” (artículo 162). En otros términos, la regla es la aplicación preferente de las normas de la Ley a los contratos que esta regula y, la excepción, la aplicación de las normas del Código Civil (CC) en todo aquello que no haya sido regulado por aquella.

En línea concordante, el artículo IX del Título Preliminar del CC también establece que sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, como la minera, siempre que no sean incompatibles con la naturaleza de esta última.

Entonces, de una apreciación conjunta de dichas regulaciones, el contrato minero tendrá que definirse necesariamente en consonancia con lo que la normativa civil estipula sobre el contrato, con las particularidades que establece la normativa minera.

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como “*el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”. Dicho acuerdo se forma por el consentimiento de las partes, el cual se exterioriza mediante sus respectivas declaraciones de voluntad. Adicionalmente, el artículo 140 del citado código exige para la validez y eficacia del acto jurídico la conjunción de otros requisitos esenciales: plena capacidad de las partes, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Ahora bien, la LGM (artículo VI de su Título Preliminar) regula como principio que la industria minera comprende las siguientes actividades: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero, y todas aquellas que el Estado las califique como tales.

De lo dicho se llega a la conclusión que el **contrato minero** es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial derivada de la ejecución de actividades de la industria minera reguladas en la LGM. Es pues, el contrato minero, una categoría jurídica que tiene como objeto crear, regular, modificar o extinguir derechos y obligaciones en el ejercicio de las diferentes fases de la industria minera señaladas. Una vez celebrado el contrato minero, este constituye título suficiente del beneficiario para el ejercicio pleno de la actividad minera contratada, sin perjuicio de obligaciones adicionales que la ley prevé para cada parte contratante.

En suma, el contrato adquiere el carácter de minero cuando tiene por objeto una *cosa* de la minería. Un contrato, (promesa, compraventa, permuta, arrendamiento, usufructo, hipoteca, prenda, sociedad, etc.) será considerado contrato minero, si su objeto es una concesión minera constituida o en trámite o sustancias minerales concesibles extraídas o *in situ*<sup>2</sup>.

Por otra parte, la explotación es la actividad de la industria minera que tiene por objeto la extracción, captación o arranque de los minerales que se encuentran en un yacimiento. Se lleva a cabo mediante la actividad denominada “*desarrollo*” que es el conjunto de operaciones necesarias que realiza el concesionario para hacer posible la explotación (cfr. art. 8° de la LGM).

Los sistemas técnicos clásicos para llevar a cabo la extracción de minerales son dos: (i) *a cielo o tajo abierto*, que se usa cuando los minerales a explotar se ubican casi en la superficie del terreno, dispersos o diseminados, o se encuentran al aire libre; y, (ii) *a tajo cerrado o subterráneo*, el cual se ejecuta en socavones, galerías o túneles, pues el mineral se encuentra en el subsuelo en forma de vetas o filones. El método a usar dependerá de varios factores, fundamentalmente de las características del yacimiento minero.

Para ejercer esta actividad se requiere, forzosamente, contar con un título de concesión minera otorgado por la autoridad minera competente<sup>3</sup>. Con dicho título el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente las labores de exploración<sup>4</sup> y explotación de minerales dentro de un área debidamente delimitada, así como los demás derechos que le reconoce la LGM, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.

En efecto, en virtud del art. 9° de la LGM “*la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada (...)*”.

Otras características principales de la concesión minera es ser un derecho real de naturaleza administrativa, legal, formal, irrevocable, indefinida, imprescriptible,

<sup>2</sup> ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen. *Curso de Derecho Minero*, Universidad Central de Chile, 2004, p. 327.

<sup>3</sup> Las entidades competentes para tramitar petitorios de concesiones mineras y otorgar los títulos correspondientes son el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), que tiene competencia a nivel nacional; y las Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREM) únicamente para el caso de la pequeña minería y minería artesanal de alcance regional.

<sup>4</sup> La exploración –fase previa indispensable para la explotación– “*es la actividad minera que tiene por finalidad demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales*” (art. 8° de la LGM).

registrable y no otorga la propiedad sobre ningún predio.

## 2.2. Concepto

El contrato de explotación minera es un acuerdo formal entre el titular de concesión minera, denominado titular minero<sup>5</sup>, y otra persona natural o jurídica, legalmente capaz, denominada operador minero, con la finalidad que este desarrolle, siguiendo las reglas y técnicas pactadas y establecidas por ley, exclusivamente la extracción de sustancias minerales concedidas en una parte o en el área total de la concesión, obteniendo el derecho de usar y disfrutar de ellas, a cambio de una contraprestación a favor del titular y por un plazo determinado o indeterminado, al cabo del cual el operador devolverá la concesión o la parte en la situación que se encuentre, no siendo responsable de la disminución de los minerales que a consecuencia de la explotación razonable sobrevenga, sin perjuicio de remediar los daños ambientales, sociales o de otra índole que por esa misma razón se hayan generado.

La definición propuesta contiene los elementos y características esenciales del contrato *sub materia*, los cuales desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

Y una definición específica vinculada a la minería a pequeña escala la encontramos en el art. 18 del DS 013-2002 EM: *“por el acuerdo o contrato de explotación el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales en una parte o en el área total de la concesión minera, a cambio de una contraprestación”*.

La particularidad de este contrato especial es que constituye un requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros<sup>6</sup> para acreditar la condición de

<sup>5</sup> La condición de titular minero puede recaer en el concesionario o cesionario. En el caso del cesionario, por virtud de los arts. 166 y 170 de la LGM, está habilitado para celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios para la actividad minera de la concesión, como el caso de contratos de explotación, exigiéndose como dos únicos requisitos que el cedente, titular de la concesión objeto de explotación, lo autorice previa o simultáneamente, y que no exceda el plazo de vigencia de la cesión.

<sup>6</sup> Así el art. 6º del D. Leg. 1105 establece:

*“El título de concesión minera no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que para dicho fin se requiere de determinadas medidas administrativas o títulos habilitantes establecidos por ley.*

***La acreditación a que se refiere el presente artículo podrá darse mediante la suscripción de un contrato de cesión o de un acuerdo o contrato de explotación, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente. Los contratos anteriormente mencionados deberán encontrarse debidamente inscritos ante la SUNARP.***

*Mediante la suscripción del contrato de cesión minera, conforme se encuentra establecido en la ley de la materia, el sujeto de formalización que lo suscriba se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente.*

*Mediante la suscripción del acuerdo o contrato de explotación, el titular del derecho minero quedará liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo que asume el minero interesado en su formalización. El acuerdo o contrato de explotación en el marco del presente proceso de formalización podrá ser suscrito utilizando el modelo contenido en el Anexo 2 del presente dispositivo.*

(...)”.

productor minero artesanal<sup>7</sup>.

La noción general de contrato de explotación minera debe aplicarse a la contratación minera del régimen común, más no al régimen especial de la pequeña minería y minería artesanal que tiene elementos particulares, aunque ambas –como se podrá advertir– tienen elementos comunes. La característica más saltante en el caso de la explotación minera artesanal es que dicha actividad se desarrolla con la finalidad esencial de subsistencia del operador minero y de su familia, y de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas a las operaciones de explotación<sup>8</sup>.

### 3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

#### 3.1. Partes contratantes

Son elementos personales de esta relación jurídica el *titular minero* y el *operador minero*. El primero es el concesionario de la concesión minera, generalmente es una empresa de la mediana o gran minería, y el segundo es un tercero dedicado habitualmente a la minería de pequeña escala (pequeño minero o minero artesanal). Pero no siempre pertenecen a los estratos señalados. La única prohibición que fija el art. 24 del DS 013-2002-EM es que titular minero no debe tener la condición de productor minero artesanal.

En la hipótesis que el contrato de explotación sea otorgado por el cesionario, como consecuencia de un contrato de cesión minera a su favor, en este recaerá la condición de titular minero. Se exige, en este caso, la previa o simultánea autorización del concesionario. La limitación descrita en el art. 24 también se aplica al cesionario.

#### 3.2. Objeto del contrato

El objeto del contrato *sub examine* debe ser necesariamente *concesiones mineras*, en tanto son las únicas que otorgan un derecho (real) a llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de sustancias minerales dentro del área otorgada. Cuando el área objeto de explotación sea sobre una parte de la concesión, deberá estar debidamente delimitada con coordenadas U.T.M. o, en su defecto, indicarse, en calidad de límites, las cotas superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.

---

<sup>7</sup> En virtud del art. 91 de la LGM son productores mineros artesanales los que: (i) En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; (ii) Posean, por cualquier título, hasta 1,000 hectáreas, entre denuncias, petitorios y concesiones mineras; **o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros**; y, además; (iii) Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 25 TM/d. En el caso de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada será de hasta 100 TM/d. Y en el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, será de 200 m<sup>3</sup>/d.

<sup>8</sup> Cfr. art. 2° de la Ley 27651.

El objeto puede recaer también en los llamados *denuncios mineros* que son derechos reales pero de naturaleza provisional que eran otorgados bajo normas anteriores al 14 de diciembre de 1991.

Igualmente forma parte del objeto las *partes integrantes* de la concesión, que son todas las labores mineras previamente ejecutadas por el titular de la concesión tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, y las *accesorias*, bienes de propiedad del concesionario previamente asignados y de modo permanente al fin económico de la concesión, salvo que se pacte su diferenciación.

No podría ser objeto del contrato los *petitorios mineros* (antes denominados *denuncios mineros*), en tanto estos son derechos expectaticios o de existencia futura, que no faculta a realizar actividades de exploración y explotación de minerales. En caso se celebren contratos de explotación sobre petitorios mineros, serán nulos por ser el objeto jurídicamente imposible (art. 219 inc. 3 del CC), y de ejecutarse actividades mineras sobre ellos serán consideradas ilícitas<sup>9</sup>.

De igual manera están excluidas del objeto de este contrato las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero.

### 3.3. Contraprestación

Constituye requisito esencial del contrato que se fije una contraprestación a favor del titular por la entrega de todo o parte de su concesión para la explotación de minerales a cargo del operador. Esta puede ser una compensación de dar, de hacer o de no hacer, siendo la más usual la primera de las modalidades a través de la entrega de una especie de renta, que en esencia es un pago monetario, generalmente mensual, trimestral, anual o incluso por única vez, de acuerdo a lo pactado. La compensación también puede consistir en un porcentaje de los minerales extraídos o de las utilidades finales, que impropiamente suele denominarse regalía.

Otra modalidad de compensación *sui generis* que en la práctica viene usándose es mediante un “pacto de exclusividad”, según el cual el operador se obliga a vender el mineral extraído a favor del titular y este pagar su valor luego de la liquidación final; inclusive se compensa con un pago monetario adicional a favor de este último.

---

<sup>9</sup> Artículo 307-A del Código Penal:

**“Delito de minería ilegal.** El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

También puede darse el caso que no exista compensación cuando se otorga a título gratuito; aunque por su naturaleza este contrato es oneroso.

En suma, las partes contratantes en base a su autonomía de voluntad tienen plena libertad para fijar las condiciones de la contraprestación de acuerdo a sus conveniencias.

### **3.4. Plazo**

Una deficiencia de la legislación minera es que no señala un plazo para el contrato de explotación minera. Se deja entonces a la autonomía de voluntad de las partes contratantes decidir sobre la duración del acuerdo, que podría ser determinado, determinable o indeterminado; sin embargo, por las características de esta actividad es usual que se acuerde un plazo fijo.

Cabe precisar que aun cuando se fije un plazo determinado, la vigencia del contrato siempre estará supeditado a la vigencia de la concesión minera, y si esta se extingue por cualquier causal fijada en la ley, aquel se resolverá indefectiblemente por imposibilidad del objeto. De igual manera, el plazo estará a merced de la existencia de sustancias minerales en el área de la concesión cedida.

Cabe anotar que no podría aplicarse a este contrato el plazo máximo de 10 años que fija el CC para el contrato de arrendamiento (art. 1688), pues este tiene otra naturaleza. Por la misma razón tampoco podría aplicarse los plazos legales establecidos para el usufructo (art. 1001).

### **3.5. Finalidad**

El propósito fundamental de la explotación minera es la extracción de los minerales que en materia prima se encuentran en los yacimientos o depósitos naturales que han sido objeto del contrato. Sea de toda la extensión de la concesión minera o de una parte.

Cuando dicha actividad se lleva a cabo en la minería a gran escala, por su magnitud económica, para ser cumplida, exige una fuerte inversión de capitales; pero, cuando se trata de la minería a pequeña escala, la inversión es menor por cuanto en este ámbito se utilizan métodos y equipos medianamente tecnificados, en el caso de la pequeña minería, o intensivamente la propia mano de obra y métodos manuales y equipos básicos, en el caso de la minería artesanal.

Se excluyen de la finalidad de este contrato llevar a cabo las otras actividades de la industria minera: cateo, prospección, exploración, labor general, beneficio, comercialización y transporte.

### **3.6. Debe formalizarse para su oponibilidad**

El acuerdo de explotación minera es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, pues su formación se hace de forma consensuada, perfeccionándose con el solo consentimiento de las partes. No requiere de alguna

formalidad adicional para su validez entre ellas, pues la ley no lo sanciona con nulidad.

Sin embargo, para que goce de validez y eficacia ante el Estado y los terceros, los arts. 106 y 163 de la LGM y 20 del DS 013-2002-EM exigen que debe necesariamente formalizarse por escritura pública e inscribirse en la partida registral correspondiente a la concesión minera en el Registro de Derechos Mineros de la Sunarp. En consecuencia, la inscripción registral no es constitutiva sino antes bien le otorga los efectos de oponibilidad, en tanto la información que se publicita se presume legítima.

En caso de renuencia de alguna de las partes a formalizar el contrato, la otra puede compeler a completar la formalidad exigida por ley (art. 1412 del CC), inclusive acudir a la vía judicial en proceso sumarísimo.

### **3.7. Título vigente de concesión minera**

Una de las características de la concesión minera en nuestro país es que se otorga por plazo indefinido, en la medida que el concesionario cumpla una serie de obligaciones fijadas por ley para mantener vigente su derecho de exploración-explotación sobre aquella. Entre ellas está pagar oportunamente los derechos de vigencia y/o penalidad, la inversión mínima y la producción mínima. En caso no cumpla con ese mandato, la LGM prevé que la concesión caducará de pleno derecho y por tanto se producirá su extinción (arts. 58 y 59). La extinción genera que el derecho que ostentaba el concesionario salga de su esfera de dominio y se revierta a la del Estado como titular originario, quien además declarará a la concesión de libre denunciabilidad. Por lo tanto, el contrato de explotación carecerá de objeto y debe ser resuelto por causal sobreviniente (art. 1371 del CC), sin perjuicio de las indemnizaciones a que diere lugar. En suma, es imprescindible que el título habilitante de concesión minera se encuentre vigente para la ejecución de la explotación minera.

Además de la caducidad, las concesiones mineras se extinguen por abandono, nulidad, renuncia y cancelación. Los efectos serán los mismos que hemos señalado en el párrafo anterior.

### **3.8. Una de las partes contratantes debe ser titular de la concesión minera**

Esta característica constituye un requisito fundamental para la celebración del contrato *submateria* (y de todos los contratos cuyo objeto sea concesiones mineras).

La titularidad puede acreditarse bien sea con el título habilitante de concesión minera o con los respectivos contratos traslativos de dominio (transferencia, donación, dación en pago, sucesión, etc.) o de cesión minera, en este último caso con expresa autorización del titular.

### 3.9. En el caso de la minería a pequeña escala, la actividad debe ser artesanal

Esta característica constituye un requisito expreso fijado por el art. 18 del DS 013-2002-EM, en tanto lo que se quiere promover es que el contrato de explotación minera se convierta en un instrumento legal idóneo que permita al minero artesanal ejercer actividades mineras lícitas y con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de él y la de su familia, así como de las poblaciones aledañas al área de explotación.

## 4. NATURALEZA JURÍDICA

El contrato en estudio no constituye un acto de disposición, pues la concesión minera o una parte de ella, entregada para su explotación, se mantiene en el dominio del titular minero. Tampoco estamos ante una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el operador minero no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario, conforme lo exige el art. 168, inciso 10, del CC. Menos se trata, como algunos opinan, de una modalidad de contrato de trabajo o de prestación de servicios, pues no existe una relación de dependencia o subordinación laboral entre el operador minero y el titular minero ni el pago de una alguna remuneración.

Por virtud de este contrato el titular minero entrega su concesión minera o parte de ella a otra persona, llamada operador minero, para que este extraiga por su cuenta y para sí minerales, a cambio de una contraprestación en favor del titular consistente en dinero o un porcentaje de los minerales extraídos.

Dicha explotación se otorga a título de usufructo<sup>10</sup>, con lo cual el operador adquiere los derechos de usar y disfrutar todo o parte de la concesión minera, esto es, extraer los minerales y aprovecharse de ellos (beneficiarlos y comercializarlos), no siendo responsable de la disminución de las sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga.

Este tema no lleva a evocar un aspecto que en la doctrina y legislación, nacional y extranjera, no existe consenso: **¿puede constituirse derecho de usufructo sobre las concesiones mineras?**, habida cuenta que una de las características esenciales de este derecho real es que el usufructuario use y disfrute el bien ajeno con la obligación de conservar su forma y sustancia (en términos del art. 1009 del CC, “no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso”), cuando sabemos que al extraer las sustancias minerales del yacimiento, este va perdiendo su atributo, alterando su sustancia, consumiendo su valor; en consecuencia, el bien no podría restituirse al concesionario sin más que su

---

<sup>10</sup> El art. 999 del CC regula la definición y características del usufructo de la siguiente manera: “El usufructo confiere la facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Puede excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018 a 1020”.

desgaste ordinario.

Contrariamente a los que niegan que el derecho de explotación minera sea un derecho real de usufructo<sup>11</sup>, bajo el ya mencionado argumento que el usufructuario no podrá devolver la concesión minera en el mismo estado en que lo recibió, a consecuencia del natural consumo de los minerales producto de la extracción, otros autores<sup>12</sup> expresan que es perfectamente válido constituir derecho de usufructo sobre una concesión minera, pues las facultades del usufructuario no se reducen a la mera percepción de los frutos, sino que abarca cualquier acto de explotación (art. 1008 del CC: “*El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada*”), lo cual incluye en las concesiones mineras, naturalmente, las actividades de extracción de minerales.

Nuestra legislación civil no dice nada –al menos no es clara– sobre la posibilidad de usufructuar minas, tampoco lo prohíbe de manera expresa<sup>13</sup>. Por el contrario, el art. 204 de la LGM parece aceptar la constitución de usufructo sobre concesiones mineras refiriéndose a que los aportes de bienes (uno de los cuales debe ser, necesariamente, la concesión minera) al contrato de riesgo compartido o *joint venture* “*no conllevan transferencia de propiedad sino el usufructo de*

<sup>11</sup> Entre ellos: BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima, 1996, p. 190 (aunque este autor pareciera ser de opinión contraria en otra parte de su obra, conforme se aprecia de la siguientes cita: “*el Estado viene a ser un depositario y a su vez administrador de la riqueza minera y esta función real se realiza y ejecuta sin desprenderse de su dominio, confiriendo al concesionario tan solo el ius utendi y el ius rutendi dentro de su temporalidad*”, p.128); GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da.edición, Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 190; BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2013, p. 57; y ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Cultural Cuzco, Lima, 1998, p. 177.

<sup>12</sup> Por citar: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*, tomo II, 3ra. edición, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 1763-1764; CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima, 1995, p. 40; entre los más destacados.

<sup>13</sup> Algunos ordenamientos jurídicos comparados aceptan, expresamente, la constitución de usufructo sobre minas, tal es el caso del Código civil chileno de 2005, art. 784, al señalar que “*si la cosa usufructuaria comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas, y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga...*”. También el Código de Minería de este país sureño, de 1983, es mucho más claro en ese sentido, al señalar en su art. 171 que “*tratándose de arrendamiento o de usufructo de pertenencia, se entenderá que la explotación hecha conforme al título constituye uso y goce legítimo de ella y el arrendatario o usufructuario no será responsable de la disminución de sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga...*”.

En la Argentina, el Código de Minería de 1997 también regula el usufructo sobre minas señalando expresamente en su art. 338 que “*el usufructo debe comprender toda la mina, aunque se haya constituido a favor de diferentes personas. El usufructuario tiene derecho a aprovechar los productos y beneficios de la minas, como puede aprovecharlos el propietario...*” (sobre los comentarios sobre el usufructo de minas en el derecho argentino puede verse: LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales*, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, pp. 454-456).

En España, por su parte, el Código Civil de 1889 no resuelve esta cuestión del usufructo de minas, y por ello sus comentaristas siguen discutiendo sobre la posibilidad o no de que las minas fuesen objeto de usufructo. Pero en líneas generales, la doctrina española acepta la constitución de usufructo sobre minas, aun cuando su legislación civil sea confusa. Ver: PIUG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, p. 432. También en ese sentido: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 358.

*los mismos*”; y con mayor claridad la Ley 26821 –Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales– se orienta a aceptar esa naturaleza al señalar en su art. 23 que “(l)a concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”.

La discusión entonces sobre la procedencia de la constitución de derecho de usufructo sobre minas parece circunscribirse al ámbito doctrinario, pues el legislador al mencionarlo primero en el art. 204 de la LGM y más adelante en el art. 23 de la Ley 26821, ha aceptado expresamente su existencia y validez.

A mayor abundamiento, creemos que no existiría mayor problema –ni técnico ni legal- en aceptar el usufructo sobre las minas porque, en lo esencial, el concesionario (operador minero, en el caso del contrato *sub materia*) explota la concesión minera en la forma normal y acostumbrada para este tipo de bienes, es decir, de acuerdo con reglas, métodos y procedimientos técnicos propios de la industria de la explotación minera, y no podría ser de otro modo por su naturaleza misma. ¿O acaso podría extraerse los minerales sin desarrollar labores de explotación en la mina? Definitivamente no. Esto es así porque “la función natural del mineral es ser extraído de la mina, y el destino de la mina es producir mineral. El mineral es algo, por naturaleza, destinado a ser separado de la mina. El mineral se obtiene, pues, conforme al destino económico de la cosa. La separación no altera la sustancia de la mina”<sup>14 15</sup>. Dicha actividad trae consigo, sin embargo, la obligación del explotador de manejar adecuadamente la extracción de los minerales, respetando las reglas que impone la ley, con el fin salvaguardar los ámbitos social y geográfico donde aquella se lleva a cabo.

En cuanto a “la prohibición de modificar sustancialmente el bien usufructuado”, a que se refiere el art. 1009 de CC, nosotros nos decantamos por la concepción moderna de usufructo<sup>16</sup>. Es decir, si bien la extracción de

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. “Naturaleza jurídica de los minerales ¿Tienen o no la condición de frutos?”, Anuario de Derecho Civil, Tomo VII, Fascículo II, INEJ, Madrid, 1954, p. 374.

<sup>15</sup> En este sentido se ha dicho que la mina es una cosa especial y compleja cuyo destino normal y corriente, tanto en el orden jurídico como en el económico, es la producción de mineral, siguiendo los principios técnicos preestablecidos consagrados en cada época, y lo que se obtiene o extrae de esta manera constituyen frutos industriales de la mina. Ver: MARTIN-RETORTILLO, Cirilo. “Los frutos de las minas”, Anuario de Derecho Civil, Tomo V, Fascículo III, INEJ, Madrid, 1952, p. 1037. Debemos precisar que según el Código civil peruano, los minerales tienen la condición de productos conforme lo establece el art. 894: “Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien”; por el contrario “son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia” (art. 890)

<sup>16</sup> Se dice que el concepto tradicional o clásico de usufructo que data del derecho romano, implica que la cosa ajena debe devolverse en el mismo estado en que fue recibido, sin más deterioro que su uso y disfrute ordinario. Por tal motivo, las minas no podrían ser objeto de usufructo porque no cumpliría con este requisito esencial. Se desnaturalizaría. Por el contrario, se dice, por ejemplo, que el nuevo Código civil italiano se separa de la clásica fórmula romana y, siendo una orientación moderna, pone como límite del derecho de goce de la cosa por el usufructuario, no la obligación de conservar la cosa, sino la de respetar el *destino económico* de aquella. Así, conforme a su art. 981, el usufructo atribuye al titular el derecho de goce de la cosa, pudiendo obtener de ella toda posible utilidad, pero dentro de los límites de la regulación legal y, sobre todo, el de respetar el destino económico. La doctrina entiende por destino económico aquel que el objeto tenga, por su *propia naturaleza* o por *acto de*

minerales implica una alteración de la concesión minera, en el sentido de consumir la parte sustancial de ella y no ser posible su renovación, ello constituye su desgaste ordinario, natural, acostumbrado, propio de la naturaleza de la mina, siendo este su destino económico<sup>17</sup>, pudiendo obtener de ella la máxima utilidad o provecho posible que es la finalidad de todo concesionario, pero dentro de los límites que la ley prevé. En ningún caso podría aceptarse una concesión inerte, inactiva para el trabajo, abandonada. Más aun cuando el Estado obliga al concesionario –con miras a un interés general– trabajar las concesiones mineras efectuando inversiones mínimas para la producción de sustancias minerales (arts. IV y 38 de la LGM), bajo pena de pagarse una penalidad por su incumplimiento.

Esta es una postura amplia y más conforme con el sentido del art. 1008 del CC, admitiendo la posibilidad del usufructo sobre los yacimientos mineros. En todo caso debe interpretarse como una hipótesis de excepción que no desnaturaliza la figura del usufructo, pues –como afirma Jordano Barea, citado por Castan<sup>18</sup>– lo característico de este derecho real no es el deber de conservar, sino el derecho a disfrutar los bienes ajenos (en este caso aprovechar los minerales). Agrega el citado autor que “el *salva rerum substantia* [conservar la cosa usufructuada<sup>19</sup>] ya no constituye, como lo era en el derecho romano, una condición o límite objetivo del usufructo, sino una condición subjetiva, una simple obligación que como tal, tiene carácter accesorio y no de esencia para el usufructo”<sup>20</sup>. Es, por tanto, admisible el usufructo sobre aquellos bienes cuyo aprovechamiento implica su consumo progresivo, como es el caso de las minas.

En concreto, el derecho a explotar una concesión minera (derecho real de naturaleza administrativa<sup>21</sup>) constituye un derecho real especial (*sui generis*) de goce (como el propietario mismo) y de naturaleza administrativa<sup>22</sup>, pues permite

---

*voluntad*, en el patrimonio del propietario. Ver: CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas*, vol. II, 12ma. edición, Reus, Madrid 1978, p. 19.

<sup>17</sup> Destino económico “es la función que la cosa desempeña conforme a su peculiar naturaleza, aquello para lo que la cosa sirve, para lo que es comúnmente utilizada”, así: DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 365.

<sup>18</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 26.

<sup>19</sup> PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 395.

<sup>20</sup> La doctrina española dice que el vocablo romano característico del usufructo: “*salva rerum substantia*” (conservar la sustancia) debía significar más bien: “no alterar el destino económico del objeto”, la cual es una interpretación de la más destacada doctrina científica moderna y ha sido recogida, incluso, en el Código civil italiano, cuyo art. 981 señala que “*el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa, pero debe respetar su destino económico*”. Y esa también parece ser la línea del Código español cuando en su art. 467 refiere que “*el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación conservar su forma y sustancia*”, y las que establecen la mayoría de las legislaciones extranjeras. Cfr.: PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, pp. 395-396.

<sup>21</sup> La concesión minera es un derecho real de naturaleza administrativa por cuanto constituye un derecho subjetivo (derecho exclusivo de aprovechamiento de recursos minerales), es de carácter real (recae sobre una cosa: recursos minerales), tiene por objeto un bien de dominio público (las minas) y nace de una concesión administrativa (título). Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero: Estudio Dogmático – Histórico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 328-330.

<sup>22</sup> Sobre el particular la doctrina afirma que cuando se otorga una concesión minera o sea el derecho a explorar-explotar, se otorga un derecho real. Son derechos reales administrativos en virtud de lo prescrito por el art. 66 de la Constitución y el art. 10 de la LGM. Se dice que lo particular del derecho real administrativo y diferencia con el derecho real civil, es que aquel se halla disciplinado por un

al titular del derecho, en este caso el operador minero, la explotación directa e inmediata de la totalidad o parte de un bien ajeno, como es la concesión minera. Por consiguiente, el contrato de explotación minera constituye una limitación al derecho de dominio del concesionario y, en consecuencia, una carga que pesa sobre la concesión minera<sup>23</sup>.

## 5. CONTENIDO

De acuerdo a la naturaleza expuesta, podemos señalar los aspectos en que se concreta el contenido del derecho de explotación minera<sup>24</sup>.

### 5.1. Se obtiene la posesión

La posesión<sup>25</sup> es consustancial al derecho de uso y goce del bien<sup>26</sup>. Por ello, es indispensable que el titular minero transmita el derecho de uso de la concesión minera, es decir la posesión, en favor del operador minero, pues sin esta no sería posible usar (explotar) aquella. Constituye, de ese modo, la posesión –que debe ser directa e inmediata– presupuesto para disfrutar y gozar la mina o una parte, y con ello explotar los minerales yacientes. Desde luego, el titular, que es despojado del uso y goce del área otorgada en explotación, conserva el derecho de disponer la concesión. Por otro lado, la posesión, en nuestro país, no es causa de adquisición por prescripción de la concesión minera, que por tener la condición de bien público es imprescriptible.

### 5.2. Goce y disfrute amplio

El propósito económico de la explotación minera es que el operador minero obtenga todos los provechos o utilidades que rinde la concesión, por ello se le concede el disfrute y goce en sentido amplio o general de todos los recursos minerales extraídos de la misma, desarrollando y ejecutando a su discreción

---

régimen jurídico especial, esencialmente de derecho administrativo, cuyas características son distintas a las que exhibe el derecho real civil. La concesión minera es un derecho real administrativo porque sus atributos los fija la ley minera y no la ley civil. Cfr. GARCIA MONTUFAR y FRANCISCOVIK INGUNZA. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>23</sup> El Tribunal Registral ha señalado, por el contrario, que el contrato de explotación no constituye un gravamen, sino es un contrato *sui generis* por el cual el titular del derecho minero tan solo autoriza el desarrollo de la actividad minera en su concesión, no se trata entonces de un acto en que el titular cede su concesión minera o lo transfiere, sino que tan solo reconoce y aprueba el ejercicio de la actividad minera realizada por un tercero en el área de su concesión (cfr. las resoluciones n.ºs 662-2015-SUNARP-TR-A del 1.10.2015; 1182-2012-SUNARP-TR-L de 15.8.2012; 368-2014-SUNARP-TR-A del 18.7.2014; entre otras). Desde luego no compartimos ese extremo jurisprudencial, puesto que para nosotros el contrato de explotación minera sí constituye un gravamen (o carga), asimilable al usufructo, como lo hemos expuesto largamente en el texto principal. Coincidimos, más bien, en el hecho que el contrato de explotación no constituye una cesión o transferencia de la concesión minera.

<sup>24</sup> En esta parte utilizaremos el criterio expuesto por González Barrón para desarrollar el contenido del usufructo, pero adaptado al contrato de explotación minera. Cfr. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Op. cit.*, p. 1766-1768.

<sup>25</sup> Art. 896 del CC: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Los poderes inherentes a la propiedad se hallan enumerados en el art. 923 del mismo Código, los cuales son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien.

<sup>26</sup> La “posesión es presupuesto indeclinable para disfrutar una cosa”: PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 400.

(salvo las obligaciones que por ley debe cumplir) las actividades que permita tal aprovechamiento. No debe, pues, limitarse a conservar la sustancia sino, por el contrario, a explotar la mina en la forma normal y acostumbrada respetando su destino económico, salvo que por pacto se limiten ciertos derechos, como sería el caso, por ejemplo, de extraer solo determinados minerales. En todo caso, aun cuando la explotación se desarrolle de acuerdo con las reglas, métodos y técnicas que los cánones de la industria minera prevé, los límites a esta actividad minera viene impuesta por la ley, en razón que es una actividad que debe ejecutarse de manera sostenible dentro de un marco de interés social, en la medida que los recursos minerales son propiedad de la Nación.

En el caso concreto de la explotación minera artesanal el uso y goce se manifiesta, además, en que los productos minerales extraídos del área explotada sirven como medio de sustento de quienes lo ejercen (pequeños y artesanales mineros) y de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas a las áreas de explotación.

### **5.3. Disfrute de la concesión y partes**

La concesión minera como derecho real de naturaleza administrativa está constituida por sus partes integrantes que son todas las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, y accesorias que son todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. Todos estos atributos otorgados por el Estado al concesionario (titular) en virtud del título de concesión, son transmitidos íntegramente al operador para que ejerza ampliamente su derecho de explotación. Por tal motivo, este tiene derecho a usar las bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, tolvas, etc. (partes integrantes), así como los rieles, carros mineros, winches, herramientas, maquinarias, etc. (partes accesorias), salvo que se haya pactado su reserva. Asimismo tiene derecho a utilizar, inclusive a solicitar, servidumbres, derechos de aguas y otros derechos colaterales que estén afectados a favor de la concesión minera, los cuales son de capital importancia para el desarrollo de la actividad minera.

### **5.4. Percepción de los productos (minerales)**

Los productos, según hemos visto, son los provechos no renovables que se extraen de un bien. En tal sentido, el operador por virtud del contrato de explotación está facultado para obtener todos los provechos y utilidades de la concesión minera o de una parte, que no son otra cosa que las sustancias minerales encontradas. Respecto de ellas tiene el derecho de extraerlos y la expectativa de convertirse en propietario una vez extraídos (esto es así porque es práctica común que un porcentaje de los minerales extraídos pasen a propiedad del titular en calidad de contraprestación). Luego podrá beneficiarlos (purificar, fundir y refinar) a fin de poder comercializarlos libremente.

### **5.5. Conservación de la forma y modificación de la sustancia**

Como se ha expuesto, es válido admitir que la explotación de las concesiones

mineras se efectúe a título de usufructo. Por este derecho el explotador está obligado a conservar la forma y sustancia del bien. Se dice en la doctrina que la “*forma*” equivale al “*destino económico*” del bien, mientras que la “*sustancia*” alude a su “*valor*” (tanto en su potencial permanente como en su rendimiento normal)<sup>27</sup>. En el caso concreto de las minas, su goce amplio implica la extracción de los minerales de acuerdo con su destino económico, esto es, en la forma normal y acostumbrada para estos bienes, que es la finalidad de todo concesionario y del Estado en sí que obliga a su trabajo.

Y en el caso concreto de conservar la sustancia, este aspecto está profundamente vinculado a la naturaleza de los bienes, que en el caso de concesiones mineras no implica que debe exigirse su inalterabilidad sino que el aprovechamiento ordinario consiste en consumir progresivamente los minerales que en ella yacen. Y dicha extracción no altera su sustancia. La mina seguirá siendo mina aún con la disminución progresiva de aquellos.

## 6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Por la fuerza vinculatoria de todo contrato las partes incurren en derechos y obligaciones, en cuanto se hayan expresado en ellos, conforme al principio de *pacta sunt servanda* que recoge el art. 1361 del CC.

Adicionalmente, dado el carácter de interés público de la industria minera conforme al art. VI de la LGM, todo derecho sobre concesiones mineras trae consigo por mandato de la ley la asunción al titular minero de un cúmulo de facultades para ejercitar sus derechos, así como la imposición de obligaciones que debe cumplir al momento de ejercer su actividad minera. Dichas facultades y obligaciones serán asumidas por el operador minero si la ley así lo contempla.

El *derecho* fundamental del titular minero es percibir la contraprestación pactada (que, como se ha dicho, puede tener varias modalidades); luego, tiene derecho a que se le devuelva su concesión minera o parte al término del contrato, a disponer de ella, acceder a las labores de explotación, entre otros. Y dentro de los *derechos conferidos por ley* al titular se encuentran los enumerados en el art. 37 de la LGM, entre los que destacan el uso minero gratuito de terrenos eriazos en la concesión y fuera de ella, a solicitar derechos de servidumbres, usar aguas subterráneas y superficiales, expropiar inmuebles, etc.

Y dentro de las *obligaciones contractuales* del titular se encuentran, principalmente, otorgar el uso y disfrute de su concesión minera al operador y denunciar ante las autoridades competentes el daño causado al medio ambiente por el operador; y en cuanto a sus *obligaciones legales* son pagar las regalías, el canon y los derechos de vigencia y/o penalidad.

En cuanto a los *derechos* más importantes del operador son explotar la concesión por su cuenta y riesgo, bajo los términos del contrato y las normas legales aplicables, así como hacerse propietario de los minerales que se extraiga.

---

<sup>27</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 22

También tendrá la facultad de ejercer los derechos contemplados en el art. 37 de la LGM, en la medida que las condiciones legales lo permitan.

Sobre las *obligaciones contractuales* del operador se pueden mencionar: pagar la contraprestación pactada, iniciar la explotación a partir de la fecha pactada y dentro del área concedida, devolver el área de explotación al término del contrato, no subcontratar su derecho de explotación, no deteriorar las labores mineras ni destruir los bienes muebles de propiedad del concesionario, efectuar las reparaciones ordinarias a la mina, etc.

Finalmente, dentro de sus *obligaciones legales* tenemos: ejecutar las labores propias de la explotación, de acuerdo con sistemas, métodos y técnicas que tiendan al mejor desarrollo de la actividad; si tiene la condición de productor minero artesanal, tener una producción no inferior a US\$ 50.00 y por hectárea otorgada; evitar dañar a terceros; indemnizar por cualquier perjuicio que les cause; asumir sus responsabilidades ambientales y de seguridad y salud en el trabajo; facilitar, en cualquier tiempo, el libre acceso al titular y a la autoridad minera para la fiscalización de las obligaciones que le corresponda; presentar su declaración de impacto ambiental para iniciar sus actividades mineras y, en general, obtener los permisos administrativos correspondientes.

## 7. CARACTERÍSTICAS

Entre las principales características del contrato de explotación minera se encuentran:

### 7.1. Facultad exclusiva del titular minero

Es el titular minero el que autoriza el desarrollo de explotación de minerales en todo o parte de su concesión. En caso el contrato de explotación se celebre en virtud de un contrato de cesión, la condición de titular recaerá en el cesionario, requiriéndose en este supuesto autorización, previa o simultánea, del concesionario. Esta facultad también le permite otorgar varios contratos de explotación sobre diferentes áreas no superpuestas de su concesión minera.

### 7.2. Contrato sui generis

No se trata de un acto de disposición, de administración, de trabajo o civil<sup>28</sup> sino de una autorización para extraer minerales que se otorga a título de usufructo. Es decir, es un contrato especial, *sui generis*, pues a través de él se otorga un derecho real especial de goce y de naturaleza administrativa.

### 7.3. Derecho exclusivo a explotar

El operador solo adquiere el derecho a explotar la mina y extraer los minerales. No se otorga por este contrato los derechos de exploración, beneficio, transporte

---

<sup>28</sup>Así lo afirma erróneamente un autor: CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. "La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera". En: Revista de Derecho Administrativo, N° 15, 2015, p. 279.

ni comercialización de minerales. Tampoco tiene la facultad de disponer de la concesión minera, aunque sí de transferir su derecho a explotar la misma, con anuencia del titular.

#### **7.4. Se rige por los principios y reglas generales establecidas en la LGM**

Este contrato no se encuentra regulado en la LGM, sin embargo ello no implica que sus principios básicos y disposiciones generales no le sean aplicables, pues toda actividad que implique el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo, está regulada por dicha ley y su reglamento. Así mismo, se regula supletoriamente por las disposiciones del Derecho común.

En el caso del contrato de explotación minera artesanal se rige por la Ley 27651 y su reglamento.

#### **7.5. Limitaciones para la minería artesanal**

Existen dos supuestos contemplados en el art. 24 del DS 013-2002-EM en los cuales se prohíbe la celebración de un contrato de explotación: (i) en caso de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver; y (ii) cuando se trate de derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales.

#### **7.6. Medio alternativo para ser productor minero artesanal**

La celebración de un contrato de explotación minera artesanal constituye requisito alternativo para el sujeto de formalización de obtener la constancia que lo califique como productor minero artesanal, según lo previsto en el art. 91 de la LGM, lo que permitirá obtener ciertos beneficios tales como el pago de un monto menor por derecho de vigencia y por penalidades, montos menores de inversión y producción, entre otros.

#### **7.7. Responsabilidad ambiental**

Con la Ley 27651 las partes que suscribían un contrato de explotación minera respondían solidariamente por los daños causados al ambiente. Esta obligación quedó derogada por el art. 6° del D. Leg. 1105, según el cual el titular queda liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo, las cuales son asumidas únicamente por el operador.

#### **7.8. Limitaciones al dominio**

Constituye el contrato de explotación minera una restricción convencional al derecho dominial del titular de la concesión minera, concretamente sobre los atributos de uso y disfrute. Esta restricción se inscribe como carga en la partida registral de la concesión minera, a fin que surta efecto frente a terceros.

Otras características de este contrato, que a continuación enumeraremos, tiene

como base la metodología de clasificación sobre los contratos expuesto por Arias-Schreiber Pezet<sup>29</sup>, la cual es muy didáctica para los fines de conocer mejor los alcances y naturaleza de esta figura contractual minera.

### **7.9. Por su estructura es un contrato típico**

Al tratarse de un contrato minero, se encuentra regulado por las disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por las del CC; además por la Ley 27651 y su reglamento, en el caso específico del contrato de explotación minera artesanal.

### **7.10. Por su identificación es un contrato nominado**

Tiene el *nomen iuris* de “*Contrato o Acuerdo de Explotación Minera*”, que lo hace plenamente identificable frente a las otras figuras contractuales mineras, civiles o comerciales.

### **7.11. Por su forma es un contrato consensual**

Es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, en tanto se perfecciona por el solo consentimiento del titular y operador, no requiriéndose alguna formalidad para su validez y existencia, pues no es sancionado con nulidad; salvo para oponerlo a los terceros y el Estado, en cuyo caso debe inscribirse en el Registro.

### **7.12. Por su complejidad es un contrato complejo**

Su celebración no origina una relación jurídica simple entre el titular y el operador (v. gr., compraventa), sino más bien compleja, puesto que da lugar a diversas formas obligacionales, no solo entre las partes contratantes (v. gr. la contraprestación), sino para con el Estado, a quien se le debe pagar una retribución económica (regalías, canon y derecho de vigencia) por el aprovechamiento de los recursos minerales, incluso con la comunidad en tanto su explotación no puede ser separada del interés nacional. También es complejo por la eventualidad de que sea el cesionario quien otorgue el contrato de explotación, en donde se aplican normas relativas al contrato de cesión y de explotación minera, respectivamente.

### **7.13. Por su autonomía es un contrato principal**

Es un contrato que goza de plena autonomía en su existencia, tiene vida propia, pues no está subordinado ni depende de otras figuras contractuales de naturaleza minera, común o comercial. Es decir, ni tiene la condición de accesorio como la hipoteca minera, ni de preparatorio como el contrato de opción minera.

### **7.14. Por el área que cubre es un contrato especial**

---

<sup>29</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002, pp. 39-62.

Porque se encuentra dentro de los denominados contratos especiales disciplinado por una normativa concreta como es la LGM, Ley 27651 y sus reglamentos. Es un contrato que “presenta características propias y limitadas” al ámbito de la minería. No es, pues, un contrato de naturaleza civil porque no está sujeto a las normas del CC ni tiene las características de un contrato comercial regido por el Código de Comercio.

#### **7.15. Por la prestación es un contrato recíproco**

Existe una reciprocidad de prestaciones en donde cada parte es “una respecto de la otra y recíprocamente, deudor y acreedor”. Así, el titular se obliga a entregar todo o parte de su concesión minera. Esta es su prestación. Por su parte, el operador se compromete a pagar una contraprestación por dicha entrega que puede ser monetaria o un porcentaje del mineral extraído. Esta sería su prestación.

#### **7.16. Por su función es un contrato constitutivo**

Desde el momento de la celebración del contrato de explotación minera se crea una relación jurídica determinada entre las partes contratantes, es el caso de la obligación de ejecutar las prestaciones que corresponde asumir tanto al titular como al operador. No estamos, por ende, ante un contrato modificativo, regulatorio o extintivo.

#### **7.17. Por su valoración es un contrato oneroso**

En este contrato el titular cede temporalmente la posesión, es decir, el uso y disfrute de su concesión minera, que constituye un sacrificio, pero a la vez recibe una compensación que constituye una ventaja. El operador, por su parte, se beneficia con el uso y disfrute (extracción de minerales) de la concesión, pero lo hace contra el pago de la compensación, la cual representa su sacrificio. En concreto, “existe para cada una de las partes un sacrificio y una ventaja”.

#### **7.18. Por el rol que desempeñan es un contrato de goce**

Este contrato supone la cesión del uso y disfrute de la concesión minera o parte a favor del operador, con la obligación de devolver a su término al titular en el estado en que se encuentre, sin responder por el consumo de los minerales.

#### **7.19. Por el riesgo es un contrato conmutativo**

Por cuanto el titular y el operador, al momento en que se celebra el contrato de explotación, “son conscientes de un hecho cierto y concreto, pues estiman anticipadamente el sacrificio y la ventaja que pueden correlativamente lograr”. El titular “sabe anticipadamente que temporalmente no disfrutará de la posesión, uso y disfrute” de su concesión minera que cede, pero en compensación recibirá la contraprestación pactada. El operador, “a su vez, tiene plena conciencia de que por un tiempo usará y disfrutará” la concesión que recibe, pero eso sí, a cambio del pago de la compensación. Debemos acotar que, si bien los minerales

y su valor económico que se ubiquen en la concesión pueden ser difícilmente determinados, esta incertidumbre es subsanada por los adelantos tecnológicos que hoy en día se tiene.

### **7.20. Por el tiempo es un contrato de ejecución continuada**

Este contrato no se agota en el mismo acto en que las partes ejecutan sus prestaciones sino que “las obligaciones que corresponden a ellas se realizan a través del tiempo”, por la naturaleza misma de la actividad minera que necesita de un conjunto de operaciones (trabajos y obras) sucesivas necesarias para hacer posible la extracción de los minerales, v gr. la preparación del túnel, de las galerías y los pozos, el armado de los rieles o winches, la puesta en operación de los carros para transportar el mineral hacia la superficie, el acto mismo de extraer el mineral de la veta, entre otros, todos los cuales se ejecutan en un orden de tiempo.

### **7.21. Por la manera como se forma es un contrato de negociación previa**

No estamos frente a un contrato cuyas cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas y diseñadas por una de las partes contratantes para que la otra solo pueda aceptarlas o rechazarlas, sino que el contrato de explotación minera es aquel que exige un proceso de tratativas y negociaciones previas para su celebración, principalmente para acordar las condiciones de la extracción, el área a explotar, el plazo y la contraprestación a abonar.

Existe el caso en el proceso de formalización minera, en el cual el titular (generalmente una empresa de la mediana o gran minería) otorga múltiples contratos de explotación a cada sujeto interesado en formalizarse sobre una pequeña área de su concesión. Si bien dichos contratos se otorgan a todos ellos bajo las mismas condiciones, no implica que aquellos hayan sido redactados unilateralmente por el titular, al cual cada operador simplemente tenga que adherirse, sino que existe una fase previa donde se da una serie de tratativas con cada uno de los interesados (generalmente pertenecen a una determinada comunidad campesina) o en conjunto, que es lo más usual.

Podemos, asimismo, señalar dos características adicionales:

### **7.22. Fin lucrativo**

Las partes, titular y operador, contratan con la finalidad de obtener un *quántum* o retribución económica, como consecuencia del desarrollo y ejecución de la explotación de minerales. Para el primero la compensación que le paga el operador, y para este último por la venta o beneficio directo de los minerales extraídos.

### **7.23. Carácter específico o ad-hoc**

Es un contrato que se celebra para un acto único, específico, ad-hoc, es decir, el objeto de este contrato tiene como propósito únicamente la explotación de

minerales.

## **8. EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y FIGURAS AFINES**

En esta parte abordaremos la relación que tiene el contrato materia de estudio con las figuras legales del usufructo, el arrendamiento y la cesión minera, con quienes tiene muchas semejanzas y a su vez marcadas diferencias.

### **8.1. El contrato de explotación minera y el usufructo**

La doctrina moderna, a la cual nos hemos acogido, acepta la tesis permisiva de que es posible explotar las minas bajo el título de usufructo, pues tanto el usufructuario como el operador minero tienen derecho a usar y disfrutar el bien. No obstante ello, por nuestra parte consideramos que existen manifiestas diferencias y similitudes, las cuales se resumen en las siguientes:

#### **a) Diferencias:**

- El contrato de explotación minera nace siempre por virtud de un negocio jurídico; el usufructo puede surgir también por mandato de la ley, por acto jurídico unilateral y por testamento (art. 1000 del CC).
- El usufructo recae tanto en bienes muebles como inmuebles; mas, el contrato de explotación minera afecta únicamente a estos últimos, como son las concesiones mineras.
- En el contrato de explotación se suele pactar como compensación a favor del titular un porcentaje del mineral extraído o un pago monetario producto de la liquidación final del mineral beneficiado, en tal caso, aquél tiene la facultad de exigir al operador de extraer determinada cantidad de minerales en cierto tiempo, pues ello trae consigo un beneficio económico directo a su favor; por su parte, en el usufructo el nudo propietario no tiene la obligación de hacer gozar al usufructuario de la cosa dada en usufructo, sino solamente permitirle plenamente su uso y goce.
- El contrato de explotación minera es por su naturaleza un acto oneroso que importa un sacrificio para cada una de las partes; por el contrario, el usufructo es generalmente gratuito, pero también puede no serlo.
- El usufructo es por su naturaleza un derecho temporal al que la ley fija plazos máximos, pero por lo general se extingue con la muerte del usufructuario (vitalicio) o al vencimiento del plazo por el que se constituyó, pero nunca es indefinido o perpetuo; el contrato de explotación no tiene un plazo fijo impuesto por ley, pero por su naturaleza también es temporal, aunque no obsta para que se pacte de forma indefinida hasta que los minerales existentes en el área de explotación se extingan completamente, tampoco se extingue con la

muerte del operador, pues el derecho a explotar es transmisible *mortis causa*.

- El usufructo es un derecho personal, pues se extingue siempre con la muerte del usufructuario; mientras que el contrato de explotación no tiene el carácter de personal sino es un contrato susceptible de ser transmisible por herencia, y como tal los herederos del operador pueden continuar operando la mina. En este último caso cuando se trata de minero artesanal, para seguir gozando los herederos de los beneficios que otorga este régimen deben acreditarse como tal ante la autoridad minera, caso contrario se sujetarán al régimen común.
- El usufructuario está obligado a pagar las cargas usufructuarias (tributos, rentas, pensiones); en cambio el operador no tiene la obligación de pagar cualquier carga que pesa sobre la concesión (v. gr. derechos de vigencia y/o penalidad), salvo pacto en contrario.

**b) Similitudes:**

- La similitud más destacable es que en ambos contratos se otorga el uso y disfrute en la forma normal y acostumbrada de acuerdo a la naturaleza del bien. En el caso de la explotación minera al operador le estará permitido el desgaste progresivo de la concesión, que es su desgaste natural y ordinario, conforme a su destino económico, no respondiendo por aquello; en el usufructo el usufructuario tampoco responde del desgaste por el disfrute ordinario (art. 1012 del CC). En ambos casos existe la obligación de conservar la forma y sustancia del bien, es decir explotarlo de acuerdo con su destino económico. En el caso de usufructo sobre minas, el uso normal y acostumbrado será consumir el bien obteniendo el máximo provecho posible.
- En ambos contratos necesariamente coexisten dos derechos: el del nudo propietario y el del usufructuario, en caso del usufructo; y del titular y el del operador, en la explotación minera.
- Ambos derechos no se pueden adquirir por prescripción. En el usufructo porque el CC actual ya no regula esta modalidad de adquisición (como sí lo hacía el Código de 1936). En el contrato de explotación, de acuerdo a mandato constitucional (art. 173) y la LGM (art. II) los recursos minerales son imprescriptibles.
- Ambos derechos pueden ser transferidos, salvo cuando se hubiere prohibido expresamente.
- Se trata de derechos constituidos sobre bienes ajenos.
- Ambos son restricciones convencionales al derecho de propiedad y como tales susceptibles de inscripción en el Registro.

- Son estrictamente derechos temporales, limitados en el tiempo.
- Tanto el operador como el usufructuario tienen la obligación de defender el bien contra las usurpaciones de los terceros, mediante accesiones posesorias.

## **8.2. El contrato de explotación minera y el arrendamiento**

### **a) Diferencias:**

- El contrato de explotación se rige por las reglas especiales de la legislación minera y supletoriamente por las reglas generales del Derecho común, es decir, por las reglas generales de los contratos contenidas en la Sección Primera del Libro VII del CC; mientras que el contrato de arrendamiento se rige por las reglas especiales relativas a los contratos nominados contenidas en la Sección Segunda de dicho Libro, en la que se encuentra regulado dicho contrato.
- El contrato de explotación no constituye una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el operador no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario; circunstancia que sí constituye obligación de arrendador, conforme lo establece el art. 168, inciso 10, del CC.
- En el contrato de arrendamiento se otorga el uso del bien; en el contrato de explotación el uso y disfrute de la concesión minera o una parte de ella.
- El arrendamiento es un derecho personal; en cambio la explotación minera es un derecho real de naturaleza administrativa.
- El plazo de duración del arrendamiento no puede exceder de 10 años; mientras que el contrato de explotación pueden ser de plazo menor o superar ese límite, pues la ley no fija un plazo determinado, incluso puede ser indeterminado.
- El arrendamiento recae tanto en bienes muebles como inmuebles; en cambio el contrato de explotación minera únicamente afecta a estos últimos.
- El arrendatario puede subarrendar el bien, con asentimiento escrito del arrendador (art. 1692 del CC); en cambio, el operador que está explotando una concesión o una parte de ella no podrá subcontratar a su vez con terceros sobre dicha concesión o parte de ella (art. 170 de la LGM, de aplicación supletoria).

### **b) Similitudes:**

- Ambos derechos pueden ser transferidos a un tercero, que se regirá por las reglas de la cesión de posición contractual.
- Existe en ambos contratos la obligación del locatario y titular de garantizar el uso y goce del bien al arrendatario y operador, respectivamente. En el caso de la explotación minera con mayor énfasis puesto que la extracción de minerales conlleva un beneficio directo al titular, cuando se pacta como contraprestación un porcentaje de los minerales extraídos o su valor.
- Ambos contratos nacen por negocio jurídico.
- El derecho que pesa sobre ambos contratos son transmisibles por herencia.
- Por su naturaleza, ambos contratos son onerosos.
- Ambos contratos son inscribibles.

### 8.3. El contrato de explotación minera y la cesión minera

#### a) Diferencias:

- El contrato de cesión minera está regulado expresamente en los arts. 166 al 171 de la LGM y 135 y 136 de su reglamento, rigiéndose además por los principios y consideraciones generales de dicha Ley; por su parte, el contrato de explotación minera artesanal se rige por la Ley 27651 y el DS 013-2002-EM, pero también por los mismos principios y consideraciones generales de la LGM.
- Las partes intervinientes en el contrato de explotación son el titular minero y operador minero; en la cesión minera, el cedente (titular de la concesión) y el cesionario.
- En la cesión minera, el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente, es decir se comporta como si fuera el titular de la concesión; existe un desprendimiento de este último en su derecho. En el contrato de explotación el operador tan solo adquiere el derecho a extraer minerales, no habiendo una sustitución de los demás derechos y obligaciones. Aquel es más amplio que este.
- En virtud de lo anterior, en la cesión se adquieren los derechos de explorar y explotar la concesión minera; mientras que en el contrato de explotación solo esta última actividad.
- La cesión se otorga siempre sobre la totalidad de la concesión minera; en cambio, la explotación puede otorgarse también sobre una parte de la misma, lo que posibilita la celebración de varios contratos de exploración, pero en diferentes áreas bien delimitadas y no superpuestas.

- En virtud de la cesión, el cesionario generalmente está obligado a pagar los derechos de vigencia y/o penalidad de la concesión cedida; en cambio en la explotación minera, esta obligación siempre recae sobre el titular.
- La cesión puede ser otorgada por cualquier persona titular de la concesión; en la explotación no en todos los casos, pues un minero artesanal, titular de la concesión, no puede celebrar contratos de explotación sobre ella.
- Conforme al art. 171 de la LGM, el contrato de cesión minera se resuelve por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Título Sexto, Capítulo I de dicha Ley: trabajar y hacer producir la concesión minera, pagar del derecho de vigencia y/o penalidad, cumplir con la normatividad legal minera vigente y los estándares mineros y ambientales, tener los permisos propios para realizar actividad minera; además de aquellas causas que se hubiesen pactado en el contrato. El contrato de explotación, por su lado, se resuelve generalmente por causales expresamente pactadas por las partes en el contrato y por el incumplimiento de las normas ambientales por parte del operador, según lo estipula el art. 19 de la Ley 27651.
- En cuanto a los requisitos para su inscripción, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros ha fijado que el contrato de cesión minera (art. 32), cuando menos debe contener la siguiente información: a) la cesión que el titular hace de su derecho minero, como cedente, al cesionario; b) la sustitución del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente; c) la compensación que abonará el cesionario al cedente; d) el plazo de la cesión. Mientras que los contratos de explotación (art. 34) a que se refiere la Ley 27651, cuando menos, debe tener la siguiente información: a) en caso que el acuerdo o contrato sea sobre parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias de ser el caso; y, b) la contraprestación pactada.

**b) Semejanzas:**

- Ambos son contratos mineros que se rigen por los principios y disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por el Derecho común.
- Ambos contratos podrán ser transferidos en su totalidad a un tercero, con el consentimiento expreso del titular o cedente, según el caso, en cuyo caso se registrarán por la reglas de la cesión de posición contractual.
- Tanto el cesionario como el operador que estén operando una concesión o una parte de ella, según el caso, no podrán a su vez celebrar con terceros contratos de cesión minera o de explotación sobre dicha

concesión o la parte. Es decir, están prohibidos de subcontratar (169 de la LGM).

- Por su naturaleza ambos contratos tienen un plazo de duración determinado, aunque la ley no regula un plazo fijo, por lo que podrían ser de duración indeterminada; lo cierto es que no les serán aplicables los plazos máximos legales del arrendamiento y del usufructo.
- En ambos contratos se otorgan los derechos de usar y disfrutar la concesión minera, y se inscriben como cargas en su partida registral correspondiente.
- Ambos contratos pueden coexistir, pero también pueden ser incompatibles. En el primer caso cuando el titular de la concesión celebra contrato de cesión minera con el cesionario, y este, a su vez, con el operador, con consentimiento de aquel y dentro del plazo de la cesión, lo que es perfectamente válido. En el segundo caso, el titular de la concesión no podrá celebrar al mismo tiempo ambos contratos, puesto que en virtud de ellos se otorgan obligatoriamente el derecho de explotación de minerales.

## 9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Además de las causales que las partes pacten en virtud de su libertad contractual, el contrato de explotación minera puede extinguirse por:

### 9.1. Vencimiento del plazo

Constituye la forma más usual de extinguir la relación jurídica entre el titular y el operador. El contrato de explotación es por su naturaleza un acuerdo temporal o *ad tempus* con cuya expiración se extingue. No obstante, como hemos visto, existen causales que extinguen la concesión minera, siendo la más usual la caducidad por el no pago de los derechos de vigencia o penalidad, por lo que cualquiera fuese el plazo asignado a la duración del contrato, este se extingue por dichas causales, acaecidas antes de ese término.

### 9.2. No explotar la mina

Cuando el operador no inicia labores de explotación en el área autorizada a partir de la fecha pactada en el contrato (v. gr. desde su celebración, cuando se obtengan los permisos administrativos necesarios, a partir de cierto monto mínimo de inversión u otra modalidad), el contrato se resolverá automáticamente.

Esta absoluta falta de aprovechamiento de la concesión minera constituye una sanción para el operador que no explota el yacimiento, quien tiene la obligación de hacer producir la mina, pues las utilidades obtenidas por los minerales extraídos benefician al titular, cuando así se haya pactado; inclusive la producción de sustancias minerales es una obligación para con el Estado, caso

contrario se generaran penalidades anuales, y si continuase con el incumplimiento, se declarará la caducidad de la concesión, perjudicando al concesionario.

### **9.3. Transmitir el derecho sin autorización del titular**

La regla es que el operador no podrá transmitir íntegra o parcialmente su derecho de explotación, sin autorización previa o simultánea del titular. Si no mediare esta anuencia, el contrato se resolverá por dicha causa. El operador tampoco podrá enajenar la concesión minera dada en explotación, pues no cuenta con facultades de disposición, de hacerlo constituye no solo un abuso de derecho sino también un acto jurídico nulo. Solo podrá transmitir sus derechos de uso y goce, con permiso del titular.

### **9.4. Consolidación**

Otra de las formas de extinción del contrato de explotación es la consolidación, que opera de forma automática o *ipso iure*. Ocurre cuando en la misma persona se reúne las calidades de titular y operador. Una hipótesis es el caso de que este último adquiere la titularidad de la concesión minera objeto de explotación bajo cualquier modalidad contractual: transferencia, donación, dación en pago u otro acto jurídico *inter vivos*; incluso vía *mortis causa*, cuando el operador resulta heredero o legatario. La otra hipótesis contraria puede ser discutida o por lo menos difícil de suceder: la adquisición del derecho de explotación por el titular de la concesión, determinado la consolidación en este.

### **9.5. Por extinción de la concesión**

Esta es una causal de resolución propia de un contrato minero, por cuanto la vigencia de este se supedita a la vigencia de la concesión minera objeto del contrato y, por tanto, el derecho del concesionario.

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación (arts. 58 y ss. de la LGM). La hipótesis más común de extinción es la caducidad que se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia y/o de la penalidad durante dos años consecutivos; el abandono, por incumplimiento del interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación; la nulidad, por haber sido formuladas por persona inhábil, por ejemplo por el Presidente de la República; la renuncia, por la dejación voluntaria y expresa de la concesión, siendo suficiente la solicitud que presente el titular; y la cancelación, cuando existe superposición a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable. La consecuencia de la extinción es la reversión de la concesión al Estado como su detentador originario.

### **9.6. Por terminarse los minerales**

Siendo la finalidad del contrato la extracción de minerales, no tendría razón de ser mantenerlo vigente cuando se han extinguido todos los minerales que yacían en el área de explotación, lo que implica la pérdida absoluta del valor económico

de la misma.

También se puede dar el caso que el mineral vaya perdiendo su potencia o ley de tal modo que ya no pueda obtenerse los provechos que inicialmente se proyectaron, en tal caso también podría ser susceptible de resolución.

¿Puede la destrucción total de la concesión minera ser causal de resolución? Este es un supuesto que difícilmente vaya ocurrir, aunque no es improbable: puede darse el caso que los minerales se encuentren diseminados en las inmediaciones de la superficie, y precisamente la parte otorgada en explotación se destruya por causa de huaycos o deslizamiento de la tierra. Empero, consideramos que cuando se habla de destrucción del bien significa la desaparición total del valor económico de bien, en este caso de los minerales, que lo hace inapto para obtener provecho explotándolo.

### **9.7. Mutuo disenso**

Fundamentándose en el libre ejercicio de su autonomía privada (libertad contractual), el titular y operador pueden ponerle fin a la relación jurídica que los mantenía vinculados en virtud del contrato celebrado. Esta causal tiene como único requisito que todas las prestaciones a que estaban obligadas ambas partes no se hayan ejecutado completamente, caso contrario no podrá resolverse.

### **9.8. Incumplimiento del operador minero de las normas ambientales**

Esta constituye una causal especial para los casos de explotación minera artesanal regulada en el art. 19 de la Ley 27651. Debe ser comprobado por la autoridad minera competente. Sin perjuicio de ello, el titular queda obligado a denunciar al operador ante dicha autoridad por los daños causados al ambiente por la ejecución incorrecta de sus operaciones.

### **9.9. Resolución de pleno derecho y cláusula resolutoria expresa**

Siendo este un contrato con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1426 y 1428 del CC). Dicho requerimiento se hace mediante carta notarial para que se satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento de que, si no se cumple, el contrato quede resuelto de pleno derecho (art. 1429 del CC).

También puede convenirse expresamente que el contrato de explotación se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión; la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica (vía notarial) a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria (art. 1430 del CC). En caso no se haya pactado la cláusula resolutoria expresa no podrá resolverse por esta causa, debiendo recurrir a la vía judicial para demandar la resolución.

### **9.10. Por resolución judicial**

El titular puede recurrir al juez cuando advierta alguna infracción del operador a los acuerdos pactados en el contrato de explotación, a fin que regule el uso o explotación de la concesión minera. Por ejemplo, cuando el operador subcontrate su derecho de explotación, deteriore las labores mineras (bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, etc.) o destruya los bienes muebles de propiedad del concesionario (rieles, carros mineros, winches tolvas, etc.); no efectúe las reparaciones ordinarias a la mina; no explote la mina en la forma normal y acostumbrada de acuerdo a las reglas, técnicas y procedimientos de la industria minera; entre otras; en cuyos casos el juez puede declarar la extinción del contrato. Sin embargo, en la ocurrencia de estos supuestos, las partes previamente pueden llegar a un acuerdo, conciliación o transacción, inclusive valerse de la cláusula resolutoria expresa (si así se ha pactado), no siendo necesario recurrir a la vía judicial.

Existen otras causales de resolución del contrato que podrían pactarse por las partes; inclusive pueden generarse causales por las circunstancias de ejecución del mismo. Por ejemplo, ¿la transferencia por el concesionario de su concesión extinguirá el contrato? Consideramos que no, por cuanto es una facultad del que goza todo propietario, pero el adquirente tendrá que soportar la explotación por constituir una carga que afecta la concesión.

## **10. EFECTOS JURÍDICOS DE LA EXTINCIÓN**

La consecuencia lógica y primordial de la extinción del contrato de explotación minera es el restablecimiento del dominio al titular de toda la concesión o de la parte otorgada en explotación en el estado en que se encuentre, con todas sus partes integrantes y accesorias. En el caso de terminación de los minerales, aun cuando estos no existan, igualmente opera la devolución.

En el caso particular de la consolidación en favor del operador no hay restablecimiento del dominio al titular sino que este se queda en favor de aquél.

Debe exceptuarse el caso de extinción de la concesión que implica la pérdida de titularidad del concesionario y por consiguiente su reversión directamente al Estado.

Evidentemente, cuando una parte incumple determinada obligación a su cargo, la otra puede solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

## **11. IMPORTANCIA**

La importancia de la explotación de los yacimientos mineros debe ser vista desde dos perspectivas fundamentales: económica y social.

La función económica se concreta en la generación de riqueza no solo para quien explota directamente la mina (operador), convirtiéndose en propietario de los minerales extraídos, sino también para el titular (concesionario) a quien se le

compensa económicamente por el uso de su concesión minera. De igual manera resulta provechoso para el Estado a quien se le debe retribuir económicamente con el pago de regalías y canon por el aprovechamiento de los recursos minerales –de los cuales es titular dominial en representación de la Nación–, y por derechos de vigencia y/o penalidad por el mantenimiento de la concesión minera.

Con los recursos económicos obtenidos, el Estado puede hacer frente a las distintas obligaciones de carácter económico, social y ambiental dentro de la circunscripción territorial donde se lleva a cabo la explotación y a la comunidad en general. Recordemos que el aprovechamiento de los recursos minerales debe realizarse dentro de un marco de interés social y necesidad pública. Esta sería la función social de la explotación minera.

La función social de los recursos minerales ha sido advertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005, fundamento 29, en los siguientes términos:

*“(...) su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida por los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como expresión jurídica política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce”.*

El prestigioso autor chileno Alejandro Vergara Blanco también señala sobre el particular que “a través de la institución de la concesión, tanto los particulares como el Estado han encontrado un medio eficaz para contabilizar sus dos intereses propios: el interés del particular de adquirir un derecho de explotación, y satisfacer así su deseo de obtener ventajas personales; y el interés del Estado de satisfacer el interés público permitiendo y promoviendo la explotación de las riquezas minerales, sin menoscabo del interés común”<sup>30</sup>.

Para el caso de la minería artesanal también se manifiesta esa doble perspectiva, pues la celebración del contrato de explotación conlleva un beneficio económico no sólo a favor del operador y de sus familias, como medio de sustento, sino también para las poblaciones aledañas al área de explotación, que son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo. Desde luego su importancia también radica en que constituye un instrumento legal destinado a contribuir con el proceso de formalización minera.

En concreto, todo el proceso de la industria minera de la explotación se fundamenta en el interés económico del explotador. Este elemento, subjetivo, constituye la máxima expresión para aquel que, de mutuo propio o por medio de otro, ansía extraer minerales. Luego, siendo las materias primas depositadas en su fuente natural patrimonio de la Nación, mientras no sean extraídas por un

<sup>30</sup> Véase: VERGARA BLANCO, Alejandro. *Op. Cit.*, p. 259.

particular, implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, cuya salvaguarda corresponde al Estado como soberano pleno y total en su aprovechamiento; y es a partir de esta expresión de dominio<sup>31</sup> que se activa un interés social no solo para la localidad de donde se extrae el mineral sino para la sociedad en su conjunto.

El fundamento social trae consigo, a su vez, la atribución del Estado de controlar y fiscalizar que las actividades mineras extractivas se lleven a cabo respetando el medio donde se ejercen, así como de exigir a los particulares una contribución económica por el aprovechamiento de los recursos minerales. Aunque el interés social también lleva implícito un interés económico del Estado, dentro de su actividad empresarial, que se concreta en tener recursos para solventar sus obligaciones públicas.

Como puede apreciarse ambos intereses son indesligables, corren como dos caras de una misma moneda. La razón no es otra cosa que el interés social de la explotación de los recursos minerales.

## 12. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN

En virtud del art. 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, el acuerdo o contrato de explotación a que se refiere la Ley 27651, para su inscripción debe contener cuando menos la siguiente información:

- a) En caso que el contrato sea sobre parte del área del derecho minero, debe identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas U.T.M., además de otras referencias de ser el caso. El art. 21 del DS 013-2002-EM es más específico en este caso al señalar que de resultar insuficientes las coordenadas U.T.M. para delimitar la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal deberá indicarse, en calidad de límites, la cota superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.
- b) La contraprestación pactada.

Si bien son estos los requisitos mínimos que debe contener el contrato de explotación minera para su acceso al registro, no obsta que se incluyan los otros elementos que hemos señalado tales como el objeto del contrato, la finalidad, el plazo, obligaciones y derechos de las partes contratantes, cláusulas expresas de resolución, las condiciones de la explotación, la declaración que el titular de la concesión no tiene la condición de minero artesanal, entre otros que convengan en incluir las partes, los cuales van a configurar el contrato.

Además, en virtud de los arts. 104 y 163 de la LGM, y del principio de titulación auténtica que rige nuestro sistema registral, el contrato de explotación minera y

---

<sup>31</sup> Ello se sustenta en el sistema dominialista que nuestra legislación ha adoptado (art. 66 de la Constitución), según el cual los yacimientos mineros pertenecen a la Nación, y el Estado, como ente jurídico representativo de esta, los explota de manera soberana, sea por él mismo o por medio de particulares mediante el régimen de concesiones.

todos los actos y derechos posteriores vinculados a él, deben constar en instrumento público para su inscripción en la partida abierta para la concesión minera en el Registro de Derechos Mineros, y pueda tener eficacia y validez frente al Estado y terceros. Adicionalmente a la formalidad requerida, deben abonarse las tasas registrales correspondientes por concepto de calificación e inscripción.

El instrumento público, cuyo título fehaciente es el respectivo parte notarial, será calificado conforme a las reglas especiales contenidas en el Reglamento del Registro de Derechos Mineros, y las reglas generales señaladas en el Reglamento General de los Registros Públicos.

Cabe señalar que el Registro de Derechos Mineros es un registro jurídico que forma parte del Registro de Propiedad Inmueble, a cargo de los Órganos Desconcentrados de la SUNARP, en el cual se inscriben las concesiones y los actos, contratos y derechos vinculados a ellas, a que se refiere la LGM y demás disposiciones legales pertinentes.

### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

-  ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984: Los Derechos Reales*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
-  BALDEON RIOS, Juan Francisco. *Tratado de Derecho Minero Peruano*, Jurista Editores, Lima, 2016.
-  BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima, 1996.
-  BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2013.
-  CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas*, vol. II, 12va. edición, Reus, Madrid 1978, revisada y puesta al día por Marín Pérez, Pascual.
-  CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*, tomo II, 2da. edición, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966.
-  CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. "La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15, Lima, 2015.
-  CUADROS VILLENA, Carlos. *Derechos Reales*, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima, 1995.
-  DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe N° 167: Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú, 2012-2014*, 1ra

edición, Lima, dic. 2014.

-  DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*Comentario al artículo 1351 del Código Civil*”. En VVAA. Código Civil comentado, tomo VII, 1ra. edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
-  DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
-  DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. “*Naturaleza jurídica de los minerales ¿Tienen o no la condición de frutos?*”, Anuario de Derecho Civil, Tomo VII, Fascículo II, INEJ, Madrid, 1954.
-  FORNO CASTRO POZO, Xenia. “*El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante*”. En: Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Lima, 2009.
-  GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da.edición, Gráfica Horizonte, Lima, 2002.
-  GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*, Tomos I y II, 3ra. Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.
-  HARO BOCANEGRA, Ivan. “*Las Anotaciones Preventivas de Petitorios Mineros. Comentarios al primer acuerdo plenario registral sobre derechos mineros y su incidencia en el tráfico jurídico patrimonial*”. En: *Actualidad Civil*, N° 24, Instituto Pacífico, Lima, julio 2016.
-  HARO BOCANEGRA, Ivan. “*Reglamento de Inscripciones de Bienes Vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Comentarios a la luz de las acciones de interdicción de la minería ilegal*”, publicada en: [www.derechocambiosocial](http://www.derechocambiosocial). (Revista Electrónica de Derecho), el 01.10.2015. Luego se publicó una versión mejorada en: *Actualidad Civil*, N.º 18, Instituto Pacífico, Lima, diciembre 2015.
-  HUAPAYA TAPIA, Ramón. “*El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano*”. En: Revista de Derecho Administrativo, N° 14, Lima, 2014.
-  IPENZA PERALTA, César A. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, 1ra. edición, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, 2012.
-  LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales*, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944.
-  LASTRES BÉRNINZON, Enrique. “*Los contratos mineros*”, En: Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Lima, 2009.
-  MARTINEZ APONTE, Humberto. “*La Concesión Minera, derecho a la*

*explotación de los recursos de la Nación*”. En: *Advocatus*, N° 21, Lima, 2010.

-  TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen de obligaciones de la concesión minera (amparo minero)*”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 42, Lima, 2014.
-  MARTIN-RETORTILLO, Cirilo. “*Los frutos de las minas*”, Anuario de Derecho Civil, Tomo V, Fascículo III, INEJ, Madrid, 1952.
-  MAZEUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo.
-  MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario minero 2014*, 1ra. edición, Lima, marzo 2015.
-  MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?*, 2da. edición, Lima, 2011.
-  ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *Informe 2014: Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Índice de cumplimiento de los gobiernos regionales*, 1ra. edición, Lima, junio 2015.
-  PACHAS PEREZ, Diego. “*La Exploración minera en el Perú: Un breve alcance sobre las principales autorizaciones para el desarrollo de un proyecto de exploración en el Perú*”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 42, Lima, 2014.
-  PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil – parte A*, vol. III, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, México, 1997.
-  PIUG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.
-  SALAZAR NIÑO, Elvis. “*La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando el equilibrio entre lo público y lo práctico*”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 42, Lima, 2014.
-  SUNARP. *Compendio de Reglamentos y Directivas de carácter registral 2001-2007*, 1ra. edición, editado por Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, mayo 2006.
-  TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen legal de la titulación minera en el Perú*”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 42, Lima, 2014.
-  TONG GONZALES, Francisco y MONTERO ALVARADO, Fernando. “*Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras*”. En: *Revista de Derecho*

Administrativo, N° 14, Lima, 2014.

-  TORRES ALVAREZ, Hernán. “*Exploración minera, compañías mineras junior y aspectos a tomar en cuenta para su promoción*”. En: *Ius et Veritas*, N° 50, Lima, 2015.
-  VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistema del Derecho Minero: Estudio Dogmático – Histórico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.





ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA INSTIGACIÓN.  
Análisis dogmático y jurisprudencial.

---

PROBLEMATIC ASPECTS OF INSTIGATION.  
Dogmatic and jurisprudential analysis



*Kevin Irwin Mendoza Delgado \**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. DESARROLLO; 2.1. Definición; 2.2. Diferencia con la autoría mediata; 2.3. Los medios de la instigación; 2.4. Los elementos de la instigación; 2.5. La coinstigación; 2.6. La instigación en cadena; 2.7 La instigación tentada; 2.8. El exceso en la conducta del instigado; 2.9. La pena del instigador; CONCLUSIONES; RECOMENDACIONES; BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Magister en Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad, por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Penal, por la Universidad Privada San Juan Bautista. Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Fiscal del Callao.



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

MENDOZA DELGADO Kevin Irwin "ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA INSTIGACIÓN. Análisis dogmático y jurisprudencial." *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

MENDOZA DELGADO Kevin Irwin "PROBLEMATIC ASPECTS OF INSTIGATION. Dogmatic and jurisprudential analysis." *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

El autor analiza desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial a la instigación o inducción como forma de participación criminal, destacando los medios empleados para su ejecución, los presupuestos que deben concurrir para su configuración, y desarrollando los aspectos problemáticos que la rodean, principalmente referidos a la instigación en cadena, la coinstigación, la instigación tentada, el exceso del instigado y la determinación de la pena aplicable al instigador, a fin de facilitar su aplicación a casos concretos por los operadores jurídicos.

**Palabras Claves:** Inducción, instigación en cadena, instigación inidónea, exceso del instigado, pena del instigador.



### ABSTRACT

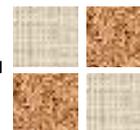
---

The author analyzes from the dogmatic and jurisprudential point of view the instigation or induction as a form of criminal participation, highlighting the means used for its execution, the budgets that must concur for its configuration, and developing the problematic aspects that surround it, mainly referred to the chain instigation, co-instigation, tempted instigation, excess of the instigator and determination of the punishment applicable to the instigator, in order to facilitate its application to specific cases by legal operators.

**Keywords:** Induction, instigation in chain, impossible instigation, excess of the instigated, punishment of the instigator.



## 1. INTRODUCCIÓN



**L**a inducción o instigación a delinquir estuvo contemplada en el antiguo Código Penal napoleónico de 1810, como una forma de cooperación en el delito; y, del mismo modo, este criterio fue compartido también en el Código Penal alemán de 1870, siendo recién con el Código Penal italiano de 1889 que le da a la instigación un tratamiento normativo diferenciado de la cooperación al concederle autonomía normativa a título de imputación personal. En todos estos casos predominó una concepción unitaria de la intervención y participación criminal, que derivó en una penalidad igual para autores y cómplices (excepto en algunos casos, para los instigadores que el caso italiano, tienen una pena rebajada). (Rojas, 2013, pp. 169-170).

Hablar hoy en día de la instigación o inducción es, aparentemente, uno de los conceptos que, en la dogmática penal, resultan de algún modo más simples si se evoca únicamente la redacción del artículo 24° de nuestro Código Penal; sin embargo, se trata de una forma de participación delictiva, que entraña relevantes aspectos problemáticos.

En efecto, existen supuestos en los que se discute si es factible que la inducción se realice sobre varias personas hasta el autor del hecho punible; si la inducción puede ser producida por varios agentes, incluso, de manera independiente; si produce efectos de la instigación tentada; además de otros en los que se examina la responsabilidad sobre el exceso en la conducta del instigado; en los cuales es necesaria una visión más amplia sobre esta categoría para, no solo, poder determinar adecuadamente el título de imputación del agente, sino también orientar desde el inicio una teoría del caso. En ello, radica la importancia del tema.

Así, se expone casos concretos a nivel jurisprudencial sobre dichos aspectos, y se analizará la aplicación de las posiciones doctrinales invocadas y adoptadas en las ejecutorias de la Corte Suprema para su resolución.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. Definición

El artículo 24° del Código Penal sanciona al que dolosamente determina a otro a cometer un hecho punible, con la misma pena que le correspondería a este como autor.

Según el diccionario de la RAE, instigar proviene del latín *instigare*, que significa: Inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa. Asimismo, en un sentido, propiamente jurídico, son similares las definiciones sobre la instigación brindadas por la doctrina.

Para Muñoz y García (2010), la instigación es una forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de la pena, la equipara a la autoría. Esta se caracteriza porque el inductor hace nacer en otra persona, la idea de cometer un delito, siendo éste último quien decide y tiene el pleno dominio del hecho, pues, de no ser así el instigador sería un autor mediato. (p. 443)

Sostiene Jescheck (1981) que inducir es “*determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico por él cometido. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho (...). La inducción es siempre una influencia espiritual del autor mediante conexión, no bastando para la estimación de inducción el procuramiento de una ocasión favorable que pueda suponer una tentación para el autor.*” (p. 957)

Por su parte, según Villavicencio (2018), se trata de “*una extensión típica pues amplía los tipos de la parte especial para abarcar la conducta de quien dolosamente decide a otro a cometer el hecho punible. (...) Si no se diera tal ampliación, la instigación sería impune*” (p. 511).

El maestro Hurtado (2011), sostiene que el instigador no realiza la infracción, ni toma parte, en sentido material en su ejecución; sino que persuade a un tercero para que cometa la acción típica, ejerciendo una influencia psicológica sobre este. No se trata, por lo tanto, de un caso de autoría, sino que, al contrario, el autor es el instigado y su presencia es obligatoria para poder hablar de instigación. La misma es, en consecuencia, como la complicidad: una forma de participación en sentido estricto, con un injusto propio y diferente del injusto del autor, cuya punibilidad depende de la comisión del hecho principal por aquél. Siendo, por tanto, una forma accesoria de participación (p. 168).

## 2.2. Diferencia con la autoría mediata

En algunas ocasiones, en la praxis se suele confundir la figura del instigador con la del autor mediato, con motivo, quizá, por el hecho que el legislador haya previsto que se sancione con la misma pena abstracta que el autor al instigador.

Así lo considera también Hurtado (2011), quien afirma que “*El hecho de denominar al instigador “autor intelectual” o “moral” no es correcto y solo provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de “autores” a los “instigadores”, es el hecho de que se trató a éstos como autores, al afirmarse que serían sancionados con la pena del autor*” (p. 168).

Al respecto, el profesor Villavicencio (2018) sostiene que *“Esta concepción del instigador como autor moral que era equiparado al autor material es una vieja doctrina que se remonta a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron una gran difusión en los siglos VII, XVIII y XIX. El error de denominar al instigador como autor intelectual podría dar lugar a creer que el instigador es un autor y para su existencia no sería necesaria la presencia de un autor del hecho, de un sujeto que realice el hecho principal, rompiéndose de esa manera el principio de accesoriedad de la participación.”* (p. 513).

Incluso, dicho error ha sido cometido por una Sala Penal en un caso de Parricidio, y corregido por la Corte Suprema, en la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 2501-2009-Cañete, del 28 de enero de 2010, precisando en su fundamento 6, que *“...la actuación de la procesada se circunscribió a la redacción de cartas remitidas por ésta encausada a su coprocesado con el objeto de que éste desaparezca a su conviviente, sugiriéndole incluso que aparente un accidente, puestos que ambos coprocesados mantenían una relación sentimental de “amantes”, evidenciándose con ello el papel que cumplió la coprocesada fue el de instigadora y no de autora mediata como erróneamente apreció el colegiado superior por lo que en este extremo debe tenérsela en la calificación jurídica de la procesada como instigadora”* (Caro, 2018, p. 181).

Por otro lado, resultará imposible también equiparar la instigación con la coautoría, en tanto en el primer caso el inductor no posee dominio del hecho.

### 2.3. Los medios de la instigación

Los medios en que se realiza la instigación no aparecen señalados en el Código Penal, como en el caso del Código Penal alemán. En principio, todas las formas de instigación son idóneas en tanto que sean capaces de generar un influjo psíquico (Jescheck, 1981, p. 957). Deben de tratarse de mecanismos no violentos que actúan en el plano de la representación mental del inducido y en el de su voluntad, para moverle o conducir sus actos de conformidad con las exigencias ilícitas del inductor (Rojas, 2013, p. 172).

Así, las formas de inducción resultan diversas, pudiendo recurrir, tomando los ejemplos de Hurtado (2011), a *“los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que puedan derivar de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculan al instigado. Pero también puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. En estos casos es necesario, sin embargo, verificar que estos medios no sean de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata cometida en virtud de la coacción”* (p. 169).

En la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 1192-2012-Lima, del 19 de diciembre de 2012 (Caso Abencia Meza), la Corte Suprema ha establecido en su fundamento 4.1.2, que “*Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc., lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida*”.

#### 2.4. Los elementos de la instigación

Los requisitos de la instigación son los siguientes:

- a) **El dolo del instigador.** Se considera suficiente la existencia de dolo eventual como exigencia subjetiva, no siendo factible una instigación culposa o imprudente.

Para Villavicencio (2018) “*El dolo del instigador, debe dirigido a la producción de la resolución de cometer el hecho y, por otra parte, a la ejecución del hecho principal por parte del autor, incluyendo los elementos subjetivos del tipo y la realización del resultado típico (doble dolo)*” (p. 516).

Asimismo, un error de tipo sobre el instigador, desaparece el dolo de inducir, mientras que, por el contrario, un error de prohibición afecta la culpabilidad del inductor (Jescheck, 1981, p. 958).

- b) **Estar dirigida hacia un destinatario.** En efecto, la instigación debe ser concreta, en el sentido de estar direccionada hacia un delimitado hecho y autor, sobre quien debe producir la resolución criminal.

Señala Jescheck (1981) que “*tan pronto como deja de ser determinable el número de personas a las que está dirigida la instigación, desaparece la inducción*” (p. 958).

Al respecto, la Corte Suprema de la República ha determinado en el fundamento 6 de la Casación N° 842-2015-Lambayeque, del 21 de diciembre de 2016, en la que se imputaba a Gregorio Santos y otros, que en calidad de dirigentes ronderos, plantearon a la Asamblea que dirigían, como opción a adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de cadena ronderil, y que esa posición, mediante votación fuese aceptada, que “*en la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa*”.

En opinión de Hurtado (2011), “*si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la “paz pública” (art. 315 “provocación para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas” o art. 6 del DL N°25475, incitación al terrorismo)*” (p. 171).

- c) **El instigado debe ser una persona natural con capacidad de culpabilidad.** Se requiere en la inducción que el inducido sea una persona imputable, independientemente si es proclive a cometer delitos. De este modo, lo ha entendido también la Corte Suprema, cuando ha señalado en el fundamento 3.13 del Recurso de Nulidad N°301-2016- Lima, del 30 de mayo de 2017, que “*El instigador hace surgir en un tercero una idea delictiva específica en el autor del hecho, si este tiene una predisposición general a cometer delitos, ello no es óbice para que sea instigado a cometer un nuevo y distinto delito en lo que respecta a los sujetos comprendidos en el mismo (ilícito penal singular)*”. En efecto, Rojas (2013) señala que “*en el proceso de formación de la voluntad delictiva del inducido no es requerible necesariamente que el inductor tenga que vencer resistencias en el inducido*” (p. 172).

El caso de menores infractores que sean inducidos por un agente capaz para cometer un hecho punible, existe discusión en si quien ejecuta la acción de convencimiento tiene el título de imputación de autor mediato o de instigador, siendo la primera posición la más acorde a nuestro ordenamiento jurídico penal, al ser utilizado el menor de edad como instrumento, carente de capacidad de culpabilidad, atendiendo a la barrera de los 18 años de edad establecida en el Código Penal, a diferencia de otros que, en el Derecho Comparado, dejan librada la capacidad de culpabilidad a la facultad de comprender la ilicitud criminal del acto. Al respecto, señala Rojas (2013) que en estos casos puede decirse que dogmáticamente se está frente a un caso de inducción, pero normativamente podría presentarse autoría mediata (p.182).

- d) **El objetivo debe ser cometer un hecho punible concreto.** En ese sentido, no es asumible jurídico-penalmente una instigación abstracta a cometer delito, lo que podría configurar dependiendo de las circunstancias una apología del delito o incitación a cometer delitos. Debe, entonces, referirse a una instigación a un delito doloso, en tanto que en el Perú no se reprime formas de participación culposa (Rojas, 2013, p. 173).

e) **El hecho del autor debe llegar a realizarse (condición objetiva de punibilidad).**

Sobre el particular, Muñoz y García (2010) señalan que *otra prueba de que la realización del acto depende del autor principal (inducido) es que, si éste no comienza la ejecución del delito (por tanto, no hay ni siquiera acto típico) no puede castigarse al inductor*” (p. 443). Así mismo, el alemán Welzel (1956) sostiene que *“el hecho principal debe haber sido cometido o, por lo menos haberse ejecutado una tentativa punible”* (p. 121).

Y, de igual forma, Rojas (2013) resalta acertadamente que *“la inducción para adquirir relevancia penal y por lo mismo comprometer punitivamente al inductor y al inducido requiere como mínimo un comienzo de ejecución. Por consiguiente, no es penalmente relevante la inducción a realizar actos preparatorios (siempre y cuando estos no constituyan delitos autónomos)”* (p. 174).

f) **La inducción debe ser determinante.** Es decir, no resultará punible la instigación sobre una persona que ya haya estado determinada a la comisión de un hecho punible, pues el acto del inductor no resulta idóneo. Al respecto, el profesor español Fuentes (2007) señala que el *omnímodo facturus* o incitación de un sujeto ya resuelto, es una forma de tentativa de inducción (imposible).

Ergo, la inducción será posible, sostiene, cuando reafirme una tendencia existente o consiga superar las dudas sobre la comisión. Sin embargo, la constatación de la presencia de un sujeto resuelto a cometer un delito no impide, que la acción del inductor produzca ciertos cambios en su contenido y/o consideración jurídica, de tal modo que permita considerar consumada la inducción (pp. 67-68).

Por su parte, Villavicencio (2018), sostiene al respecto que *“en estos casos podría darse un supuesto de complicidad psíquica o intelectual, pues si bien aquí el influjo psicológico no hace surgir la decisión al hecho, ella, sin embargo, constituye un reforzamiento de la decisión ya tomada por el sujeto, es decir, constituye un aporte psíquico al acto”* (p. 514).

Finalmente, cabe resaltar lo indicado por Rojas (2013), para quien *“la inducción para ser penalmente relevante debe adquirir proporciones de suficiencia (...). El consejo aislado, la recomendación o la indicación son reputados insuficientes para adquirir la magnitud de la inducción. (...) Siempre que la inducción genere ya un incremento del riesgo no permitido para la lesión del bien jurídico a través del autor directo, será relevante jurídico penalmente, afirmándose la tipicidad del hecho”* (p. 173).

- g) Debe existir una relación de causalidad.** En relación a ello, Gómez (1995) señala que *“en los casos que se haya constatado la existencia de un riesgo relevante en la incitación, al igual que sucede en los procesos causales regidos por las leyes físicas, tampoco aquí la mera comprobación de la relación causal entre acción de inducir y resultado delictivo agota el juicio de relevancia penal, sino que necesario será acudir adicionalmente a los criterios normativos de imputación”* (pp. 713-714). En efecto, “luego de hacer nacer en el inducido la resolución delictiva, el resultado típico de la inducción ha de guardar, en términos de objetividad, una relación de causalidad, o mejor dicho una relación de imputación objetiva respecto de la propia actividad inductora. (...) Entre la acción del inductor y el resultado (decisión de delinquir) debe existir una conexión causal. Serían, pues, de aplicación todos los requisitos que en esta materia exige la moderna teoría de la imputación objetiva” (Reátegui, 2014, p. 221).
- h) La inducción requiere de una conducta activa.** La inducción por omisión no resulta jurídicamente posible, en tanto que el inductor debe provocar en el autor la resolución de la acción por medio del influjo psíquico. La inactividad deja, simplemente, de impedir su espontánea aparición, lo que constituye algo esencialmente distinto en relación con lo injusto de la acción de inducción (Jescheck, 1981, pp. 961-962). Lo que sí puede admitirse válidamente es la inducción a un comportamiento delictivo de carácter omisivo (Rojas, 2013, p.173).
- i) El momento de la instigación.** En principio esta se realiza antes de la ejecución del hecho punible, sin embargo, no implica negar una concurrencia concomitante. En efecto, no es únicamente objeto de inducción quien fue primigeniamente indiferente a la comisión del hecho, sino también puede serlo aquél que, teniendo predisposición a la comisión delictiva, tome la decisión de realizar un hecho específico determinado por el instigador. (Jescheck, 1981, pp. 961-962).

## 2.5. La coinstigación

La instigación puede ser compartida por varios sujetos dando lugar a la coinstigación o coinducción (Reátegui, 2014, p. 225). Es decir, resulta factible también que dos o más personas decidan de común acuerdo instigar o inducir a un tercero para que cometa un delito. Un caso especial, lo plantea el maestro Hurtado (2011), señalando que si una pluralidad de personas, proceden por su

cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, a instigar a otra para que ejecute un delito, deben ser considerados como instigadores accesorios (como los autores accesorios, Nebentetär) (p. 171).

## 2.6. La instigación en cadena

La inducción en cadena es aquella mediante la cual un sujeto instiga a alguien para que a su vez este proceda de igual modo sobre otro, con el fin de que el último instigador realice un influjo psíquico, determinando a quien finalmente cometerá el hecho punible.

La actividad persuasiva del inductor puede, entonces, dirigirse no solo a una sino a varias o un grupo de personas determinadas. Incluso, en este tipo de instigación, *“el instigador no precisa conocer ni el número ni el nombre de los demás intermedios, ni tampoco el nombre del autor principal, con tal de que posea una representación concreta del hecho principal”* (Jescheck, 1981, p. 957).

Al respecto la Corte Suprema ha admitido la teoría de la instigación en cadena en el Recurso de Nulidad N°301-2016- Lima del 30 de mayo de 2017, posición que el autor planteó en el proyecto de Dictamen Fiscal Supremo, cuando laborada en la Primera Fiscalía Suprema Penal de la República. Los hechos daban cuenta de la acción de un sujeto recluido en un establecimiento penitenciario por sentencia firme, quien indujo a otra persona a elaborar documentos públicos falsos, consistentes en los oficios emitidos por un Juez Penal que adjuntaba una resolución que declaraba fundado un hábeas corpus a su favor ordenando su libertad, negando el procesado en todo momento haber tenido conocimiento sobre la presentación de dicho documento por su coprocesada contumaz, que lo favorecía evidentemente.

Así, invocándose en su fundamento 3.13 al maestro Hurtado (2011), quien señala que *“el instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona a instigar, pero también puede hacer por intermedio de un tercero. En este caso persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena, Kettenanstiftung). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata). (...) La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente”* (p. 171); así como en base, a un análisis probatorio a nivel indiciario se determinó que el procesado, si bien no tuvo contacto directo con su coprocesada que presentó el documento, instigó a una tercera persona, para a su vez convencer a ésta última de emplear específicamente el falso oficio de su libertad, teniendo conocimiento que ésta era irregular, máxime si en la misma fecha de su excarcelación salió del país con destino a Colombia. La Corte Suprema, invocó del mismo modo, en su fundamento 3.17, las máximas de la experiencia, afirmando que es remoto que alguien realice un trámite en el que se beneficiará considerablemente a una tercera persona utilizando un documento falso y que ésta lo desconozca, siendo que en el caso concreto resultó evidente su conocimiento, especial interés e impulso de la acción ilícita.

## 2.7. La instigación tentada

Sobre este aspecto, Jescheck (1981) señala que *“la doctrina dominante entiende que el inductor debe perseguir la consumación de hecho principal si el mismo únicamente quiere conducir a la tentativa del hecho principal, debería permanecer impune”* (p. 958).

Igualmente, sostiene Rojas (2013) que *“En el contexto de la legislación penal peruana se exige que el inducido o determinado cometa el hecho punible, de lo que hay que colegir que la determinación en la fórmula peruana está normativamente ajustada en función de la consumación del delito. Hipótesis legal a partir de la cual la inducción a la tentativa sería no punible, sin perjuicio de que la tentativa sí lo sea en función del autor directo o inducido. Lo que sí resulta inadmisibles es la tentativa de inducción”* (p. 174).

Asimismo, enfatiza que *“la característica no punible de la inducción a la tentativa de un delito está, asimismo, relacionada con la figura del agente provocador, sujeto generalmente no comprendido en la inducción, en razón a que no busca la consumación del delito a través del provocado, sino el que este sea castigado, existiendo en la acción de provocación un mínimo no suficiente ni determinante de inducción”* (ROJAS, 2013, p.174).

## 2.8. El exceso en la conducta del instigado

Para Rojas (2013) *“los excesos en los que incurra el autor directo se referencian en la idea de que debe existir correspondencia cualitativa y cuantitativa entre el delito instigado y el cometido asimismo, que el dolo del inductor debe coincidir con el dolo del inducido. Cuando esta equivalencia se rompe por exceso se producen rebasamientos que no pueden afectar al inductor, con riesgo de conculcar el principio de culpabilidad por el hecho”* (p. 175).

Por ejemplo, en el caso de quien induce a matar a una persona responde de la muerte de éste, pero no de otras que decida matar en ese momento por cuenta propia.

En cuanto al exceso en el accionar del instigado, la Corte Suprema es enfática en señalar en la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 4627-2007-Lima, del 14 de abril de 2008, que este no resulta imputable al inductor, concluyendo que *“(…) el procesado sólo responde en la medida en que el hecho principal concuerda con su intención primigenia y definitiva, que fue el robo de la mototaxi, no resultado responsable por el exceso en el que incurrieron los otros procesados (robo agravado con subsecuente muerte).”*

En el mismo sentido, Welzel (1956) considera que el inductor “no responde por el exceso del autor, con excepción del resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado. P. ej.: el autor es instigado al hurto, pero comete un robo es solamente instigación al hurto” (p. 122).

En el caso contrario, si el delito cometido es de menor gravedad que el delito inducido (robo a hurto), debe serle extensible válidamente al instigador la disminución punitiva que corresponda.

## 2.9. La pena del instigador

El legislador ha establecido en el artículo 24° del Código Penal que le corresponde al instigador, la misma pena del autor, haciéndose referencia a la pena abstracta, por lo que de modo alguno implica la imposición de una pena concreta idéntica, pues ello deberá valorarse de acuerdo a las circunstancias personales del autor y del instigador, por ejemplo, teniendo en cuenta la responsabilidad restringida por la edad, si uno de ellos tiene entre 18 y 21 años o es mayor de 65 años, conforme al artículo 22° del código sustantivo.

Ahora bien, para el profesor Hurtado (2011), la equiparación de la pena a imponerse al instigador con la del autor, no obedece sólo a un criterio de política criminal, sino que “hay que considerar que, si bien el instigador no ejecuta el hecho punible – por lo tanto no está vinculado con éste de la misma manera que el autor-, se encuentra sin embargo en el origen de la idea delictuosa, y sin su intervención no se hubiera producido la infracción de la manera cómo tuvo lugar” (pp. 169-170). En este mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado en la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N°4166-2004- Lima, del 27 de abril de 2005, que “El artículo 24 del Código Penal ha conminado para el instigador la misma pena que para el autor, pues no considera que su intervención sea de mera ayuda sino mucho más importante y eficiente (por eso, en estos casos existe doble dolo)” (Rojas, 2012, p. 649).

Mientras que, por su parte, Muñoz y García (2010) indican que dicha equiparación no se justifica en el solo papel causal del instigador, ya que “son imaginables conductas que, incluso intencionalmente, se convierten en factor desencadenante de la actuación del autor y, sin embargo, a todas luces no merecen la misma valoración que la actuación de quien ejecuta materialmente el delito” (p. 443).

Lo cierto es que, tal como lo determina la Corte Suprema en la ejecutoria recaída en la Queja N°05-2008-AV-Lima, del 30 de enero de 2009, “No existe, al menos de lege data, razón valedera para sostener de forma apriorística en nuestro ordenamiento jurídico que el instigador deba tener en todos los casos una pena menor a la que corresponde a la del autor, lo que no se condice con la asimilación a nivel de pena abstracta efectuada por el legislador, lo que a criterio de este Tribunal debe ser interpretado en sentido de que, en principio

*ambos comportamientos revisten similar gravedad a nivel de pena abstracta, siendo que la pena concreta aplicable a cada caso dependerá de las peculiares circunstancias que rodeen al mismo, así como a diversas consideraciones de índole preventiva que legítimamente pueden servir de fundamento a una sentencia condenatoria” (Caro, 2018, p. 182).*

## CONCLUSIONES

- ✓ La instigación es una forma de participación criminal, por la cual el inductor valiéndose de una variedad de medios idóneos, dentro de los que se descarta la violencia o grave amenaza, determina en otro sujeto, el inducido, la comisión de un hecho punible concreto o específico.
- ✓ El instigado debe ser necesariamente una persona imputable o con capacidad de culpabilidad. Los casos en que materialmente sea instigado un menor de edad, deben asumirse de acuerdo a un criterio normativo, teniendo al agente que determinó su conducta como autor mediato y no como instigador.
- ✓ La instigación en cadena resulta perfectamente aplicable a los casos en que no pueda determinarse de manera directa la inducción del instigador al autor, sino que opera a través de una o más personas, inducidas y unidas a la vez, como eslabones hasta el autor del hecho punible.
- ✓ El exceso en la conducta del instigado no resulta imputable al instigador, quien responde únicamente por el hecho punible concreto al que lo determinó. Si el hecho cometido reviste menor gravedad que el inducido, corresponde válidamente aplicar la disminución punitiva al instigador.

## RECOMENDACIÓN

- ✓ Los operadores jurídicos debemos ser capaces de determinar claramente el título de imputación atribuido a un sujeto en el marco de la comisión de un delito, a fin de dar solidez a la teoría del caso se deba sostener de acuerdo a su posición en el proceso penal.

## BIBLIOGRAFÍA

-  Caro John, J. A. (2018). *Summa Pebal*. Lima: Nomos &Thesis.
-  Fuentes Osorio, J. L. (2007). Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnímodo facturus. *Aletheía, Cuadernos críticos del Derecho*. N°3, 67 a 68.
-  Gómez Rivero, C. (1995). *La inducción a cometer delito*. Valencia: Tirant lo blanch.

-  Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Lima: IDEMSA.
-  Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Bosch.
-  Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
-  Reátegui Sánchez, J. (2014). *Autoría y participación en el delito*. Lima: Gaceta jurídica.
-  Rojas Vargas, F. (2012). *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Lima: ARA Editores.
-  Rojas Vargas, F. (2013). *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Lima: Gaceta jurídica.
-  Villavicencio Terreros, F. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Lima: GRILEY.
-  Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma.



# REFLEXIONES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LOS PROFESORES POR LOS DIRECTORES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN EL PERÚ

## REFLECTIONS REGARDING THE DETERMINATION OF THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY OF TEACHERS BY THE DIRECTORS OF THE EDUCATIONAL INSTITUTIONS IN PERU



*Braulio Raúl Quispe Huilca\**

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA; III. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE UNA INSTITUCIÓN EDUCATIVA; IV. TIPOS DE RESPONSABILIDAD Y EL NE BIS IN IDEM; V. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO SANCIONADOR; VI. ANÁLISIS DE CASOS; VII. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO; DISCUSIÓN; CONCLUSIÓN; REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

\* Abogado por la Universidad Andina del Cusco (2009). Ha sido Especialista Legal encargado de proyectar sentencias en el 3er Juzgado Especializado de Trabajo del Cusco (2011-2013). Juez de Paz Letrado e Investigación Preparatoria de Paucartambo de la Corte Superior de Justicia de Cusco (2014). Magister en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez" de Juliaca (2017). Estudios de doctorado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque (2018). Estudios de especialización en Argumentación Jurídica en el Instituto Palestra (2018) y en Responsabilidad Ambiental por la Universidad de Jaén-España (2018). A la fecha es Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado con adición de funciones del Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Condorcanqui de la Corte Superior de Amazonas (2015-2019).



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

QUISPE HUILLCA Braulio Raúl "REFLEXIONES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LOS PROFESORES POR LOS DIRECTORES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN EL PERÚ." *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

QUISPE HUILLCA Braulio Raúl "REFLECTIONS REGARDING THE DETERMINATION OF THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY OF TEACHERS BY THE DIRECTORS OF THE EDUCATIONAL INSTITUTIONS IN PERU." *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

En el presente estudio se trata de reflexionar respecto a un aspecto básico y de suma importancia del procedimiento administrativo disciplinario a nivel de cada institución educativa, a partir de la vigencia de la Ley N° 29944-Ley de Reforma Magisterial (en adelante LRM) y su reglamento, como parte de su autonomía de las instituciones educativas, en la misma se puede advertir que existe deficiencias al momento de hacer las imputaciones, en la misma los Directores de las Instituciones Educativas en su calidad de máxima autoridad la mayoría de ellos, aún no saben de qué forma deben fijar los hechos, identificar las infracciones a los deberes en le LRM o el Código de Ética de la Función Pública (en adelante CEFP) y las presuntas que faltas que corresponde para cada deber identificado y la sanción que ameritaría en caso de determinarse su responsabilidad, lo que se identifica en las resoluciones emitidas por Servir que fueron materia de revisión en segunda instancia al ser apeladas, los que fueron analizadas para el presente trabajo.

**Palabras Claves:** Responsabilidad administrativa disciplinaria, Director de institución educativa, sanción de amonestación escrita y suspensión a profesores.



### ABSTRACT

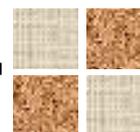
---

The present study tries to reflect on a basic and very important aspect of the disciplinary administrative procedure at the level of each educational institution, as of the validity of Law N ° 29944-Magisterial Reform Law (hereinafter LRM) and its regulations, as part of its autonomy of educational institutions, it can be noticed that there are deficiencies at the time of making the accusations, in it the Directors of Educational Institutions in their capacity as the highest authority most of them, even they do not know in what way they must determine the facts, identify the infractions to the duties in the LRM or the Code of Ethics of the Public Function (hereinafter CEFP) and the presumed faults that correspond to each identified duty

and the sanction that would merit in If your responsibility is determined, what is identified in the resolutions issued by Servir, which were subject to review in the second instance, upon appeal ladas, those that were analyzed for the present work.

**Keywords:** Disciplinary administrative responsibility, Director of educational institution, sanction of written reprimand and suspension of teachers.

## 1. INTRODUCCIÓN.



**E**n este caso iniciamos con el problema que se identifica en función a la base empírica, para generar algunas dudas. Para luego, remontarnos a la delegación de transferencia como parte de la autonomía de la institución educativa de cómo con la LRM se genera un cambio al concederle la competencia para que puedan imponer sanciones de amonestación escrita y suspensión hasta por 30 días en relación a las faltas leves. En todo el planeta todavía tenemos problemas en el ámbito de la responsabilidad, en una institución educativa es posible advertir que al ser un seno de formación que después de la familia le corresponde ser un modelo e incluso en caso que no funciona la familiar a partir de la institución educativa es posible generar cambios buscando alguno remedios en conexión con la Comunidad donde se ubica la entidad educativa, por lo que debe asumir liderazgo para buscar el desarrollo de la Comunidad y por ende del país, para tal efecto de empezar por generar una toma de conciencia con ese fin y en ella la importancia del procedimiento disciplinario sancionador. Ahora, tenemos los principios más importantes y por lo menos básicos a fin de evitar que se vulnere ciertos derechos, que a la larga pueden lograr que prescriba y no ayude para seleccionar personal idóneo y corregir conductas disfuncionales, que ayuden en concretizar un liderazgo en la Comunidad.

## 2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA.

En la tarea de fortalecer la autonomía de las instituciones educativas, una de ellas es la transferencia de competencia para imponer sanciones de amonestación escrita y suspensión, para ello deben abrir procedimientos disciplinarios una vez concluido la investigación breve respecto al caso y luego emitir las resoluciones sancionando o absolviendo a los profesores con relación a los hechos que constituyen presuntamente falta y la misma, una vez impugnada en caso de apelación corresponde ser resuelta por Servir, éste última revisa la sanción impuesta y dónde es posible advertir las deficiencias, si bien durante la vigencia de la ley del profesorado era bastante arcaico la mayoría de los procedimientos disciplinarios y esto de alguna manera se pretende mejorar a la fecha con la vigencia de la Ley del Reforma Magisterial, eso siendo el espíritu del régimen disciplinario, lo que en la práctica por lo menos veremos que viene produciendo ciertos desencuentros. Todo, ello parece se vislumbra a partir de las 5 últimas resoluciones de éste últimos meses emitidas por Servir que fueron revisados para el presente análisis, de ellas 4 fueron declarados nulos, la misma por motivos de falta de claridad y precisión de los hechos atribuidos y así como problemas de subsunción. Este problema de qué manera es posible superar o simplemente será imposible, conforme se podrá apreciar que existe una transferencia de poder de parte de la Unidades de Gestión Educativa Local hacia cada una de las instituciones educativas de menor gravedad en esa política de fortalecer su autonomía para mejorar la calidad educativa, con relación a la misma sostendré algunas reflexiones humildemente buscando algunas soluciones.

### 3. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE UNA INSTITUCIÓN EDUCATIVA.

El artículo 123 del Decreto Supremo N° 19-1990-ED que aprueba el reglamento de la Ley N° 24029-Ley del Profesorado, respecto a las sanciones de amonestación y multa de 2 a 10/30 avas partes de sus remuneraciones principales refería que debe ser impuesto por la autoridad competente, sin especificar si era el Director de una institución educativa o necesariamente la UGEL, era algo que aún estuvo bastante impreciso durante su vigencia.

Mientras que mediante el artículo 80.2 y 81.2 del Decreto Supremo N° 004-2013-ED Reglamento de la Ley N° 29944-Ley de Reforma Magisterial vigente a partir del 4 de mayo del año 2013 con relación a la sanción de amonestación y suspensión hasta por 30 días corresponde al Director de la Institución Educativa, por lo que éste último será el encargado de la instrucción e imposición de una sanción a la vez respecto a los profesores, personal jerárquico y Sub Director(a) en una Institución Educativa, tomando en cuenta que el Director es el único responsable en el ámbito pedagógico, institucional y administrativo de lo que ocurre en un Centro Educativo conforme expresa así los artículos 55 y 56 de la Ley N° 28044-Ley General de Educación, por lo que es una delegación al haberse transferido las funciones y competencias sancionatorias respecto a las faltas leves que ameritan sanciones de amonestación escrita y suspensión hasta por 30 días, si bien lo ideal sería que por lo menos progresivamente a determinadas redes educativas o respecto a instituciones educativas que cuentan con más de 25 secciones a cargo.

### 4. TIPOS DE RESPONSABILIDAD Y EL NE BIS IN IDEM.

Es independiente cada tipo de responsabilidad es independiente conforme dispone el artículo 243 de la Ley N° 27444-Ley General del Procedimiento Administrativo, el artículo 43 de la Ley de Reforma Magisterial y la 9na Disposición de la Ley N° 27785-Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Aquí hablamos de diferentes tipos de responsabilidad como administrativa disciplinaria, civil y penal más no de política en el caso de los profesores de la educación básica, ya que éste último está reservado para los funcionarios de alto nivel bajo los alcances del artículo 99 de la Constitución Política del Estado.

La responsabilidad administrativa según Rojas (2016) se “incurre en ésta cuando un funcionario o servidor quebranta con su comportamiento alguno de los supuestos del catálogo de infracciones administrativas”(pág. 51)

El ne bis in ídem es un derecho implícito del derecho fundamental a la cosa juzgada (STC 10192-2006-HC/TC Lima fj-9), de hecho en la misma sentencia

el Tribunal Constitucional que dicho principio tiene dos dimensiones, la formal y material, la primera que niega la existencia de 2 o más procesos respecto a un mismo hecho y mientras que la segunda que es imposible la existencia de dos sanciones respecto a un mismo hecho.

Ahora para evitar que se incurra en la vulneración de ne bis in ídem Rojas (2016) afirma que:

*“El Tribunal Constitucional ha señalado, en varias sentencias, que puede producirse este tratamiento paralelo, es decir, sanción administrativa y sanción penal, siempre que no esté en juego el mismo bien jurídico. Así, en el ámbito administrativo se protegen valores institucionales tales como la disciplina, la honradez, la imagen, la imagen institucional, etc (...). Esto significa que se le puede procesar al funcionario en la vía administrativa por esos valores y en la vía por otros de contenido no penal”*(pág. 53)

A partir de la misma veamos un ejemplo que un profesor mantiene una relación sentimental con una alumna de 15 años de edad, en éste caso el hecho no tiene ninguna trascendencia penal por no estar recogido por ninguno de los tipos penales en nuestro Código Penal peruano, pero si es un falta administrativa que existirían dos posibilidades, que siempre estará en base a mayores precisiones en los hechos, por ello la primera como incumplimiento de su deber previsto en el párrafo b) del artículo 40 de la LRM o en su defecto que siempre será una infracción ética como prohibición de obtener ventaja indebida previsto por inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 27815-Ley del Código de Ética de la Función Pública(de aquí en adelante LCEFP), si bien el profesor tiene la calidad de segundo padre y debe orientar, por lo que es evidente la infracción en caso de no encontrar dentro de los deberes previstos por en el artículo 40 de la LRM o como infracciones éticas previstas en el inciso 6, 7 y 8 de la LCEFP que también es perfectamente posible sancionar conforme establece en el artículo 77.2 de la LRM.

Mientras que la responsabilidad civil, siempre estará relacionado con las pérdidas patrimoniales que se puedan generar al Estado y al particular, si bien no es punitiva sino reparador, por ello *“(...) no solamente pueden acumularse sobre la misma persona una responsabilidad penal y una responsabilidad civil, sino que, además, es posible que ambas responsabilidades sean establecidas en la misma sentencia, dictada por un tribunal penal”* (RAMÓN RIBAS, 2010, pág. 198),al respecto no discusión alguna en el Perú, que es perfectamente posible hacer una acumulación de la responsabilidad penal y civil, dado que así lo autoriza el Código Procesal Penal. La pregunta es siempre que si la responsabilidad administrativa es posible acumular a la responsabilidad civil, aquí tenemos muchos problemas. En mi opinión es perfectamente posible que la responsabilidad civil debe acumularse a la responsabilidad administrativa cuando se trata por lo menos de resarcir al Estado, ya que abrir una nueva demanda al administrado con una pretensión de indemnización en la via civil o laboral, genera un costo adicional, salvo que no se encuentra a su alcance de la

administración determinar por ejemplo ciertos conceptos de daños, por ejemplo la devolución de los montos indebidamente apropiados u reponer algunos bienes cuyo deterioro le es atribuible al administrado debe pasar por generar procedimientos de devolución y reposición, a fin de que la falta de la misma no genere mayores perjuicios a los usuarios, si bien esperar que vía proceso judicial se recupere mantendrá en larga espera a los usuarios.

## 5. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO SANCIONADOR.

Según Dromi (1996), son “*pautas, directrices que definen su esencia y justifican su existencia permitiendo explicar más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, el por qué y el para qué del mismo*”(pág. 59), antes que cualquiera de las disposiciones normativas generales o especiales dichos principios sirven de fuente para interpretar e incluso ante un vacío o deficiencias en su regulación. Por lo menos deben observarse principalmente los principios siguientes:

- a) **DEBIDO PROCEDIMIENTO.** Denominada también debido procedimiento, la misma en el siglo anterior fue entendida como como “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión” (COUTURE, 1985, pág. 122), y de igual manera Hoyos (1998) entendía como “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes, en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad razonable de ser oídas por una tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”(pág. 54). El derecho defensa y la motivación, resulta siendo uno de los contenidos o manifestaciones de éste principio y lo que debe ser escrupulosamente garantizado por el Director de una institución educativa en éste caso, si bien en el caso de las sanciones de amonestación escrita y suspensión hasta por 30 días que tiene como competencia, corresponde que el Director emita un memorándum al administrado, en dicho documento debe formular los cargos adjuntando las pruebas, los hechos concretos y aspecto normativo en la cual se basa, con relación a los hechos debiendo precisarse en concreto haciendo la descripción basado en las pruebas, así como las imputaciones tomando en cuenta la norma, éste último tomando en cuenta que los presuntos deberes infringidos deben estar en la LRM o en CEFP y las presuntas faltas cometidas con la consiguiente sanción a imponerse una vez que se le

cumpla el plazo de los 10 días hábiles que se le correrá traslado para que pueda ejercer su derecho defensa.

- b) **PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.** Este principio debemos entender a partir del inciso 24.d del artículo 2 de la Constitución Política del Estado peruano, que establece que “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”, por ello con relación a éste principio Dromi (1996) refiere que:

es la columna vertebral de la actuación administrativa, e implica necesariamente que: a). Toda la actuación administrativa deba sustentarse en normas jurídicas, cualquiera que fuera su fuente; b). debe respetarse la jerarquía normativa, a fin de preservar el normal desenvolvimiento del orden jurídico; c). Todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y hechos, conductas, y circunstancias que lo causen; d). subordinación del ordenamiento jurídico al orden político fundamental plasmado en la Constitución.(pág. 61)

En esa misma línea nos precisa García de Enterría & Ramón (1974) define que “(...) *ésta está sometida a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación*”(pág. 446), es de trascendental importancia este principio porque en éste caso estamos hablando de la infracciones y sanciones contenidas en la Ley, pero esto no debe confundir con el de tipicidad, que es completamente distinto. Pero, es este subprincipio de tipicidad o taxatividad es definida como “*la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos*”( Exp 00197-2010-AA/TC, fj. 5), que implica que toda sanción administrativa disciplinaria debe estar necesariamente prevista en la ley o sino en un reglamento, éste último es bastante discutible pero es aceptado por ahora por el gran desorden organizativo del procedimiento disciplinario.

- c) **VERDAD MATERIAL.** Llamado también verdad objetiva, misma está referido a que se busque la verdad sustancial con fines de responder a las expectativas del interés público (Ivanega, 2012, pág. 199). El Director de la institución educativa resulta siendo el órgano instructor y a la vez aquél que decide sobre el mérito o no de la misma, el fin último siempre será recabar todo los medios de prueba que se encuentra a su alcance.

## 6. ANÁLISIS DE CASOS.

Los casos que veremos tenemos:

- La Directora de la I.E. N° 3088 “VISTA ALEGRE” le impone a una profesora la SUSPENSIÓN 15 días, por los hechos que presuntamente haberse retirado de su centro de trabajo el día 3 de julio de 2018 para rendir la prueba de diagnóstico de inglés, programada y oficiada por la Unidad de Gestión Educativa Local N° 04, dejando a los estudiantes a su cargo, incumpliendo su deber establecido en el literal e) del artículo 40° de la Ley N° 29944<sup>32</sup>. Frente a la misma, la profesora interpuso recurso de apelación, con el argumento de que asistió a prueba de diagnóstico de inglés, pidió permiso lo que no se concedió muy a pesar de ser obligatorio. En éste caso, SERVIR mediante la Resolución N° 001940-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala de fecha 28 set 2018 caso declaró NULO por contravenir el principio de tipicidad, y por ende, vulneran el derecho de defensa de la impugnante, toda vez que no se le permitió conocer de forma precisa y exacta la presunta falta en la cual habría incurrido.
- En éste caso, si hubiera sido obligatorio concurrir a dicha prueba por parte de la UGEL, no habría falta alguna y si bien la dirección del plantel debió tomar en cuenta ese aspecto, de o contrario estamos ante una falta, ahora la forma como se ha considerado la imputación no fija hechos, sino hace inferencia y lo que no debe ocurrir.
- La Directora de la I.E. “AUGUSTO SALAZAR BONDY”, le impone la sanción de AMONESTACIÓN ESCRITA por que habría incurrido en la falta establecida en el literal e) del artículo 48° de la Ley N° 29944 y el deber previsto en el inciso e) del artículo 40 de la LRM, toda vez que no habría inasistido a laborar el 1 de mayo de 2017. Frente, a la misma el docente interpuso recurso impugnatorio de apelación con el argumento de que presunta salida se ha debido en muchos de los casos para coordinaciones y solicitar apoyo a la encargada del Museo de Chancay para el préstamo de instrumentos musicales, vestuario, presentaciones, etc y además el Director sale y no es ético. En éste caso, SERVIR mediante la RESOLUCIÓN N° 001813-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala 14 set 2018 declara INFUNDADA con el argumento de que acta de constatación evidencia que 11:30 am no estuvo en su centro de labor y así como de la constancia se advierte que estuvo en el museo, pero no tuvo permiso.
- En éste caso es correcto la forma como se haya utilizado un argumento como en éste caso, cualquier coordinación y solicitud de apoyo corresponde utilizar las horas extras u otros medios a fin de cumplir el fin buscado, de ninguna

---

<sup>32</sup> Ley N° 29944-Ley de Reforma Magisterial. Artículo 40. Deberes. Los profesores deben: (...)Cumplir con la asistencia y puntualidad que exige el calendario escolar y el horario de trabajo

manera se puede abandonar a los alumnos sin previa coordinación con máxima autoridad del Centro Educativo.

- El Director de la I.E. “Hermanos Barreto Tacna”, impone la SANCIÓN DE AMONESTACIÓN ESCRITA, por que habría incumplido sus deberes de acuerdo a lo establecido en el artículo 88.1 y los incisos b) y f) del Reglamento de la Ley N° 29944. Frente a la misma el profesor interpuso recurso impugnatorio de APELACIÓN con el argumento, de que se le imputaría el incumplimiento de la jornada laboral e inasistencias injustificadas, lo que considera que es mentira, abuso, hostigamiento y vulnera derecho de defensa. En éste caso, Servir mediante la RESOLUCIÓN N° 001934-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala 28 set 2018 declara NULO el procedimiento, con el argumento de que no se le indicó de manera clara los hechos por los cuales se le estaba solicitando sus descargos, limitándose a indicar que habría incumplido sus deberes sin precisar, vulnerando con ello el derecho de defensa.
- En éste caso definitivamente existe una ausencia de cargos, que constituyen hechos e inferencias probatorias que debió realizarse al momento de correr traslado al investigado y el sólo considerar los presuntos deberes infringidos no es suficiente.
- El Director de la I.E. “RAMIRO VILLAVERDE” le impuso la sanción de SUSPENSIÓN 30 DÍAS, tomando en cuenta que la Sub Dirección, realizó un informe sobre el desempeño de la impugnante desde el 2 de marzo de 2018 al 24 de abril de 2018, señalando que habría incumplido las funciones establecidas en el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 276, incurriendo en la falta administrativa tipificada en el literal d) del art 28° de la misma Ley, pero en RD aumenta otros hechos. En este caso se interpuso recurso impugnatorio de APELACIÓN con el argumento de que no le habría puesto en conocimiento los otros cargos y por lo demás cumplió. En éste caso, Servir mediante la RESOLUCIÓN N° 002364-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala 14 nov 2018 declara NULO con el argumento de que no ha señalado de forma clara y precisa los hechos por los cuales se le estaría procesando, no es régimen 276 sino Ley 29944 y así como no motivó.
- En éste caso existen tres problemas que se presentan: i) Respecto al régimen laboral del servidor, al ser en éste caso Profesor que es indiscutible que le es aplicable la Ley de Reforma Magisterial y su reglamento al estar en la Carrera Administrativa bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 276; ii) Existen una acumulación objetiva, en vista de que habría varios hechos y por cada hecho, existe un procedimiento independiente, con el agregado de que será en un solo procedimiento; y iii) finalmente, que las imputaciones no están debidamente construidas a partir de los hechos que también deben ser fijados.
- El Director de la IE “FRANCISCA DIEZ CANSECO DE CASTILLA” le impuso una sanción de AMONESTACIÓN ESCRITA por que habría mostrado una actitud y respuesta frente a la entrega de un memorándum de acuerdo al Acta de Incidencia del 27 de agosto de 2018. La misma fue apelada

con el argumento de que se le sancionó por normas que no fueron imputadas al inicio del procedimiento administrativo. En éste caso, Servir mediante RESOLUCIÓN N° 002671-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala 13 dic 2018 declaró NULO por carecer de una correcta imputación de forma clara y precisa. Así como no ha señalado que funciones, obligaciones y/o deberes habría incumplido el impugnante, debiendo precisar además la norma que la contiene.

- En éste caso me parece que no tenía relevancia como abrir procedimiento disciplinario, muy con una amonestación verbal o con una diálogo alturado, debió corregirse mas no puede utilizarse para toda presunta inconducta puedes utilizar procedimiento disciplinario, ya que va lograr generar un pésima clima institucional y lo que no le convendrá a la Comunidad educativa ni a la propia dirección.

## 7. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO.

El inciso 105.1 del artículo 105 del Reglamento de la LRM establece que:

*“El plazo de prescripción de la acción del proceso administrativo disciplinario es de un (01) año contado desde la fecha en que la Comisión Permanente o la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes hace de conocimiento la falta, a través del Informe Preliminar, al Titular de la entidad o quien tenga la facultad delegada”*

Ahora si bien el artículo 2343.1 de la Ley N° 27444-Ley General de Procedimiento Administrativo, determina que el plazo prescriptorio del procedimiento es de 4 años, si bien esto fue analizada por la 1ra Sala Transitoria del Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, al señalar que:

21. Por otro lado, a la fecha de la comisión de la infracción, la cual se determina teniendo en cuenta el período materia de fiscalización por el órgano contralor (01 de enero al 31 de diciembre de 2006), si bien se encontraba vigente el texto original del inciso 233.1 del artículo 233 de la Ley N.° 27444, a la fecha en que se emitió la resolución de sanción se encontraba vigente la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.° 1029, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 24 de junio de 2008, que estableció que la facultad de la administración para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción.

22. Según lo expuesto, de la fecha de inicio del cómputo de la prescripción, esto es el 01 de enero de 2007 a la fecha límite que ostentaba la administración para sancionar al demandante vencía indefectiblemente el mes de enero de 2011, y siendo que la resolución de sanción en cuestión data del 30 de mayo

de 2012, ha sido dictada transcurridos los 4 años establecidos legalmente para ello. (Casación N° 19723-2015 Piura, 2017)

En éste caso para los que se encuentran bajo el régimen de la LRM corresponderá aplicar el plazo prescriptorio establecida por el inciso 105.1 del artículo 105 del Reglamento de la LRM cuando hace referencia a 1 año, mas no los 4 años de la norma general, siendo la única manera de entender conforme a la jurisprudencia antes referida, dado que éste plazo corre a partir del momento en que concluye la investigación preliminar, dado que para una investigación preliminar es bastante corta, lo que considero que es acertado porque no podría ser perenne toda investigación muy a pesar de las diversas interpretaciones que se dan a ésta instituto de la prescripción.

## **DISCUSIÓN.**

La primer discusión podemos encontrar cuando un Director recibe una denuncia verbal o escrita, tiene problemas al calificar la misma, teniendo una duda si el caso es contravención, falta penal o delito, en éstos casos muchas veces se creará un círculo vicioso, cuando se remita a la Fiscalía sin abrir a la vez como procedimiento disciplinario.

Tenemos como segunda discusión con relación a la gradualidad de las sanciones y competencia, ahora el legislador le conferido un margen de discrecionalidad a los directores de determinar la gradualidad, en caso de que sean leves con una sanción de amonestación escrita y suspensión hasta por 30 días, le sería competente. Empero, tenemos casos que como deber están considerados como graves y a la hora de iniciar el procedimiento definitivamente el Director de la Institución Educativa definirá con cuál de ellos se queda y cuál de ellos remite a la UGEL.

El tercer aspecto discutible que muchas veces genera falta de predictibilidad es cuando un profesor mantiene una relación sentimental(enamorados) consentida con una alumna mayor de 14 años, en éste caso resulta siendo una falta muy grave y que cabe la destitución, según SERVIR el profesor carece de idoneidad para el cargo (Resolución N° 02714-2018-SERVIR/TSC 2da Sala, 2018), si bien conforme se dijo antes que habría una infracción ética que es la idoneidad prevista en el inciso 4 del artículo 6 del Ley del Código de Ética de la Función Pública<sup>33</sup>, pero muy grave que definitivamente debe ser pasible de sanción de destitución, en un Centro Educativo el Profesor debe ser un modelo para los alumnos y se convierte más bien en amenaza, de todas formas es razonable esa postura que asume Servir para confirmar la sanción de destitución al declarar infundada la apelación.

---

<sup>33</sup> Código de Ética de la Función Pública. Artículo 6. Principios de la Función Pública El servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios: (...) 4. Idoneidad. Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.

Ahora tenemos el cuarto aspecto discutible, referido a la prescripción de la acción y del procedimiento, si bien únicamente tenemos la prescripción del procedimiento y al mismo tiempo sería el plazo prescriptorio a partir de la comisión u omisión del hecho hasta la apertura del procedimiento disciplinario, esto todavía está bastante confusa porque según Servir sería de 3 años desde el momento de la falta hasta la apertura del procedimiento y ni la propia Corte Suprema no logra clarificar en éste caso, si bien en la Casación N° 19723-2015 Piura en ningún momento nos habla de la prescripción ordinaria ni hizo mención alguna, tan sólo nos habla de la prescripción del procedimiento de 4 años bajo la aplicación de la Ley N° 27444-Ley General de Procedimiento Administrativo. En éste caso adicionalmente, existe un punto que me llama poderosamente la atención, en un hipotético caso de 4 de los 5 casos que se trae para el presente análisis, al haberse declarado nulo y se devuelve al Director de la Institución Educativa, en dicho período que éste último no logra emitir la resolución final dentro de 1 año, por lo que también estamos ante un posible favorecimiento a la prescripción del procedimiento, al ser bastante corte y no digo que 1 año sea insuficiente sino habría que buscar algunas salidas para que excepcionalmente en segunda instancia pueda ingresarse a resolverse el mérito con relación a la presunta inobservancia del deber o infracción ética.

Finalmente, debemos hacer hincapié con relación a la imputación que se debe hacer por parte del Director al administrado, a la fecha aún en los procesos ante el Poder Judicial, tenemos muchos problemas para formular hechos, pedir a un Director que haga dicho trabajo muy a pesar que no tiene formación jurídica, sin haber realizado lineamiento de cómo debe hacerse por lo menos es bastante discutible, dado que en el mundo se viene discutiendo sobre el razonamiento probatorio y en ella sobre la fijación de hechos, no podemos ser tan rigurosos pero pedir la claridad y precisión, cómo debe ser entendida y si bien para el Director puede ser así, de allí ni el propio Servir probablemente no tiene todo claro de cómo se fijan los hechos al momento de hacer la imputación porque en los proceso judiciales somos conscientes que todavía se tiene mucho por avanzar.

## **CONCLUSIÓN.**

- ✓ En el presente trabajo se pudo evidenciar, que la autonomía de la instituciones educativas se ve fortalecida con la transferencia de competencias sancionatorias respecto a las sanciones de amonestación escrita y suspensión hasta por 30 días, la misma poco a poco se irá mejorando pero con una constante capacitación a los directores para seguir un procedimiento administrativo disciplinario con las garantías mínimas.
- ✓ Los directores de una institución educativa al no tener formación jurídica, tienen bastantes dificultades al momento de fijar los hechos, utilizar la calificación jurídica y así como determinar la sanción que corresponda, si bien la gradualidad de una sanción, aún no está tan claro sino deja aún a la

discrecionalidad para determinar que a cada debe le corresponda un falta y a dicha falta la corresponde sanción, ésta relación todavía no está debidamente elaborada como para personas que no tienen formación jurídica, máxime que en los procesos judiciales todavía existen errores en la misma por una falta de exactitud del derecho por su propia naturaleza al no ser ciencia.

- ✓ Finalmente, se puede observar la carencia de límites entre las faltas disciplinarias, faltas penales, delitos de violencia contra la mujer, acoso, acoso sexual, chantaje sexual y otros que requieren mayor conocimiento de la dogmática penal, ante una pésima técnica legislativa utilizado por el legislador y la proporcionalidad de las sanciones que en si no obedecen a un estudio más serio.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

-  Corte Suprema de la República del Perú. Casación N° 19723-2015 Piura (1ra Sala de Derecho Constitucional y Social 21 de setiembre de 2017).
-  COUTURE, E. (1985). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
-  DROMI, R. (1996). *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires.
-  GARCIA DE ENTERRÍA, E., & RAMÓN FERNANDEZ, T. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
-  HOYOS, A. (1998). *El Debido Proceso*. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis.
-  Tribunal del Servicio Civil. Resolución N° 02714-2018-SERVIR/TSC 2da Sala (Servicio Civil 13 de diciembre de 2018).
-  ROJAS VARGAS, F. (2016). *Manual Operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima-Perú: Editorial Nomos&Thesis EIRL.
-  Tribunal Constitucional del Peru. STC 10192-2006-HC/TC Lima fj-9, LUIS ALFONSO RIVERA GOMERO (Tribunal Constitucional del Perú 7 de febrero de 2007).



resis

# LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

## THE CONSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROOF



*Saúl Nicolás Romero Chávez\**

### SUMARIO

I. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.; II.- LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA. III.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1.- Precisión conceptual. 2.- Caso Federico Salas Schultz: Pago de CTS a Vladimiro Montesinos 2.1 Hechos 2.2 Tramitación del hábeas corpus. 2.3 Análisis del caso. 2.3.1 La importancia de la prueba en un proceso judicial 2.3.2 La Concepción correcta y la aplicación errada. 2.3.3 Las subjetividades del Tribunal; CONCLUSIONES; REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

\* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Candidato a Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional por la PUCP, Juez Superior Supernumerario de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

ROMERO CHÁVEZ Saúl Nicolás "LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA". *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

ROMERO CHÁVEZ Saúl Nicolás "THE CONSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE TRIAL". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

El autor parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental implícito, y que comprende, entre otros, el de ofrecer pruebas y que estos sean admitidos y adecuadamente actuados; sin embargo, ése mismo Tribunal, en la resolución materia de análisis, soslaya que el demandante había ofrecido una pericia grafotecnia, pero ésta no fue admitida ni actuada, confundiendo ofrecer prueba con controvertir las mismas. Basado en un razonamiento defectuoso, el Tribunal Constitucional sostuvo que el demandante, al negar la imputación, ya ejerció su derecho a controvertir las pruebas, lo cual implica que no cumplió su rol de guardián de la Constitución.

**Palabras Claves:** Tribunal Constitucional. Guardián de la Constitución. Derecho de la prueba. Derecho a admitir y actuar pruebas. Razonamiento defectuoso.



### ABSTRACT

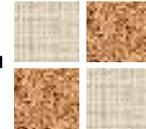
---

The author starts from the premise that the Constitutional Court has configured the right to evidence as an implicit fundamental right, and that includes, among others, that offering evidence, that these are admitted and adequately acted upon; nevertheless, that same Court, in the resolution of the matter of analysis, ignores that the defendant had offered a graphical expertise, but this was not admitted or acted, confusing offer evidence with controvert them. Based on faulty reasoning, the Constitutional Court held that the defendant, by denying the imputation, had already exercise his right to contest the evidence, which implies that did not fulfill his role as guardian of the Constitution.

**Keywords:** Constitutional Court. Guardian of the Constitution. Right to Evidence. Right to admit and act evidence. Faulty Reasoning



## I. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA



Una exégesis de la historia política nos permite recordar el principio monárquico que rigió en el continente europeo a comienzos del siglo XVIII y XIX. Este principio propugnaba como dogma que el monarca concentraba toda la fuente del poder del Estado. En el antiguo régimen, la teoría política enarboló otro dogma: la representación popular, lo que representó –en base a la distinción entre poder constituyente y poder constituido, obra de Sieyès– una limitación al primer dogma, pues se le otorgó al monarca la condición de poder constituido. Sin embargo, se entendió que el monarca disponía de un poder originario, de modo tal que cualquier otro ejercicio del poder estatal debía reconducirse a él, para así verse legitimado. Conforme al pensamiento de aquella época, el poder público estaba estrechamente relacionado a un origen divino y al fin general del Estado.

La historia política nos enseña que la época dorada del Parlamento la ubican en el segundo tercio del siglo XIX en Inglaterra porque el núcleo del sistema político es su Supremacía.

*Las leyes derogan todo el derecho que se les opongan y no pueden ser sometidas a control de constitucionalidad ni revisión judicial y la doctrina inglesa de la soberanía del parlamento había configurado a los Constituciones como “simples códigos formales de articulación de los poderes del Estado”.*

(Sainz, 1982, p.339)

Se debe indicar que “los Estados Unidos no han acogido la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento” (Revista Pensamiento Constitucional, XX, p.169). Por ello es pacífico sostener que la supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano, surgida de la lucha de los colonos frente a la corona inglesa, que invocaron un derecho más alto al derecho positivo.

Esta reseña histórica nos permite señalar la evolución de las ideas políticas, que ha transitado desde la idea del poder político -basada en un origen divino- y la inexistencia del Estado como entidad política abstracta, pero con la influencia de la ley, dado que desde el jurista medieval Bracton se decía que no es el rey quien hace la ley sino la ley quien hace al rey, hasta la época de la supremacía de la Constitución, *norma normarun* en un Estado.

La recepción en Europa del principio de supremacía constitucional no se produce hasta el período entre guerras. En 1919, el sistema de la justicia constitucional se introduce en Europa a través de dos formas: a) mediante la Constitución

de Weimar, que establece un tribunal con competencia para resolver conflictos constitucionales; y b) Por la vía de la Constitución austríaca de 1920, obra de Hans Kelsen. Lo relevante de ambas vías es que tienen el propósito de preservar la supremacía de la Constitución.

Se concibe a la Constitución como una norma jurídica cuya finalidad intrínseca es hacer efectivo los derechos fundamentales de la persona, y se establece un mecanismo procesal —jurisdicción constitucional— para hacerlos cumplir, en cuya labor el tribunal Constitucional se erige en el garante de la constitucionalidad. Es el tránsito del Estado de Derecho (con la hegemonía de la ley frente a la Constitución entendida como Código político) al estado Constitucional del Derecho, donde la Carta Política es la norma fundamental, no sólo porque se encuentra en el primer escalón de la pirámide Kelseniana (artículo 51 de la Constitución Política de 1993) sino también porque existe un órgano que se constituye en el Supremo Interprete de la Constitución; consecuentemente, resulta relevante para configurar los derechos fundamentales seguir el derrotero de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Entender a la Constitución como norma jurídica no solo implica dejar de lado el componente político, sino que esa connotación política-jurídica exige que se implemente mecanismos idóneos para defender la carta política. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. (Opinión Consultiva OC 8/87 del 30 de enero de 1987, párrafo 26).

En esta línea argumentativa, el Tribunal Constitucional peruano en la STC. N°05374-2005-AA, Fundamento Jurídico 2 afirmó:

*Los «derechos fundamentales» y las «garantías para su protección» se han constituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían «realizarse» en la medida que cuenten con mecanismos «rápidos», «adecuados» y «eficaces» para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen así en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático.*

Y esa trascendencia constitucional se configura, a pesar de que nuestra actual Carta Política —a diferencia de las Constituciones de Alemania o España— no tiene un enunciado que expresamente exija el respeto al contenido esencial de los derechos, pues esto se desprende de la esencia del mismo.

## II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

A partir del pensamiento de John Locke sobre el estado de naturaleza al tránsito del pacto social, se entendió que los conflictos sociales no se podían solucionar con la autocomposición, sino que se hacía necesario que un poder —ajeno al conflicto— se encargue de resolverlo, pero para ello debía contar con un proceso y reglas que delimiten el actuar de ese órgano estatal.

Por eso se ha acuñado la frase atribuida a (Bentham, Jeremías) que “El arte del proceso no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas”, es así que se ha resaltado —dentro de la heterocomposición del conflicto— la importancia de la prueba dentro de un proceso, ya que la autoridad jurisdiccional —como tercero imparcial— solo puede basar su decisión en los hechos debidamente acreditados y en la ley.

En este orden de razonamiento, debe entenderse que, para que un derecho sea considerado como fundamental, debe reunir ciertas características. Fernández (1994) sostiene:

*Los derechos fundamentales (...) dejan de concebirse como meras libertades individuales, o lo que es igual, como simples derechos de defensa frente al Estado, para revestirse a la par de un carácter funcional, institucional, a tenor del cual se convierten en el fundamento último del propio Estado. ).*

Se debe precisar que, por su naturaleza, el derecho fundamental no está necesariamente previsto en una norma legal, no se trata de una enumeración taxativa, sino que también se deriva de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Artículo 3 de la Constitución Política del Perú de 1993)

El Tribunal Constitucional en la STC N° 1417-2005-AA, Fundamento Jurídico 2 ha señalado que el concepto de derechos fundamentales comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en normas básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”. Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la norma fundamenta de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del

principio-derecho de dignidad humana, pre existente al orden estatal y proyectado en el cómo fin supremo de la sociedad y del Estado.

En la acotada sentencia, Fundamento Jurídico 21, el máximo intérprete de la Constitución sostuvo:

*“Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.*

*Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”.*

Y, partiendo del pensamiento del profesor colombiano Bernal (2003) afirma: “Todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”(p. 79). Distingue entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental. Así, en el Fundamento Jurídico 24 de la STC. N° 1417-2005-AA define a las primeras como los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que, al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

Es pacífico sostener que la expresión derechos fundamentales ha recibido y recibe denominaciones diversas. “Esto significa que, se ha hablado y se habla de derechos naturales, de derechos innatos y de derechos humanos, siendo este último el término más usado como su sinónimo” (Bustamante, 1997, p. 175).

El Tribunal Constitucional en la STC N° 00976-2001-AA, fundamento Jurídico 5 ha planteado el doble carácter de los derechos fundamentales: “hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan solo un status negativo, la preservación de un

ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores humanos, es decir el componente estructural básico del orden constitucional, “en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”.

Por otro lado, “Esto significa que, el derecho a probar no tiene un **reconocimiento** expreso en el texto constitucional, sino que se relaciona como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho al debido proceso” (Bustamante, 1997, p. 177). Por ello al ser estos derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos, “resulta entendible que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos” (Ídem).

En el derecho Comparado, sí tiene reconocimiento constitucional expreso. Por ejemplo, la Constitución Española lo reconoce como derecho fundamental al contemplarlo en el artículo 24 inciso 2 que corresponde al Título. Sobre este derecho fundamental existe ya un amplio cuerpo doctrinal (entre otras SSTC 1/1996 del 15/01; 26/2000 del 31/01; 133/2003 del 18/12, F.J. 2; 359/2006 del 18/12; 77/2007 del 16/04 y 86/2008 del 21/07) en el que se ha afirmado que presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, así como con el derecho de defensa, del que es realmente inseparable. Esto nos permite afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa e integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso.

La Sentencia del Tribunal Español 128/2017 del 13 de noviembre de 2017, en el Fundamento Jurídico 4 planteó las notas caracterizadoras de este derecho fundamental y de su protección constitucional son:

- a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio habrá de sujetarse a las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional. Por ello, para que se produzca su lesión se requiere que la prueba no admitida, o no practicada, se hay solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. En concreto, no se puede considerar lesionado dicho derecho cuando una prueba haya sido inadmitida en aplicación de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ser ponerse en duda.
- b) Este derecho no es absoluto, de manera que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes correspondiendo a los órganos judiciales

efectuar siempre la valoración de la pertinencia y legalidad de las pruebas solicitadas.

- c) La denegación de las pruebas propuestas ha de ser motivada por los órganos judiciales, pudiendo vulnerarse el derecho fundamental cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha inadmisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.
- d) La garantía constitucional del artículo 24.2 C.E no cubre cualquier irregularidad u omisión procesal, sino únicamente aquellos casos en los cuales la prueba fuera decisiva en términos de defensa. En concreto, para que este derecho pueda entenderse vulnerado, la denegación de la prueba debe ser imputable al órgano judicial y, además, la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, siendo carga del recurrente la de justificar la indefensión sufrida. Esta exigencia implica, por una parte, que el recurrente debe demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, que debe argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones. Solo en el caso – comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.
- e) Finalmente, el artículo 24 C.E impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras la aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de justicia.

Asimismo, en la sentencia del aludido Tribunal Español **212/2013 del 16/12**, en el Fundamento Jurídico 4 se sostuvo: “En relación con el derecho a la prueba, este tribunal ha tenido ocasión de establecer doctrina sobre su alcance instrumental. Según establecimos en la STC 88/2004 del 28/05, F.J. 3 y 4 “Ese tribunal ha puesto no obstante de relieve “las íntimas relaciones del derecho a la prueba con otros derechos garantizados en el artículo 24 C.E. Concretamente, se ha hecho hincapié en la conexión de este específico derecho constitucional con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba (SSTC 89/1986 del 1/07, F.J. 2; 50/1988 del 22/03) y con el derecho de defensa, del que es inseparable (SSTC 131/1995 del 11/09, F.J. 2; 1/1996 del 15/01 y 26/2000 del 31/01).

Desde la perspectiva del artículo 24.2 C.E, la STC 76/2010, del 18/11/, Fundamento Jurídico 4, recuerda cuál es el concreto contenido del derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes para el ejercicio del derecho de defensa “Este tribunal ha destacado de manera reiterada que el alcance de dicha garantía queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, queda acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, resultando necesario demostrar que la actividad probatoria que no fu admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener la influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución. Igualmente hemos sostenido que tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por el tribunal, sino que se exige que el solicitante del amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda”. Asimismo, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 185/2007 del 10/09, Fundamento Jurídico 2; y 258/2007 del 18/12, Fundamento Jurídico 2)

La jurisprudencia italiana al igual que su doctrina señalan que el derecho a la prueba supone vulnerar la garantía constitucional de la tutela judicial reconocida en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución Italiana.

*Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él. (Bustamante, 1997, pág. 172)*

### III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

#### 1.- Precisión conceptual

En primer lugar, nuestra jurisprudencia constitucional ha desarrollado la conexión dogmática entre el derecho a la prueba con otros derechos fundamentales, específicamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. En el sonado proceso de Habeas Corpus interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana, alegaron que se les negó la tutela procesal efectiva cuando se vulnera su derecho a la probanza y a la defensa, en la medida que habiendo presentado testimoniales (tanto del asesor legal del canal como del administrador del mismo), nunca fueron admitidas ni rechazadas por el juez. Así, en la STC N° 6712-2005-HC/TC, Fundamento Jurídico 13, el Supremo Intérprete de la Constitución tuvo

oportunidad de sostener: “El derecho a probar es uno de los componentes elementales de derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. La ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio”. Pero estos derechos fundamentales, a su vez, están concatenados a lo que se denomina en la jurisprudencia constitucional como “derecho continente”: el debido proceso, que ha sido desarrollado, entre otras resoluciones, por la STC. N° 00200-2002-AA, Fundamento Jurídico 3:

*“El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc”.*

En nuestra opinión, al tratarse de un derecho constitucional no expreso, sino implícito, el derecho a la prueba, para tener una connotación constitucional, debe generar en el afectado un “**estado de indefensión**”, lo que implica que cualquier irregularidad no puede *per se* vulnerar el contenido esencial de este derecho, sino cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (STC. N.º 0582-2006-PA/TC; STC. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros).

En esta línea argumentativa, se debe indicar que –como todo derecho fundamental– el derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado o absoluto. Desde la STC. N° 010-2002-AI/TC, el Supremo Intérprete de la Constitución afirmó que el derecho a la prueba se encuentra sujeto a restricciones, derivados tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos– como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos–.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado dogmáticamente los límites del derecho a la prueba en la **STC. N° 6712-2005-HC/TC**.

*El derecho a la prueba se encuentra sujeto a los principios de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Estos principios informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, establecen límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho. No obstante, ello, puede configurarse otra clase de límites, derivados de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en todo caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Talavera, 2017, p. 41)*

“El **principio de pertinencia** exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso” (Talavera, 2017 p. 42). Ello implica que un medio probatorio que no tenga esa conexión fáctica no debería ser admitido.

“Por intermedio del **principio de conducencia o idoneidad**, algunos hechos deben ser probados a través de determinados medios probatorios”(Talavera, 2017, p. 42). Ej. Un desbalance patrimonial solo podría acreditarse mediante una pericia contable.

“A través del **principio de utilidad**, no se pueden admitir y actuar cualquier medio probatorio, sino aquel que permita conocer lo que es objeto de prueba, que preste algún servicio en el proceso de convicción del juzgador” (Talavera, pág. 42).

Por su parte, Cafferata (2008) afirma “Un sector de la doctrina procesal sostiene que, en sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente” (p. 3). Por ello, se afirma que “la prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales” (Cafferata Nores, 2008, p. 5)

En la STC. N° 1014-2007-PHC/TC, se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, lo que implica que no puede admitirse ni actuarse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico.

## 2.- Caso Federico Salas Schultz: Pago de CTS a Vladimiro Montesinos

### 2.1 Hechos

El día 19 de septiembre del 2000, se suscribe el decreto de Urgencia N° 081-2000, por el cual se autorizaba al sector Defensa utilizar S/ 69'597, 810 soles del tesoro Público y se emite el Cheque N° 03066404 que al tipo de cambio equivaldría a 15 millones de dólares. Dicha cobranza fue realizada por el general 8r) Luis Munte Schwars, jefe de la oficina General de Administración del ministerio de defensa y ese dinero se le entregó personalmente al ex asesor Vladimiro Montesinos por concepto de CTS, quien, a su vez, entregó el dinero a James Stone Cohen para el depósito en una cuenta bancaria suiza.

En esa época, Federico Salas-Guevara Schultz era presidente del Consejo de Ministro y su firma aparecía consignada en dicho decreto de Urgencia. Posteriormente, en sede parlamentaria, Salas-Guevara manifestó que se le pretendía denunciar ante el Poder Judicial por el solo hecho de haberse utilizado su firma, escaneada ilícitamente, para hacerlo aparecer como firmante del referido decreto de Urgencia que autorizaba la transferencia de recursos del Estado a favor de Montesinos. Insistió que él nunca firmó ese decreto de urgencia, pero no existía el original y no fue publicado en el diario Oficial El Peruano.

Después, se le instaura el expediente N° AV.23-2001 por los delitos de falsedad ideológica y Asociación ilícita para delinquir, en calidad de autor; y por el delito de Peculado, en calidad de cómplice y se le condena a tres años de pena privativa de la libertad suspendida, y se le impone una reparación civil de 3 millones de nuevos soles y se lo inhabilita por el plazo de 2 años. Dicha sentencia fue impugnada, y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia -por mayoría- confirmó dicha sentencia.

## 2.2 Tramitación del hábeas corpus

Con fecha 8 de junio de 2006, interpone demanda de hábeas corpus contra los 4 vocales supremos que confirmaron por mayoría la sentencia condenatoria, y el 3 de agosto del 2006, el 49 va. Juzgado Penal de Lima declaró fundada, argumentando:

- a) Se desprende que el accionante ha sido sometido a un proceso penal irregular, en el que se han vulnerado sus derechos al debido proceso y a la defensa, puesto que se le ha impedido actuar medios probatorios indispensables para determinar su responsabilidad en los hechos imputados;
- b) No se ha utilizado el procedimiento de cotejo al momento al momento de analizar la similitud entre el documento original y la copia fotostática del decreto de urgencia;
- c) Se desconoce el resultado de las apelaciones interpuestas durante la tramitación del juicio oral, uno de los cuales está vinculada a la denegatoria de la pericia grafotecnia solicitada por el demandante.

Con fecha 18 de octubre del 2006, la Segunda Sala Especializada en lo penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró -por mayoría- **IMPROCEDENTE** la demanda, alegando que no se ha acreditado la existencia de algún tipo de amenaza o vulneración de los derechos invocados en la demanda. Adicionalmente, señaló que el original del decreto de urgencia fue adecuadamente valorado en el proceso penal seguido contra el demandante.

El Tribunal Constitucional, con fecha 5 de abril del 2007, emite la **STC. N° 1014-2007-PHC/TC** donde resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda por los siguientes argumentos:

- a) El contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho del procesado a presentar pruebas, pero también a controvertir las mismas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichas contradicciones; en este caso, el demandante afirmó que se había falsificado su firma, afirmación que ha reiterado, al negar sucesivamente la autenticidad de su firma en el decreto de urgencia, sin crear la convicción jurídica suficiente, en este aspecto, el demandante ha ejercido plenamente y sin restricciones su derecho a controvertir las pruebas;

- b) El acusado Boloña Behr, en su declaración testimonial, precisa que el documento original contenía las firmas de los funcionarios públicos; por lo que todo ello, genera la convicción -aun cuando no exista pericia al respecto- que el documento alcanzado por el acusado Boloña Behr resulta ser el decreto original.
- c) En ningún momento del proceso penal, se le ha impedido o restringido cuestionar, como medio de prueba, la fotocopia del decreto de urgencia mencionado; prueba de ello es que ha tenido la libertad para formular tacha.
- d) El órgano jurisdiccional no solo ha resuelto la tacha formulada por el recurrente, sino que, en valoración conjunta con otros elementos probatorios ha podido formarse convicción jurídica de la responsabilidad penal del demandante.

## 2.3 Análisis del caso

### 2.3.1 La importancia de la prueba en un proceso judicial

Una primera reflexión estriba sobre la importancia de la prueba dentro de un proceso judicial, en la medida que, más allá de su precisión conceptual que ya se ha esbozado precedentemente, lo relevante, lo superlativo respecto de la prueba es su efecto en la decisión judicial. Como ya lo explicó Jeremías Bentham en unas breves palabras que describen su naturaleza e importancia “El proceso es el arte de las pruebas”.

*Y ello es así porque “la convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legítimamente obtenidos y legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan: ésta es la garantía. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva” (Cafferata Nores, 2008, p. 5)*

En ése orden de ideas, el ex Premier Federico Salas-Guevara fue procesado por haber firmado el decreto de Urgencia que autorizaba la transferencia de recursos económicos con los cuales se iba a pagar la Compensación por Tiempo de Servicios del ex asesor presidencial; sin embargo, éste, en su defensa, alegó que no había firmado dicho decreto y para acreditar esa afirmación ofreció como prueba la pericia grafotecnia sobre la firma consignada en el aludido documento; entonces, el procesado pretendía desvirtuar la imputación con el referido medio de prueba.

De modo tal que debemos entender que la prueba se erige en un mecanismo constitucional y legal, es el arma con que cuenta el procesado para defenderse de la acusación.

Así como antiguamente, en una pugna por un determinado bien u objeto, el ser humano utilizaba armas (lanzas, cuchillos) en la época moderna, la prueba es el arma para defenderse de un ataque dentro de un proceso. Lejanos están los tiempos en los que se ponía a cargo de la divinidad el señalar a los culpables, y los tribunales solamente hacían el ritual para tal fin, recordemos los denominados juicios de Dios, las ordalías, los tiempo modernos exigen que el juez no actúe subjetivamente, con su entender y saber, sino que se requiere que su decisión -como tercero imparcial- se sustente en datos objetivos, acreditados suficientemente, y ello solamente se logra a través la admisión, actuación y valoración de las pruebas. (Cafferata Nores, 2008, p. 4)

De manera que para que exista un Estado Constitucional del derecho, que se caracteriza por la proscripción de la arbitrariedad, la prueba, en un proceso judicial, significa uno de las maneras en que el Estado se legitima.

*Se debe resaltar que “Al Juez, fundamentalmente, se le persuade, se le convence con pruebas, además de las razones jurídicas que correspondan” (Mayta Reátegui, p. 128).*

### 2.3.2 La concepción correcta y la aplicación errada

En la sentencia del caso materia de este ensayo, en el Fundamento 16, se hace una concepción correcta del derecho fundamental a la prueba, ya que se sostiene “parte del contenido esencial del derecho fundamental a la prueba consiste en el derecho del procesado a presentar pruebas, pero también a controvertir las mismas”; sin embargo, al resolver esa alegación del derecho constitucional vulnerado, el Tribunal Constitucional erradamente concluye que la afirmación de descargo (negar que haya firmado el aludido decreto de urgencia) no ha creado una convicción jurídica suficiente, cuando el objeto de la pretensión era cuestionar la arbitrariedad de los jueces ordinarios, que no sólo vulneraron el derecho a la prueba del procesado, sino que pretende condenarlo porque “no probó” su afirmación.

Hay un razonamiento probatorio errado, al pretender confundir que el derecho a la prueba se ejerce plenamente con la afirmación de que no firmó el decreto de urgencia, lo que llama la atención, en la medida que el Tribunal, en el fundamento jurídico 15, hace mención que el demandante ha señalado que la violación de su derecho constitucional estriba en que “se le ha impedido de realizar una pericia grafotécnica”; entonces, su análisis debió centrarse en ello, verificar si, efectivamente, la afirmación de que no se actuó una prueba ofrecida, que cumple con los presupuestos que limitan el derecho a la prueba, verbigracia, licitud, pertinencia, conducencia, pero no pretender señalar que la afirmación - sin prueba- es una manera de controvertir las pruebas.

Una aplicación errada también es lo consignado en el fundamento jurídico 17, de que el derecho fundamental a la prueba también implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional se pronuncie en torno a las controversias probatorias

expuestas por el procesado, ya que ello no fue el argumento del demandante, dado que, conforme lo consigna en el fundamento 15, éste había alegado la violación de su derecho constitucional por el hecho de no actuar la aludida pericia; entonces, no corresponde alegar el resultado de la tacha.

Soslaya el Tribunal Constitucional que la manera eficaz de controvertir las pruebas en un proceso judicial regular es a través de la admisión y actuación de pruebas de descargo; consecuentemente, no se puede controvertir pruebas de cargo con afirmaciones, sin que se admita, actué y valore las pruebas de descargo, ese juego dialectico, ese contrapeso nos permite llegar a la verdad legal y transitar de lo desconocido a la certeza.

En este caso, al no admitirle una prueba que resultaba pertinente, útil, conducente no solo se afectaba el derecho a la prueba, sino también el de defensa, dado que ambos están estrechamente vinculados dogmática y normativamente. Así, el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal integra la prueba al contenido esencial del derecho básico a la defensa, cuando hace referencia “a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y a “utilizar los medios de prueba pertinentes”, ello debido a que el procesado tiene derecho a acreditar la veracidad de los hechos en que descansa su pretensión; en este caso, Salas-Guevara sostenía, desde la etapa pre procesal (parlamentaria) que no había firmado el decreto de urgencia. Precisamente, en el Fundamento jurídico 10, el tribunal afirmaba **“Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”**.

### 2.3.3 Las subjetividades del Tribunal

Otro tema que es necesario analizar del caso materia de este ensayo es el referente a las cuestiones probatorias, que no fueron objeto de cuestionamiento del demandante, dado que éste alegó que la vulneración a su derecho constitucional que ameritaba el hábeas corpus se refería a la no admisión y actuación de un medio de prueba indispensable no solo para el procesado, en lo referente a su defensa, sino para lograr el objeto del proceso penal, que es la búsqueda de la verdad.

Efectivamente, el Tribunal hace alusión a la tacha contra la fotocopia del decreto de urgencia que fue declarado infundado, donde después de hacer hincapié que dicha cuestión probatoria habría sido planteada “cuando ya se había dispuesto la iniciación de la segunda etapa del proceso penal”, consigna algunas referencias fácticas que le permite arribar a una conclusión subjetiva sobre la autenticidad del documento. Así, se anota **“es de puntualizar que en sesión de audiencia del veintidós de febrero de dos mil cinco (autodefensa) el acusado Carlos Boloña Behr, ha presentado el acotado decreto de Urgencia, por lo que este colegiado considera que el documento cuestionado es copia del mismo y por**

**tanto tiene el valor probatorio suficiente (..) por tanto la articulación deviene en infundada”.**

Si el procesado negaba su firma en el documento y éste no había sido publicado en el diario oficial El Peruano, es decir, la controversia giraba en torno a la autenticidad y firma del documento, cómo puede el Tribunal señalar que la fotocopia tiene el valor probatorio suficiente, ¿Cómo puede afirmar algo que desconoce? ¿Los documentos públicos son archivados por quienes los suscribieron o deben estar en el archivo de la Nación?

En el Fundamento 19 de la sentencia materia de este trabajo, se plasma otra subjetividad del tribunal, que es, fundamentalmente, arbitrariedad, impropia de un guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales en una sociedad. Así, sostiene **“está acreditado que el citado Decreto de Urgencia fue suscrito por los acusados Carlos Alberto Boloña Behr, Carlos Alberto Bergamino Cruz y Luis Federico Salas Guevara Schultz, todos ellos en sus condiciones de funcionarios públicos del más alto nivel, esto es Ministro de Economía y Finanzas, Ministro de Defensa y Presidente del Consejo de Ministro, respectivamente, según es de apreciarse del original del citado documento, además del reconocimiento realizado por Boloña Behr y Bergamino Cruz a lo largo del proceso; (..) asimismo, con el oficio de fojas tres mil ciento trece y las instrumentales obrantes de fojas tres mil ciento quince a tres mil ciento treinta y ocho, se determina que el cuestionado Decreto no apareció registrado en cuanto a su formulación ni aprobación en las Actas de Sesiones del Consejo de Ministros realizadas entre el ocho de agosto al siete de noviembre de dos mil; mientras que el oficio de fojas tres mil ciento catorce suscrito por José Kamiya Teruya, exsecretario General de la Presidencia de la República, da cuenta que el documento fue entregado personalmente por Fujimori Fujimori para ser llevado a la Secretaría del Consejo de Ministros donde se enumeró y selló, tras lo cual fue devuelto a aquél, indicación que lo ha reiterado en su declaración testimonial obrante a fojas tres mil cuatrocientos treinta y cinco a tres mil cuatrocientos treinta y nueve, donde precisa que el documento original contenía las firmas de los citados funcionarios públicos; por lo que todo ello, genera la convicción -aun cuando no exista pericia al respecto- que el documento alcanzado por el acusado Boloña Behr en la sesión de audiencia del veintidós de febrero, resulta ser el Decreto original”.**

Una primera interrogante fluye del razonamiento del Tribunal ¿Cómo pueden afirmar que se ha acreditado que el Decreto de Urgencia fue suscrito por el acusado Luis Federico Salas Guevara Schultz, cuando éste había negado enfáticamente haberlo firmado? ¿Cómo pueden señalar que firmó cuando el íter procedimental del documento fue irregular y el Tribunal lo consigna expresamente, en la medida que no “no apareció registrado en cuanto a su formulación ni aprobación en las actas de sesiones del Consejo de Ministros? ¿En un Estado de derecho y en un proceso regular prima la subjetividad del juzgador o ésta debe sustentarse necesaria e indispensablemente en pruebas?

Otro análisis que fluye de la indicada sentencia es que el Tribunal cree que su razonamiento subjetivo, sin base probatoria, puede sustituir a las pruebas e,

inclusive, se atreve a señalar que su convicción se forma aun cuando no haya pericia, lo que implica que con este razonamiento el derecho constitucional a probar está vaciado de contenido, en la medida que cualquier juez podría sostener que las ideas, las palabras, en un proceso judicial, tienen más valor que las pruebas.

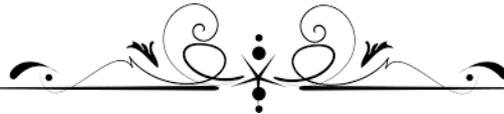
## CONCLUSIONES

- ✓ El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso.
- ✓ El derecho fundamental a producir la prueba está relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según el derecho subjetivo el derecho a la prueba, las partes tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.
- ✓ Al demandante Salas Guevara se le acusó penalmente porque habría firmado un Decreto de Urgencia, pero éste negó haber firmado, por lo que ejerciendo su derecho de prueba solicitó que se realice la pericia grafotecnia; sin embargo, no fue admitida dicha prueba a pesar de ser pertinente.
- ✓ En el proceso constitucional, el tribunal desarrolla correctamente la línea dogmática del derecho fundamental de la prueba, indicando que uno de sus componentes es el de producir la prueba necesaria para acreditar los hechos que configuran su defensa; sin embargo, no razona ni resuelve el argumento del demandante en el sentido de que, al no admitir ni actuar la pericia, se ha violentado su derecho a la prueba.
- ✓ Esta sentencia es una muestra lamentable de cómo se puede razonar dogmáticamente bien, pero resolver arbitrariamente, donde nos dan un mensaje que todavía falta mejorar el razonamiento probatorio de los magistrados, incluso del más alto nivel.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-  Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76
-  Bustamante Alarcón, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial* en revista Jus et Veritas N° 14, PUCP, Lima.
-  Cafferata Nores. José. *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, 6ta. Edición, Buenos Aires, 2008.

-  Fernández Segado, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones jurídicas, Lima, 1994.
-  Mayta Reátegui, Daniel. *El proceso Inmediato*, Instituto Pacifico, Lima.
-  Rainer Grote. *Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit* en revista *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Año VIII, N° 8.
-  Sainz Moreno, Fernando. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional* de Eduardo García de Enterría, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 2, Núm. 6, septiembre-diciembre 1982.
-  Talavera Elguera, Pablo. *La prueba penal*, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017.



*Autores Internacionales*



---

**BARRAGÁN GARCÍA JOSÉ GABRIEL (Ecuador)**

ESCUCHAR A LOS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE FAMILIA:  
MÁS ALLÁ DE LA OBLIGACIÓN

-----  
LISTEN TO CHILDREN IN FAMILY CASES: BEYOND THE OBLIGATION

---

**GIL OSORIO JUAN FERNANDO (Colombia)**

**SIERRA ZAMORA PAOLA ALEXANDRA (Colombia)**

EL EJÉRCITO NACIONAL Y LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO  
RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA: La Asistencia Militar cuando se presente  
un hecho fronterizo y no exista intención hostil

-----  
THE NATIONAL ARMY AND THE RULES OF CONFRONTATION  
RELATED TO THE USE OF THE FORCE: Military Assistance when a frontier  
event occurs and there is no hostile intention

---

**GÓMEZ REYES JOSÉ ALFREDO (México)**

DERECHO HUMANO AL ACCESO A INTERNET

-----  
HUMAN RIGHT TO INTERNET ACCESS

---

**HERNÁNDEZ MUÑOZ VERÓNICA (Ecuador)**

**VANEGAS MAINGON ALEJANDRO (Ecuador)**

DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

-----  
DEVELOPMENT OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND  
ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE  
CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR.

---

**LIMA ROCHA WILLIAM (Brasil)**

DISCUSIÓN INTERNACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDAD Y CONSUMO

-----  
INTERNATIONAL DISCUSSION ON SUSTAINABILITY AND  
CONSUMPTION

---



# ESCUCHAR A LOS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE FAMILIA: MÁS ALLÁ DE LA OBLIGACIÓN

---

## LISTENING TO MINORS IN FAMILY CASES: BEYOND THE OBLIGATION



*José Gabriel Barraza García\**

(Ecuador)

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO, 3. LA OBLIGACIÓN; 4. LA NECESIDAD; 5. EL RESULTADO. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Abogado de los Tribunales de la República. Diploma Superior en Investigación del Derecho Civil. Diploma Superior en Derechos Humanos y Democracia. Especialista en Derecho Civil Comparado. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Doctorando (Ph.D) en Ciencias Jurídicas – Pontificia Universidad Católica Argentina. Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Ambato – Ecuador, Función Judicial del Ecuador.



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

BARRAGÁN GARCÍA José Gabriel "ESCUCHAR A LOS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE FAMILIA: MÁS ALLÁ DE LA OBLIGACIÓN". *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

BARRAGÁN GARCÍA José Gabriel "LISTENING TO CHILDREN IN FAMILY CASES: BEYOND THE OBLIGATION". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

Este artículo se centra en la identificación y reconocimiento del niño como sujeto de derechos, y fundamentalmente en este contexto se aborda el derecho del niño a ser escuchado, pero de una manera efectiva por los operadores de justicia, escucha que se manifiesta en un primer momento como una obligación normativa y formal, pero que en aplicación de la Doctrina de Protección Integral se transforma en una imperiosa necesidad para el juzgador a fin de lograr la práctica y firme decisión de un caso en el que se hallen involucrados los derechos del niño, lo que determinará que el proceso judicial resulte exitoso y en este sentido se emita la correspondiente decisión considerando la integralidad de los derechos del niño junto a la seguridad jurídica y respeto al derecho de los demás intervinientes, mostrándose así su importancia en el quehacer jurisdiccional actual.

**Palabras Claves:** Derechos del niño, escuchar al niño, opinión, sujeto de derechos.



### ABSTRACT

---

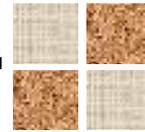
This article focuses on the identification and recognition of the child as a subject of rights, and fundamentally in this context the right of the child to be heard, but in an effective way by the justice operators, he hears that it manifests at first as a normative and formal obligation, but that in application of the Integral Protection Doctrine becomes an imperious necessity for the judge in order to achieve the practical and firm decision of a case in which the children's rights are involved, that will determine that the judicial process is successful and in this sense the corresponding decision is issued considering the integrality of children's rights together with legal security and respect for the rights of the other intervening, showing their importance in the current jurisdictional task.

**Keywords:** Children's rights, child, listening to the child, opinion, subject of rights.



## 1. INTRODUCCIÓN.

---



**L**os casos o procesos judiciales de familia se ubican en la esfera del derecho de familia, el cual como conocemos abarca las normas inherentes a las relaciones familiares.

Estas relaciones frecuentemente afrontan múltiples conflictos que se suscitan especialmente en su interior, en los cuales directamente se involucra a niños, niñas o adolescentes (integrantes de la familia); los cuales una vez sometidos al conocimiento de la administración de justicia, le son participes al Estado, que tiene obligación de tutelar los derechos de sus integrantes como ciudadanos y como parte de este también denominado núcleo de la sociedad considerando sus roles.

Así, refiriéndonos a los niños, señalaremos que los derechos de la niñez son la consecuencia de un proceso histórico cuya vulneración demandó su apareamiento ya que en épocas anteriores la protección que se entendía para los niños, suponía desde negarles capacidad jurídica, impidiéndoles incluso el derecho a poder participar en las decisiones esenciales que afectaban a su vida.

En la actualidad se les ha reconocido en parte su capacidad manteniéndose en algunas legislaciones inclusive como incapaces relativos en función de su edad.

Los conflictos familiares son múltiples, frecuentes y con distintos matices unos de otros, por cuanto las relaciones familiares o parento filiales, presentan especiales características que deben ser resueltas por jueces, personas ajenas a la realidad familiar que deben conocer de tal conflictividad y garantizar a las partes imparcialidad y tutela de derechos de cada actor de los procesos judiciales.

Al referirnos a las familias (en sus distintos tipos) y a la conflictividad familiar se evidencian que se dan relaciones entre: los progenitores, la madre y los hijos, la familia ampliada y los hijos; y, padre e hijos (Bermúdez, 2017, p. 80) y al momento de ser sometida una contienda legal los juzgadores tienden a analizar una exclusiva relación y no todas en su conjunto, es decir por lo general se tiende a resolver exclusivamente el litigio suscitado entre los mayores de edad.

Se presentan casos, en los que no se cuenta con la opinión del niño, invisibilizándolo inclusive cuando se ha verificado su presencia, restándole la importancia de lo que ha aportado respecto de su situación al interior de la familia lo cual se produce cuando se evidencia una posición adulto céntrica de los juzgadores.

## 2. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO.

Este derecho de especial connotación se instituye como parte del conjunto de libertades del niño con el que se pretende garantizar su participación en las causas judiciales que les afecten principalmente.

Al tratar temas relativos a la infancia inmediatamente nos direccionamos a la normativa internacional que ampara a este grupo de atención especial o prioritaria, es decir a la Convención sobre los Derechos del Niño, norma que en muchos países ha adquirido rango constitucional, este instrumento contempla como uno de los derechos de participación de los niños el opinar con libertad, lo cual nos remite a su Art. 12 que señala:

*“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”(Convención sobre los Derechos del Niño).*

Esta obligación se ha determinado con carácter general a todo procedimiento en el cual esté involucrado un niño, sea este administrativo o judicial.

Se infiere la obligatoriedad impuesta a los administradores de justicia de garantizar el derecho del niño de opinar directamente respecto de los asuntos que le afecten, observando su grado de madurez y partiendo de su edad, dejando como una posibilidad abierta la intervención de interlocutores válidos para ese efecto, ajustándose obviamente a las leyes nacionales, entendiéndose que aquello se refiere además a su capacidad legal.

En cuanto a la edad, remitiéndonos a la norma observaremos que la misma reconoce como los doce años como la edad para poder escuchar a un niño de forma inexcusable, sin embargo de aquello la realidad nos indica que no es una condición permanente para que se proceda con la escucha por cuanto el desarrollo propio de un niño puede determinar que por debajo de esta edad, fruto de su desarrollo intelectual o características socioculturales esté en plenas condiciones de expresarse con claridad y eficacia.

Ahora en lo referente a la madurez, la misma no puede ser percibida únicamente en base a la edad, sino a las características de la información proporcionada voluntariamente por el niño de la que se evidenciara o no su discernimiento.

En determinados casos, inclusive desconociendo esta obligatoriedad no se cuenta ni directa ni indirectamente con la opinión de los niños, lo cual podría considerarse como una exclusión sistemática del acceso a la justicia ya que por su condición de niños (menores de edad) se enfrentan a procesos estructurales de desigualdad y exclusión como se ha pronunciado inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009), siendo esto una evidente vulneración a sus derechos.

### 3. LA OBLIGACIÓN

En sentido estricto la obligación se constituye como el “vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos” (Real Academia Española, 2018).

La obligación de escuchar y contar con la opinión de los niños en los procesos judiciales, se impone en primer momento al Estado suscriptor que ratificó la Convención de los Derechos del Niños y esta se deriva a sus operadores de justicia como ejecutores de tal deber, por cuanto no se puede desconocer esta responsabilidad internacional preestablecida.

Con el antecedente planteado nos remitiremos a la obligación de los operadores de justicia de escuchar a los menores de edad en los casos que les afecten dentro de los procesos judiciales de familia especialmente, lo cual como mencionamos halla sustento en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia inclusive con el Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 8.1). (Beloff, 2018)

Estas disposiciones ampliamente difundidas, han calado profundamente en la formación y en el quehacer diario de los juzgadores que conocen causas de familia y han sido adoptadas principalmente como una obligación que en teoría propendería a mejorar las condiciones de vida de los menores de edad cuyos procesos (o de sus progenitores) resuelven.

La obligación per se, se comprende bajo una perspectiva que adopta y proclama derechos para los niños; enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños, niñas y adolescentes y que estos sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas integrantes de la familia, en aras de la armonía familiar y de la adecuada convivencia, reconociendo su vulnerabilidad y desventaja frente a los adultos en razón de su edad. (Beloff, 1999, p.9)

El Juez cumpliendo con la legislación nacional e internacional, casi de manera generalizada en los procesos de familia en que se ven inmiscuidos menores de

edad cumple con esta obligación, a medias podríamos decir, por cuanto no puede apartarse de tal imposición, a fin de plasmar en los expedientes y el los fallos este acatamiento convoca (casi siempre) a los menores de edad y los escucha, muchas de veces de una manera superflua y sin que esto revista interés o incida en su decisión, es decir con el único afán de cumplir la formalidad exigida por la norma, habida cuenta de que la obligación no determina que la opinión sea vinculante.

En este sentido podríamos indicar que el juzgador se limita a oír al menor de edad para cumplir la formalidad; es decir, sin darle la importancia suficiente a lo que pudiere decir o aportar para la decisión de la causa, por lo que indirectamente lo invisibiliza dentro de la causa, manteniendo el esquema de que el conflicto debe ser resuelto solo a favor del demandante o del demandado (adultos), sin considerar lo que puede señalar el niño como posible beneficiado o perjudicado de la decisión que pudiere tomarse, ya que afecta directamente sus intereses y su vida misma.

En la práctica, este es el verdadero problema al tratar de cumplir con este derecho de los niños, es decir cumplir la escucha solamente por obligación, por cuanto con ello se cierra los ojos a la realidad de que en los casos de familia, existen temas y derechos interconectados que deben ser analizados con el fin de resolverlos armónicamente, sin embargo se denota que algunas resoluciones judiciales se alejan de la realidad y resulta desinteresadas del resultado que producirán. (Mazzinghi, 2016 p.83)

#### **4. LA NECESIDAD.**

Una necesidad se identifica con el “Impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido.” (Real Academia Española, 2018).

Los casos que se presentan en el que quehacer jurídico y que son sometidos a la administración de justicia y al conocimiento de los jueces revisten diferentes características o circunstancias con diversos actores que un de un tratamiento diferenciado, conforme a las normas vigentes y con el apoyo inclusive principios.

Es aquí, en donde se supera es estado de obligación impuesto por la norma, en donde un juzgador convencido de la trascendencia de resolver una causa en la que se encuentre inmerso un niño, siente esta necesidad de buscar información de la fuente, de quien en efecto se verá beneficiado o perjudicado por cualquier decisión que pudiere tomarse.

Esta motivación que deviene en necesidad, solamente puede ser fruto de una adecuada formación del juzgador en la que se estudie el caso a partir de una concepción ética y jurídica adecuada que deje de lado la concepción del niño y lo identifique como un sujeto de derechos.

El reconocer la titularidad de los derechos de los niños, es parte de la necesidad de recurrir al niño para tratar y conocer los litigios en los que se vean inmersos, por cuanto con ello se supera la concepción del Estado que tutela personas y nos afrontamos a la realidad de que el estado por medio de la administración de justicia tutela derechos, en este caso de niños, niñas y adolescentes, lo que implica además el reconocimiento del mismo además como un sujeto social pleno.

La superación de la concepción señalada radica en el avance doctrinario que ha implicado el dejar de lado la doctrina tutelar por la Doctrina de Protección integral vigente en la actualidad la cual consideración que deja de lado la concepción del niño como objeto de la voluntad de sus progenitores o de autoridades públicas que representan al Estado cuya voluntad en sí misma (del niño) era despreciada. (Seda, 2010 pp. 137-138)

Esta evolución doctrinaria y del Derecho en sí, es fruto de las realidades actuales y vigentes, y de esta evolución no puede estar alejado el juez, ya que abordar, conocer y resolver temas de niñez o de familia en la actualidad refleja el cambio de paradigma aludido en la praxis del tratamiento jurídico, reconociendo a los mismos como sujetos de derechos en atención a la doctrina de protección integral.

Este cambio de paradigma como mencionamos permite identificar al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos, lo que debe materializarse en la realidad social más allá de las normas. (Stilerman, 2016 p.5)

En este sentido, la referida doctrina de protección integral, no puede ser desconocida por los operadores de justicia al momento de escuchar a un niño, ya que de su aplicación depende la eficacia de la escucha, del diálogo y fundamentalmente de la decisión a adoptarse, esta doctrina que es la esencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y acoge y hace efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y estatuye el rol activo que se le debe otorgar a esta población, como elemento esencial para el desarrollo social, económico y político de la sociedad (Prieto, 2012), lo que denota su importancia en la actualidad en el quehacer jurisdiccional.

Partiendo de la evolución del pensamiento jurídico que infiere que todas las personas incluidas los niños, tiene los derechos consagrados para los seres humanos y que es el Estado el que debe promover y garantizar su efectiva protección igualitaria reconociendo la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. (Cillero, 2010, pp.86-87)

La constitucionalización de los derechos humanos de la niñez en muchos países no se ha visto ajena; es decir, se han integrado los derechos y prerrogativas a favor de los mismos, no solamente a la legislación interna de los países mediante cuerpos normativos de especialidad, sino que se ha incluido esta garantía en el texto de la propia Constitución de manera directa o través del bloque de

constitucionalidad, lo que representa gran trascendencia en el proceso de reconocimiento pleno de la condición del menor como sujeto de derecho.

Para hacer realidad los derechos de los niños, es preciso que los operadores de justicia que conocen los casos (de familia para este estudio) en que estos se ven inmiscuidos, los tomen en cuenta desde el momento mismo de iniciarse una causa, considerando su existencia y presencia como fundamental en la contienda judicial identificando a este espacio como de reconocimiento y tutela de sus derechos.

En la praxis, el hecho de que el juzgador solicite la presencia del menor de edad a efectos de ser escuchado va más allá de la formalidad y el cumplimiento del requisito impuesto por la Ley.

Así existen casos que pueden considerarse de fácil resolución que requieren solamente una justificación interna; y, otros que presentan más grado de complejidad requieren adicionalmente de una justificación externa (Lozada, 2012); lo que se evidencia especialmente en materia de familia, ya que como mencionamos, soporta la interconexión permanente de problemas familiares y derechos de sus integrantes.

El escuchar al niño, en los diferentes casos de familia, entiéndase los mismos juicios por divorcio, tenencia visitas y otros de responsabilidad parental principalmente, en los que efectivamente se ven involucrados sus derechos, en la actualidad es una verdadera necesidad de los jueces ya que en base a ellos se podrá tomar las mejores decisiones que sin solucionar del todo el conflicto sometido su conocimiento (por su naturaleza), permita garantizar esencialmente la integralidad de derechos de los niños como sujetos de especial protección y que se ven directamente involucrados en el conflicto de sus padres, sin desconocer los derechos de sus progenitores que en la causa intervengan como actor o demandado indistintamente garantizando además un debido proceso.

Denotando esta facultad proporciona a los jueces de escuchar a los niños, debemos manifestar que la misma deber realizarse de una manera práctica, objetiva y efectiva.

El sentido práctico radica en buscar en primer momento la presencia del niño, niña y adolescente que este condiciones de expresar su opinión, al contar con la misma debe prepararse un espacio físico adecuado que resulte amigable para poder mantener una interacción de confianza y respeto recíproco entre el juzgador y el niño, a fin de poder lograr la empatía suficiente para poder mantener un diálogo fluido.

En muchos de los casos puede tomarse mano del principio de reserva y escuchar al menor de edad sin la presencia de los padres (en especial en temas de responsabilidad parental), en donde el niño podrá sentirse libre de expresar su opinión, así como su sentir incluidos los afectos y desafectos, es decir el juzgador

deberá garantizar esta reserva y apoyar sus decisiones en las demás piezas procesales con las que cuente.

Se evidencia en ocasiones que por la edad o por el denominado grado de madurez o por cuestiones de índole emocional o de desarrollo intelectual, resulta difícil y en ocasiones imposible mantener un diálogo o una conversación con un niño en un proceso judicial.

Los adecuados para solventar su necesidad de acceso a la información que el niño pudiere proporcionar y es aquí en donde intervienen profesionales de otras áreas como auxiliares del órgano jurisdiccional como son los equipos técnicos y en especial los psicólogos quienes tienen la formación suficiente para obtener la opinión y criterio de los niños mediante otras técnicas e instrumentos. (Simon, 2008, p.300)

En otros casos, se ha verificado la negativa del padre que se encuentra al cuidado de los menores de edad para hacerlo comparecer al juez, ya que no le beneficiaría lo que el niño pudiera manifestar y que podría ir en su detrimento o de sus intereses, verificándose evidentemente un criterio egoísta y desconociendo los derechos de su hijo; en donde el juez también como mencionamos anteriormente debe requerir del apoyo de los equipos técnicos (psicólogos – trabajador social) para hacer audible la voz de aquel niño.

No obstante de aquello, conforme a la legislación vigente en cada país, siempre y cuando esto no contraríe las normas del debido proceso, el juez no solo que podría sino que debería suspender las audiencias en las que tome decisión respecto de la situación de los niños o para mejor resolver dentro un procedimiento escrito abstenerse de dictar un fallo sin que previamente se cumpla este requisito por obligación de la Ley que deriva en la necesidad de garantizar los derechos del niño.

La objetividad, se evidencia al momento mismo de escuchar al menor de edad, en donde como garantía si pese a comparecer ante el juez el mismo no desea expresar opinión alguna, este silencio debe ser respetado.

Si por el contrario el mismo voluntariamente y sin coacción se expresa, todo lo que señale debe ser apreciado con imparcialidad como elemento ético intrínseco del juzgador, sin pretender favores a uno de los progenitores, quien por la capacitación suficiente debe encontrarse en condiciones de identificar si la expresión es natural o inducido.

Ahora bien, en el caso de no tener acceso a escuchar directamente al menor de edad por cualquiera de las causas referidas y el juez pretenda argumentar que no existieron las condiciones de expresarla, aquello no solo puede atribuírsele a que no habló o no quiso indicar nada, sino que se deberá justificar que no hubo manera de recabarla, incluso pese al apoyo de especialistas. (Simon, 2008).

La efectividad, se evidencia por cuanto la intervención del niño en los asuntos que le conciernen no es una actuación procesal, no es un medio probatorio sino

se constituye en un medio fundamental de información para el juez (D'Antonio, 2014, p. 105), quien inteligenciado de una realizada puede adoptar las mejores medidas y decisiones garantizando en todo momento los derechos del niño.

## 5. EL RESULTADO

Escuchar a los menores de edad en los procesos de familia, sin duda va más allá de una obligación impuesta por la norma a los jueces, ya que con esta valiosa herramienta, se puede hacer efectivo el denominado enfoque de derechos o lograr la protección de los niños en clave de derechos humanos.

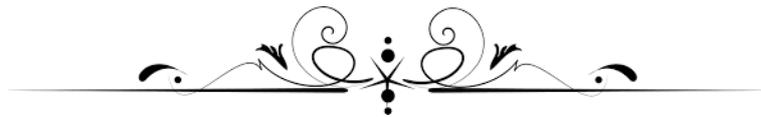
Esta garantía alcanza inclusive el nivel de principio y debe ser analizado y adicionalmente en función del principio de autonomía progresiva (Krasnow, 2016, p.400), en donde el menor de edad identificado como sujeto pleno de derechos se convierte en protagonista de las decisiones que afectarán su vida reconociéndose así además su capacidad legal según su evolución.

La escucha adecuada, imparcial, y garantista de los derechos del niño satisface la necesidad que los procesos de familia a diferencia de otra clase de procesos judiciales requiere por parte del juzgador para adoptar sus decisiones en el marco de la legalidad y debido proceso, en donde respetando el derecho de las partes (adultos) garantice la integralidad de los derechos de niños involucrados directa o indirectamente, lo que propende además a mantener la armonía familiar (en medida de lo posible), pero fundamentalmente buscarán afianzar la relaciones parento filiales entre progenitores e hijos, más allá del litigio judicial que enfrente sus padres y las consecuencias respecto de estos.

### BIBLIOGRAFÍA. )

-  BELOFF, Mary (1999) *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar*”, en Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile - Chile, Unicef.
-  BELOFF, Mary (2018) *Derechos del Niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. Buenos Aires - Argentina, Hammurabi.
-  BERMUDEZ TAPIA, Manuel (2017) *El Derecho de Familia en la Postmodernidad*. Perú, Universidad Privada Antenor Orrego.
-  CILLERO, Miguel (2010) *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Quito - Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

-  D'ANTONIO, Daniel Hugo (2014) *Convención sobre los Derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente. Jurisprudencia nacional y extranjera*. Buenos Aires - Argentina, Editorial Astrea.
-  INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Derechos humanos y acceso a la justicia en Ecuador*. San José - Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
-  KRASNOW, Adriana Noemí (2016) *Manual de derecho de familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea.
-  LOZADA, Alí (2012) *Sobre la dimensión argumentativa del derecho*, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito – Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
-  MAZZINGHI, Jorge Adolfo (2016) *Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos*. Buenos Aires – Argentina, El Derecho.
-  ONU (2018), *Convención sobre los Derechos del Niño*.
-  PRIETO CRUZ, Olga (2012) *Doctrina de protección integral y contexto para el análisis de la población adolescente en condición de calle en Costa Rica*, en *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica.
-  REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018) *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/?id=QnORdT8>
-  SEDA, Edson (2010) *El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina*, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito - Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
-  SIMON, Farith (2008) *Derechos de la niñez y adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Quito, Cevallos Editora Jurídica, t. II.
-  STILERMAN, Marta Noemi (2016), *Teoría y práctica de los derechos de los niños*. Buenos Aires - Argentina, Cathedra Jurídica.





EL EJÉRCITO NACIONAL Y LAS REGLAS DE  
ENFRENTAMIENTO RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA:  
La Asistencia Militar cuando se presente un hecho fronterizo y  
no exista intención hostil<sup>34</sup>

---

THE NATIONAL ARMY AND THE RULES OF  
CONFRONTATION RELATED TO THE USE OF THE FORCE:  
Military Assistance when a frontier event occurs and there is no  
hostile intention



*CT. Juan Fernando Gil Osorio* \* (Colombia)

*Paola Alexandra Sierra Zamora* \* (Colombia)

---

<sup>34</sup> Artículo que expone resultados de investigación del proyecto titulado: “Desafíos Contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto: Fase II” que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, y del Proyecto titulado: “Observatorio en Derecho Operacional”, vinculado al grupo de investigación de “Ciencias Militares” de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova categorizado como tipo B por Colciencias y registrado con el código COL0082556.

\* *CT. Juan Fernando Gil Osorio* Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid, España. Es abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Director del Observatorio de Derecho Operacional y Coordinador Académico de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

\* *Paola Alexandra Sierra Zamora* Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de València, España. Doctorando del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la misma casa de estudios. Autora y co-autora de varios artículos y libros en áreas de derechos humanos, justicia transicional. Docente de Derecho Internacional I y II de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.



## Comentario editorial

En las democracias modernas, donde el Estado de Derecho es la máxima premisa a ser cumplida en la comunidad política, el uso de la “fuerza” por parte de las instituciones del Estado, y en particular de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, es un elemento de análisis que permite detallar algunas referencias para el ámbito comparado. Obsérvese que en un contexto de cambios profundos a nivel de la delincuencia y de la ejecución de acciones de narcotráfico y terrorismo, las Fuerzas Armadas y Policía Nacional deben tener en cuenta las Reglas de Enfrentamiento (RDE) que exponen Paola Sierra y Juan Gil desde Colombia.

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN; RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN; 1. MARCO INTERNACIONAL DEL USO DE LA FUERZA; 2. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO; 3. REGLAS DEL ENFRENTAMIENTO; 4. REGLAS DE ENFRENTAMIENTO EN COLOMBIA; 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DIDH; 5.1 Definición de Fuerza; 6. OPERACIONES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA

### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

GIL OSORIO Juan Fernando “EL EJÉRCITO NACIONAL Y LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA: La Asistencia Militar cuando se presente un hecho fronterizo y no exista intención hostil”. *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

GIL OSORIO Juan Fernando "THE NATIONAL ARMY AND THE RULES OF CONFRONTATION RELATING TO THE USE OF THE FORCE: The Military Assistance when a frontier event occurs and there is no hostile intention". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.

### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

SIERRA ZAMORA Paola Alexandra “EL EJÉRCITO NACIONAL Y LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA: La Asistencia Militar cuando se presente un hecho fronterizo y no exista intención hostil”. *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

SIERRA ZAMORA Paola Alexandra "THE NATIONAL ARMY AND THE RULES OF CONFRONTATION RELATING TO THE USE OF THE FORCE: The Military Assistance when a frontier event occurs and there is no hostile intention". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.





## RESUMEN

---

En el presente artículo de investigación, lo que se busca es analizar las reglas de enfrentamiento relativas al uso de fuerza cuando la Asistencia Militar se hace inminente en la zona fronteriza. Para Colombia, ha sido un problema que presenta una difícil solución puesto que la falta de directrices y acondicionamientos jurídicos en el ordenamiento jurídico hacen que cada día el desenvolvimiento por parte del Ejército sea confuso.

**Palabras Claves:** Ejército Nacional. Uso de la Fuerza, Asistencia Militar, Reglas de Enfrentamiento, Colombia.



## ABSTRACT

---

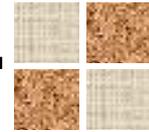
In this research article, what is sought is to analyze the rules of engagement regarding the use of force when military assistance becomes imminent in the border area. For Colombia, it has been a problem that presents a difficult solution since the lack of guidelines and legal adjustments in the legal system mean that every day the development by the Army is confusin

**Keywords:** National Army. Use of Force, Military Assistance, Rules of Confrontation, Colombia.



## INTRODUCCIÓN

---



**P**ara la primera línea del Ejército Nacional, pareciera existir en la actualidad una falta de parámetros, directrices y ordenes claras frente a las reglas de enfrentamiento (en adelante RDE) en desarrollo de operaciones militares en el marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH)<sup>35</sup>, lo que dista de la finalidad constitucional para la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, que confunde los roles y funciones con respecto a la Policía Nacional. Así las cosas, y teniendo de presente los recientes marcos de violencia en la frontera Colombo-Venezolana donde coexisten diversas formas de desestabilización de la seguridad, ha sido necesaria la intervención cada vez más frecuente del Ejército en asuntos puntuales que no cumplen los criterios objetivos para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), este tipo de intervención, hace que la estabilidad jurídica, orden constitucional y soberanía nacional queden cada vez más expuestas y sea obligatoria la intervención de frentes militares para resarcir el orden.

En este marco de operaciones y frente a la ayuda que se está brindando por parte del Ejército, denota que bajo el concepto jurídico de Asistencia Militar (el reglado en el Decreto 1355 de 1970 (capítulo IX artículo 86), en el Decreto 1512 del 2000 (Capítulo VII artículo 79), la ley 1801 de 2016 (nuevo Código Nacional de Policía artículo 170) y la Disposición 02 de 2019 (artículo 16)), el Ejército Nacional está siendo utilizado para enfrentar las amenazas o fenómenos que ponen en riesgo la paz nacional, la seguridad y la convivencia, lo que hace, que el esquema operacional convalidado por el Ministerio de Defensa Nacional tenga como propósito la desarticulación del crimen organizado en sus diferentes formas, en escenarios de coordinación y asistencia con las demás instituciones del Estado (para hacer referencia a la Policía Nacional en adelante PONAL).

Desde este punto de vista y basados en esta normatividad, podemos determinar que la aplicación de esta figura jurídica, sobrepasa la capacidad de la Policía Nacional en los casos de graves desórdenes públicos, catástrofes y calamidades públicas, etc. Así las cosas, la adopción de políticas de gobierno, evidencian retos jurídicos que la institución debe enfrentar, requiriéndose articular esfuerzos con el fin de fortalecer el direccionamiento estratégico, lineamientos y asesoría jurídica operacional, lo cual, motiva la necesidad de crear nuevas iniciativas, con el fin de fortalecer la legitimidad actual y futura del Ejército, garantizando así la seguridad jurídica en las actuaciones de cada uno de sus miembros.

---

<sup>35</sup> Para más información, véase: Olásolo (2017). El dilema normativo de la justicia transicional ante su falta de regulación y la inseguridad jurídica generada por aquellas medidas que chocan con el marco normativo internacional de los crímenes de ius cogens: Especial atención a las situaciones en Colombia, España e Irlanda del Norte.

En la actualidad, las diferentes Unidades del Ejército Nacional, están realizando operaciones de manera focalizada para contrarrestar los nuevos fenómenos que afectan la seguridad<sup>36</sup>, como son los recientes hechos fronterizos que han hecho que la intervención militar sea cada vez más necesaria para mitigar los hechos delictivos que dieran lugar, y lograr la estabilidad y seguridad en la frontera.

De esta manera, las Fuerzas Militares en Colombia, no cuenta con una ley en donde se impartan y difundan órdenes e instrucciones de carácter operacional sobre aspectos y estrategias que permitan neutralizar estos nuevos fenómenos de inestabilidad, mediante la ejecución de operaciones militares coordinadas e interagenciales con un respaldo jurídico adecuado.

El presente estudio, partió de la comprensión de un contexto específico, y así mismo, se han planteado tres ejes temáticos; el primero de ellos, referente al marco internacional de las RDE; el segundo, referente a las RDE en Colombia y su ámbito de aplicación, y en el tercer eje, se analizarán las operaciones en el marco de las reglas de enfrentamiento para la defensa nacional en caso de hecho fronterizo y su ámbito de aplicación en el DIDH. Para finalizar, unas conclusiones.

## RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

### 1. MARCO INTERNACIONAL DEL USO DE LA FUERZA

Dentro del concepto del Derecho Internacional, no podemos estar ajenos a la evolución del uso de la fuerza en las relaciones internacionales a partir de la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Según Moller (2001) la Carta impone a sus miembros una estricta obligación de solucionar sus controversias por medios pacíficos y de abstenerse en sus relaciones internacionales no sólo del uso de la fuerza sino también de la amenaza misma. Con la Carta de las Naciones Unidas, el recurso al uso de la fuerza pasa a ser centralizado, por cuanto el Consejo de Seguridad tiene la obligación primordial del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional (Art. 41, Carta de las Naciones Unidas)<sup>37</sup>.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho de legítima defensa individual o colectivo en caso de ataque armado o en el caso de acciones decididas o emprendidas por

---

<sup>36</sup> Para más información, véase: (...) una Defensa y Seguridad que implica la acción unificada del conjunto de las instituciones del Estado. (...) Así mismo, una política sustentada en la legalidad no puede renunciar a la responsabilidad constitucional asignada a las autoridades, a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional de garantizar, en todo momento y lugar, la vida, honra, bienes y creencias de todos los habitantes de Colombia (Política Defensa y Seguridad -PDS-, 2018, p. 18).

<sup>37</sup> Así puede verse en la Política de Defensa y Seguridad, del 6 de febrero de 2019, donde se exponen esos nuevos retos que trae consigo la Defensa y la Seguridad y se exponen entre otros, los nuevos contextos a los que Colombia, pese a sus esfuerzos, no ha logrado, pero va a lograr (Política Defensa y Seguridad -PDS-, 2018, p. 18).

el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII del Decreto 1512 del 2000, situaciones en las cuales, la propia Carta autoriza el uso de la fuerza. Y he aquí, las dos situaciones en las cuales el uso de la fuerza adquiere la legitimidad internacional: la legítima defensa y el cumplimiento de la misión, si es que ésta se encuentra dentro del marco anteriormente mencionado (Moller, 2002, p. 3). Surge, por tanto, la necesidad de considerar la especial relevancia que adquieren las reglas de enfrentamiento dentro del ámbito del Derecho Operacional en los conflictos armados<sup>38</sup>.

Es aquí donde surge una importancia de considerar no sólo los aspectos tácticos, operativos, de inteligencia y logística, sino también los jurídicos. El uso de la fuerza se enmarca dentro de las siguientes concepciones a saber: La legítima defensa, que constituye una reacción a un acto o intento hostil y el cumplimiento de la misión, y es en este último campo donde surge para el Comandante la necesidad de implementar sistemas de mando y control que generen posibilidades de acción dentro del concepto de la legalidad a la luz del DIH, mediante las denominadas Reglas del uso de la fuerza (Álvarez, 2018, p. 70).

Sin importar si una operación militar se conduce en el marco de una guerra regular o irregular, si se desarrolla en tiempo de paz o de guerra (Cubides, J., 2017), el uso de la fuerza debe ser controlado con el objeto de proteger a la población civil y sus bienes para evitar que sufran daños innecesarios. Este control, encuentra su fundamento tanto en la legislación nacional como internacional.

Debido a que la interpretación de la ley va a afectar tanto la definición de la misión de una operación como su ejecución, los comandantes militares en todos los niveles y sus subordinados, son responsables por la correcta y completa aplicación de la ley en el planeamiento y conducción de las operaciones. Por tanto, se constituyen en un vínculo vital entre los niveles estratégicos, operacionales y tácticos.

En este sentido, la Constitución Política de Colombia a través de su artículo 93 y el DIDH-DIH se constituyen en los fundamentos de índole legal que sustentan el uso de la fuerza y sus limitaciones (Manual, 2015, p. 9).

La Constitución Política establece la misión de las Fuerzas Militares, cuya finalidad primordial es defender la soberanía, la independencia nacional, la integridad territorial y el orden constitucional. Además, el Derecho Internacional Humanitario, proporciona estabilidad en las relaciones internacionales y la expectativa de que ciertos actos u omisiones que generarán consecuencias predecibles<sup>39</sup>. En este sentido, resulta mandatorio atender a los criterios que al

<sup>38</sup> Para profundizar, consúltese: Cadavid (2015). El caso Colombia. Contexto de conflicto armado en Colombia y antecedentes del actual proceso de Paz. UTADEO: Bogotá.

<sup>39</sup> Para profundizar véase: Cubides Cárdenas, J., Reyes García, D. I., & Castro Buitrago, C. E. (2017). El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la fuerza pública en Colombia. *Agudelo Giraldo, ÓA, Castro Buitrago, CE, Cubides Cárdenas, J., Reyes García, DI, León Molina, JE, Torres Ávila, J. & Woolcott Oyague, OD (2017). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.*

respecto ha elaborado la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) en su artículo 31, en el entendido así, que el Derecho Penal Internacional admite la actuación razonable en defensa propia, de un tercero o de un bien esencial para realizar una misión militar contra un uso inminente e ilegítimo de la fuerza, siempre que sea en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o bien protegido.

En este orden de ideas, el personal del Ejército Nacional debe conocer la naturaleza, estructura, ámbito sociopolítico y fines constitucionales del Estado y dentro de él, el de la Fuerza Pública, así como los principios y normas del DIH, ello va a permitir asegurar que van a cumplir con su deber en concordancia con el espíritu y los principios del DIH en el desarrollo de cualquier operación militar máxime si hablamos del caso colombiano. Las reglas del RDE durante conflictos armados internos como el que presenta Colombia<sup>40</sup>, debe ceñirse a la Constitución Política de Colombia, al Derecho Internacional, para garantizar que los preceptos legales enunciados con anterioridad deben tenerse claridad en cuanto a los siguientes principios y conceptos recogidos por el profesor Valencia Villa (2005) así:

**Principio de Distinción:** Entre objetivos militares y bienes civiles, entre combatientes y no combatientes.

**Daño colateral:** Son los perjuicios no intencionales producidos a la población civil en la ejecución de operaciones militares.

**Principio de limitación:** Las armas y los métodos de guerra que pueden emplearse son limitados. Están prohibidas las armas ideadas para causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos. Así mismo los actos de terror a manera de represalia y los ataques indiscriminados.

**Necesidad militar:** El concepto de necesidad militar justifica la aplicación de la fuerza en la medida necesaria para la obtención del objetivo del conflicto armado, sin violar los preceptos del Derecho Internacional. Este concepto presume lo siguiente:

**Principio de Proporcionalidad:** La fuerza que se emplee para contrarrestar un acto hostil o una intención hostil debe ser razonable en cuanto a intensidad, duración y magnitud; debe ser, como su nombre lo indica, proporcional a la amenaza percibida o demostrada y basarse en todos los elementos conocidos por el comandante en el momento de la acción.

---

<sup>40</sup> Para profundizar, véase: Cubides, J. C., Ynfante, J. C., & Benítez, E. R. (2018). La Implementación del Acuerdo de Paz y la Seguridad en Colombia en el Posconflicto/The Peace Agreement Deployment and Security in Colombia in the Post-Conflict. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 178-193.

**Principio de Trato Humano y no Discriminación:** Según éste se prohíbe infringir sufrimiento o destrucción que no sean realmente necesarios para el cumplimiento de propósitos militares legítimos (p. 158-238).

En este contexto, el uso de la fuerza tiene su fundamento en la Constitución Política de Colombia, en su preámbulo y en artículos 2, 93, 216 inciso 2, 217, 7 Artículo 3 numeral 1 del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1977. Como ya se había mencionado, Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, tal y como lo dispone el artículo 1 de la Constitución Política de 1991. Ser un Estado de Derecho implica “la sujeción de los órganos del poder a la Constitución” (Colombia, Corte Constitucional 1994. Sentencia C-179), a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario aprobados y ratificados por Colombia, a las Leyes y demás normas del ordenamiento jurídico.

Es así como, los miembros del Ejército Nacional, y en particular, como servidores públicos, están sometidos al imperio de la Ley, implicando el deber de protección de los derechos humanos y la aplicación irrestricta del DIH<sup>41</sup>, que debe ser entendido en su doble ámbito como deber fundamental de respeto y garantía. Los integrantes de Ejército Nacional, en su condición de servidores públicos y dentro del marco de sus competencias y según los recursos disponibles, desarrollan actividades que propenden por el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas, para cumplir con el mandato del artículo 2 de la Carta Política, de coadyuvar en la labor de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Colombia, Corte Constitucional 2001. Sentencia de unificación 1184)<sup>42</sup>.

Es conveniente precisar que el cumplimiento de la obligación de garantía para el pleno ejercicio de los derechos de las personas, se cumple también dentro del límite no solo de las funciones, sino de los recursos, medios humanos y materiales de que se dispone en un momento dado tal como lo dispone el Comando General de las Fuerzas Militares (en adelante CGFM) (manual de derecho operacional, 2015, p. 15). En Colombia, el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado es un mecanismo fundamental para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de los derechos. De ello, se desprende que una transgresión a la convivencia por parte de quien pretenda quebrantar, afectar o subvertir el orden constitucional y legal haría ineficaz los derechos de las personas, quienes se verían sometidos al arbitrio del más fuerte. En palabras del tribunal constitucional, un régimen estatal se desnaturaliza cuando las normas que restringen el uso indiscriminado de la violencia dejan de ser efectivas; esto explica el hecho de que todo Estado, por regla general, monopolice el ejercicio de la fuerza”; solo así “se sabe con certeza quién,

<sup>41</sup> Véase: Torres, Woolcott y Castro (2016). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. Universidad Católica de Colombia: Bogotá

<sup>42</sup> Para profundizar en este punto, véase: Cubides, Sierra & Núñez (2017). El Fuero Militar en el derecho colombiano vs. El derecho ecuatoriano. En: Cubides, J. (2017). El Fuero Militar: Justicia interamericana y operaciones para el mantenimiento de la Paz. Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova –ESMIC.

cuándo, bajo qué circunstancias y en qué medida puede usar legítimamente la fuerza (Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994).

El uso de la fuerza es obligatoria (...) frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender mediante su utilización, los derechos (Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001).

Así pues, el uso de la fuerza se traduce en el monopolio que tiene el Estado con respecto a la regulación de armamento y explosivos, de conformidad con el artículo 223 de la Constitución Política, que a su tenor literal establece:

Solo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente. (...) Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática Colombia, Corte Constitucional 1995” (Sentencia de constitucionalidad - 038 de 1995). La institución, hace uso de la fuerza para cumplir con los fines constitucionales, es decir, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (Art. 216). En la medida en que el Ejército ostenta el monopolio del uso legítimo de la fuerza, por tal razón está obligado a hacer uso de esta, siempre y cuando se tengan en cuenta los escenarios en los cuales va a operar, ya sea el DIH o excepcionalmente el DIDH.

Cuando se habla de las regulaciones sobre uso de la fuerza se encuentran contenidas en el marco jurídico internacional y nacional, pero adicionalmente existen otras reglas que también se refieren a ella como lo explica el doctrinante Fernando Martínez (2003). De tal manera que para el existen al menos cuatro niveles normativos para el uso de la fuerza, tres de ellos de carácter formal y uno informal. Los primeros constituyen normas jurídicas en el sentido propiamente tal y, por lo tanto, se encuentran dotados de general obligatoriedad, lo que no es exigible en el caso de las reglas informales:

- Normas emanadas de organizaciones internacionales que fijan los principios generales y estándares mínimos que deben respetarse al hacer uso de la fuerza. Estas normas están dirigidas a todos aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En el caso de los

Estados miembros de Naciones Unidas, existe obligación de adaptar su legislación interna a las normas internacionales.

- Normas de derecho penal, cuyo carácter de ley les otorga amplia obligatoriedad en el territorio del Estado que las ha promulgado. Su objetivo es tipificar y sancionar las conductas que se consideran delictivas, entre ellas las que incluyen el uso excesivo de la fuerza.
- Normas reglamentarias, obligatorias en el ámbito de la institución que las ha dictado, como, por ejemplo, los reglamentos o manuales. Estas normas tienen por objeto desarrollar las leyes en aspectos específicos y adaptarlas a un nivel operativo, tal es el caso del reglamento de combate irregular del Comando del Ejército 3-10-1, que transversaliza el DIH en los cuatro tipos de operaciones militares.
- Los usos o costumbres, esto es, reglas informales de fuente consuetudinaria adoptadas por los propios agentes, en la mayoría de los casos como solución práctica a la necesidad de contar con orientaciones previamente validadas. En el fondo, se trata de criterios para operar ante situaciones concretas, basados en experiencias que se consideran útiles, aun cuando no necesariamente puedan ser calificadas como buenas prácticas (pp. 8-9).

## 2. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Al abordar el conflicto armado como una realidad jurídica se diría con anterioridad, que en la promulgación de la Ley de Víctimas no había una interpretación y reconocimiento unívocos del conflicto armado interno (Colombia, Corte Constitucional 2014. Sentencia de Constitucionalidad 577 de 2014). Hasta el 2011, el ejecutivo había manifestado que en Colombia no existía una situación de conflicto armado interno, sino que por el contrario a lo que se enfrentaba el Estado era a una amenaza terrorista (Restrepo L. C., 2007, p. 4). En contraste, los organismos internacionales sostenían la existencia del conflicto armado. Particularmente, la oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas, desde el inicio de su mandato en Colombia en 1997, reconoció la existencia de un conflicto armado interno en el país (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 3)<sup>43</sup>.

Esta postura fue evolucionando a lo largo de los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con el conflicto armado interno y en especial frente a la protección de derechos en los que se ha aplicado disposiciones del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra. El conjunto más amplio de estos pronunciamientos por parte del Juez

---

<sup>43</sup> Para profundizar, véase: Triana, N. C., Malagón, J. P., & Rojas, J. C. H. (2018). La protección de los derechos humanos a la luz de las nuevas obligaciones internacionales frente a la lucha contra el terrorismo/The Protection of Human Rights in the Light of New International Obligations in the Fight Against Terrorism. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 152-161.

Constitucional se ha presentado en materia de protección de las víctimas<sup>44</sup>, particularmente, de desplazamiento forzado interno. En dichas decisiones, la Corte ha examinado el contexto en el cual se produce la vulneración de los derechos de las víctimas y ha reconocido que se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este (Colombia, Corte Constitucional 2014. Sentencia de Constitucionalidad 577 de 2014)<sup>45</sup>.

Ahora bien, la alusión al conflicto armado ha sido frecuente en la jurisprudencia de la Corte y ha venido siendo considerada de manera expresa<sup>46</sup> a través de los pronunciamientos más recientes donde se ha referido a dos enfoques del concepto de conflicto armado. Por una parte, uno “*restringido*”, que lo limita a un conjunto específico de acciones y actores armados, caracterizado por el uso de ciertas armas y medios de guerra, o circunscrito a áreas geográficas específicas (Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-781 de 2012).

Por otro lado, un concepto de conflicto armado “*amplio*”, “que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano” (Colombia, Corte Constitucional 2012. Sentencia C-781)<sup>47</sup>, en el que se plantea la dificultad para separar los fenómenos de violencia generalizada y delincuencia común, del accionar de los actores armados en el contexto del conflicto armado interno<sup>48</sup>. Esta diferenciación, identificada por la Corte, ha sido retomada en distintos documentos y políticas<sup>49</sup>. Es así como, en la Sentencia C-291 de 2007, ya la Corte hacía referencia a los elementos objetivos a partir de los cuales se podía identificar en cada caso concreto cuándo se estaba ante una situación de conflicto armado interno, en los siguientes términos.

---

<sup>44</sup> Para más información, véase: Cubides & Sierra (2018). Reparación Integral de las víctimas en la justicia transicional: Historia, Debate y actualidad dentro del acuerdo de paz firmado por el gobierno de Colombia y las FARC-EP. Universidad la Gran Colombia: Bogotá.

<sup>45</sup> Para profundizar, véase: Dussán, C. C., & Avellaneda, M. B. (2018). Acceso a la Justicia Alternativa: Un Reto Complejo/Access to the Alternative Justice: a Complex Challenge. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 163-176.

<sup>46</sup> Sentencias C-225 de 1995, C-456 de 1997, C-048 de 2001, C-251 de 2002, C-578 de 2002, C-802 de 2002, C-172 de 2004, C-203 de 2005, C-291 de 2007, C-253A de 2012 y C-781 de 2012.

<sup>47</sup> Para más información, véase: Cadavid (2015). El caso Colombia. Contexto de conflicto armado en Colombia y antecedentes del actual proceso de Paz. UTADEO: Bogotá.

<sup>48</sup> Para más información, véase: Cubides, J. C., Zamora, P. A. S., & Mejía, J. C. A. (2018). Reflexiones en torno a la Justicia Transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, Víctimas y posacuerdo/Reflections on Transitional Justice in Colombia: Armed Forces, Victims and Post-Agreement. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 11-24.

<sup>49</sup> CONPES 3673-2010 - “*Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley y de los grupos delictivos organizados*,” el cual se refiere a la relación entre el conflicto armado y los incidentes de reclutamiento y violencia sexual, efectuados tanto por grupos armados organizados cobijados por el DIH, como por criminalidad organizada. Documento CONPES 3712 – 2011 “*Plan de Financiación para la Sostenibilidad de la Ley 1448 de 2011*.” Igualmente, el documento Bases para el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “*Prosperidad para todos*”, en el que el gobierno nacional describe la complejidad de las relaciones existentes entre criminalidad y actores armados.

- (...) En consecuencia, la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios:
- (i) La intensidad del conflicto: “del artículo 3 común se puede destacar, en primer lugar, que debe tratarse de una confrontación armada intra-estatal. El segundo aspecto que debe considerarse es el de la intensidad que debe tener una situación violencia (sic) para que pueda ser catalogada como una confrontación armada de carácter interno y que permita distinguirla de circunstancias menos graves, en las que si bien existen actos violentos, no le es aplicable el marco normativo del DIH”.
  - (ii) El nivel de organización de las partes (Colombia, Corte Constitucional 2007, Sentencia C-291 de 2007).

Tal como lo señalo la Corte Suprema de Justicia en su momento mediante la Sentencia de Casación 35.099, al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, se aplicó, entre otros factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas (Colombia, Corte Suprema de Justicia 2011. Sentencia de Casación 35.099, Caso Jota Eder Támara Torrez y Jaime Cruz Velandia). En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, los tribunales internacionales han valorado criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.

Por otra parte, el Comité Internacional de Cruz Roja (en adelante CICR) es muy claro a la hora de definir el conflicto armado que vive nuestro país: los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un estado (parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participen en el conflicto deben poseer una organización mínima (CICR, 2008, p. 6).

De manera que, los criterios para aplicar el DIH en conflictos armados internos, de acuerdo con el Protocolo Adicional II de 1977, el Derecho Consuetudinario y la jurisprudencia, son: la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes.

### 3. REGLAS DEL ENFRENTAMIENTO

En conflictos armados como el de Colombia, el Derecho Internacional Humanitario y la legislación interna, han establecido numerosos códigos de conducta cuyo fin ha sido reglamentar las hostilidades (Melzer, 2010, p. 8). Prácticamente todas las naciones del mundo y en particular los regímenes democráticos acatan estas normas. En el marco de limitación al uso de la fuerza surgen las RDE. Hoy por hoy, prácticamente todas las Naciones democráticas han promulgado de manera explícita reglas claras que rigen el empleo de la fuerza por parte de sus Fuerzas Armadas (IIHL, 2009, p.14).

El término original anglosajón *rules of engagements* generalmente traducido al español como reglas de enfrentamiento, en Colombia sirven para determinar si debe haber uso de la fuerza o no (CICR, 2017). Las RDE son un mecanismo básico establecido para que los mandos superiores decidan cuándo se debe desplegar una Fuerza Militar y cuánta fuerza se puede emplear en la conducción de las hostilidades, estas determinan el grado y las modalidades de aplicación de la fuerza, así como los límites dentro de los cuales puede actuar un jefe y sus tropas. Se pueden trazar RDE para restringir acciones concretas o para ampliar los límites de una acción, sin dejar de aplicar el Derecho Internacional y la normatividad interna. Las RDE son la suma de factores, que incluyen el marco jurídico de las operaciones, la misión militar, la protección de la población civil y la salvaguarda de nuestros hombres (de la Rosa, 2012).

Los sistemas de RDE varían según las Fuerzas Armadas, la necesidad militar y las condiciones específicas que se tengan que enfrentar. Suele hacerse la diferencia entre órdenes impartidas a los más altos niveles, decisiones para los mandos subordinados y las órdenes que tienen que cumplir quienes participan directamente en el uso de las fuerzas (Frederic, S. (2008).

### 4. REGLAS DE ENFRENTAMIENTO EN COLOMBIA<sup>50</sup>

En Colombia hubo un antecedente nefasto de reglas de uso de la fuerza conocidas como “*Tarjeta Azul y Tarjeta Roja*” (manual de derecho operacional, 2015, p. 15): la primera definida para garantizar las operaciones en el marco de los DDHH, y la segunda para cumplir una misión específica en el marco del DIH. Lo ideal, es que fueran, permisivas o restrictivas, dependiendo de las condiciones y el medio en el que se desarrollan las operaciones, lastimosamente en la actualidad, nuestro sistema de RUF, es taxativo y por ende rígido.

Existían además dos criterios que se deben seguir a la hora de emplear la fuerza. En primer lugar, el principio de necesidad militar: la fuerza armada debe usarse

---

<sup>50</sup> Las RUF “Reglas del Uso de la Fuerza”, también se encuentran en la doctrina como RDE “Reglas de Enfrentamiento”, y son tratadas de igual forma en la disposición 002 la trata diferentes.

como respuesta a un acto hostil o intenciones hostiles y para sorprender al enemigo. En segundo lugar, el principio de la proporcionalidad: la fuerza aplicada debe ser suficiente para contrarrestar de manera decisiva un acto o intención hostil, pero razonable en su intensidad, duración y magnitud.

Una fuerza debe ser declarada hostil bien sea porque se comete un acto o porque demuestra la intención de cometerlo. Por su parte, un acto hostil es un ataque u otro uso de la fuerza por un grupo armado, mientras que la intención hostil es la amenaza o el uso inminente de la fuerza. La adopción de Reglas de Uso de la fuerza claras, explícitas y coherentes no debe ser vistas como un esfuerzo encaminado a delimitar el uso de la fuerza por razones humanitarias, sino como un elemento que adquiere su máximo sentido en el marco de un Estado de Derecho Democrático en el cual el poder militar está sujeto al control civil.

Otra razón por la cual es altamente recomendable promulgar Reglas de Uso de la fuerza es el facilitar el correcto funcionamiento del sistema de Justicia Penal Militar<sup>51</sup>. La principal herramienta con la que cuenta o debería contar los Jueces para investigar (Henkin, 1992, p. 92) y dado el caso sancionar a miembros de la institución, por presuntas irregularidades cometidas en el desarrollo de una operación, son precisamente las Reglas de Uso de la fuerza. En el tipo de conflicto asimétrico e irregular que se vive en Colombia, se torna muy difícil y en algunos casos casi imposibles distinguir entre personas que participan o no, en las hostilidades. Por ello, las Reglas de Uso de la fuerza sirven como guía de las operaciones militares, para evitar o minimizar errores, y disminuir los daños colaterales (Manual, 2015, p. 9).

En el marco constitucional, el Ejército Nacional como autoridad de la República, está instituido para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás creencias y libertades, lo que implica que en la planeación de las operaciones militares se debe considerar lo relacionado con la protección de la población civil. El artículo 217 de la Constitución Política, determina que la finalidad primordial de las Fuerzas Militares es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, lo que implica para los Comandantes, la obligación de trazar reglas de uso de la fuerza claras e impartir órdenes estrictas para el cumplimiento de la misión constitucional.

El artículo 3º Común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley 5 de 1960 consagra las normas mínimas de humanidad que se deben tener en cuenta en los conflictos armados que no sean de índole internacional; por otra parte, el Protocolo II de 1977, adicional a los citados Convenios aprobado mediante la Ley 171 de 1994, establece lo relativo a la protección de las víctimas de los referidos conflictos. En igual forma, el Estado Colombiano ha ratificado los diferentes Convenios de la Haya relativos

---

<sup>51</sup> Para profundizar, véase: Cubides, Sierra & Núñez (2017). El Fuero Militar en el derecho colombiano vs El derecho ecuatoriano. En: Cubides, J. (2017). El Fuero Militar: Justicia interamericana y operaciones para el mantenimiento de la Paz. Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova -ESMIC-

a los aspectos que se deben tener en cuenta en la conducción de las hostilidades (KRZYSZTOF, 1985, p. 683) y el desarrollo de las reglas de uso de la fuerza.

## 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DIDH

El DIDH es un conjunto de normas nacionales e internacionales, destinadas a la protección de los Derechos Humanos, los cuales son derechos inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (Corte IDH, 1999, párr. 115).

### 5.1 Definición de Fuerza

Para los efectos de aplicación del DIDH, se entenderá por fuerza la coacción gradual y progresiva acorde con la amenaza recibida, como medida necesaria para hacer cumplir la ley. Para lo anterior se puede recurrir al uso de las armas, entre ellas las armas letales como medida extrema (Amnesty International, 2016).

Diferenciación de formas menos graves de violencia según el CICR: Para hacer una distinción entre un conflicto armado de carácter no internacional, en el sentido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>52</sup> y formas menos graves de violencia, como las tensiones y disturbios interiores, los

---

<sup>52</sup>Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Artículo 3 - Conflictos no internacionales: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
  - b) la toma de rehenes;
  - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
  - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales, reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto

motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento (CICR, 2008, párr. 4).

## **6. OPERACIONES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Desde la concepción misma del Ejército Nacional, el respeto permanentemente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se han constituido como patentes de la disciplina, de la tradición y del honor militar; así las cosas, la institución tiene claro que la confianza y el respaldo depositado por el pueblo colombiano, es un activo que reclama del recto comportamiento de todos los hombres y mujeres del Ejército Nacional y de la realización de grandes esfuerzos para prevenir y corregir conductas que puedan defraudar su apoyo (PNDLP, 2011. p 1).

Pero, ha de entenderse que para llevar a cabo el logro de los objetivos tácticos y operacionales, y así mismo no riñan con el objetivo estratégico de consolidar el Imperio de la Ley en el territorio nacional, todos los Comandantes y en todos los niveles, han de liderar y conducir a sus tropas, mediante el ejemplo, el conocimiento y el respeto, manteniendo la disciplina militar impartiendo ordenes legítimas, lógicas, oportunas, claras, precisas y concisas, que permitan el control efectivo del racional y prudente empleo de la fuerza, estimulando el óptimo desempeño operacional de sus tropas, y cultivando permanentemente en sus hombres la firme convicción de respetar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y aplicar el DIH. Cosa bastante importante para el momento que atraviesa la frontera colombo venezolana en este momento.

Por lo que lograr ese momento de cultivación de una verdadera paz, una verdadera armonía y en donde la asistencia militar no tenga que recurrir para llevar a cabo la resolución del conflicto sea el pilar ideal y fundamental del verdadero establecimiento del orden público y el verdadero respeto por la soberanía.

La institución está comprometida con el propósito de neutralizar, no solo de los Grupos Armados Organizados GAO como el Ejército de Liberación Nacional (en adelante ELN – Clan del Golfo – Puntilleros – Pelusos y el GAO residual, como se conocen a la estructura de las extintas FARC, que no hicieron parte del acuerdo de paz), sino que ahora también a los Grupos Delictivos Organizados. El Ejército Nacional se expone a cuestionamientos en su legitimidad aún más graves que los ocurridos por los mal llamados “falsos positivos”, por el uso excesivo de la fuerza, en el entendido que las fuerzas se entrenan y reentrenan a lo largo y ancho del país en el uso de la fuerza letal, bajo los parámetros de un Manual de Combate Irregular 3-10-1, cuyas operaciones, propósitos, métodos, técnicas y maniobras están dadas en el marco del Derecho Internacional Humanitario (DIH), lo que imposibilita su utilización para enfrentar lo que en los planes de campaña, se conoce como los “nuevos fenómenos criminales o factores de inestabilidad”. Esto con el propósito de no violentar los estándares internacionales que Colombia afronta en el desarrollo del DIH y del DIDH, por

eso mismo es que los problemas de la frontera en cuanto asistencia militar invocan, sean resueltos bajo parámetros de regulación interna, dejando en descubierto una reglamentación jurídica que invoque como normativa nacional los lineamientos y procedimientos que se deberían llevar a cabo conforme a cada situación en concreto, pero se trabaja para eso.

El monopolio del uso de la fuerza por parte de la Fuerza Pública y el deber de protección derivado de la Constitución Política, traen consigo la responsabilidad de militares y policías de asegurar la regulación en el uso de la fuerza, con miras a evitar excesos que puedan afectar a la población civil. Y, así mismo, es que la intervención militar casi que se ha hecho obligatoria, al no mantener el control sobre dicha situación la asistencia militar que presta la Fuerza debería extenderse obligatoria e isurrecta para la confrontación y mitigación de este tipo de problemas tan comunes hoy por hoy.

No debe olvidarse, que la Política Integral de Derechos Humanos y DIH establecen que:

Si el objetivo de la política es restablecer el imperio de la ley en todo el territorio, eso quiere decir que el esfuerzo militar y policial tiene como objeto apoyar la recuperación de la vigencia de la ley. Y por eso es esencial entender la restricción en el uso de la fuerza como un principio importante en el desarrollo de operaciones militares (2008).

Las reglas de enfrentamiento son un conjunto de normas que establecen el tipo de fuerza a utilizar durante la ejecución de operaciones militares, dependiendo del contexto operacional en el cual se vaya a actuar, son reglas basadas en la normatividad, aplicable en el marco de DIH y de DIDH.

En Colombia, existe la necesidad de contar con reglas claras sobre el uso de la fuerza en el marco del DIDH, a través de las cuales, el mando militar emita órdenes concretas con respecto de: cuándo, dónde, contra qué, quién y cómo se usa la fuerza en el marco de una operación militar. Por consiguiente, las reglas de uso de la fuerza deben ser una herramienta primaria del Comandante, para regular el uso de la fuerza, teniendo en cuenta que actúan como base fundamental de la disciplina operacional (manual de derecho operacional, 2015, p. 15). Ya se entenderán los contextos, cuando el uso de la fuerza se sobrepasa y no exista la normatividad correcta para regularla y sancionarla. Sin embargo, el esfuerzo que hace la Fuerza por vincular las reglas del uso de la fuerza en situaciones conflictivas en la frontera es bastante significativa, para denotar que, la Fuerza por salvo conducto tiene una orden de llevar a cabo con toda claridad ese uso de la fuerza.

En el mundo, las reglas de uso de la fuerza son un procedimiento idóneo para la autorización sistemática de la fuerza (Dockendorff, A., & Duval, T., 2013) pero hay que resaltar si el uso escalonado de ésta, lo permite. Pues bien, teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, cada Comandante tiene la obligación de determinar,

con base en la información de inteligencia, el tipo de operación que se efectuará, de acuerdo con la doctrina militar y el uso de la fuerza autorizado, de acuerdo con el nivel de la amenaza especificando si la operación se adelanta en el contexto de DIH (Altamirano, 2011) o si se trata de acciones militares que se llevan en DIDH y que por supuesto, no se vulneren derechos humanos en este contexto<sup>53</sup>.

Si el Ejército Nacional tuviera un marco jurídico claro que le permitiera desarrollar operaciones en DIDH<sup>54</sup>, se acudiría al enfoque diferencial entendiendo que de acuerdo con el ambiente operacional, del *modus operandi* del enemigo, afectación a propias tropas, población civil, y demás información de inteligencia que le permitirán al Comandante tener la autonomía de hacer uso de las reglas de uso de la fuerza en operaciones militares, según el ambiente que lo rodea para garantizar que sus decisiones estén en concordancia con el tipo de problema, el lugar y momento donde se producen, siempre y cuando, y como condición especial, se planee el uso de la fuerza de acuerdo con la amenaza fronteriza que se presente en ese momento.

## CONCLUSIONES

En Latinoamérica, se volvió recurrente que se proponga o directamente se establezca, que las FFMM, asuman roles y funciones de seguridad interior a partir del argumento del incremento de los hechos violentos o delictivos, argumento contrario al interior de la misma, pues se deben primero agotar instancias internas por parte de la Ponal para que se lleve a cabo la asistencia militar en la frontera.

Ya lo manifestaba la CIDH, cuando expresaba que:

(...) este tipo de planteos responden a la confusión entre “los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional, cuando es indudable que la criminalidad ordinaria por muy grave que sea no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado (CIDH, 1998, párr 103)”.

Ello en razón de que, el rol que la policía debe asumir en ese momento, y es que hacer cumplir la ley y trabajar con la ciudadanía en la prevención e investigación de amenazas a la seguridad ciudadana, mientras que el rol del Ejército es combatir a un objetivo militar, son dos cosas bastante distintas pero que en el marco de las acciones que se presentan hoy en día en la frontera Colombo-

<sup>53</sup> En Colombia, subsiste una situación de conflicto armado interno, lo que lleva consigo la aplicación prevalente del DIH como *lex specialis*. El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DIH tienen múltiples diferencias estructurales en cuanto al alcance de ambos regímenes, no solo en cuanto a sus principios fundamentales, como el principio de proporcionalidad, sino ante todo en cuanto al uso de la fuerza. La importancia de la relación entre el régimen de los DDHH. y el del DIH radica en su aplicación diferencial al interior del territorio de un mismo Estado (CICR, 1998, párr. 6).

<sup>54</sup> Para profundizar, véase: Cubides, Vivas & Sierra (2018). Exordio conclusivo: de la responsabilidad internacional y la protección ambiental. En: Responsabilidad Internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y etapas de posconflicto. Universidad Católica de Colombia: Bogotá.

Venezolana, hace que este tipo de Asistencia Militar sea cada vez más obligatoria por los hechos que se presentan que asistencial, y por lo mismo, el rol de muchos militares, como en el caso colombiano, pareciera consolidar un traslape entre funciones no compatibles entre las dos instituciones, pues la Ponal al no verse envuelta en un grado perturbador no asiste a la ayuda que prestan las Fuerzas pero cuando lo hace, tal vez es muy tarde y se presentan los hechos donde ese uso de la fuerza tiene a convertirse indebido para la situación que se afronta.

Reiteraba la CIDH, que los asuntos que tienen que ver con la seguridad ciudadana deberían ser de competencia exclusiva de cuerpos policiales civiles, debidamente organizados y capacitados, en los términos que se han señalado supra. En esa dirección, la Comisión comparte que “se requiere estar atentos y dispuestos a superar los conflictos a través de medios pacíficos bajo la perspectiva axiomática de la seguridad ciudadana, según la cual las diferencias se dan entre ciudadanos que hay que proteger y no frente a los enemigos que hay que combatir<sup>55</sup>”. Por lo que la Asistencia Militar en la frontera deberá ceñirse bajo estos parámetros y no otros, dejando claro que debería acoplarse a una Ley Orgánica de orden constitucional y no dejarlo en un mero acto administrativo de carácter interno. Lo que provoca que sea de obligatoriedad de la Institución y no de todas las fuerzas que cooperan para la superación de las perturbaciones que se presenten, el restablecimiento de la paz y la recuperación de la seguridad nacional.

Es con ese propósito, que el elemento práctico que presentan las nuevas reglas de uso de la fuerza que necesita el país deben tener tres propósitos, a saber:

- ✓ La expedición mediante una ley de la república, las de enfrentamiento por parte de las tropas desplegadas en el terreno.
- ✓ El actuar de mecanismos de control para diferenciar operaciones de control y vigilancia con operaciones ofensivas o de ataque.

---

<sup>55</sup>La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, señaló al finalizar su visita a México el 8 de febrero de 2008: “(...) durante mi visita he visto y escuchado que la situación de los derechos humanos en el ámbito nacional plantea persistentes preocupaciones en varias áreas. Entre los principales temas que me presentaron estuvo el uso de los militares que toman parte en actividades destinadas a hacer cumplir la ley. Quiero enfatizar que la primera obligación del Estado es proteger y defender la vida y la seguridad física. En una situación de serios desafíos a la autoridad del Estado de parte de organizaciones fuertemente armadas y de severas deficiencias en las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley, reconozco el dilema al que se enfrentan las autoridades en el cumplimiento de su responsabilidad por proteger. Sin embargo, utilizar a los militares continúa siendo problemático, pues es fundamentalmente inapropiado –en cuanto a la capacitación, la filosofía, el equipamiento y las perspectivas- en el desarrollo de funciones civiles para hacer cumplir la ley. Mientras tanto, los tribunales civiles deben tener jurisdicción sobre los actos del personal militar que desarrolla funciones para hacer cumplir la ley, y deben estar disponibles recursos efectivos ante las violaciones de derechos humanos perpetradas por personal militar”. Tomado de [Http://www.hchr.org.mx/documentos/comunicados/declaracionAltaComisionada8defebrero.pdf](http://www.hchr.org.mx/documentos/comunicados/declaracionAltaComisionada8defebrero.pdf) , recuperado el 18 de febrero de 2016.

- ✓ El Proveer un instrumento jurídico que facilite el planeamiento de las misiones. Las RUF crean un marco que se encierra en el cumplimiento de los objetivos de la política del Estado, los requerimientos de la misión y las leyes de la guerra.

Así las cosas, las RDE deberán asegurar que en Colombia la política de Estado y sus objetivos se reflejen en la conducta del Comandante en el área de operaciones, particularmente en aquellas circunstancias en que la comunicación con el alto mando es difícil o incluso imposible, parámetro que se torna bastante difícil en la Asistencia Militar que se llegara a prestar por las condiciones en las que se encuentra en ese momento.

Aquí, es en donde planteamos que el propósito militar de las RDE deberá proporcionar los parámetros adecuados, claros, concretos y completos para que el Comandante dentro de los deberes de su actuar para cumplir la misión que le fue asignada, no deba limitarse y enfrentarse a dos escenarios demarcados por colores rojos o azules como en la actualidad. Que verdaderamente se vean reflejados en los instrumentos jurídicos las funciones específicas de la Ponal y de las FF.MM para que al momento de pedir la Asistencia Militar esta no sobrepase los estándares del uso de la fuerza empleadas para la protección de los derechos humanos de las personas que se vean involucradas en estas situaciones que la frontera presenta. Por lo que se quiere, proveer a los miembros de las fuerzas militares, restricciones legales internas e internacionales para el cumplimiento de la misión, bajo ciertas circunstancias de más o menos posibilidades de uso de la fuerza, incluso en algunos casos y por razones políticas, excediendo las restricciones previstas por la misma ley.

Así mismo, y para finalizar, dejar de presente que este tipo de actos a los que debe enfrentarse la Fuerza no son claros en cuanto a los límites y las condiciones en las cuales se puede emplear la fuerza, en cuanto a la dificultad por parte del operador judicial para evaluar casos del uso de la fuerza, sobre todo cuando es la letal (hecho que dificulta el accionar legítimo de la Fuerza Pública y expone a sus miembros a sanciones disciplinarias e incluso penales a la hora de aplicar el uso de la fuerza). Lo que se trasmite en inseguridad jurídica, como el caso que se presenta en la frontera colombo-venezolana.

Por estas razones, es que el gobierno nacional a través del el Congreso de la República es el que debe discutir y aprobar cuanto antes unas RUF, no como en la actualidad, en donde las RUF nacieron a la vida jurídica a través de una Directiva del Ministerio de Defensa Nacional. Esto serviría además de marco general para la formulación de RDE explícita, definiendo unas de carácter permanente y asimismo, especificando a quién le compete redactar, aprobar y promulgar reglas de uso de la fuerza específicas para cada operación<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Es de tener en cuenta, que las primeras RUF deben ser propuestas por el Gobierno Nacional al Congreso para su aprobación como parte de la Ley. Las segundas, es decir las de carácter específico, deben ser propuestas por cada comandante de fuerza, revisadas por el comandante general y aprobadas por el Ministro de Defensa. Para ello, se debe institucionalizar un proceso mediante el cual el Ministro de Defensa deba aprobar las reglas de uso de la fuerza contingentes para cada misión. Estas reglas

Vale la pena resaltar, que las RDE no deben ser vistas como una talanquera o impedimento para la adecuada ejecución de las operaciones militares y policiales. Por el contrario, deben servir como una guía y una ayuda para todos los miembros de la Fuerza Pública encargados de velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos y de las instituciones democráticas del país.

## **BIBLIOGRAFÍA**

-  Altamirano, C. D. (2011). Inteligencia y operaciones de mantenimiento/imposición de la paz: concreción del concepto de cooperación ineragencial en la estructura del sistema (Doctoral dissertation, Escuela Superior de Guerra Tte. Gral. Luis María Campos).
-  Alvarez, J. (2018). El Uso de la Fuerza en las Operaciones Militares Terrestres Defensivas: Implicaciones jurídicas para el Estado colombiano y sus agentes (Tesis de maestría). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia
-  Amnesty International (2016). USO DE LA FUERZA: Directrices para la aplicación de principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. España: Centro de lenguas de Amnistía Internacional.
-  Cadavid (2015). El caso Colombia. Contexto de conflicto armado en Colombia y antecedentes del actual proceso de Paz. UTADDEO: Bogotá.
-  Comisión Colombiana de Juristas (2007). Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Colombia: Organización de las Naciones Unidas.
-  CGFM, Comando General de las Fuerzas Militares (2009). Directiva Permanente No.32 de 16-OCT-2009, “Reglas de Encuentro” de las FF.MM.
-  CICR (2008). ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario? Documento de Opinión. Recuperado de: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
-  CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja (2017). EL USO DE LA FUERZA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. Disponible en: <https://shop.icrc.org/icrc/pdf/view/id/2589>

---

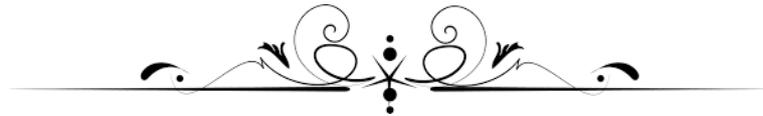
deben –por supuesto –ceñirse a los parámetros del Derecho de la Guerra, el DIH y los tratados internacionales.

-  Cubides Cárdenas, J., Reyes García, D. I., & Castro Buitrago, C. E. (2017). El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la fuerza pública en Colombia. *Agudelo Giraldo, ÓA, Castro Buitrago, CE, Cubides Cárdenas, J., Reyes García, DI, León Molina, JE, Torres Ávila, J. & Woolcott Oyague, OD (2017). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.*
-  Cubides, J. C., Ynfante, J. C., & Benítez, E. R. (2018). La Implementación del Acuerdo de Paz y la Seguridad en Colombia en el Posconflicto/The Peace Agreement Deployment and Security in Colombia in the Post-Conflict. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 178-193.
-  Cubides & Sierra (2018). Reparación Integral de as victimas en a justicia transicional: Historia, Debate y actualidad dentro del acuerdo de paz firmado por el gobierno de Colombia y las FARC-EP. Universidad la Gran Colombia: Bogotá.
-  Cubides, Sierra & Núñez (2017). El Fuero Militar en el derecho colombiano vs. El derecho ecuatoriano. En: Cubides, J. (2017). El Fuero Militar: Justicia interamericana y operaciones para el mantenimiento de la Paz. Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova -ESMIC-
-  Cubides, J. C., Sierra, P. A. Z., & Mejia, J. C. A. (2018). Reflexiones en torno a la Justicia Transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, Víctimas y posacuerdo/Reflections on Transitional Justice in Colombia: Armed Forces, Victims and Post-Agreement. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 11-24.
-  De la Rosa, R. A. (2012). Activación de unidades militares especializadas en protección civil en América Latina y el Caribe. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 16.
-  Dockendorff, A., & Duval, T. (2013). Una mirada a la seguridad internacional a la luz de las estrategias de seguridad nacional. *Estudios internacionales (Santiago)*, 45 (176), 31-49.
-  Dussán, C. C., & Avellaneda, M. B. (2018). Acceso a la Justicia Alternativa: Un Reto Complejo/Access to the Alternative Justice: a Complex Challenge. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, 163-176.
-  Frederic, S. (2008). Los usos de la fuerza pública. Debates sobre militares y policias en las ciencias sociales de la democracia. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento: Buenos Aires, Biblioteca Nacional.
-  Henkin, Louis (1992). "Biafra, Bengal and Beyond: International Responsibility and Genocidal Conflict". *Proceedings of the American Society of Internationa/ Law*. 4 (66). p. 95.

-  IIHL (2009). Manual de Reglas de Enfrentamiento, San Remo-Italia.
-  Krzysztof, JanSkubiszewski (1985). "Uso de la fuerza por parte de los Estados. Seguridad colectiva. Derecho de Guerra y de Neutralidad". En: SORENSEN, Max (ed.). Manual de Derecho Internacional Público. México: FCE, p. 683.
-  Martínez, F. (2003). Investigación Aplicada USO DE LA FUERZA, Documento de trabajo n 4, Notas y experiencias para la reforma policial en México. pp. 8-9.
-  Melzer (2010). CICR, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario.
-  Moller, F. M. (2001). "Resumen sobre la Evolución del Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales a partir de la Carta de las Naciones Unidas". p 3.
-  Olásolo (2017). El dilema normativo de la justicia transicional ante su falta de regulación y la inseguridad jurídica generada por aquellas medidas que chocan con el marco normativo internacional de los crímenes de ius cogens: Especial atención a las situaciones en Colombia, España e Irlanda del Norte.
-  Restrepo, Luis Carlos (2007). ¿Conflicto Armado O Amenaza Terrorista? <http://historico.presidencia.gov.co/columnas/columnas92.htm>. Consultado el 3 de febrero de 2016.
-  Torres, Woolcott y Castro (2016). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. Universidad Católica de Colombia: Bogotá
-  Triana, N. C., Malagón, J. P., Rojas, J. C. H. (2018). La protección de los derechos humanos a la luz de las nuevas obligaciones internacionales frente a la lucha contra el terrorismo/The Protection of Human Rights in the Light of New International Obligations in the Fight Against Terrorism. Utopía y Praxis Latinoamericana, 23, 152-161.

### Referencias Normativas

- ④ Colombia, Ministerios de Defensa (2018). Política Defensa y Seguridad - PDS-. p. 18.
- ④ Colombia, Ministerio de Defensa (2015). Manual de derecho operacional, 2015, p. 15
- ④ Colombia, Ministerio de Defensa (2011). Política Nacional de Defensa de la Libertad Personal -PNDLP-. p 1
- ④ Colombia, Ministerio de Defensa (2008). Política Integral de DDHH y DIH. Colombia: Ministerio de Defensa.
- ④ Colombia, Ministerio de Defensa (2019). Disposición 002. Colombia: Escuela Militar de Cadetes.





# DERECHO HUMANO AL ACCESO A INTERNET

---

## HUMAN RIGHT TO INTERNET ACCESS



*José Alfredo Gómez Reyes\**

(México)

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II.- EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN; III.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL USO DEL INTERNET; IV.- DERECHO HUMANO A LA URBANIZACIÓN Y EL EMPODERAMIENTO LEGAL DE LOS POBRES; V. DERECHO HUMANO AL ACCESO AL INTERNET COMO GARANTÍA DE OTROS DERECHOS; CONCLUSIÓN; FUENTES.

---

\* Licenciado en Derecho titulado por excelencia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Maestría en Políticas Públicas por el Colegio de Veracruz y es Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UV). Doctor en Derecho Público, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Expositor de clases y conferencias de Derechos Humanos a lo largo de su desempeño profesional dentro de la República Mexicana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACYT. Desempeño dentro de los poderes judiciales Estatal y Federal. Actualmente funge como Fiscal Regional Zona Centro, en la Fiscalía General del Estado de Veracruz.



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

GÓMEZ REYES José Alfredo "DERECHO HUMANO AL ACCESO A INTERNET."  
*Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

GÓMEZ REYES José Alfredo "HUMAN RIGHT TO INTERNET ACCESS." *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

El presente ensayo aborda el derecho humano de acceso a internet, cuya accesibilidad es indispensable para el pleno disfrute de otros derechos como la libertad de expresión, reunión, participación ciudadana, trabajo, descanso, ocio y el derecho a la educación.

**Palabras Claves:** Derechos humanos; internet; libertad de expresión y acceso a la información.



### ABSTRACT

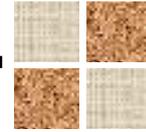
---

This essay addresses the human right of access to the Internet, whose accessibility is indispensable for the full enjoyment of other rights such as freedom of expression, assembly, citizen participation, work, rest, leisure and the right to education.

**Keywords:** Human rights; Internet; Freedom of expression and access to information.



## I. INTRODUCCIÓN



**E**l artículo 6 apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala la obligación del Estado a garantizar a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal.

Al respecto, el marco constitucional Mexicano contiene tres aristas importantes, la primera respecto del acceso a la información; la segunda lo que tiene que ver sobre el derecho humano a la inclusión digital universal; y la regulación y utilización del aspecto electromagnético, la radiodifusión y las telecomunicaciones. El presente ensayo aborda tales aspectos respecto del internet y su relación con los derechos humanos.

En ese sentido, si bien es cierto abarca la regulación, competencias, incluso otorga potestades al Instituto Federal de Telecomunicaciones para que realicen tal función, también lo es que todo se reduce a lo que la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión señala, es decir, el derecho humano a la información. Por otro lado, un elemento importante que ocupara nuestra principal atención en este trabajo, serán los derechos humanos en relación con el internet y éste con otros derechos.

## II. EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho de acceso a la información está regulado en el segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 6° constitucional, señala en su fracción I, que la información que posea cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. Asimismo, la fracción tercera de dicho artículo, complementa el mandato constitucional al señalar que toda persona, sin acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

La fracción IV del artículo en comento señala: que se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos, los cuales se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

A nivel Interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV y 13 de la Convención Americana de Derechos

Humanos señalan que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión de sus ideas, de cualquier índole, por cualquier medio.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos como *Claude Reyes* (2006:77), reconoció que el derecho de acceso a la información, es un derecho humano integrante de la libertad de pensamiento y expresión. Asimismo la Corte IDH estableció que para la protección de tal derecho, el estado debe otorgar a las personas un recurso judicial adecuado, rápido y expedito.

En el ámbito Universal, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Naciones Unidas, adoptado por la Asamblea General en su relación 2200 A, estableció que dentro del derecho a la libertad de expresión se encuentran inmerso el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Dentro del sistema Universal de protección de Derechos Humanos, en materia de medio ambiente, por ejemplo, existe la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el desarrollo de 1992, la cual en su principio 10 expresó, que es un derecho humano que las personas puedan acceder adecuadamente a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades, las cuales incluyen aquella sobre materiales y actividades que encierran peligro a sus comunidades, pero sobre todo, resaltó el derecho que tienen las personas que allí viven para adoptar decisiones de tales riesgos.

En los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, señala la dualidad del derecho de libertad de expresión que comprende la opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de cualquier autoridad, a menos que tal información sea relacionada con la seguridad nacional o pública, bienestar económico, orden y prevención del delito, la salud, moral o la protección y libertades del resto de la población.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leander v. Sweden* (1987:19), señaló que el citado artículo 10 prohíbe al estado impedir o restringir que una persona reciba información que otros deseen o puedan desear impartirle.

Por su parte, el Sistema Africano de Derechos Humanos en el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) expresa que todo individuo tiene tanto el derecho de recibir información como a expresarlo o difundirlo, siempre y cuando se respete la ley, cuyo derecho lo robusteció al emitir la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África (2002), y expresando además, que el acceso a la información es necesario para el ejercicio o la protección de todo derecho, incluyendo la que tiene en su poder entidades privadas.

### III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL USO DEL INTERNET

La libertad de expresión, es una herramienta esencial para el ejercicio de otros derechos humanos, tales como la libertad religiosa, la educación, la identidad étnica o cultural y el de igualdad. Asimismo, es una condición indispensable para el correcto funcionamiento pacífico y libre de las sociedades democráticas, inclusive (CIDH Bustíos Saavedra, 1997: 72) “la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma” (CIDH, 1994:9).

La Corte IDH, ha explicado las dos dimensiones de la libertad de expresión y ha señalado que en su aspecto individual, consiste en el derecho de cada persona a expresar sus pensamientos, ideas e informaciones, respecto de la colectiva o social, consiste en el derecho de la sociedad a recibir la información, pensamientos o ideas (Kimel, 2008:53).

Tomando en consideración lo anterior, la libertad de expresión, es un medio para el intercambio de informaciones e ideas entre las personas y para su comunicación entre sí, limitando al mismo tiempo al Estado para que no interfiera o de alguna forma restrinja los medios o el canal de dicha comunicación (ULLOA, 2004: 110), de ahí que se llegue a afirmar que tal derecho, es prerequisite para la existencia de un Estado de Derecho.

Lo anterior, cobra relevancia en la realidad social, económica, política y cultural en la que nos desarrollamos, caracterizado por un mundo cibernético en la mayoría de los casos, sin barreras, límites o fronteras donde el intercambio de pensamientos, ideologías e información forma parte elemental del desarrollo social. La comunicación entre las personas hoy día significa una necesidad más que emocional o intelectual, llega al punto de ser parte de la concepción de la persona humana. En caso de restricción al igual que cualquier otro derecho, se atentaría no solo contra la dignidad del individuo, sino contra su esencia misma.

Además se debe concebir la libertad de expresión como una forma de vida, que integra la individualidad y a su vez la colectividad del mundo, la palabra oral o escrita, a través del arte o cualquier forma de expresión marca el rumbo de los países y su desarrollo mismo.

Las ideas a lo largo de la historia han significado la evolución, la trascendencia y el destino de nuestras naciones, claro, para bien o para mal, el punto crucial en esto debe partir de que cada uno se encuentra en esa libertad de aprender, practicar o simplemente tomar una decisión, pero todo ello no puede lograrse sin la accesibilidad a la información, entendida materialmente como la posibilidad de conocer ese mundo de las ideas, de ahí su importancia en nuestros días frente a una globalización cada vez más marcada, donde el internet como conducto, medio o instrumento para materializar los derechos humanos, es esencial.

#### IV. DERECHO HUMANO A LA URBANIZACIÓN Y EL EMPODERAMIENTO LEGAL DE LOS POBRES

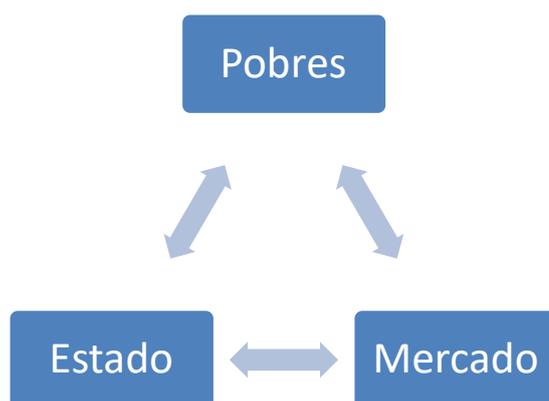
From Henri Lefebvre's, en su obra *Le Droit à la ville* (Derecho a la ciudad) (1978:137) señala que este derecho implica la motivación de la sociedad civil para crear su hábitat como parte de una misión común y colectiva, es decir, "se anuncia como llamada o exigencia para que no sólo se utilicen y protejan los recursos naturales, sino también los de la ciencia y el arte para garantizar el más alto nivel de vida a las personas.

En efecto, nos dice Lefebvre's (139), el derecho a la sociedad urbana comprende proporcionar las necesidades nuevas, sabiendo que éstas se descubren a lo largo de su aparición y se revelan a lo largo de la prospección de tal forma se busque la erradicación de la miseria, la pobreza y la ignorancia, y con ello la desigualdad social que impera en nuestros mundos.

En ese sentido, la Organización de Naciones Unidas, publicó en 2008 un informe de la Comisión sobre el Empoderamiento Legal de los Pobres al cual denominó *Making the Law Work for Everyone*, en el que se destacó:

El estado de Derecho, debe ser capaz de garantizar los derechos humanos de la clase económica baja, dentro de la que se encuentran grupo de personas en situación de pobreza, extrema pobreza o marginación y de forma real y material garantizar no sólo sus derechos como ciudadanos, sino también su derecho al trabajo en amplio sentido (actor económico). Pero sobre todo, debe garantizarse que este grupo vulnerable sea incluido tanto en las políticas públicas sociales como en la ley misma, logrando con ello su exclusión de la Ley.

Para mayor claridad se propone el siguiente esquema:



Para lograr dicho objetivo, se deben crear políticas públicas sobre la base de cuatro «pilares» de la reforma del empoderamiento jurídico, necesarios en el centro de los esfuerzos para brindar protección y oportunidades a los pobres.

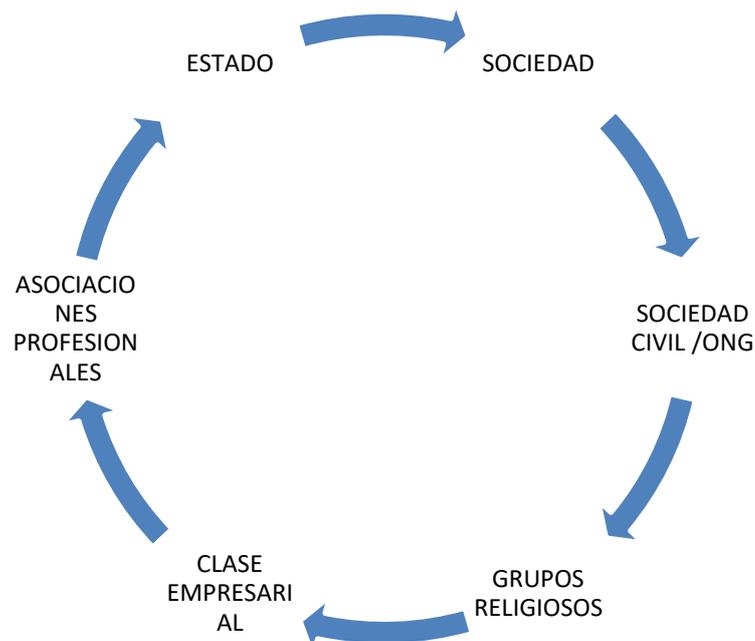
1. El acceso a la justicia y el imperio de la ley,

2. Los derechos de propiedad,
3. Los derechos laborales y
4. Los derechos empresariales.

En ese sentido, las instituciones y las leyes eficaces dan a los individuos la confianza de cooperar con los demás a lo largo del tiempo y la distancia, creando así de manera constante riqueza. Las ganancias de productividad liberadas a través de la reforma en un área se transfieren a otras.

Al referirse al empoderamiento jurídico, se señalan puntos de acción muy importantes tales como:

- Amplias coaliciones políticas que faciliten el empoderamiento legal y ayuden a superar la resistencia, la desviación y el retraso.
- Conocimiento del contexto político y las reformas basadas en una comprensión profunda y compartida de las condiciones locales, tanto en la economía formal como en la informal.
- Atención dada en los cuatro dominios a las cuestiones de género, los derechos de los pueblos indígenas y el derecho consuetudinario.
- La participación de los pobres con retroalimentación en todas las fases de las reformas y políticas públicas implementadas para tal fin y la estrecha vigilancia de los resultados.
- Fuerte liderazgo político de representantes populares en cooperación con las finanzas, justicia y trabajo, así como enfoques de abajo hacia arriba.



**Objetivos:**

1. Hacer que la protección legal y la oportunidad económica no sean el los pocos, pero el derecho de todos.
2. Lograr un compromiso político/jurídico/social y crear nuevas directrices para las reformas estructurales en nuestro país, después de lograr un consenso entre todos los miembros de un Estado.
  - a) Abatir la desigualdad material y formal en la que se encuentran los pobres.
  - b) Equilibrar el crecimiento económico de algunos sectores de la sociedad frente a la marginación o extrema pobreza de otros muchos.
  - c) Distribuir equitativa e igualitariamente la riqueza del país mediante políticas públicas reales a través de una economía excluyente.
  - d) Consolidar el Derecho Humano a la libre empresa.

**Herramientas:**

- A. El Sistema de Protección de Derechos Humanos
- B. Instituciones de mercado

**Para Lograr:**

- 1) Acceso a la justicia
- 2) Estado de Derecho
- 3) Gobernanza y Administración Pública:
  - a. Personas que viven la pobreza mejorar su calidad de vida y medios de subsistencia a través de la Ley.
  - b. Mayor protección a los Derechos Humanos y Oportunidades (empleo, educación salud)
  - c. Protección en términos de Seguridad Pública (integridad y patrimonio)
  - d. Mayor oportunidad en pequeñas empresas, empleo, acceso a créditos.
- 4) Fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización en general y en particular con lo que tiene que ver con bienes y servicios sociales

- 5) Construir un modelo de compromiso cívico (principios y valores para con el resto de la sociedad.
- 6) Concientización en todos los que integran la sociedad que en la economía todos somos parte.
- 7) Máxima protección a grupos vulnerables (mujeres, niños, adultos mayores, indígenas, etc.)
- 8) Eliminar las leyes que excluyan a los pobres o de alguna forma los límites en el acceso a oportunidades
- 9) Fortalecer las instituciones que protegen la propiedad (patrimonio de las personas).
- 10) Fortalecer las instituciones directamente relacionadas con el empleo (dentro de las que destaca el derecho de asociación)
- 11) Mejorar las condiciones laborales, pero sobre todo crear las condiciones necesarias para que se garantice el empleo para todos.
- 12) Fortalecer el derecho de y para las empresas.

## V. DERECHO HUMANO AL ACCESO AL INTERNET COMO GARANTÍA DE OTROS DERECHOS

Para la Real Academia Española, Internet significa “Red Informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación” (2016). En general el internet (*International Network of Computers*), las tecnologías de la información (*TIC*) significan para las sociedades del siglo XXI su desarrollo económico y social.

En sí, dicha herramienta se presenta como un paso fundamental en el avance de los sistemas de información y comunicación mundial, pues implica por sí mismo una forma de acceder a centros de documentación e información, realizar operaciones financieras y comerciales, entretenimiento y excelente canal de comunicación (Pérez, 2017).

En ese sentido, el acceso a internet, es el medio o conducto por el cual se materializa no solo ese derecho humano en sí, sino también a la comunicación y expresión de ideas, el intercambio comercial y de moneda y en sí el desarrollo económico, humano y cultural.

Por ello, su accesibilidad no sólo se vuelve una obligación ineludible para el Estado, sino se vuelve la pieza fundamental en la garantía de los derechos humanos de las personas inspiradas en la dignidad del ser humano, de ahí que cualquier violación por acción, omisión o tolerancia debe ser reparada integralmente.

Lo anterior, no sólo tiene que ver con el desarrollo humano, sino con el desarrollo de las personas en sí mismas. Dada la evolución de los derechos humanos y tomando en consideración los principios de indivisibilidad, progresividad e interrelación de los derechos humanos, la autoridad se encuentra impedida a excusarse en falta de recursos económicos para garantizar el *derecho humano al acceso a internet*, sino que se encuentra obligado a adecuar su legislación e infraestructura a los estándares internacionales para garantizárselo a todos sus ciudadanos.

A propósito de lo anterior, La Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo de Derechos Humanos señaló (2012), que guiándose por la Carta de las Naciones Unidas y recordando las resoluciones de la Comisión de derechos Humanos y del propio Consejo sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión y su ejercicio en internet, es una cuestión que *reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones*.

Asimismo, dada la naturaleza mundial y abierta de internet, es una fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, de ahí que cada estado debe promover y facilitar su acceso (*Castell, 2003:15*).

Por su parte, la *Internet Rights y Principles Coalition*, señala que toda persona tiene derecho a acceder a internet, cuya accesibilidad es indispensable para el pleno disfrute de otros derechos como la libertad de expresión, reunión, participación ciudadana, trabajo, descanso, ocio y el derecho a la educación.

El derecho de acceso a internet, nos dice la Carta, incluye:

- a. Calidad del servicio
- b. Libertad de elección del sistema del software
- c. Garantizar la inclusión digital<sup>57</sup>
- d. Neutralidad e igualdad de la Red

Por su parte, el internet y el derecho a la no discriminación en el disfrute de éste, abarca:

- I. Igualdad de acceso
- II. Grupos marginados

---

<sup>57</sup> La inclusión digital requiere que todas las personas tengan acceso y puedan usar de forma eficiente los medios digitales, plataformas de comunicación y dispositivos para la gestión y el procesamiento de la información.

### III. Igualdad de género

En el mismo sentido, el internet en relación con el derecho a la vida, la libertad y la seguridad consagran:

- A. Protección contra todas las formas de la delincuencia
- B. Seguridad de internet (conexiones seguras)

Por ello, el Desarrollo a través de internet incluye el pleno disfrute de todos los derechos humanos que de forma directa o indirecta se interrelacionan con éste y busca en todo momento la reducción de la pobreza, el desarrollo humano y la sostenibilidad del medio ambiente

Ahora bien, respecto al Derecho Humano a la intimidad y a la privacidad, como política pública el Internet debe contener:

- I. Legislación
- II. Políticas de privacidad
- III. Normas de confidencialidad e integridad de los sistemas de las Tecnologías de la información
- IV. Protección de la personalidad virtual (firmas digitales, nombres de usuarios, contraseñas, códigos)
- V. Derecho al anonimato y utilizar cifrado
- VI. Libertad ante la vigilancia
- VII. Libertad ante la difamación
- VIII. Protección de los datos digitales:
  - a. Protección de datos personales
  - b. Obligación de los colectores de datos (política de privacidad transparente)
  - c. Normas mínimas de datos personales
  - d. Monitorización de la protección de datos

Finalmente, respecto de la educación y el acceso a internet como derechos humanos, la Carta hace referencia, a los entornos virtuales, plataformas y formas multimedias en materia de pedagogía, para poder acceder no solo al conocimiento, sino a la cultura en forma general.

En el mismo sentido, la Declaración de Principios de Ginebra y la Agenda de Túnez para la Sociedad de la información, reconocen que la

información y la Comunicación son pieza esencial para que las personas y las sociedades puedan desarrollarse plenamente todo su potencial, pero sobre todo mejoren su calidad de vida, pues una sociedad informada aspira a la máxima protección a sus derechos Humanos, llegando inclusive a ser pieza esencial del proyecto de vida de cualquier persona, de ahí la trascendencia de su máximo respeto y garantía.

## CONCLUSIÓN

- ✓ El acceso a internet consideramos, es un derecho humano en sí, no sólo por sus implicaciones individuales para el desarrollo de la persona, sino por la interrelación que tiene con otros derechos, principio rector del Sistema de Protección de los Derechos Humanos.
- ✓ Por su parte, la Libertad de expresión en sus dos vertientes, se relaciona íntimamente con el internet al ser una realidad social el uso de las tecnologías, como herramienta, pero sobre todo forma de vida.
- ✓ El Desarrollo humano, cultural, económico y social, hoy día exige que los Estados garanticen no sólo el acceso a internet, sino a las tecnologías de la información en general, pues es requisito para el disfrute de otros derechos propios de nuestras sociedades actuales.
- ✓ La educación, la libertad de expresión, acceso a la información, conciencia, religión, acceso a la justicia, en fin, cualquier derecho no jerarquizado o clasificado, requiere de tales herramientas, conductos o medios para garantizarlo, y el internet es uno de ellos por su importancia y trascendencia.
- ✓ La realidad social exige a los estados adecuen sus políticas públicas en materia de educación, porque conlleva su accesibilidad real y material, de lo contrario no sólo el Estado de Derechos es inexistente, sino se atenta contra la esencia misma del individuo, que requiere además de la interrelación y comunicación con otros individuos, los medios necesarios de acceso a la información, expresar sus ideas a un mundo sin barreras, en sí para su desarrollo humano, donde la educación y la tecnología son piezas fundamentales.

## ( FUENTES )

### INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LEGISGRAFÍA:

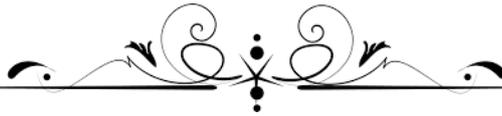
-  Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
-  Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
-  Convención Americana de Derechos Humanos
-  Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
-  Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el desarrollo de 1992
-  Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
-  Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

### CRITERIOS INTERNACIONALES:

-  CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.
-  CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra. Perú. 16 de octubre de 1997.
-  Commission on Legal Empowerment of the Poor and United Nations Development Programme 1 UN Plaza, New York, New York, 10017.
-  Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
-  Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
-  Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151.
-  ONU, 20º periodo de sesiones, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluidos el derecho al desarrollo, *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet, 29 de junio de 2012, A/HRC/20/L.13.*
-  EHRC, Leander v. Sweden judgment (26 March 1987, Series A no. 116, § 74).
-  Internet Rights & Principles Coalition

**BIBLIOGRAFÍA:**

- 🏛️ Castells, Manuel, *La galaxia Internet. Reflexiones sobre internet, empresa y Sociedad*, Barcelona, Editorial DeBolsillo, 2003.
- 🏛️ Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Ediciones Península, 1978.
- 🏛️ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Internet y los Derechos Humanos*, (consultado el 15 de febrero de 2017), disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2550/b15616630.pdf?sequence=1>
- 🏛️ OEA, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, Washinton, D. C., 2007.



DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,  
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL  
ECUADOR.

---

DEVELOPMENT OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND  
ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE  
CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR.



*Verónica Hernández Muñoz\**

(Ecuador)



*Alejandro Vanegas Maingon\**

(Ecuador)

---

\* *Verónica Hernández Muñoz* Directora de Carrera y Docente a tiempo completo, Facultad de Derecho Universidad Especialidades Espíritu Santo. Directora del Proyecto de Investigación: "Plataforma Virtual de las acciones extraordinarias de protección 2009-2016". Autora de los papers académicos: 1.- "Diálogo entre Cortes frente a los grupos vulnerables"; 2.- "La responsabilidad judicial y ministerial frente al VIH"; 3.- "El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?". Autora del Libro "Introducción al Derecho Político" y "Activismo judicial de la Corte Constitucional del Ecuador. Estudio de casos sobre derechos sociales a favor de los grupos de atención prioritaria". Ex-visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, periodo enero-marzo 2018. Magíster en Ciencias Jurídicas Universidad Pompeu Fabra

\* *Alejandro Vanegas Maingon* Docente a tiempo parcial de la Facultad de Derecho Universidad Especialidades Espíritu Santo. Abogado en el libre ejercicio principalmente en la rama constitucional, mediante las garantías jurisdiccionales. Autor de los papers académicos: 1.- "Desarrollo Histórico del Derecho de Sufragio en la República del Ecuador", 2. "Protección Penal de los Animales en el Ecuador", 3. "Principio de Subsidiariedad en la Acción de Protección", entre otros. Diplomado en Derecho Ambiental por la Pontificia Universidad Javeriana. Diplomado en Derechos Humanos con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Especialidades Espíritu Santo.



I. Introducción; II. Marco Teórico; Conclusiones; Referencias Bibliográficos.

#### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

HERNÁNDEZ MUÑOZ Verónica "DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR". *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

HERNÁNDEZ MUÑOZ Verónica "DEVELOPMENT OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.

#### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

VANEGAS MAINGON Alejandro "DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR". *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

VANEGAS MAINGON Alejandro "DEVELOPMENT OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR". *Journal of Legal Sciences Exégesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.





## RESUMEN

---

Desde la actual Constitución de la República del Ecuador se reglamentó la sociedad e instituciones del país en torno al concepto de la justicia social, para erradicar las desigualdades sociales. Por ese motivo, la Corte Constitucional del Ecuador, máximo órgano de interpretación y control constitucional, ha garantizado en su jurisprudencia los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de los ciudadanos. Esta investigación permitirá analizar varios casos en los que se pronunció a favor de los ciudadanos y el alcance de estos derechos fundamentales, conocidos en el texto constitucional como derechos del buen vivir.

**Palabras Claves:** DESCAs, Corte Constitucional, Constitución, Jurisprudencia, Derechos del Buen Vivir.



## ABSTRACT

---

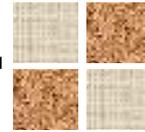
Since the current Constitution of the Republic of Ecuador, the country's society and institutions have been regulated around the concept of social justice, in order to eradicate social inequalities. For this reason, the Constitutional Court of Ecuador, the highest body of constitutional interpretation and control, has guaranteed in its jurisprudence the economic, social, cultural and environmental rights (DESCA) of citizens. This research will make it possible to analyze several cases in which I pronounce in favor of citizens and the scope of these fundamental rights, known in the constitutional text as rights of good living.

**Keywords:** DESCAs, Constitutional Court, Constitution, Jurisprudence, Rights of Good Living



## I. INTRODUCCIÓN

---



**E**n el año 2008 la República del Ecuador adoptó una nueva Constitución, teniendo como influencia un conjunto de principios sobre la adecuada distribución de los beneficios y las cargas de cooperación social<sup>58</sup>. Es así, que se reglamentó la sociedad e instituciones del país en torno al concepto de la justicia social, para erradicar las desigualdades que nacen de la propia estructura social. De tal forma que en el texto constitucional encontramos una extensa clasificación de derechos; teniendo que destacar que los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales<sup>59</sup> pasaron a designarse del derechos del buen vivir.

Los DESCAs o derechos del buen vivir fundamentan su nacimiento en el respeto a la dignidad humana. Dignidad entendida en dos sentidos: primero, como posibilidad fáctica, esto es, saber que la dignidad puede verse realizada o al menos aproximarnos a una realización a lo largo de la vida humana en sus dimensiones fundamentales<sup>60</sup>. Y, segundo, la dignidad como idea normativa que significa el paso del ser al deber ser. Esto es, exigir y buscar la acción positiva de los poderes públicos para garantizar estos derechos<sup>61</sup>.

Por eso, en la constitución ecuatoriana encontramos un conjunto de garantías jurisdiccionales a disposición de los ciudadanos. Teniendo en consideración que el marco constitucional estableció la justiciabilidad, interdependencia y progresividad de la totalidad de los derechos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ante esta realidad normativa, los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de la justicia constitucional, deben salvaguardar la constitución organizando la vida constitucional de manera constante, lo que permite defender los derechos de los grupos más vulnerables<sup>62</sup>. Lo que permite reconocer la necesidad de garantizar el respeto de la Constitución por parte del poder público.

De este modo, el texto constitucional instituyó a la Corte Constitucional del Ecuador como el órgano de control constitucional<sup>63</sup>; convirtiéndose de este modo dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia ecuatoriano, en el

---

<sup>58</sup> Rawls, John. Teoría de la Justicia. Estados Unidos de América: Harvard University Press.

<sup>59</sup> Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales serán abreviados en adelante como DESCAs

<sup>60</sup> Carbonell Miguel y Ferrer Mac-Gregor Eduardo. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. Cevallos Editora Jurídica.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Kelsen, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>63</sup> <<Art. 429: La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. >>

custodio de la constitución. Tanto así, que entre sus facultades encontramos la de ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos –ratificados por el Estado ecuatoriano– a través de sentencias y dictámenes, mismas que tienen carácter vinculante para las demás instituciones del país<sup>64</sup>.

Es decir, la responsabilidad de la aplicación y efectivo cumplimiento de la supremacía constitucional lo tiene la Corte Constitucional, que se debe pronunciar con respecto a este principio mediante su jurisprudencia. Debiendo recordar que la supremacía constitucional tiene como concepción la adecuación material y formal del ordenamiento jurídico y de los actos del poder público a la constitución. Todo esto para que el Estado se preocupe por los derechos de las minorías, políticas, étnicas y sociales, que no deben ni pueden ser remitidos a la voluntad ilimitada de ninguna mayoría, para que se pueda vivir con armonía en la diversidad<sup>65</sup>.

En la actualidad, la Corte Constitucional ejerciendo el control de constitucionalidad, aplicando el derecho a la tutela judicial efectiva y examinando los distintos casos puestos a su conocimiento, ha desarrollado, mediante su jurisprudencia, múltiples derechos constitucionales (entre ellos de manera especial los DESCAs o también conocidos como Derechos del Buen Vivir). Esto ha permitido reconocer la importancia y carácter justiciable de estos derechos, que tienen relevancia en las condiciones de vida de los ciudadanos ecuatorianos.

Por eso, en el año 2016, la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad Especialidades Espíritu Santo en Guayaquil, Ecuador, inició un estudio de todas las Acciones Extraordinarias de Protección<sup>66</sup>. El objetivo de la investigación fue conocer si en Ecuador, son o no justiciables los DESCAs, bien por el principio de aplicación directa de la Constitución o por el principio de interdependencia. El proyecto de investigación se planteó, asimismo, con la finalidad de conocer la materialización de los derechos, así como saber, un poco más, sobre la real protección de la dignidad humana.

La presente investigación se ha elaborado para efectos prácticos, con la finalidad que los investigadores en Latinoamérica conozcan de la casuística ecuatoriana y puedan realizar un estudio comparado de la aplicación y desarrollo

---

<sup>64</sup> <<Art. 436: La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.>>

<sup>65</sup> Zagrebelsky, Gustavo (2018). Justicia Constitucional. Perú: Editorial Zela.

<sup>66</sup> La Garantía Jurisdiccional conocida como Acción Extraordinaria de Protección, que es de conocimiento exclusivo de la Corte Constitucional del Ecuador, será abreviada en adelante como AEP.

jurisprudencial de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador.

## II. MARCO TEÓRICO

Por la extensión de esta investigación, no es posible exponer la totalidad de los casos que se analizaron a propósito del proyecto de investigación<sup>67</sup>, en los que la Corte Constitucional del Ecuador reconoció la condición de derecho exigible y justiciable de los DESCAs. Sin embargo, para demostrar que en Ecuador existe el acceso a la justicia en materia de DESCAs y como estos derechos se han fortalecido, se analizarán los casos más relevantes. Los criterios sobre los cuales se basó la selección de las causas más relevantes son: 1) Que se tratara de un caso resuelto a favor de los DESCAs; 2) Que se pudiera identificar una actuación judicial dinámica, esto es, haber provocado una reforma legal o modificación de política pública; y, 3) Que se haya invocado el derecho social en conexión con el principio de igualdad y no discriminación.

El rol de la justicia para la materialización de los DESCAs en la experiencia ecuatoriana, se demostrará mediante las decisiones judiciales que serán examinadas en esta investigación. Permitiendo así, contribuir a los estándares e indicadores nacionales e internacionales, para fomentar la aplicación y respeto a estos derechos constitucionales. Las siguientes decisiones de la Corte Constitucional serán analizadas de acuerdo a los requerimientos exigidos en la convocatoria del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Como resultado de la investigación anteriormente señalada<sup>68</sup>, se seleccionaron ocho casos que cumplieron los criterios de selección. Estos, permitirán explicar las virtudes y deficiencias de las normas jurídicas vigentes. Con la finalidad de evidenciar como la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sus decisiones, permitió la materialización de los DESCAs. Para esto, se empleará el método inductivo, mediante el análisis de las siguientes decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de demostrar que los DESCAs han sido respetados.

En la primera causa<sup>69</sup> se dio el despido de un policía con VIH, que padecía de alcoholismo. Alegó vulneración del derecho al trabajo<sup>70</sup> y a la salud<sup>71</sup>, en

<sup>67</sup> El Proyecto de Investigación fue realizado en la Universidad Especialidades Espíritu Santo.

<sup>68</sup> La información del proyecto de investigación inclusive permitió tener datos suficientes para elaborar un libro titulado: “*El activismo judicial de la Corte Constitucional del Ecuador. Estudio de casos sobre derechos sociales a favor de grupos de atención prioritaria. Jurisprudencia periodo 2008-2018*”.

<sup>69</sup> Sentencia N° 016-16-SEP-CC. Caso N° 2014-12-EP de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>70</sup> Art. 30 Constitución.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un deber económico, Fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

<sup>71</sup> Art. 32 *Ibidem*.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los

conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación. En la decisión final, la Corte Constitucional dispuso: 1) el reconocimiento de la estabilidad laboral; 2) que el empleador no podrá justificar la terminación de las relaciones laborales del empleado portador de VIH por padecer dicha enfermedad; 3) que despedir a una persona con VIH es discriminatorio; y, 4) que la persona con VIH debe contar con el sueldo de su trabajo porque de esta saldrán los recursos disponibles para atender sus necesidades de portador de VIH. Luego, en la segunda causa<sup>72</sup>, se dio el despido de una bombera por su condición de ser mujer. Alegó vulneración al derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional resolvió que: 1) Se le restituya el trabajo para revertir la situación discriminatoria; 2) dispuso que los funcionarios judiciales deben generar confianza a las víctimas en asuntos de violencia de género; 3) Dispuso la creación de un Protocolo de Trabajo con visión de género para el Municipio de Archidona y que se lleve a cabo la campaña de rechazo social a las agresiones de género.

El segundo caso<sup>73</sup> trató del despido de una mujer en periodo de lactancia, la accionante alegó vulneración al derecho al trabajo en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. En la decisión, la Corte Constitucional dispuso: 1) Que se diera el reintegro de la trabajadora a su puesto de trabajo; 2) Pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta el momento; 3) Solicitud de reforma al Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. La Corte Constitucional estimó que el caso de las personas con discapacidad es análogo al de las mujeres embarazadas. Son consideradas, durante el periodo de embarazo y lactancia, como parte de los grupos de atención prioritaria y tienen garantías específicas que prohíben la discriminación en el trabajo.

El tercer caso<sup>74</sup> trató sobre el despido de un agente de tránsito por padecer de hepatitis B. El vigilante, al presentar la acción alegó la vulneración del derecho al trabajo y a la salud en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional resolvió: 1) la restitución en su puesto de trabajo; 2) El pago de las remuneraciones atrasadas; 3) Prohibición al empleador de dar por terminada una relación laboral con un empleado que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta; 4) Corte Constitucional derogó literal F) del Art. 66 de la Ley de personal de la Comisión de Tránsito del Guayas. Por el que los miembros del Cuerpo de Vigilancia entrarían en situación transitoria: “por enfermedad crónica comprobada”. A criterio de los jueces constitucionales, tal disposición jurídica es inconstitucional porque no guarda armonía con el principio de igualdad y no discriminación.

---

servicios de salud se registrá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

<sup>72</sup> Sentencia N° 292-16-SEP-CC, Caso N° 0734-13-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>73</sup> Sentencia N° 309-16-SEP-CC, Caso N° 1927-11-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>74</sup> Sentencia N° 362-16-SEP-CC, Caso N° 0813-13-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

El cuarto caso<sup>75</sup> trató sobre la no entrega por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, de medicamentos a personas con VIH. Alegaron vulneración al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida. La Corte Constitucional ordenó que las personas con VIH y que son atendidas por el IESS no sean privadas de la prescripción y entrega de los medicamentos que forman parte de su tratamiento integral, por cuestiones ajenas a las estrictamente médicas y ordenó que el Ministerio de Salud oficie a los hospitales públicos con la información de que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas con VIH la medicación que forma parte de su tratamiento

El quinto caso<sup>76</sup>, trató sobre el despido de una mujer embarazada. Ella alegó vulneración del derecho al trabajo en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional ordenó; 1) el reintegro de la señora a su puesto de trabajo; 2) Pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde el momento del despido; y, 3) Solicitó la reforma al Art. 60 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. En el sentido de que: “... *para la supresión de puestos no se considerarán los puestos que ocupen las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, o conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS); tampoco serán considerados los puestos que ocupen las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentren gozando de su licencia de maternidad o del permiso para cuidados del recién nacido previsto por el Art. 33 de la LOSEP*”.

Para el sexto caso<sup>77</sup>, trató del despido de una mujer con discapacidad y licencia de maternidad. Interpuso la acción constitucional correspondiente alegando vulneración al derecho al trabajo en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional, en su fallo dispuso: 1) la restitución del puesto de trabajo; 2) el pago de las remuneraciones atrasadas; 3) Reforma al Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. Existe necesidad de extender contrato de servicios ocasionales a las personas con discapacidad y también a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, por ser parte de los grupos de atención prioritaria; y, 4) Reforma al Art. 143 del Reglamento LOSEP en el mismo sentido.

En el octavo caso<sup>78</sup> se tiene el tema de una profesora de escuela pública que padecía una enfermedad catastrófica, cáncer, y a la que le negaron la modificación de su jornada laboral. La profesora interpuso la acción al considerar vulnerados su derecho al trabajo y a la salud en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional, entonces, resolvió en el sentido siguiente: 1) La accionante, en razón de su cuadro clínico, debía recibir un trato prioritario en su esfera laboral. Solo así se entiende

<sup>75</sup> Sentencia N° 364-16-SEP-CC, Caso N° 1470-14-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>76</sup> Sentencia N° 072-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>77</sup> Sentencia N° 309-16-SEP-CC, Caso N° 1927-11-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>78</sup> Sentencia N° 324-17-SEP-CC, Caso N° 2649-16-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

protegido su derecho a la salud; 2) Más allá del tratamiento que reciba en los hospitales es necesaria la actuación complementaria de otras instituciones cuyas actuaciones tienen incidencia sobre la salud de la accionante; 3) La institución debió haber mantenido un horario de clases que posibilite un tratamiento médico en condiciones efectivas a favor de la accionante, para así garantizar las recomendaciones de sus médicos; 4) Si se cumplen las prescripciones médicas se garantiza el derecho a la salud de la ciudadana Elsie Bacusoy y, en contrario, desatender tales prescripciones, resulta, a juicio de la autoridad, fuente de trasgresión del derecho a la salud; 5) El complejo estado de salud de la señora Elsi Bacusoy, demandaba que la escuela empleadora, a través de su rectora y Consejo Directivo, mantenga la carga horaria inicial fijada para la docente y no establece una carga horaria mayor, menos aún cargarles tutorías; porque esto implicaba un mayor esfuerzo físico e intelectual y no se correspondía con las sugerencias médicas. Por lo tanto, no garantizaba la salud.

El séptimo caso<sup>79</sup>, una empresa estatal despidió a un trabajador por padecer enfermedad profesional. El accionante alegó vulneración al derecho al trabajo en conexidad con el principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional ordenó la inmediata restitución del trabajo y la implementación de la regla jurisprudencial para casos análogos, esto es, la aplicación de la estabilidad reforzada y con ello la Corte ha evitado que personas con enfermedades catastróficas sean, a primera mano, despedido intempestivamente. El mandato judicial dado es la estabilidad laboral reforzada, la obligatoriedad de reubicar al trabajador con enfermedad catastrófica, mas no el despido intempestivo, que no es más que una valoración económica del ser humano.

El octavo caso<sup>80</sup> trató sobre la no atención de niño con discapacidad, diagnosticado con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia, cuya tutela estaba a cargo del abuelo. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se negó a atenderlo por no ser hijo del afiliado, que en este caso era el abuelo a quien se le había dado la tenencia del menor. Presentaron acción alegando la vulneración del derecho a la salud en conexidad con el principio pro homine. La Corte Constitucional ordenó que el IESS brinde el tratamiento y atención médica que requiera (...) mientras este se encuentre en custodia familiar del afiliado NN. Además la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 102 de la Ley de Seguridad Social. En el sentido de que el Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado (...) a su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos mejores hasta los 18 años de edad, los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor. (Las negrillas hacen referencia a lo agregado por la CC).

<sup>79</sup> Sentencia N° 375-17-SEP-CC, Caso N° 0526-13-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

<sup>80</sup> Sentencia N° 380-17-SEP-CC, Caso N° 2334-16-EP, de la Corte Constitucional de Ecuador.

## CONCLUSIONES

- ✓ Las decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador, que son parte importante de las fuentes del derecho en la actualidad, evidencian la necesidad de la aplicación directa de los DESCAs para el respeto íntegro del texto constitucional. La eficaz protección de estos derechos permiten el desarrollo de la sociedad ecuatoriana en derechos que no son visibles, pero que deben ser respetados para que el Estado cumpla con sus fines sociales.
- ✓ Adicionalmente, estas experiencias son relevantes para que los órganos jurisdiccionales de otros países puedan replicar estas interpretaciones y el marco argumentativo para garantizar los DESCAs. El presente análisis, demuestra que los cambios estructurales y constitucionales son positivos para una correcta protección de los derechos fundamentales, así como una participación garantista por parte de los órganos que manejan el control de constitucionalidad.
- ✓ Como propuesta para una futura investigación, sería importante contrastar las presentes decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador con la de otros órganos jurisdiccionales de control constitucional de los demás países de Latinoamérica para examinar sus alcances y limitaciones. Así como los de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

-  Asamblea Constitucional. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi, Ecuador.  
Carbonell Miguel y Ferrer Mac-Gregor Eduardo. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. Cevallos Editora Jurídica.
-  Courtis, Christian. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta.
-  Corte Constitucional. (2016). Sentencia N° 292-16-SEP-CC. Caso N° 0734-13-EP.
-  Corte Constitucional. (2016). Sentencia N° 309-16-SEP-CC. Caso N° 1927-11-EP
-  Corte Constitucional. (2016). Sentencia N° 362-16-SEP-CC. Caso N° 0813-13-EP
-  Corte Constitucional. (2016). Sentencia N° 362-16-SEP-CC. Caso N° 0813-13-EP

-  Corte Constitucional. (2017). Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP
-  Corte Constitucional. (2017). Sentencia N° 324-17-SEP-CC. Caso N° 2649-16-EP
-  Corte Constitucional. (2017). Sentencia N° 375-17-SEP-CC. Caso N° 0526-13-EP
-  Kelsen, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
-  Larrea Andrade, Mario. (2008). Derecho Ambiental Ecuatoriano. Quito: Ediciones Legales.
-  Rawls, John. Teoría de la Justicia. Estados Unidos de América: Harvard University Press.
-  Zagrebelsky, Gustavo (2018). Justicia Constitucional. Perú: Editorial Zela



# DISCUSIÓN INTERNACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDAD Y CONSUMO

## INTERNATIONAL DISCUSSION ON SUSTAINABILITY AND CONSUMPTION



*William Lima Rocha\**

(Brasil)

### SUMARIO

1. CONSUMO Y SUSTENTABILIDAD, UNA CUESTIÓN ÉTICA EMPRESARIAL; 2. CONDUCTA CONSUMISTA: ACERCA DE LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA Y SU IMPACTO EN EL MEDIOAMBIENTE; 3. RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PREVENTIVAS; 4. RESPONSABILIDAD POR LA SOLUCIÓN DE DAÑOS CAUSADOS; 5. COMPLIANCE; CONCLUSIÓN; BIBLIOGRAFÍA

\* Abogado, Fiscal Adjunto de JUCERJA - Junta Comercial del Rio de Janeiro, Especialista en Derecho del Consumidor y de la Competencia, FGV / Rio. Doctorado en Ciencias Jurídicas y Máster en Derecho Económico Empresarial, Universidad Católica Argentina (UCA), [william.rocha@globo.com](mailto:william.rocha@globo.com).



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

LIMA ROCHA William "DISCUSIÓN INTERNACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDAD Y CONSUMO." *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

LIMA ROCHA William "INTERNATIONAL DISCUSSION ON SUSTAINABILITY AND CONSUMPTION." *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

Los propósitos y contenidos de esta investigación son concretamente analizar las causas que justifican la necesidad de protección jurídica al consumidor, la visión, evolución y ubicación de este derecho, los medios de protección jurídica al consumidor en un referencia internacional.

Son objetivos analizar las cuestiones sobre la ética empresarial en las relaciones de consumo y la problemática actual de la obsolescencia programada en productos electrónicos.

**Palabras Claves:** Derecho del consumidor; ética empresarial; obsolescencia programada; sustentabilidad y consumo.



### ABSTRACT

---

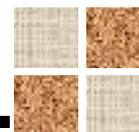
The purposes and contents of this research are specifically to analyze the causes that justify the need for legal protection to the consumer, the vision, evolution and location of this right, the means of legal protection for consumers in an international reference.

The objectives are to analyze the issues of business ethics in consumer relations and the current problems of programmed obsolescence in electronic products.

**Keywords:** Consumer's right; business ethics; programmed obsolescence; sustainability and consumption.



## 1. CONSUMO Y SUSTENTABILIDAD, UNA CUESTIÓN ÉTICA EMPRESARIAL



**E**l consumo sustentable es una nueva forma de consumir, que se opone al consumismo. Ello implica un nuevo consumidor: responsable, solidario y consciente de sus acciones y de la posibilidad de incidir en los hábitos sociales, económicos y ambientales. El consumo sustentable es a la vez consumo crítico y consumo ético. El consumidor crítico es aquel que se pregunta por las condiciones sociales y ecológicas en las que ha sido elaborado un bien o un servicio, y exige calidad al mismo tiempo<sup>81</sup>.

Acerca del consumo sustentable, Gabriela de Castro Vieira<sup>82</sup> expresa que *«ha sido formulado con una configuración de sistema abierto de protección, por medio de la vaguedad de los conceptos jurídicos, estructurado en varios principios, expresados o no, para la aplicación efectiva y práctica de la norma»*.

Gabriela de Castro Vieira sustenta también, cuanto a los principios do siguiente modo: *«Así son los principios: del proteccionismo al consumidor, vulnerabilidad del consumidor, la posición más débil de los consumidores, la buena fe objetiva, transparencia o confianza, de la función social del contrato, negociando la equivalencia de la reparación oferta integral y vinculante del daño»*.

Analizar las cuestiones sobre la ética empresarial en las relaciones de consumo y la problemática actual de la obsolescencia programada en productos electrónicos. Tenemos que establecer lineamientos generales para la implementación de un sistema de protección contractual y legal del consumo. Si bien los medios para el alcanzar justicia en materia de defensa del consumidor, como la adopción de políticas generales como la educación e información al consumidor, prevención de litigios, sistemas de resolución judiciales y extrajudiciales, etc.

<sup>81</sup> Cafferatta, Néstor A. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273

<sup>82</sup> Vieira, Gabriela de Castro. Consumismo, meio ambiente e logística reversa. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2017.

Es decir, como se indica en la guía de responsabilidad social al consumidor del Instituto Brasileño de defensa del consumidor (IDEC)<sup>83</sup>:

La preocupación con el medio ambiente a través del consumo sostenible, con el social, los derechos humanos y el consumidor, con la desigualdad y la inclusión social son también elementos comunes en el trabajo de las asociaciones de consumidores en todo el mundo. Investigación llevada a cabo en Brasil y en el espectáculo del mundo que los consumidores tienen un deseo creciente de elegir empresas responsables. Responsabilidad social es una postura ética de las empresas en el mercado de consumo y en la sociedad. Mucho más que actividades sociales y la filantropía, responsabilidad social, en nuestra opinión, debe ser la base y fundamento de la actividad y el consumo. Comprende la preocupación y el compromiso con los impactos causados a los consumidores, el medio ambiente y los trabajadores; los valores profesados en la práctica cotidiana de acción en el mercado de consumo, reflejado en la publicidad y de productos y servicios ofrecidos –; posición de la empresa en la búsqueda de soluciones a los problemas; y la transparencia en las relaciones con los involucrados en las actividades de dos.

Además, acentúa dicho trabajo:

Responsabilidad social corporativa debe corresponder por la responsabilidad social del consumidor. El último consiste en que buscan información acerca de los impactos de sus hábitos de consumo y opciones trate con la sociedad, el medio ambiente y los derechos humanos. El consumidor también deberá cargar permanentemente a empresas éticas y responsables, gobiernos y otros consumidores. También deben actuar como ciudadanos conscientes de su responsabilidad hacia otras personas y de los diferentes lugares de este planeta, apoyado y promovido por las organizaciones de consumidores.

## **2. CONDUCTA CONSUMISTA: ACERCA DE LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA Y SU IMPACTO EN EL MEDIOAMBIENTE**

Obsolescencia programada (o planeada) significa reducir la vida útil de un producto para aumentar el consumo de las nuevas versiones. Plan para el envejecimiento de un producto es una acción llevada a cabo deliberadamente por diversos sectores de la industria.

---

<sup>83</sup> Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), “Guia de Responsabilidade Social para o Consumidor”, 2004 – [www.idec.org.br/biblioteca.asp](http://www.idec.org.br/biblioteca.asp)

A comienzos de los inventos fueron muy importantes para la durabilidad de los productos, aunque hoy considera opaco, áspero, rústico, pesado, sin embargo, eficiente y de larga duración.

La conducta consumista de las sociedades nos ha traído problemas de desechos, basura, y residuos desde hace ya bastante tiempo, desde los tiempos del desarrollo de la industria.

Espartaco Rodríguez Martín (2014)<sup>84</sup> señala en su documento, «Análisis del impacto de la obsolescencia programada en el consumidor venezolano de teléfonos inteligentes», las formas de obsolescencia programada:

- **Obsolescencia Funcional:** Hace referencia cuando un producto llega al fin de su vida útil de forma programada o premeditada y deja de realizar las funciones para las que está diseñado, por ejemplo: una impresora que se avería a las 1000 copias o 5 años de vida.
- **Obsolescencia Tecnológica:** Se refiere a que el producto queda obsoleto dado a que su tecnología está desfasada. Este tipo de obsolescencia se ve en la mayor parte en productos como televisiones, equipos de sonido o teléfonos móviles. Esta también es programada por sus diseñadores, dado que en la mayoría de los casos, los fabricantes limitan los avances tecnológicos que sacan al mercado. Por ejemplo, suponiendo que actualmente todos los teléfonos tuvieran pantalla en blanco y negro, pero una marca llamada aparte creó un teléfono a color y con cámara de fotos digital, primero lanzaría al mercado los teléfonos con pantalla a color, y cuando el mercado ya esté cubierto con estos dispositivos, sacaría los que incluyen cámara digital, para tener activo el deseo del consumidor de estar renovando sin necesidad y dejar obsoletos los móviles sin cámaras. De esta forma la empresa racionalizó sus avances tecnológicos, planificando la obsolescencia tecnológica de sus productos.
- **Obsolescencia Percibida:** Es la estrategia utilizada para que los consumidores cambien un producto usado, ya sea que este en buen estado o se encuentre obsoleto, por un producto nuevo, por ejemplo, sale al mercado un producto con cierto aspecto, y más adelante sale exactamente el mismo producto cambiando tan solo el diseño del mismo.
- **Obsolescencia de Diseño:** Esta es un tipo de Obsolescencia Percibida. Este tipo de obsolescencia vuelve obsoleto un bien de consumo por el simple hecho de que ya no está de moda. Por ejemplo, los colores,

---

<sup>84</sup> Rodríguez Espartaco, M. (2014). Análisis del impacto de la obsolescencia programada en el consumidor venezolano de teléfonos inteligentes. Instituto Universitario de Tecnología de Administración Industrial Región Capital Altos Mirandinos, Venezuela. Obtenido de <http://www.comunaactiva.org.ve/wp-content/uploads/2014/08/Tesis-PDF.pdf> Acceso en 14 de enero de 2019.

formas y materiales de la ropa que hablan sobre la temporada en la que se compraron. Esta forma de obsolescencia se puede aplicar a cualquier bien.

- **Obsolescencia de Especulación:** Se da cuando se comercializan productos incompletos o de bajo precio con el fin de introducirse en el mercado ofreciendo posteriormente el producto mejorado, el cual se pudo haber comercializado desde un principio, dando una falsa imagen al consumidor de empresa innovadora.
- **Obsolescencia del Aplazamiento:** Hace referencia a la situación en donde los avances tecnológicos no se incluyen en un producto, aun cuando estas mejoras podrían ser incluidos en el producto.
- **Obsolescencia en Medicamentos:** Los medicamentos en su mayoría contienen componentes químicos con una vida útil limitada, sin embargo, hay laboratorios que reducen la fecha de caducidad de los fármacos con el fin de aumentar las ganancias en el rentable negocio de la salud, ocasionando que los pacientes desechen los medicamentos sin necesidad alguna, debido al supuesto vencimiento de estos, para adquirir otros nuevos.”

Clément, y Kalafatich<sup>85</sup> tratan en su artículo publicado en el sitio electrónico “[www.academia.edu/](http://www.academia.edu/)”, acerca de una aproximación a la teoría de la obsolescencia programada en oportunidad del dictado del fallo “Apple” en Brasil. Las autoras indican ideas para su incorporación en Argentina.

En lo “Anteproyecto Ley De Defensa Del Consumidor” busca dar tratamiento a la eventual obsolescencia en el Artículo 51.

ARTÍCULO 51. Vicios de calidad por inadecuación. Los proveedores de bienes y servicios son solidariamente responsables, en los términos previstos en este Capítulo, por los vicios de calidad por inadecuación. Los bienes o servicios de consumo tienen un vicio de calidad por inadecuación cuando: 1. Sean impropios para el consumo al que se destinan de acuerdo a su función. En materia de servicios ello ocurrirá cuando no se adecuen a las normas administrativas o a los resultados que razonablemente puede esperarse de los mismos; **2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada;** 3. Afecten la identidad entre lo contratado y lo efectivamente entregado; 4. Exista disparidad, mas allá de las variaciones resultantes de la naturaleza del bien, entre las cantidades informadas en el envase, empaque, rotulado o publicidad y el contenido neto; 5. El bien o el servicio no satisfaga las

<sup>85</sup> Clément, María Florencia, y Kalafatich, Caren. Una aproximación a la teoría de la obsolescencia programada en oportunidad del dictado del fallo “Apple” en Brasil. Ideas para su incorporación en Argentina. Disponible en: <http://www.academia.edu/>  
[https://www.academia.edu/9253353/Una\\_aproximaci%C3%B3n\\_a\\_la\\_teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_obsolescencia\\_programada\\_en\\_oportunidad\\_del\\_dictado\\_del\\_fallo\\_Apple\\_en\\_Brasil.\\_Ideas\\_para\\_su\\_incorporaci%C3%B3n\\_en\\_Argentina](https://www.academia.edu/9253353/Una_aproximaci%C3%B3n_a_la_teor%C3%ADa_de_la_obsolescencia_programada_en_oportunidad_del_dictado_del_fallo_Apple_en_Brasil._Ideas_para_su_incorporaci%C3%B3n_en_Argentina) Acceso en 14 de enero de 2019

expectativas legítimas que cabe al adquirente esperar de esa clase de bienes. (énfasis agregado).

Tratan Clément, y Kalafatich acerca del caso «*Leticia Soster Arrosi vs. Apple Incorporation*»<sup>86</sup>: hechos y argumentos.

Liticia Soster Arrosi es una ciudadana brasilera de la localidad de Porto Alegre, propietaria de un teléfono celular Iphone modelo 3G que fue inutilizado de manera deliberada por su fabricante Apple toda vez que le impidió a la misma el ejercicio de su derecho de actualización del sistema operativo del equipo (software) de manera tal que pudiera continuar utilizando los aplicativos instalados en el smartphone. En virtud de ello, la usuaria demandó a la empresa fabricante por los siguientes hechos: Arrosi sostuvo que su equipo siempre funcionó perfectamente pero que, al viajar al vecino país de Uruguay a fines de 2012, pudo observar que la aplicación de “Whatsapp” ya no funcionaba. Cuando volvió a Brasil decidió eliminar la aplicación y volver a adquirirla en la tienda virtual “Apple Store” al valor de U\$ 0,99. Para su sorpresa la operación no tuvo éxito ya que el sistema le informaba que para poder reinstalar el aplicativo el software del equipo celular debía ser como mínimo IOS 4.3.

Durante los días siguientes, la usuaria fue notando que de manera progresiva todas y cada una de las aplicaciones que cotidianamente utilizaba dejaban de funcionar (Facebook, Facebook Messenger, Mercado Libre, LinkedIn, Instagram, Mobo, Windows Live, entre otros). En estos casos sucedió exactamente lo mismo que en el anterior: la imposibilidad de utilizar los aplicativos derivaba de la falta de actualización del sistema operativo del smartphone. La realidad es que el Iphone le había permitido ir actualizando su software hasta la versión que actualmente tenía instalada (IOS 4.2.1.) pero nunca le permitió acceder a la actualización posterior que realmente necesitaba a efectos de que funcionaran las aplicaciones del smartphone (IOS 4.3. o superior).

Del texto del fallo de primera instancia surge que el juez a los fines de resolver el caso concreto mantuvo comunicaciones con la empresa SOMA Autorizada Apple. La misma le informó que efectivamente, tal como lo había sostenido la usuaria, era imposible actualizar el sistema operativo del aparato telefónico. En efecto, la empresa informó que ni siquiera el Servicio de Atención al Consumidor de Apple habría podido resolver el problema de actualización del sistema operativo toda vez que no había actualización disponible para el Iphone 3G restando como única alternativa al conflicto que la usuaria comprara un modelo superior (Iphone 4, Iphone 4S o Iphone 5).

Liminarmente cabe destacar la falta de interés y estudio por la obsolescencia programada en Argentina. Ello se traduce en la

<sup>86</sup> “Leticia Soster Arrosi c/ Apple Computer Brasil LTDA”. Processo Nº: 001/3.12.00059910. Comarca de Porto Alegre, 4º Juizado Especial Cível Foro Central. Sentencia del 23/04/2013

imposibilidad en la que nos hemos encontrado al procurar hallar dentro de la doctrina nacional algún tipo de conceptualización o definición de esta práctica comercial que no es nueva. En oposición a esto, cuando observamos otros países como Brasil, encontramos que la obsolescencia programada desde hace ya varios años viene siendo abordada no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia con un grado de evolución que nos ha permitido identificar las más variadas definiciones y redefiniciones del concepto.

Así, Julio Gonzaga Andrade Neves<sup>87</sup> define la obsolescencia programada como *«la artificial precipitación del perezamiento de un bien, o de la percepción de su inutilidad por el usuario, en beneficio de los integrantes de la cadena productiva»*.

Gabriela de Castro Vieira<sup>88</sup> expresa que *«la obsolescencia programada es la reducción de la vida útil de los bienes de consumo. Es una planificación intencional de los fabricantes para reducir la durabilidad o la funcionalidad de los productos. Esta estrategia implica incremento en el consumo y, en consecuencia, la financiera volver de industrias y empresas, que cuanto mayor sea el número de consumidores celebrar nuevos contratos de compra y venta, mayor rentabilidad»*.

Bruno Miragem<sup>89</sup> por su parte expresa que se trata de *«una estrategia comercial de abreviar el ciclo de vida útil de los productos, condicionando su sustitución futura, más o menos breve»; esto se logra por medio de una “reducción artificial de la duración de un producto o del ciclo de vida de sus componentes para que sea forzada la recompra prematura»*.

Una estrategia comercial de abreviar el ciclo de vida útil de los productos. Por ese motivo los consumidores reclaman una ley que garantice el derecho a reparar sus dispositivos.

<sup>87</sup> Andrade Neves, Julio Gonzaga. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol 23/2013. Jan 2013. DTR/2013/3453, p.325

<sup>88</sup> Vieira, Gabriela de Castro. Consumismo, meio ambiente e logística reversa. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2017.

<sup>89</sup> Miragem, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. n.74. jul. 2013dez. 2013. p. 241

“Derecho a la reparación”<sup>90</sup> o “el derecho a reparar”- Los usuarios emprenden una campaña contra la caducidad de los aparatos, por la creciente presión para aparatos más durable y fácil de reparar.

Las principales asociaciones de usuarios y consumidores reclaman una normativa que garantice la perdurabilidad de estos productos, que se asegure la reparación de los mismos, que se permita la competencia en las restauraciones y que se evite, así, el problema que los residuos tecnológicos generan.

Ministros de la Unión Europea para el medio ambiente están introduciendo normas para obligar a fabricantes para producir bienes que duran más y son más fáciles de reparar. Las propuestas incluyen artículos para iluminación, televisores y electrodomésticos grandes (tales como refrigeradores, estufas, lavavajillas y lavadora).

Ya en los Estados Unidos, por lo menos 18 estados están considerando adoptar leyes similares, en una enorme reacción contra productos que no ofrecen un suministro de piezas de repuesto o que no se desemparejan porque sus partes se pegan una pequeña parte se rompe, usted no tiene otra opción sino para comprar el producto entero otra vez.

En Brasil, así como en los países del MERCOSUR, no hay ninguna propuesta para facilitar la reparación de electrodomésticos. De todos modos, el consumidor brasileño código ya establece que los productos que salen de la línea debe tener repuestos en el mercado durante un período razonable de tiempo pero no dice cuál sería la duración de ese período de tiempo razonable.

¿Qué motivó las iniciativas de cambio en Europa y los Estados Unidos? Hay un reclamo por “una legislación que ponga freno a la Obsolescencia programada (o planeada) en favor de un modelo económico más sostenible” y que, “igual que establece que un producto debe ser seguro, obligue también a que sea duradero y reparable”.

El consumismo es la nueva forma de consumir de las personas, que a tomar conciencia del problema que se presenta el consumo acelerado que es la devastación del medio ambiente, hay una profunda reflexión. Ante este escenario, los consumidores comienzan a tener nuevos requisitos para comprar un producto, mientras que las empresas están utilizando las tecnologías de producción que promuevan la sostenibilidad ambiental.

### **3. RESPONSABILIDAD Y ACCIONES PREVENTIVAS**

Se dice que los hombres de negocios o trabajo los líderes tienen una “responsabilidad social” que debe prevalecer sobre su responsabilidad “privada” de ellos mismos. Gracias a cierta inquietud en los consumidores, las

---

<sup>90</sup> Con información de Roger Harrabin (@rharrabin), especialista en medio ambiente de la BBC. Disponible en BBC Brasil <https://www.bbc.com/portuguese/brasil> Acceso en 14 de enero de 2019

responsabilidades legales, sociales y políticas que pueden implicar los impactos ambientales, y a algunas medidas que empiezan a tomarse.

Ricardo Luis Lorenzetti<sup>91</sup>, aunque no está de acuerdo en absoluto con la premisa, señala que algunos juristas sostienen que el ordenador es “*una cosa que representa riesgos, o que la actividad relativa a la informática puede calificarse como tal*”.

Amartya Sen<sup>92</sup> a través de sus distintas publicaciones toma una postura de crítica hacia la economía actual y el bienestar tradicional que dicta que el objetivo económico es maximizar utilidades de manera completamente racional. Tiene un balance especialmente en realizar estudios comparativos para determinar las ventajas y desventajas medioambientales relativas de productos que pueden desarrollar la misma función. Esto les permite identificar hacia dónde deberían dirigir prioritariamente los esfuerzos para minimizar dichos impactos, al tiempo que ofrecen una imagen de preocupación por el medio ambiente al consumidor.

Ética empresarial es la rama de la ética vinculado directamente a las empresas, que se encuentra en la conducta ética de las empresas, es decir, las empresas moralmente correctas interactúan con su entorno. Nuestra participación forma así parte de una especie de “obligación social”, porque el concepto nos coloca en el centro mismo de la ética.

Una encuesta del Foro Económico Mundial solicita a los hombres de negocios que califiquen el nivel de transparencia de las compañías en sus naciones. Argentina, Venezuela y Paraguay, entre los peores.

La ética sí mismo es en la teoría de la acción justa y moral, a menudo teniendo un equivalente de significado para la filosofía moral. La ética así como averiguar las concepciones dominantes de la moralidad y el origen de esto. El núcleo fundamental de la ética descriptiva es el análisis de moral experiencia (conciencia moral, deber, responsabilidad, decisión, etc.) y los tipos de acción que corresponden a diversos valores privados (la ética de trabajo, la intención, la responsabilidad, de la éxito, etcetera).

Al igual que la ética establece las leyes que determinan la conducta moral de la vida personal y colectiva, la ética en los negocios determina la conducta moral de una empresa, ya sea pública o privada.

La ética en los negocios consolida una empresa, mejorar su reputación y también tener un impacto positivo en sus resultados. Una empresa que cumple con ciertos estándares éticos crecerá y promoverá la empresa, sus proveedores, clientes, empleados, socios y hasta el gobierno. Ética empresarial es una práctica esencial de una empresa, así como la responsabilidad social y responsabilidad ambiental.

---

<sup>91</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, Revista dos Tribunais 2004. p. 468.

<sup>92</sup> Principios éticos y economía (En torno a la posición de Amartya Sen). (2001). *Signos Filosóficos*, (6), 133-152.

Una de las grandes ventajas de la ética empresarial es que ella es reconocida y valorada por el cliente, ser establecida una relación de confianza. Esta relación, basada en la satisfacción del cliente, se traducirá en un beneficio para la empresa, ayuda a cumplir sus objetivos. Sin embargo, la confianza del cliente es algo que toma tiempo conseguir, y pueden perder con cualquier error cometido en el negocio.

Ética empresarial es la rasi3n d'être de una empresa y las empresas que operan de manera ética, por ejemplo, tratando de ganar dinero fácil engañando a los clientes, están condenados al fracaso.

La ética en los negocios, desde los idus de los años 90, ha mostrado ser un factor determinante para el éxito y la continuidad de las empresas. Aunque los primeros intentos de crear un entorno ético en la actividad se han registrado en los años 60, solamente más adelante universidades americanas comenzaron a producir estudios científicos, incluyendo las publicaciones de los primeros revistas especializadas en el campo.

Desde entonces varios estudios y empírico investigación han demostrado que actuar con ética ha sido un buen negocio para las empresas, sin duda, es una de las acciones de preservación de buenas ofertas. Segundo Newton de Lucca, en su trabajo *“Da Ética Geral à Ética Empresarial”*, citando a profesor José Henrique Silveira Brito, señala:

Opini3n sobre ética para promover negocios en los ojos del público no es fantasía, un espejismo. Una empresa que pone a sus clientes en primer lugar, que respeta el medio ambiente, que tienen una responsabilidad social, que se refiere a la vida cultural de sus trabajadores, que está abierta a todos aquellos que, directa o indirectamente, tienen cualquier conexi3n con él, su imagen y mejora a conseguir diversos beneficios clase y dijo, entre ellos los beneficios económicos. Se hizo evidente para los empresarios y directivos que la empresa no relaciona sólo a las personas que tienen que ver directamente con su producci3n desde un punto de vista económico<sup>93</sup>(traducci3n libre).

El Profesor Newton de Lucca hace hincapié en que la empresa debe preocuparse de su imagen antes de los supuestos interesados, es decir, todos aquellos que de alguna manera estar relacionados con la empresa, esta relaci3n económica o no.

¿Pero la pregunta a contestar es si la única justificaci3n para la ética empresarial sería el factor económico, es decir, la empresa tendría una conducta ética

---

<sup>93</sup> Lucca, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 338  
En el original: *“Ver na Ética um caminho para promover as empresas aos olhos da opini3n pública não é fantasia, uma miragem. Uma empresa que põe em primeiro lugar os seus clientes, que respeita o meio ambiente, que reconhece ter uma responsabilidade social, que se preocupa com a vida cultural dos seus trabalhadores, que está atenta a todos os que, direta ou indiretamente, têm alguma relação com ela, melhora a sua imagem e tira disse benefícios de diversa índole e, entre eles, benefícios econômicos. Tornou-se evidente para os empresários e gestores que a empresa não se relaciona apenas com as pessoas que têm a ver diretamente com sua produç3o do ponto de vista econômico”*

exclusivamente para obtener beneficios de orden económico o habría otros fines más dignos?

Pedro M. Sasia, en trabajo publicado en España en 2004, sobre responsabilidad de la compañía a los consumidores con respecto a la publicidad, tan marcadas:

La responsabilidad de las empresas para con los usuarios finales ha quedado comentada en varios pasajes anteriores. La obligación de garantizar la calidad y seguridad de sus productos o servicios aparece como primera exigencia irrenunciable, pero conviene avanzar un poco más para no simplificar en exceso. En un esquema anterior decíamos que la empresa ofrece a la sociedad productos o servicios que ésta demanda y por los que está libremente dispuesta a pagar un precio. Si esto es así, al analizar la ética empresarial tendremos que debatir el cómo se obtiene lo ofertado, pero no tanto el qué se oferta, ya que es la propia sociedad la que lo solicita. La reflexión ética posará por tanto su atención en la sociedad, para preguntar por los productos o servicios que se demandan.<sup>94</sup>

La idea de que el consumo es la rueda que gira la economía es innegable. Sin embargo, uno no puede imaginar que una sociedad evolucionará si la actividad a concentrar todos sus esfuerzos exclusivamente en mecanismos para aumentar el consumo de más y más. Sin la adopción de criterios ponderados, con responsabilidad y ética, en el consumidor la sociedad misma tiene no más solidez financiera para girar la rueda.

En materia de protección al consumidor, en Argentina, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCC” o “CCyC”). Analizaremos su impacto y interrelación con las previsiones de la Ley 24.240, comparando los institutos y las mejoras introducidas con las reformas, que regirán a partir de ahora – en forma conjunta con la ley especial- las relaciones de consumo.

Según Camerini (2007)<sup>95</sup>, ética y derecho conjugan para determinar cuál es el estándar de ética indispensable que un mercado de capitales debe alcanzar para brindar confianza a los inversores. La falta de ética es mucho más grave que cuando se afecta una norma moral.

Toda la regla jurídica, más allá de la validez formal (validez) y válida social (efectividad), también debe tener validez ética o fundamento.

La gestión de la empresa privada no tiene ningún principio tan bien definido como la administración pública que gobierna. Cada uno sigue su propia filosofía, generalmente impulsada por sus fundadores o por criterios de responsabilidad social. Las empresas privadas no pueden actuar sólo en beneficio. Ética, la

<sup>94</sup> Sasia, Pedro M. La empresa a contracorriente: Cuestiones de ética empresarial. Bilbao: Ediciones Mensajero. 2004, p. 169.

<sup>95</sup> Camerini, Marcelo A. La transparencia en el mercado de capitales, 1ª ed. – Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007. pp. 30-31

honestidad, la confianza y la integridad es lo que construye lealtad y fidelización de clientes con la empresa.

#### **4. RESPONSABILIDAD POR LA SOLUCIÓN DE DAÑOS CAUSADOS**

Aplicación de la “teoría de los juegos” al derecho y aun desde el punto de vista de la ley de economía principales son la y diferencias en relación a nuestra formación romanística. Por la teoría de juegos, comportamientos, porque no son predecibles, no ponen límites a su trabajo; por eso la ley debe servir más como una condición básica, sobre todo si tenemos en cuenta que el fenómeno jurídico es siempre más amplia y completa que la mera letra de la norma.

Aníbal Sierralta Ríos<sup>96</sup>, trata del tema de la “teoría de los juegos” aplicables a los consumidores:

Y es que la economía de libre mercado se basa fundamentalmente en un presupuesto errado, confuso y engañoso: creer que las personas actúan y deciden racionalmente y con frecuencia queriendo satisfacer su propio interés. Sin embargo, el libre mercado y la naturaleza humana no van de la mano y, a veces, ni siquiera coinciden o convergen, más bien pueden afectar nuestra tranquilidad y deteriorar la salud pues el consumidor experimenta, después de una decisión errada, la frustración, la preocupación y luego la angustia cuando se extralimita en su capacidad de pago, incrementa sus obligaciones o recibe la obsesiva insistencia de las cobranzas judiciales.

En ese artilugio de intereses quien tiene la mayor influencia y peso son los vendedores y los comerciantes que hacen uso de la publicidad, el marketing, la televisión, la prensa escrita, los modelos vivientes, la sensualidad del espectáculo e incluso, el revestimiento de poder ocasional y superficial que hace creer al consumidor que es absolutamente libre y poderoso pues el rey del mercado.

Esa confrontación de intereses, donde el consumidor es la parte más débil obliga a invocar la intervención de un tercero para evitar el desequilibrio contractual y financiero. Este tercero para evitar el desequilibrio contractual y financiero. Este tercero solo puede ser el Estado y las asociaciones de consumidores en una labor preventiva.

Hay una competencia entre el consumidor y el comerciante o las empresas que puede generar situaciones conflictivas y cooperativas como ocurre y trata la Teoría de los Juegos, que es un área de estudio precisamente sobre el comportamiento de las personas cuando actúan frente a otras en el

---

<sup>96</sup> Ríos, Aníbal Sierralta, *Liminares sobre o comportamento do consumo e da teoria dos jogos*. Exposición elaborada para el ciclo de conferencias organizadas por BRASILCON – XIV Congresso Brasileiro del Derecho del Consumidor – Sao Paulo, Brasil (21-23 de mayo del 2018) Ciac Ediciones.

mercado, la vida política, las relaciones vecinales y las actividades comunales. Esa vinculación es la que nos lleva abordar esta situación que se ha construido a partir del absoluto valor de la libertad y la creencia, equivocada por cierto, de que las personas actúan guiadas, sustancialmente, por la razón y la lógica.

## 1. ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LOS JUEGOS

La teoría de los juegos tiene como objetivo principal el estudio de decisiones multipersonales y como tal es aplicable en la economía, cuando los diferentes agentes toman decisiones para actuar y dominar los mercados, en el ámbito cotidiano de las compras en un centro comercial o en las opciones de adquirir bienes o servicios para necesidades primarias o superfluas; pero también, se aplica en el Derecho, al establecer términos que afectan o establecen conductas de los individuos, como es el caso de los contratos de financiamiento o de compraventa; igualmente en el campo internacional, cuando los países empiezan a competir por ocupar espacios económicos, políticos o formar bloques comerciales; y, finalmente, en los procesos de solución de conflictos.

El objetivo de la teoría de los juegos es el comportamiento estratégico de las personas que intervienen con otras en las diferentes áreas de la actividad social como las relaciones políticas, comerciales o del mercado. En un mundo real, y particularmente en el mercado, son muy frecuentes las situaciones en las que, al igual que en los juegos, el resultado depende de la conjunción de las decisiones de diferentes actores y jugadores. Se dice que un comportamiento es estratégico cuando se adopta teniendo en cuenta la influencia recíproca del resultado propio y ajeno de las decisiones personales y de las otras partes intervinientes.

Así, la teoría es estructurada para facilitar un nuevo acceso al mundo de la economía, a través de las matrices de toma de decisiones que articulan las estrategias frente a situaciones con componentes aleatorios. Tal concepción fue completada con el aporte de su socio intelectual Oskar Morgenstern, quien señaló que el futuro desarrollo de la teoría se debe no tanto al amplio campo de aplicaciones posibles, sea en la economía, el comercio, la política, las finanzas y el Derecho, sino a la incapacidad de las ciencias físicas para explicar matemáticamente las complejidades de los fenómenos sociales y legales. A su vez pretende superar los huecos negros de tales ciencias al considerar que estas aportaban discusiones plenamente escolásticas que culminaban en divagaciones, por lo que la teoría podría superar los juicios subjetivos y emocionales de muchos problemas sociales, políticos y económicos, llevándolos a un racionamiento más lógico y matemáticamente frío (Aníbal Sierralta Ríos. *Negociaciones y Teoría de los Juegos*, p. 248).

Otra teoría que promete impactar e influir en la dinámica para evaluar el daño es la llamada teoría de la “*Desviación Productivo del Consumidor*”.

La teoría de la “desviación productivo del consumo” es elaborada por Marcos Dessaune, abogado brasileño, culminó en el lanzamiento de la obra titulada *Teoría de la desviación productivo del consumidor: el perjuicio del tiempo perdido* (Editora Revista de los tribunales), en el año 2011<sup>97</sup>.

Según el autor, «*la desviación de la producción se caracteriza cuando el consumidor, ante una situación de atención al malo atendimento, necesita perder el tiempo y desviar sus habilidades — de una actividad requeridos o preferidos por él, para tratar de resolver un problema creado por el proveedor, costo de oportunidad no deseados, naturaleza irrecuperable*».

La tesis de la “desviación productivo de consumidor” se revela como uno de los mayores avances protección del consumidor.

La “desviación productivo de consumidor” es un evento perjudicial inducido por proveedores que tan abusivo, si se libera de su responsabilidad por los problemas que crean en el mercado.

La teoría sostiene que el consumidor, que perder su tiempo vital y se desvían de sus actividades existenciales para intentar resolver problemas, sufren necesariamente un daño del balance de situación de la naturaleza existencial, que está sujeta a compensación *in re ipsa*. La teoría también indica que, en estas situaciones, derivación de los consumidores también puede sufrir daños a la propiedad, que son resarcíeis ante la evidencia.

En 12/9/2017, en el juicio colegiado (Superior Tribunal de Justicia del Brasil) do REsp 1.634.851/RJ<sup>98</sup> traído por Via Varejo, la tercera clase de STJ, bajo el relator de ministra Nancy Andrighi, ya había mencionado el “desviación productivo de consumo” para despedir la característica especial de ese proveedor: “ A la frustración de los consumidores para llegar bien con la adicción, no es razonable añadir desgaste para intentar resolver el problema a que él dio no causa Lo que, de hecho, se puede evitar- o por lo menos mitigar- en caso el comerciante mismo participan activamente en el proceso de reparación, intermediación de la relación entre fabricante y consumidor, porque, junto con esto, ha ofrecido a un deber legal de garantizar la idoneidad del producto para el consumo”, dijo la ministra.

En Brasil, creo que en muchos países de América Latina, requiere un cambio de cultura para parar el sentido común que cualquier acción relacionada con el consumidor genera daño moral. En la vida diaria hay una “mera inconveniencia”, pero no todo es “mera inconveniencia” tarda en una evaluación caso por caso.

<sup>97</sup> Dessaune, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011, p. 47-48

<sup>98</sup> Brasil - Superior Tribunal de Justicia (STJ) - Recurso Especial N° 1.634.851 – RJ (2015/0226273-9)

Hay daños por el momento el consumidor dispensa para reclamar o solucionar los problemas generados por los malos proveedores.

## 5. COMPLIANCE

Seguir que los principios en el sector privado pueden ser entendidos como un valor que asegura su supervivencia, su reputación y, en consecuencia, sus buenos resultados. Ventajas: Mejorar la imagen y su concepto con: empleados-proveedores, clientes y gobierno.

Según Marcella Blok<sup>99</sup>, “*investigación importantes, con el tiempo y todo el mundo, demuestran que las empresas con prácticas de buen gobierno corporativo y programas de compliance eficiente, crean y guardan más calidad en sus operaciones, tiene más credibilidad, pueden atraer a más inversionistas, la mejor financiación de tarifas, crecer más y mejor y más admirado y sostenibles*”. (Traducción libre).

El término “*compliance*” se origina en la expresión en inglés “*to comply*”, eso significa actuar según una regla, una instrucción interna, un comando o una solicitud. Se entiende el acto o procedimiento para garantizar el cumplimiento de las normas reguladoras de un sector particular.

Blok recalca que es importante que el los empresarios se dan cuenta y comprender qué son y cuáles son estos conceptos y herramientas que se integran, utilizar las mejores prácticas para su negocio de sus empresas.

El derecho mercantil ha aparecido en medidas preventivas que implican prácticas de cumplimiento en la aplicación de gestión de buen gobierno corporativo, debido a la influencia de la extraterritorial Ley Sarbanes-Oxley (América del Norte)<sup>100</sup>

Una nueva ley anticorrupción fue aprobada por el Congreso argentino el 8 de noviembre de 2017. La ley hace responsables a las personas jurídicas activando la importancia del tema Compliance.

Las actividades de *compliance* se convierten en un excelente mecanismo de ética

<sup>99</sup> Blok, M. Compliance e governança corporativa. 1º ed. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 2017. P. 153 En el original: “pesquisas importantes, ao longo do tempo e ao redor do mundo, comprovam que empresas com boas práticas de governança corporativa e com programas de *compliance* eficientes, criam e mantêm muito mais qualidade nas suas operações, tem maior credibilidade, conseguem atrair mais investidores, obtêm melhores taxas de financiamento, crescem mais e melhor, e são mais admiradas e sustentáveis”.

<sup>100</sup> A Lei Sarbanes Oxley de 2002 também conhecida como Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002 e comumente chamada SOX ou SarBox, sancionada em 30 de julho de 2002, é uma lei federal dos USA em resposta aos inúmeros escândalos corporativos e contábeis de grandes proporções o corridos na época <http://www.portaldeauditoria.com.br/auditoria-interna/entendendo-a-lei-sarbanes-oxley.asp> Acesso em 15/12/2015

empresarial, que buscan una relación ética y transparente de la empresa con la información al consumidor.

Tener un *compliance* o programa de integridad efectivo podrá beneficiar a la persona jurídica mitigando los riesgos propios de la actividad de la empresa con sus consumidores, así como otros agentes relacionados.

## CONCLUSIÓN

Explica Rubén S. Stiglitz<sup>101</sup>: *En una primera aproximación, puede caracterizarse a la información como un elemento de conocimiento suministrado espontánea u obligatoriamente por parte, la que se habla informada (deudor), a la otra que, por desinformada, en principio se constituye en acreedor a (de) la información.*

Así las cosas, la jurisprudencia tiene dicho: la información consiste en buscar la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto de las ventajas y desventajas de los servicios que contrata y encuentra su razón de ser en la necesidad de suministrar a aquél conocimientos de los cuales legítimamente carece, con la finalidad de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio que pretende contratar y también sostuvo que el deber de información establecido en favor de los consumidores configura un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a aquéllos la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebración del contrato (cfr. CNFed. CA dm., Sala II, 4.11.97, "Diners Club Argentina SA, c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", R.C. y S., 1999-491; ED 177-176).

La comprensión de la relación de consumo establecido por compra de productos electrónicos es establecida por las percepciones de los consumidores acerca de la durabilidad de los productos.

La mayoría de los consumidores reconocen que actualmente los productos tienen una vida más corta en comparación con el pasado. Y creo que la durabilidad del producto es tan importante como la calidad (rendimiento). Y por lo que creemos debe obligar a los productores a encontrar el tiempo de vida del producto. Por lo tanto, sostenemos que los fabricantes deberían estar obligados a informar al manual de instrucciones, la vida útil del producto, entre cosas otras.

<sup>101</sup> Stiglitz, Rubén S., "El deber de información y los vicios del consentimiento", LL. 2005-C, 1444



## BIBLIOGRAFÍA

- A Lei Sarbanes Oxley de 2002 también conocido como Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002 y comúnmente llamado SOX o SarBox, sancionado en 30 de julho de 2002, es una ley federal de los Estados Unidos en respuesta a los numerosos escándalos empresariales y contables de grandes proporciones los corridos en el momento <http://www.portaldeauditoria.com.br/auditoria-interna/entendendo-a-lei-sarbanes-oxley.asp> Acceso en 15/12/2015
- Andrade Neves, Julio Gonzaga. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol 23/2013. Jan 2013. DTR/2013/3453, p.325
- Blok, M. Compliance e governança corporativa. 1º ed. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 2017. P. 153.
- Brasil - Superior Tribunal de Justicia (STJ) - Recurso Especial Nº 1.634.851 – RJ (2015/0226273-9)
- Cafferatta, Néstor A. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273
- Camerini, Marcelo A. La transparencia en el mercado de capitales, 1ª ed. – Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007. pp. 30-31
- Clément, María Florencia, y Kalafatich, Caren. Una aproximación a la teoría de la obsolescencia programada en oportunidad del dictado del fallo “Apple” en Brasil. Ideas para su incorporación en Argentina. Disponible en: <http://www.academia.edu/>  
[https://www.academia.edu/9253353/Una\\_aproximaci%C3%B3n\\_a\\_la\\_teor%C3%ADa\\_de\\_la\\_obsolescencia\\_programada\\_en\\_oportunidad\\_del\\_dictado\\_del\\_fallo\\_Apple\\_en\\_Brasil.\\_Ideas\\_para\\_su\\_incorporaci%C3%B3n\\_en\\_Argentina](https://www.academia.edu/9253353/Una_aproximaci%C3%B3n_a_la_teor%C3%ADa_de_la_obsolescencia_programada_en_oportunidad_del_dictado_del_fallo_Apple_en_Brasil._Ideas_para_su_incorporaci%C3%B3n_en_Argentina) Acceso en 14 de enero de 2019
- Con información de Roger Harrabin (@rharrabin), especialista en medio ambiente de la BBC. Disponible en BBC Brasil <https://www.bbc.com/portuguese/brasil> Acceso en 14 de enero de 2019
- Dessaune, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011, p. 47-48
- Flávio, Tartuce, y Neves, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor - Volume Único, 3ª edição*. Método, VitalBook file, 02/2014
- Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), “Guia de Responsabilidade Social para o Consumidor”, 2004 – [www.idec.org.br/biblioteca.asp](http://www.idec.org.br/biblioteca.asp)

-  Lorenzetti, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, Revista dos Tribunais 2004. p. 468.
-  Lucca, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 338
-  Miragem, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. n.74. jul. 2013dez. 2013. p. 241
-  Principios éticos y economía (En torno a la posición de Amartya Sen). (2001). *Signos Filosóficos*, (6), 133-152.
-  Ríos, Aníbal Sierralta, *Liminares sobre o comportamento do consumo e da teoria dos jogos*. Exposición elaborada para el ciclo de conferencias organizadas por BRASILCON – XIV Congreso Brasileño del Derecho del Consumidor – Sao Paulo, Brasil (21-23 de mayo del 2018) Ciac Ediciones.
-  Rodriguez Espartaco, M. (2014). *Análisis del impacto de la obsolescencia programada en el consumidor venezolano de teléfonos inteligentes*. Instituto Universitario de Tecnología de Administración Industrial Región Capital Altos Mirandinos, Venezuela. Obtenido de <http://www.comunaactiva.org.ve/wp-content/uploads/2014/08/Tesis-PDF.pdf> Acceso en 14 de enero de 2019.
-  Sasia, Pedro M. *La empresa a contracorriente: Cuestiones de ética empresarial*. Bilbao: Ediciones Mensajero. 2004, p. 169.
-  Schifer C. y Porto R. *Libertad de Expresión y Derecho a la Información en las Constituciones de América*. Buenos Aires: Editorial EDUCA. 2010
-  Vieira, Gabriela de Castro. *Consumismo, meio ambiente e logística reversa*. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2017.
-  Vieira, Gabriela de Castro. *Consumismo, meio ambiente e logística reversa*. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2017.





*Autores de Nuestra  
Institución*



---

**BERMÚDEZ TAPIA MANUEL**

LA CREACIÓN JURÍDICA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

-----  
LEGAL CREATION IN JUDICIAL RESOLUTIONS

---

**Mg. CABRERA SUÁREZ LUIS ROBERTO**

**Mg. ROJAS FLÓREZ CAROLINA**

**RENGIFO SÁNCHEZ WALTER**

VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR LEGITIMIDAD EN LAS  
DELIBERACIONES PREVIAS A UN REFERÉNDUM

-----  
VOICE AND VOTES: CHALLENGES TO REACH LEGITIMITY IN  
DELIBERATIONS PRIOR TO A REFERENDUM

---

**GUERRERO SANCHEZ OSCAR MARTÍN**

DERECHO HUMANO AL ACCESO A INTERNET

-----  
HUMAN RIGHT TO INTERNET ACCESS

---



# LA CREACIÓN JURÍDICA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

---

## LEGAL CREATION IN JUDICIAL RESOLUTIONS



*Manuel Bermúdez Tapia \**

### SUMARIO

1. ENTRE LA FACULTAD DE CREACIÓN Y LA AUTO LIMITACIÓN FRENTE AL CONFLICTO ENTRE LA REALIDAD Y LA NORMA LEGAL; 1. La moralidad en el ejercicio de la profesión respecto de la actuación diligente; 2. LA ARGUMENTACIÓN Y LA PRÁCTICA DECIMONÓNICA EN LA LABOR DE CREACIÓN; 3. CREANDO, MOTIVANDO Y HACIENDO DERECHO; CONCLUSIONES; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

\* Abogado. Magister en Derecho Civil. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Profesor Investigador de la UPSJB. Correo: mbermudez@pucp.edu.pe



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

BERMÚDEZ TAPIA Manuel "LA CREACIÓN JURÍDICA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES" *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

BERMÚDEZ TAPIA Manuel " "LEGAL CREATION IN JUDICIAL RESOLUTIONS." *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

---

El juez en un Estado de Derecho democrático y social es el personaje que logra ponerse en una situación entre la "realidad" de unos hechos expuestos en un expediente judicial y lo "hipotético" que plantea una legislación.

Cumple una labor sumamente especial y compleja que usualmente no es correctamente valorada por el resto de la sociedad nacional, en particular porque se percibe que la *práctica diligente y progresiva* es sólo ejecutada en las instancias jurisdiccionales más altas del país. Un error que permite el análisis de la función creadora del juez.

**Palabras Claves:** Labor judicial, función jurisdiccional, jurisprudencia, creación y adaptación del Derecho, derecho judicial.



### ABSTRACT

---

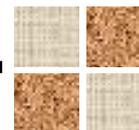
The judge in a democratic and social State of Law is the character that manages to put himself in a situation between the "reality" of some facts exposed in a judicial file and the "hypothetical" that a legislation proposes.

It fulfills a very special and complex task that is usually not correctly valued by the rest of the national society, particularly because it is perceived that the diligent and progressive practice is only executed in the highest jurisdictional instances of the country. An error that allows the analysis of the creative function of the judge.

**Keywords:** Judicial work, jurisdictional function, jurisprudence, creation and adaptation of law, judicial law.



## INTRODUCCIÓN.



**L**a práctica jurisdiccional en el país durante los últimos años ha evolucionado de modo positivo, pero respecto de lo ejecutado por la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional y en modo muy superficial por parte de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

El resultado de este contexto nos permite evaluar las perspectivas que tiene el “juez” como creador del Derecho, en particular porque la *legislación* debe ser adaptada y condicionada a una realidad puntual, conforme se determina por las mismas partes en el expediente judicial.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el Perú, el juez debe apreciar un conjunto de situaciones muy particulares y especiales, como:

- a) Una diversidad cultural, social y económica sumamente muy compleja, al nivel de registrarse una multiplicidad de situaciones en un mismo territorio o circunscripción geográfica regional o local.
- b) Un contexto de variación social marcada por la violencia que prácticamente está repercutiendo en el destino nacional.
- c) Una presencia negativa de la *corrupción* en la gestión pública que ha avasallado a todo el Estado y tiene presencia en todo el escenario público.
- d) Un nivel de desidia en la gestión pública, marcada por la escasa visión y proyección del proyecto republicano.

Factores que exigen que el juez cumpla una función muy particular y esencial en la vida democrática del país, porque finalmente la *adecuación* de la ley a casos puntuales, depende de un único personaje que tiene sobre sus hombros una responsabilidad poco comprendida en la vida nacional.

### **1. ENTRE LA FACULTAD DE CREACIÓN Y LA AUTO LIMITACIÓN FRENTE AL CONFLICTO ENTRE LA REALIDAD Y LA NORMA LEGAL.**

El análisis de la actividad jurisdiccional, se centra en la labor que desarrolla el magistrado, principalmente al momento de conjugar los elementos lógicos, jurídicos y sociales que serán empleados en el contenido material de la resolución, principalmente en la sentencia.

A pesar de lo cotidiano de la función pública, este acto de discernimiento obliga al magistrado a ubicarse en un contexto filosófico que Kant lo denomina

“juicio”, desde un punto de vista moral, principalmente porque existe una autoevaluación moral de la actividad desempeñada (Chazan, 1998, p. 52).

Kant, en este sentido, considera que el juez se *desdobla* en dos sujetos: a) uno el magistrado, y, b) en *otro*, al cual podríamos calificarlo como el *sujeto que ejerce una actividad profesional de alta especialización* (Cox, 2009, p. 21).

Ambos “sujetos” evalúan la actividad de la contraparte y será el *otro* quien juzgue la actividad del *magistrado*, pero desde un punto de vista moral (iudicium), como si se estuviese ante un proceso mismo (coram iudicium).

Por tanto, no es que se juzgue el aspecto técnico o jurídico que ha empleado el *magistrado*; Se juzgará la *ley moral* que el *magistrado se ha dado a sí mismo*, principalmente al momento de resolver un caso judicial. En otros términos, se juzgará la *conciencia* (o moralidad) del magistrado al momento de resolver (Timmons, 2004, p. 233).

Debemos señalar en este apartado que cuando hacemos mención a la *conciencia* o a la moralidad del magistrado, nos referimos a su capacidad de resolver conflictos sobre la base de su discrecionalidad, principalmente en aquellos casos complejos que tenga a su cargo, en los cuales eventualmente tenga presente que la *Ley* no tendrá un mecanismo de solución aplicable al caso.

Kant bajo esta perspectiva considera que el *magistrado* cuando hace una labor de autoevaluación se convierte en todos los sujetos procesales en una sola persona: es a la vez de juzgador, el procesado y el fiscal de sí mismo (respecto del producto final, la sentencia); paralelamente hará las veces de *legislador* (Atwell, 1986, p. 73).

Sólo a través de este ejercicio de auto evaluación, es que el magistrado ejerce una de las características naturales de su función: su *autonomía*, en sus dos vertientes, tanto respecto de los demás niveles jurisdiccionales, como también respecto del caso que debe resolver.

La *autoevaluación* moral, desde una perspectiva filosófica, nos permite fundamentar la capacidad que tiene el magistrado de *superar el marco limitativo de la norma* cuando la *ley (positive law)* se presenta insuficiente o contraria a la *razonabilidad lógica* de la *justicia*, representada en la *natural law* (Stone, 1965, p. 84).

Este ejercicio de habilidades le conferiría al magistrado una *libertad creativa* al momento de redactar una resolución. Libertad que permitirá superar las consecuencias de esta, principalmente cuando la norma resulta insuficiente al caso. Por ello, Kant señala que esta libertad creativa faculta una evaluación *in meritum aut demeritum* del propio magistrado sobre su propia creación (Guyer, 2000, p. 110).

Sobre la *libertad de creación*, Kant desarrolla la habilidad del *sujeto moral*, quien no es otro que el magistrado, el cual no se halla ni *sotopuesto ni*

*superpuesto* (ni por debajo ni por encima) de los demás sujetos procesales (Fleischacker, 1999, p. 269).

## I. LA MORALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DILIGENTE.

Desde la filosofía griega se discute si el *sujeto moral* es un “individuo” (individuum o átomos, indiviso) respecto de su concepción física; a la par se discute si el mismo sujeto es también “dividuo” (dividido en dos o dos en uno), respecto del ámbito de la percepción de la moralidad, en particular cuando desempeña una labor.

Platón señalaba que el sujeto *puede* desdoblarse en “dos”, debido a que ejecuta una serie de procesos de reflexión, donde desarrolla un análisis sobre su propio comportamiento denominado “diálogo del alma consigo misma”, donde interactúan el *ego* y el *alter* (Molina, 2001, p. 113).

Este debate interior, le permite a un sujeto tener la capacidad para “tomar una decisión”, con lo cual actúa en *libertad*. La actuación en libertad por tanto le permite al sujeto, tener una condición superior respecto de las circunstancias que le rodean y así poder escapar de las “circunstancias” que se le pudieran presentar. Esta concepción filosófica fue utilizada por Descartes, respecto de sus propias teorías (Santiago, 2000, p. 87).

En el caso particular de que el *sujeto* es en realidad un *magistrado*, la libertad a la que hacemos mención, consiste en aquella devenida del proceso de análisis, deliberación y fundamentación de una resolución judicial, respecto de los *hechos* evaluados en un proceso.

Dicha circunstancia, por tanto, la diferencia de los *hechos naturales* o de la *causalidad natural*, el mismo que por su propia condición resulta superior a la capacidad del sujeto, siendo inevitable el que los hombres se sometan. En términos penales, determina por ejemplo, la condición de inimputabilidad de un sujeto, si este es evaluado bajo los conceptos de la sociopatía.

Complementariamente a los *hechos* y *hechos naturales*, existen los *hechos sociales* (*causalidad social*), las cuales son las consecuencias inintencionadas de nuestras acciones, de las que pueden derivarse y se derivan con profusión “efectos perversos”, los cuales terminan provocando consecuencias no planificadas ni controladas.

Estos hechos, tienen unas consecuencias que derivan de *las acciones del sujeto*, razón por la cual los niveles de excusabilidad son relativos. En el contexto penal, un atropello a un peatón por manejo a excesiva velocidad de un vehículo estando el conductor en estado de ebriedad, provoca el análisis de los *errores de tipo*, los cuales tienen un tratamiento diferenciado entre la *imputabilidad* y la *inimputabilidad*.

Finalmente, siendo la cuestión el poder prever las consecuencias que podrían originar por la *causalidad social*, se debe tener presente que se las consecuencias se tratarán de causas desencadenadas en última instancia por el *mismo sujeto*.

Este deber de diligencia, particularmente para los magistrados, constituye un elemento que los define respecto de sus competencias funcionales, por cuanto deben ser conscientes que sus actividades y su entorno estará bajo influencia de los demás partícipes del sistema judicial, en particular respecto de los abogados y los propios litigantes.

Los magistrados, en este sentido, deben tener una *inteligencia emocional* especial al momento de desempeñar sus funciones, porque las presiones (políticas, económicas, sociales, familiares, académicas, personales, etc.) siempre estarán presentes en su labor diaria, lo cual exige un *sacrificio social* especial, porque lo que resuelven, no sólo repercute en las partes procesales, sino también en la sociedad.

Por tanto, el ejercicio de la magistratura implica el ejercicio de conocimientos superiores de la legislación y de la doctrina, como también de una capacidad profesional y moral especial, porque finalmente el magistrado es también un miembro de la sociedad y que por tanto su propia percepción se encuentra condicionada culturalmente y socialmente.

Frente a esta situación, es que el ejercicio de su *libertad* creativa en la redacción de una resolución, implica un deber consigo mismo, en particular para justificar moralmente su decisión. Si no existe una autocrítica moral, el magistrado puede actuar bajo el yugo perverso de la ley en una sociedad compleja como la peruana, y ello sería un error.

Y hacemos mención a esta labor *autocrítica*, principalmente cuando se tienen que justificar dictámenes fiscales, resoluciones o sentencias, que bien pueden ser consideradas como *ilógicas*, al tener un sustento material erróneo, respecto de la evaluación de la ley y los hechos observados.

Ejemplos que sustentan estos hechos, pueden ser descritos, como:

- a. La liberación de un presunto delincuente, detenido en flagrancia, respecto de delitos contra la libertad y contra el patrimonio. Cuando se libera a un “marca”, provoca la consideración: ¿cuáles son los fundamentos para la liberación de un delincuente de extrema peligrosidad?
- b. La detención de sujetos que actuando en *defensa propia* provocaron la muerte de los atacantes, a pesar de que en el parte policial se deja constancia del ataque sobre la víctima, el nivel de la agresión y las condiciones del atacante y la víctima.
- c. El otorgamiento de *beneficios penitenciarios* a delincuentes de extrema peligrosidad, tomando en cuenta que los niveles de *resocialización*,

*rehabilitación, y reinserción social* de los sentenciados a pena privativa de libertad, constituyen un elemento lírico.

Por tanto, el magistrado debe considerar que al emitir un pronunciamiento, el producto seguirá con un patrón de inferencias lógicas y deductivas, los cuales validarán su *conciencia*, al actuar conforme a un estándar ético que procura acceder a un correcto nivel de aplicabilidad de justicia.

## 2. LA ARGUMENTACIÓN Y LA PRÁCTICA DECIMONÓNICA EN LA LABOR DE CREACIÓN.

En el ámbito de las teorías que desarrollan los mecanismos de argumentación al momento de resolver un conflicto jurídico, se debe tener presente que no existe una uniformidad doctrinaria, y que eventualmente se admiten posiciones hasta antagónicas, como por ejemplo:

- a. El ultrarracionalismo de Ronald Dworkin, donde se enfatiza la *capacidad* de la *razón* (Sánchez y Hoyo, 2006, p. 48).
- b. El irracionalismo de Alf Ross. La presente teoría, a pesar de su denominación, resulta bastante “racional”, principalmente porque fundamenta el hecho de que las decisiones jurídicas, al igual que sucedería con cualquier otro género de decisión, dependen de la *voluntad* del sujeto, como de su *propia razón* o conciencia (López, 2005, p. 107)

En este contexto, Atienza justifica las diferentes teorías, principalmente porque concluye que la lógica formal deductiva se ha *flexibilizado*, debido a la multiplicidad de respuestas ante un único hecho, en particular cuando se evalúan los “casos difíciles”.

Dicha flexibilización provoca una serie de “respuestas” que en esencia bien pueden ser “correctas”, razón por la cual el magistrado bien puede *optar* por alguna de estas, si con ellas se alcanza lo *verosímil* (socorro y Cruceta, 2008, p. 68). Si se está en esta posición, la única garantía para el propio magistrado, lo constituye el actuar sobre la base de una *conciencia ética*.

Hart en este punto, justificaría la decisión de un juez conminado a escoger una respuesta entre las tantas existentes, sobre la base de que existe un imperativo de *responder institucionalmente* ante un conflicto determinado que requiere finalizar una *indeterminación jurídica*. Esta facultad del magistrado responde a su *discrecionalidad profesional* (Arango, 1999, p. 66).

Por tanto, en contextos complejos, multiculturales y conflictivos, como los que ocurren en nuestro país, resulta factible deducir que se pueden materializar varias respuestas *correctas* y que el juez debe escoger aquella que resulte más vinculable a los hechos, a la espera de que su decisión final no provoque un daño más complejo que el que trató de resolver.

Esta posición se encuentra respaldada tanto por Alexy como por Dworkin, quienes señalan que el *Derecho*, siempre proporciona al menos una respuesta correcta a un caso determinado (Ricoeur, 2000, p. 172), porque siempre es posible *hacer justicia de acuerdo con el Derecho*.

A pesar de que el magistrado se encuentra facultado a escoger finalmente una opción (una respuesta) frente a un abanico de probables soluciones, bien puede determinarse que esta respuesta podría vulnerar el propio ordenamiento jurídico.

Dichas situaciones provienen del análisis de los “casos trágicos” propuesto por Atienza, por cuanto podría suceder que no existe ninguna respuesta correcta.

Frente a estas situaciones, el magistrado debe hacer uso de su *conciencia* y deberá resolver ponderando entre el *Derecho* y la *justicia*, entre la *ley* y la *conciencia*, y entre el *ser jurídico* y el *deber ser político o moral*.

### 3. CREANDO, MOTIVANDO Y HACIENDO DERECHO.

Cuando el magistrado se encuentra ante estos “casos difíciles” se puede preguntar sobre qué debe hacer y cómo debe proceder.

En el contexto anglosajón, Kennedy describe esta duda profesional del magistrado en su tesis *how I want to come out* (“cómo salir del paso” o HIWTCO, que es en realidad el acrónimo de su frase), de donde se deduce que se debe priorizar la *ley* como un instrumento para *hacer justicia*, y que si no cumple con esta condición, es factible desvincularse del contexto imperativo de la *ley* (Kennedy, 1986, p. 562).

En términos contrarios a las deducciones de Kennedy, Max Weber señala que el magistrado al estar en un “pacto con el diablo”, merced a su condición de funcionario de la administración pública y representante del Estado (Oro, 2010, p. 70), en muchos casos no puede manipular la *ley* para hacer *justicia*, porque este instrumento normativo *ni es infinitamente flexible, maleable* y tampoco es *manipulable* a discreción.

¿Qué debe hacer, entonces el magistrado? Existen varias respuestas, pero las más sencillas y lógicas, bien podrían ser:

- a. Abandonar el caso a través de la renuncia al cargo de magistrado.
- b. Redactando un argumento insostenible, insuficiente o carente de plausibilidad.

- c. Ajustarse a los parámetros de la ley, sin valorar los elementos *injustos* que pudiera contener<sup>102</sup>.
- d. Interpretando el caso sobre *la base de lo que la ley debería ser*.

## CONCLUSIONES.

Frente al conjunto de teorías, respecto de la *argumentación de una decisión en la judicatura*, se debe tener en cuenta que el magistrado finalmente toma una *decisión existencial*, que lo compromete como persona, como sujeto moral y como profesional, no sólo ante la sociedad, sino también frente a su propia *conciencia*.

Esta situación implica que el magistrado tenga una *sensibilidad social especial* principalmente para no evaluar a la luz literal de la norma, los casos complejos que nuestra sociedad plantea en su devenir cotidiano.

La excusa de recurrir a la inflexibilidad de la norma, no constituye un comportamiento funcional *eficiente* ni *diligente*, porque provocan en esencia que los conflictos sociales se expandan y se degeneren en otros conflictos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

-  ARANGO, Rodolfo (1999) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo de Hombres Editores
-  ATWELL, John (1986) *Ends and principles in Kant's moral thought*. Dordrecht, Nijhoff
-  CHAZAN, Pauline (1998) *The moral self. The problems of philosophy*. Londres, Toutledge
-  COX, Raymond (2009) *Ethics and integrity in public administration: concepts and cases*. Nueva York, Sharpe
-  FLEISCHACKER, Samuel (1999) *A third concept of liberty: judgment and freedom in Kant and Adam Smith*. Princeton, Princeton University Press
-  GUYER, Paul (2000) *Kant on freedom, law, and happiness*. Cambridge, Cambridge University Press

<sup>102</sup> A pesar de que se manifieste contrario a los parámetros normativos o realice una crítica sobre su naturaleza y vigencia en el ordenamiento jurídico, si no *inaplica* dicha norma, termina siendo un cómplice de una *injusticia*, no pudiendo escapar de su propia *autoevaluación*.

-  KENNEDY, Duncan. “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”. En: *Journal of Legal Education*. N° 36, 1986
-  LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (2005) *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporáneo*. Murcia, Universidad de Murcia
-  MOLINA FLORES, Antonio (2001) *Doble teoría del genio: sujeto y creación de Kant a Schopenhauer*. Sevilla, Universidad de Sevilla
-  ORO TAPIA, Luis (2010) *Max Weber: la política y los políticos: una lectura desde la periferia*. Santiago de Chile, Ril Editores.
-  RICOEUR, Paul (2000) *Amor y justicia*. Madrid, Caparrós
-  SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel e HOYO SIERRA, Isabel (2006) *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Madrid, Dykinson
-  SANTIAGO, Teresa (2000) *Alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento y la sociedad*. Méxcio, Plaza y Valdés
-  SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto (2008). *Argumentación Jurídica*. Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura
-  STONE, Julius (1965) *Human Law and human justice*. Stanford, Stanford University Press
-  TIMMONS, Mark (2004) *Kant’s metaphysics of morals: interpretative essays*. Oxford, Oxford University Press



“VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR  
LEGITIMIDAD EN LAS DELIBERACIONES PREVIAS A UN  
REFERÉNDUM”

---

“VOICE AND VOTES: CHALLENGES TO ACHIEVE LEGITIMACY  
IN THE DELIBERATIONS PRIOR TO A REFERENDUM”



*Magister Luis Roberto Cabrera Suárez\**

*Magister Carolina Rojas Flórez\**

*Estudiante Walter Rengifo Sánchez\**

---

\* *Luis Roberto Cabrera Suárez.* Maestro en Gestión Pública, Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Humanos, Doctorando en Derecho y Ciencia Política. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto. Árbitro en Derecho, Miembro de la Sección Peruana de Amnistía Internacional. Miembro fundador del Grupo de Estudios Constitucionales de la Universidad César Vallejo. Fue Asesor de la Cámara de Comercio, Producción y Turismo de San Martín. Consultor de la Cooperación Financiera de Desarrollo y asesor legal de entidades públicas y privadas.

\* *Carolina Rojas Flórez.* Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín. Jefe de la Clínica Jurídica de la Universidad Católica de Oriente (Colombia). Docente Universitaria

\* *Walter Rengifo Sánchez.* Estudiante del 7º Ciclo de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto. Miembro de la Clínica Jurídica de la Universidad César Vallejo - Filial Tarapoto



ANTECEDENTES; POLÍTICA; CLARIDAD; INFORMACIÓN Y RECURSOS; PARTICIPACIÓN Y COMPROMISO; LEGITIMACIÓN; A MODO DE CONCLUSIÓN; REFERENCIAS

#### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

CABRERA SUÁREZ Luis Roberto “VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR LEGITIMIDAD EN LAS DELIBERACIONES PREVIAS A UN REFERÉNDUM” *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

CABRERA SUÁREZ Luis Roberto “VOICE AND VOTES: CHALLENGES TO ACHIEVE LEGITIMITY IN DELIBERATIONS PRIOR TO A REFERENDUM” *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.

#### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

ROJAS FLÓREZ Carolina “VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR LEGITIMIDAD EN LAS DELIBERACIONES PREVIAS A UN REFERÉNDUM” *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

ROJAS FLÓREZ Carolina “VOICE AND VOTES: CHALLENGES TO ACHIEVE LEGITIMITY IN DELIBERATIONS PRIOR TO A REFERENDUM” *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.

#### MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

RENGIFO SÁNCHEZ Walter “VOZ Y VOTOS: DESAFÍOS PARA ALCANZAR LEGITIMIDAD EN LAS DELIBERACIONES PREVIAS A UN REFERÉNDUM” *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

#### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

RENGIFO SÁNCHEZ Walter “VOICE AND VOTES: CHALLENGES TO ACHIEVE LEGITIMITY IN DELIBERATIONS PRIOR TO A REFERENDUM” *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.





## RESUMEN

---

La pregunta principal no va enfocada a si es mejor el modelo de democracia representativa, democracia participativa o democracia directa. Lo que está en juego es cómo vamos a hacer para que nuestro sistema democrático sobreviva teniendo en cuenta la evolución de nuestras sociedades y, por lo tanto, su renovación y reinención para enfrentar los desafíos de la época.

Por tal motivo, es urgente que trabajemos para reinventar una democracia asociativa y participativa que permita combinar lo mejor del Estado con lo mejor de la sociedad.

**Palabras Claves:** Democracia, participación, sociedad



## ABSTRACT

---

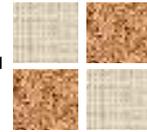
The main question is not focused on whether the model of representative democracy, participatory democracy or direct democracy is better. What is at stake is how we are going to do so that our democratic system survives considering the evolution of our societies and, therefore, its renewal and reinvention to face the challenges of the time.

For this reason, it is urgent that we work to reinvent an associative and participatory democracy that allows combining the best of the State with the best of society.

**Keywords:** Democracy, Participation, Society



## ANTECEDENTES:



**L**a palabra referendo viene del latín *refrendar*, que significa procedimiento decisorio de la democracia directa o semidirecta por el cual el pueblo interviene en la adopción o reforma de la Constitución. (Madrid, 1994)

El referendo tuvo como antecedente la figura del plebiscito ya que este era el mecanismo de participación en Roma. Posteriormente el referendo sufre unas variaciones en la Revolución Francesa donde se orientó en que el pueblo votara a favor o en contra de las normas que iban a incorporar el cuerpo constitucional. (Naranjo, 1991).

### **“Voz y votos: desafíos para alcanzar legitimidad en las deliberaciones previas a un referéndum”**

Nunca antes tantas personas han podido votar sobre temas importantes que en ésta última década. En Bolivia, los ciudadanos acudieron a las urnas para decidir sobre los alcances de la descentralización; muchos estados de los Estados Unidos celebraron referendos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo; los catalanes fueron a las urnas para pronunciarse respecto al Estado de su autonomía; los mauritanos votaron por la aprobación de su nueva Constitución y los italianos sobre el alcance de los poderes del primer ministro. En cuanto a Europa, tiene un nuevo Estado soberano, Montenegro, gracias a un referéndum.

De la misma manera, se ha visto una gran cantidad de decisiones para ir a las urnas, tanto a nivel regional como local, como fue el caso con el referéndum celebrado en la capital sueca, Estocolmo, sobre la introducción de un impuesto para evitar atascos en la carretera.

El número de iniciativas populares lanzadas en muchos países del mundo también son muy altos. Por primera vez en la historia, los ciudadanos han comenzado a recolectar firmas para iniciativas transnacionales.

Estos desarrollos, sin embargo, no representan el comienzo de una nueva tendencia: refuerzan más bien un movimiento ya existente. Desde el cambio de milenio, el número de países que han comenzado a utilizar el referéndum, además de las elecciones, ha seguido creciendo.

En todo el mundo, la democracia directa está en proceso de reforma y modernización. Estamos presenciando una revitalización.

En Colombia el referendo se encuentra concebido en el cuerpo constitucional, es decir, la Constitución Política de 1991 como un mecanismo de reforma a la Carta Magna. El referendo se puede entender de alguna manera como uno de los mecanismos participativos con mayor fuerza en tanto es la expresión directa de la voluntad del pueblo para resolver el cuestionamiento que se propone.

Mediante el referendo también se ha podido observar que hace parte de los mecanismos de participación democrática, así como lo es el voto y el plebiscito, entre otros.

La democracia directa no es otra cosa que el derecho de los ciudadanos a participar directamente en las decisiones políticas, es un elemento clave de esta nueva etapa. La democracia directa implica una distribución mucho más fina del poder, pues después de todo, la democracia directa moderna es una forma de hacer de la democracia "representativa" verdaderamente representativa.

Dicho lo cual, podemos esbozar algunas diferencias entre la democracia directa pre moderna y la moderna:

	<b>Pre Moderno</b>	<b>Moderno</b>
<b>Concepto</b>	Democracia Directa Clásica.	Democracia Directa Moderna.
<b>Modelo</b>	"Democracia de Asociación": "Asamblea democrática", "Asamblea Popular".	"Democracia individualista": derechos de referéndum e iniciativa democrática representativa completa.
<b>Concepto antagonista</b>	Aristocracia, monarquía.	Democracia representativa.
<b>Cultura política Derechos populares</b>	Conciencia de grupo: La democracia, la soberanía popular, la libertad, y la igualdad son derechos para "nosotros" como miembros de un grupo particular y privilegiado; Justificación histórica de un particularismo colectivo.	El individualismo: La democracia, soberanía popular, libertad, igualdad son derechos para "TODOS" como derechos humanos inalienables; Derechos humanos individuales basados en la ley natural.
<b>Base de justificación</b>	La democracia como un privilegio histórico para un grupo particular; encuentra su origen en la resistencia a una tiranía injusta (Guillermo Tell).	La Democracia como un derecho natural.
<b>Democracia</b>	Compatible con el dominio de unos sobre otros.	Incompatible con la dominación de unos sobre otros.

<b>Libertad</b>	Libertad de asociación, libertad colectiva.	Libertad individual.
<b>Igualdad</b>	Igualdad entre los miembros de un grupo particular.	Igualdad de todos los seres humanos entre sí.
<b>Igualdad Política</b>	Las funciones más importantes del gobierno, la administración y la justicia están en manos de miembros prominentes de la población, claramente distintos (aunque no legalmente) del "hombre común" en términos económicos, sociales y culturales.	Igualdad formal vinculada a la desigualdad en la práctica real de la participación en la vida política.
<b>Práctica Política</b>	Compra de funciones y votos oficiales como forma de participación política.	La compra de funciones y votos oficiales se considera un acto de corrupción. La participación se realiza a través de mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, la democracia hoy en día implica que las personas participen en el ejercicio del poder. La democracia ("gobierno del pueblo por el pueblo") se puede concebir en dos formas diferentes: la forma directa y la forma representativa. La primera implica la participación directa de todos los ciudadanos en el ejercicio del poder político. La segunda asume solo que el poder político se confía a representantes elegidos por los ciudadanos.

La democracia directa implica una distribución del poder político y busca que éste se ejerza de manera más equilibrada reforzando el principio de igualdad en la participación.

En efecto, el hecho de reunir a ciudadanos y políticos aporta una nueva calidad a su relación. Los derechos de la democracia directa dan a los ciudadanos el estatus de "políticos ocasionales", otorgando a las minorías el derecho a ser escuchadas, reduciendo así el riesgo de recurrir a la violencia en caso de conflicto.

Por otro lado, actúa como un sistema de alerta para los problemas y conflictos sociales no resueltos, aumenta la legitimidad de las decisiones políticas y promueve la integración social.

El respeto por los derechos humanos y los derechos fundamentales es uno de los inicios de toda democracia. El ejercicio de los derechos democráticos refuerza

directamente las actitudes y disposiciones democráticas de los ciudadanos y, por lo tanto, hace más probable que los derechos humanos sean respetados y preservados. Las personas que están acostumbradas a pensar y actuar de manera democrática está menos inclinadas a ceder a las tentaciones de una política autoritaria.

La democracia directa entonces permite a los ciudadanos controlar su gobierno y su parlamento de manera más efectiva, al otorgarles influencia directa, frenar o innovar en la política en tres dimensiones fundamentales (instituciones, procesos políticos y cuestiones políticas importantes).

Es evidente entonces que la democracia directa hace que la política sea más comunicativa y las decisiones políticas más transparentes.

Los diccionarios generalmente definen el referéndum como un voto directo del electorado sobre una cuestión de interés general. Más específicamente, esta palabra se refiere a cualquier procedimiento mediante el cual se invita a los ciudadanos a pronunciarse cada uno individualmente, de acuerdo con un código preestablecido, sobre una cuestión de naturaleza real, ya sea en forma consultiva o deliberativa.

La democracia deliberativa es un concepto atractivo. Bajo un modelo de deliberación, los ciudadanos toman decisiones políticas libremente, tras un amplio debate y discusión con respecto a las implicaciones y consecuencias de esas decisiones, tanto para sí mismos como individuos y, para la sociedad en su conjunto. Una política democrática deliberativa exige más de sus ciudadanos que simplemente votar para “echar a los granujas”. Una elección en realidad significa la instalación de un nuevo conjunto de reglas.

El concepto de esfera pública es fundamental para los modelos de democracia deliberativa, que se basan en la idea de que los ciudadanos y sus representantes deben justificar públicamente las decisiones que toman y las reglas que establecen a través de un proceso dinámico con un vínculo legítimamente democrático.

En ese sentido, este modelo permite que las decisiones sean racionales, bien informadas y que el entorno político sea respetuoso de las opiniones de los demás, garantizando un ambiente libre de coerción o el engaño.

Bajo un modelo tan ideal, los ciudadanos estarían dispuestos más positivamente hacia sus instituciones y procesos de gobierno, porque participarían plenamente en estos. Los líderes, a su vez gozarían de un amplio apoyo público, debido a que la base para la toma de decisiones políticas complejas sería más transparente y legítima.

No es realista creer que los ciudadanos en sociedades complejas y de gran escala puedan reunirse en un solo foro deliberativo, como sugiere la imagen del *ágora*. El proceso de debate se dispersa inevitablemente en una variedad de foros. Por

ello, es necesario conocer hasta qué punto los ciudadanos en las sociedades contemporáneas están expuestos a puntos de vista concurrentes,

La política no es el acto final de votación, sino la forma en cómo se construye la opinión dentro de la esfera pública, y cómo tal opinión puede influir en la formación de la voluntad política, que se produce dentro de los medios formales de decisión del sistema político. El modelo deliberativo toma seriamente en cuenta el contexto en el que surgen y se procesan las preferencias, tanto en el dominio de la esfera cívica y en la esfera política formal-institucional.

El concepto de esfera pública se refiere al ámbito del debate y la discusión abierta sobre cuestiones de interés común entre los ciudadanos respecto a puntos de vista morales y políticos.

**Habermas, J (1964)** en su artículo La Esfera Pública: Un Artículo de Enciclopedia, indica que

“La esfera pública ya no puede concebirse como un dominio de intermediación entre la sociedad y el Estado. En las sociedades complejas, la esfera pública consiste en una estructura entre el sistema político, por un lado, y los sectores privados del mundo de la vida, por el otro.

Los conceptos teóricos de la democracia deliberativa y los procesos asociados con referendos parecen tener poca relación, a pesar de la similitud de ciertas palabras y frases clave. Un modelo deliberativo hace hincapié en la importancia de la voz mientras que los referendos dan prioridad a los votos. Un modelo deliberativo implica entonces involucrar a los ciudadanos en todas las etapas del proceso político, mientras que un referéndum exige que los electores normalmente solo acudan a las urnas.

Si a la soberanía del pueblo se le reconoce como la base de las democracias y, en la mayoría de los casos, las decisiones se toman en nombre de la gente, el referéndum siempre ha sido considerado un procedimiento sospechoso.

Un proceso de deliberación democrática está menos interesado en la resolución de un problema que en la discusión de este, mientras que un referéndum a menudo se lleva a cabo con el único fin de resolver una pregunta en particular. Sin embargo, sin instituciones, la democracia deliberativa sigue siendo meramente un concepto escurridizo e idealista. Bajo ese contexto: ¿Cómo se puede contribuir para que las instituciones y los procesos de democracia directa se aproximen más a un modelo deliberativo? ¿Por qué algunos elementos de la democracia directa se acercan más al ideal de deliberación que otros? Si es así, ¿Cómo podrían las instituciones de democracia directa remodelarse para aproximarse más a un modelo verdaderamente deliberativo?

**Martí, J (2006)** en su libro La República Deliberativa, señala concretamente:

*“La democracia deliberativa es un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Por lo tanto, consiste, por encima de todo, en un modelo de toma de decisiones. El modelo es normativo porque no aspira a describir cómo es la realidad, cómo efectivamente se toman las decisiones políticas en nuestras democracias avanzadas, sino a mostrar cómo debería ser dicha realidad. Así que el procedimiento deliberativo actúa como proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas.” (p.22).*

Considero que la democracia por referéndum tal como se practica actualmente en América Latina cae considerablemente corta de un ideal de deliberación. El comportamiento de referendos tiende a inhibir la deliberación, y considerar formas en las que la calidad de la deliberación dentro de las normas y prácticas existentes podría ser mejorada.

¿Pero cuáles son aquellas patologías que afectan la deliberación?: la intrusión de la política, la ausencia de claridad, la cantidad y la calidad de información, y el grado de participación y compromiso de los ciudadanos en los procesos.

## **POLÍTICA**

La política se interpone en el camino de la deliberación. Muchos de los referendos se iniciaron ya sea directa o indirectamente por los gobiernos, y los motivos que llevan a los partidos para llamar a un referéndum invariablemente forman parte del contexto en el que tenga lugar la votación. Una variedad de cálculos políticos a menudo entra en la decisión de un gobierno para llamar a un referéndum sobre un tema en particular, pero los gobiernos en tales circunstancias no son por lo general las partes neutrales. Cuando un partido en el gobierno opta por una estrategia de consulta, por lo general lo hace con la esperanza de que va a ganar.

Donde los partidos que gobiernan están seriamente divididos sobre un tema, una mejor calidad de la deliberación puede ocurrir simplemente porque se oirán más voces.

Además, el nivel de coerción que sienten los ciudadanos puede reducirse considerablemente cuando las partes se dividen o cuando los miembros del gobierno expresan puntos de vista divergentes. En ese sentido, se debe garantizar que las medidas que adopten los gobiernos creen un mejor ambiente para la deliberación de un problema, porque los gobiernos resultan ser potencialmente uno de los actores más poderosos de cualquier campaña. Sin embargo, la neutralidad que resulta necesaria en estos procesos no es fácil de mantener o hacer cumplir.

Una definición mínima, pero muy afortunada en mi opinión, de democracia deliberativa la encontramos en la introducción de Jon ELSTER a su compilación sobre este tema. Según **Elster, J (1986)** en su obra *Foundations of Social Choice Theory (Fundamentos de la teoría de la elección social)*, afirma:

*“Todos coinciden, creo, en que la noción (de democracia deliberativa) incluye una toma de decisiones colectiva con la participación de todos aquellos que resultarán afectados por la decisión, o de sus representantes: éste es el aspecto democrático. A su vez, todos acuerdan en que esta decisión debe ser tomada mediante argumentos ofrecidos por y a los participantes, que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: y éste es el aspecto deliberativo”*

Centrándonos entonces en el tema que abordamos, en muchos casos, un referéndum se lleva a cabo al mismo tiempo que una elección, por lo general una elección regular para los candidatos presidenciales o legislativos o de otro tipo de funcionarios públicos. La práctica de celebrar una elección y el referéndum simultáneamente a menudo se defiende con el argumento de reducir al mínimo los costos administrativos, así como maximizar la participación. Pero una significativa desventaja de esta práctica es que el tema del referéndum o iniciativa puede no conseguir la atención que merece, si tiene que competir por la atención con campañas separadas para promover decisiones. A fin de cuentas, la calidad de la deliberación es probablemente mejor cuando el debate sobre un tema no está integrado al de una campaña electoral.

Otro factor que influye para debilitar la deliberación de iniciativa y referéndum es la presencia frecuente de efectos de segundo orden. Un voto que se supone que se motiva por un asunto público importante termina efectuándose sobre la popularidad o impopularidad de un determinado partido o líder, o algún conjunto de problemas o eventos que no están estrechamente relacionados con el tema del referéndum.

Los efectos de segundo orden a menudo no son meramente accidentales. A veces son promovidos activamente por un lado o el otro como parte de una campaña del referéndum.

## **CLARIDAD**

Una pregunta del referéndum o iniciativa tiene que ser clara. Pero la claridad no es un asunto fácil. Tampoco es necesariamente un objetivo de los gobiernos que llaman a un referéndum sobre un tema, o de los grupos que patrocinan una iniciativa.

La falta de claridad en un referéndum también puede ocurrir cuando hay varios temas en discusión, al mismo tiempo, a veces en el contexto de una única pregunta de la votación.

Uno puede ver fácilmente que la deliberación es probable que funcione mejor cuando el público es capaz de centrarse en un solo tema, y cuando las diversas dimensiones de esta cuestión ya están razonablemente bien conocidas. Puede ser posible, en algunas circunstancias, optar por la opción de dividir el problema en varias partes con el fin de presentar un conjunto más manejable de opciones para el público y por lo tanto mejorar la calidad de la deliberación. Pero esto es, sin duda, un objetivo poco realista en las circunstancias

Ya hemos abordado la cuestión de proposiciones electorales que compiten con las campañas electorales para la atención de los votantes, así como la deliberación de temas con múltiples componentes. Pero más allá de estos dos problemas se encuentra el problema de sobrecarga. Es evidente que la calidad de la deliberación de un tema dado se verá afectada si muchos otros temas están siendo discutidos y debatidos al mismo tiempo.

La calidad de la deliberación es mucho más probable que sea mayor en las circunstancias en las que un solo tema es objeto de debate. Pero no hay que suponer necesariamente que los votantes no pueden manejar la deliberación de más de un problema a la vez.

Llegar a una decisión de voto de forma rápida sobre la base de información parcial no parecería servir a los objetivos de la democracia deliberativa.

## **INFORMACIÓN Y RECURSOS**

La deliberación requiere una ciudadanía bien informada. Pero la información puede provenir de varias fuentes. Cuando un tema es partidario, la información es probable que surja a través de los partidos políticos. En el caso de las iniciativas de los ciudadanos, que a menudo se realizan por grupos u organizaciones constituidas al efecto, éstas pueden llegar a ser las principales fuentes de información para los votantes.

Encuestas realizadas a raíz de una campaña del referéndum muestran regularmente que la insuficiente información” es una de las quejas más comunes de los ciudadanos sobre el proceso de referéndum.

El concepto mismo de una campaña parece a primera vista estar en contradicción con los preceptos de la democracia deliberativa. Las campañas están diseñadas más para convencer que informar. Sin embargo, la deliberación es también sin duda una manera de persuadir conciudadanos de algún modo. Sería difícil imaginar un referéndum sin una campaña, dada la naturaleza y el contexto de los instrumentos de democracia directa.

Cuando un gobierno se ve envuelto en un lado u otro de un tema, por ejemplo, a menudo posee recursos que otros actores no ostentan. Del mismo modo, un gran grupo u organización puede tener más dinero para gastar en su campaña que la voluntad que tienen otros que se oponen a ella. Un objetivo común declarado de

regulación de campaña y leyes que contribuyan a la igualdad de condiciones resulta vital en ese sentido.

En base a lo antes señalado, uno puede preguntarse si el referéndum se practica para "buenos usos". Dos observaciones son posibles: como una expresión directa de la voluntad del pueblo soberano, el referéndum constituye en la política el arma absoluta. Sin embargo, cuando la Constitución ponga esta arma a disposición de uno de los protagonistas del juego político o que logre aprovecharla, siempre la usará, eligiendo al mismo tiempo el momento y el tema de la consulta y los términos de las preguntas, para derrotar a sus oponentes y legitimar su poder.

## **PARTICIPACIÓN Y COMPROMISO**

Un proceso democrático directo verdaderamente deliberativo requiere el compromiso y la participación de la ciudadanía. La participación tiende a fluctuar más ampliamente en referendos que en las elecciones nacionales. En general, se tiende a ser menor, pero a veces puede elevarse a niveles mucho más altos cuando un tema en particular genera gran interés de los votantes o cuando una campaña más intensa es emprendida por los grupos interesados. Cuando la participación es baja, la capacidad de movilización de los propios partidarios cuenta más. Cuando se eleva, por lo general es debido a que el tema en sí es percibido como muy importante para la mayoría de los votantes.

Una votación en la que participan sólo una pequeña minoría de los ciudadanos no sólo es probable que sea un mal vehículo para la deliberación democrática, a menudo crea circunstancias en las que la legitimidad del proceso en sí puede verse afectada. Sin embargo, la participación no puede considerarse de forma aislada, se ve afectada por muchos de los otros factores discutidos aquí, incluyendo la sincronización de los votos, la movilización de las partes, niveles de información, y la naturaleza de la campaña.

## **LEGITIMACIÓN**

En medio de todo aquello que conlleva el proceso participativo del referendo, se podría generar una pregunta que incluso, daría lugar a una posterior investigación ¿Qué tan legítima es la decisión que toman “algunos” ejerciendo la democracia directa mediante el referendo? Y es que realmente cuando se logra una decisión que afecta no solo a una minoría sino a la mayoría de las personas que componen un Estado y que a su vez dicha decisión en ejercicio fue tomado por unos pocos, su legitimidad podría ponerse en discusión; sin embargo, la abstención que de ejercer la democracia directa sufren los países en su mayoría, no puede entenderse como un resultado ilegítimo así este no sea el resultado más justo o beneficioso.

Uno de esos casos que se podría concluir como doloroso es el referendo por la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit). De este ejercicio democrático hace ya dos años, para algunos entendido como un desacierto para otros como un gran logro por mantener integro el Reino Unido.

Sin embargo, de este referendo lo que sí se ha podido apreciar es una gran molestia entre los demás miembros de la Unión Europea y por supuesto, otros pertenecientes al Reino Unido que como ciudadanos no querían esta salida.

Decisiones como la aprobación de los acuerdos de Paz en Colombia sometida también a un mecanismo de participación democrática como el Plebiscito, similar al referendo que concluyó con el NO como respuesta dejando entonces el futuro del fin del conflicto en vilo por algunos pocos.

Así pues, que estas decisiones podrían ser cuestionadas de ilegítimas de acuerdo al grado de satisfacción con el que se identifiquen los votantes o ciudadanos o de legítimas para quienes ejerciendo su derecho han obtenido su resultado.

No cabe predicar la falta de legitimidad frente a las decisiones que se adopten en los referendos de participación ciudadana, lo que se debe tener en presente siempre es que así los resultados sean injustos para algunos, son decisiones legitimadas por el poder soberano: El Pueblo.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

El debate entre la voluntad del pueblo, por una parte, y el respeto por el estado de derecho, por otra, es a menudo simplificado al exceso. Esta simplificación y la exageración de lo que está en juego se encuentran en otras partes del discurso populista. En oposición a la mayoría popular y la jurisdicción constitucional a través de la idea de un control de los referendos, las élites están convencidas de que las personas no tienen las herramientas que necesitan para entender situaciones complejas y por lo tanto para tomar las mejores decisiones para la sociedad.

Claramente, algunos referendos han hecho un trabajo mejor que otros en ofrecer a los ciudadanos la oportunidad de deliberar asuntos públicos importantes en lugar de simplemente emitir su voto sobre una propuesta.

Las iniciativas de los ciudadanos por su naturaleza pueden aproximarse más al objetivo de recoger la voz del pueblo que buscar votos a través de un referéndum iniciado por el gobierno, que normalmente lo utiliza para encontrar una solución a una difícil cuestión política y demasiado a menudo son objeto de manipulación diseñada para obtener un resultado particular. Pero las iniciativas a menudo traen consigo problemas de claridad, baja información, y la desigualdad de recursos. Todos los votos directos parecen estar sujetos a efectos de segundo orden de algún tipo, y es dificultoso en la práctica reducirlos.

Por otro lado, es pertinente señalar además que el derecho de iniciativa reduce la corrupción. Además de las medidas de control, las iniciativas populares tienen un efecto estadístico significativo en la percepción de la corrupción. En estados con derecho de iniciativa, la corrupción es menor que en aquellos donde no existe, y este efecto es aún mayor si los requisitos (Ejem: número de firmas para iniciativas) son bajos.

Los bajos índices de participación son con frecuencia un problema, y el tiempo y la estructuración de una votación a menudo afecta a la participación. Los motivos partidistas perjudican la deliberación, y las técnicas modernas de campaña no contribuyen a que el proceso de deliberación sea más productivo, pero hay excepciones en todos estos puntos. Las posiciones planteadas en este artículo dan algunas pistas, tanto positivas como negativas, que podrían ser útiles para generar un modelo más deliberativo de la democracia directa a través del referéndum.

## REFERENCIAS

-  **Habermas, J (1964)** La Esfera Pública: Un Artículo de Enciclopedia. (Sara Lennox; Frank Lennox), *NewGerman Critique*, No. 3 (Autumn, 1974), 49-55. Originally appeared in *Fischer Lexicon, Staat und Politik*, new edition (Frankfurt am Main, 1964), pp. 220-226. [Traducido al inglés por: Sara Lennox; Frank Lennox]
-  **Martí, J (2006)** La República Deliberativa. Una teoría de la democracia, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.
-  **Elster, J (1986)** *Foundations of Social Choice Theory (Fundamentos de la teoría de la elección social)*, Cambridge University Press, 1986.





LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO. UNA  
NECESIDAD URGENTE.

THE ORALITY IN THE PERUVIAN CIVIL PROCESS. AN URGENT  
NEED.



*Oscar Martín Guerrero Sánchez\**

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA; 2. OBJETIVO; 3. UN BREVE REPASO DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL; 4. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL ¿HACIA DÓNDE VAMOS?; 5. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA PROCESAL CIVIL; 6. LA PREVALENCIA DE LA ORALIDAD COMO ÚNICA ALTERNATIVA A UN MEJOR DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO CIVIL; CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

\* Abogado por la “Universidad Señor de Sipan”. Estudios concluidos de Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial por la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”. Director - Fundador del Estudio Jurídico Guerrero Sánchez Abogados Civilistas. Director de la Revista Jurídica Exegesis.



## MEMBRETE BIBLIOGRÁFICO

GUERRERO SÁNCHEZ Oscar Martín "LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO. UNA NECESIDAD URGENTE." *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis* Tomo 60 Marzo (2019), ISSN: 2312-5101.

### BIBLIOGRAPHIC LETTERHEAD

GUERRERO SÁNCHEZ Oscar Martín "ORALITY IN THE PERUVIAN CIVIL PROCESS. AN URGENT NEED." *Journal of Legal Sciences Exegesis* Volume 60 March (2019), ISSN: 2312-5101.



### RESUMEN

La necesidad de una reforma procesal no solo responde a una severa crisis judicial que hoy en día nos aqueja, pues ver procesos tramitados hasta la fecha con un periodo de duración superior a los 10 años deja entrever que algo no está yendo bien. Sino también, a la necesidad de contar con un sistema procesal civil donde haya una verdadera prevalencia y eficacia de la oralidad. La tarea puede parecer difícil, pero no imposible, pues más allá, de los recursos que deberán implementarse para una adecuada regulación y aplicación de la oralidad, los resultados podrían ser verdaderamente satisfactorios. Hoy por hoy, contar con verdadero litigio civil basado en la oralidad ya no debe ser un sueño.

**Palabras Claves:** Proceso civil, oralidad, juez, litigio, administración de justicia, celeridad.



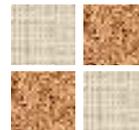
### ABSTRACT

The need for a procedural reform not only responds to a severe judicial crisis that today afflicts us, because seeing processes processed to date with a period of duration greater than 10 years suggests that something is not going well. But also, to the need for a civil procedural system where there is a true prevalence and effectiveness of orality. The task may seem difficult, but not impossible, because beyond the resources to be implemented for proper regulation and application of orality, the results could be truly satisfactory. Today, having true civil litigation based on orality should no longer be a dream.

**Keywords:** Civil process, orality, judge, litigation, administration of justice, speed.



## 1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.



Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, fomenta una evolución notable en el concepto del debido proceso. Hoy en día hablar de un debido proceso encierra una connotación jurídica muy grande, ya que es a través de ella es donde se va a poner en marcha al aparato judicial a fin de atender las necesidades de la sociedad en base a un estado constitucional de derecho. Sin embargo, podríamos hablar que se cumple realmente este tipo de garantía en su total plenitud?, ¿Existe un verdadero sistema procesal que acoja de manera eficiente la problemática social?, ¿Es en verdad nuestro actual sistema procesal civil el idóneo para resolver los distintos conflictos de intereses que se generan en la actualidad? Sin lugar a duda son muchas las interrogantes que pueden plantearse ante una gran sentida problemática social, puesto que ello, ha traspasado desde lejos la barrera jurisdiccional para entrar también a un contexto sociológico del derecho.

Sin duda alguna todo este panorama se ve ligado también a otra problemática social y legal, la cual yace dentro de la Administración de Justicia; por ejemplo, tenemos que el acceso a la justicia es una de las más preocupantes situaciones que afronta nuestro sistema judicial. No se trata únicamente, de tener jueces o de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera, porque no es éste el problema; la dificultad tiene connotaciones sociológicas, como la desconfianza en el Poder Judicial, y otras contrariedades como el desconocimiento de los derechos (...) (GOZAINI, 2004, p. 205).

En definitiva, se crean leyes todos los días sin siquiera hacer un efectivo análisis de la realidad social que acontece nuestro país. Puesto que está demostrado que una sentencia judicial no resuelve del todo la problemática de fondo, la cual se encuentra vinculada ciertamente a hechos sociales, antropológicos, culturales, psicopatológicos, etc. A distintos elementos que eventualmente hoy en día ni siquiera nos encontramos preparados para asumirlos, o peor aún, para resolverlos.

Dentro de ese panorama social y normativo, el presente artículo pretende identificar toda esta problemática que aqueja hoy en día a nuestro tan decaído sistema de administración de justicia. En ese sentido, lo que buscamos plantear es un tema muy importante, vital y hasta innovador dentro del área procesal civil, y esta es, una verdadera y efectiva aplicación de la “oralidad” dentro del proceso civil. Hoy en día urge severamente un cambio sustancial en nuestro sistema procesal, sabemos que la tarea puede ser difícil pero no imposible. Así como se implementó la oralidad en el derecho penal y laboral a través de proyectos pilotos en diferentes Distritos Judiciales, la implementación de la oralidad en el proceso civil también debe coger el mismo rumbo, pues estoy más que convencido que dicha reforma traerá consigo grandes cambios positivos y significativos.

## 2. OBJETIVO.

Determinar los efectos y beneficios de una verdadera aplicación del principio de oralidad al proceso civil peruano, con el fin de alcanzar una administración de justicia idónea, eficaz y rápida.

## 3. UN BREVE REPASO DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL.

Lograr una reforma procesal resulta muy necesario para países donde si bien pregonan una serie de garantías y principios para el buen funcionamiento de este, no cumplen con las expectativas en la realidad, en ese sentido, cabe hacer un análisis de como el predominio oral dentro de los procesos ha ido evolucionando con el tiempo y a través de su historia.

La oralidad tiene su reseña que data a partir del siglo XVIII, como una reacción contra la ineficiencia y demora del proceso escrito, se contribuyó el descubrimiento en 1816 de las instituciones de Gayo, que permitió estudiar el proceso oral clásico romano y utilizarlo como modelo para diseñar un nuevo sistema procesal. Además, este hallazgo demostró que no es cierto que el proceso escrito se ajuste mejor a la tradición latina, porque el oral tiene el mismo origen (CHIOVENDA, 1954, p. 180). Este fenómeno se fue difundiendo en Europa y en América, aunque, como lo expresa:

ENRIQUE VESCOVI (1996), *“el servicio de justicia, en nuestros países iberoamericanos se encuentra en sensible rezago con relación a los demás del mundo civilizado. En especial respecto al sistema Europeo, los EE.UU y aun con relación a algunos países de África y Asia”* (p. 13).

Hoy en día La doctrina extranjera más autorizada comparte la tendencia hacia la oralidad, porque donde se ha puesto en práctica está produciendo resultados satisfactorios. De estos resultados hay que resaltar, por su especial importancia y trascendencia, la reducción en el término de duración de los procesos (HERNÁNDEZ VILLAREAL, 2008, p. 50).

Con mucho de historia aun en la actualidad, nuestra legislación expresaba la tendencia conservadora de la época, la que, con diferentes matices, estaba reflejada en la mayoría de los cuerpos legales de américa latina. Una de las expresiones concretaras era un proceso largo, tedioso, engorroso y escrito, en cuyo trámite la oralidad, concebida como un proceso de audiencias, no existía. (PARODI REMÓN, 2013, p. 602).

En palabras de GIUSEPPE CHIOVENDA (1954), “*la experiencia sacada de la historia nos permite agregar, sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que mejor conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporcionada ésta con mayor economía, sencillez y celeridad (...) Un proceso escrito dura por término medio, tres o cuatro veces más que un proceso oral*”. (p. 154).

Podemos observar que de acuerdo a la historia y a los mecanismos procesales que se han implementado a través de ella, la forma de la oralidad y la escritura, si bien han sido temas muy nombrados, también han sido muy cuestionados por ciertos sectores de la doctrina, lo cierto es que, la necesidad de un cambio a nivel procesal ¡urge! A fin de saldar diversos factores tanto económicos, sociales y sobre todo de una tan sentida justicia.

#### **4. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL ¿HACIA DÓNDE VAMOS?**

A lo largo de la historia siempre ha sido materia de cuestión analizar qué tan satisfactorio resulta nuestro sistema de administración de justicia y que tan útiles y efectivas son las herramientas que esta nos brinda en el campo procesal, no siendo este panorama tan alentador como se quisiera. Si bien nuestro Código Procesal Civil consagra una serie de principios procesales que tienen como base principal garantizar un debido proceso con acoyo a un sistema constitucional de derechos que ofrezcan a los particulares los elementos y herramientas necesarias para acceder y hacer valer sus derechos e interés a través de la tutela jurisdiccional efectiva, considero que, este no cumple con la razón de ser de un sistema procesal basado en justicia, lo cual me conlleva a las siguientes interrogantes: ¿Es en verdad eficiente y justo nuestro actual sistema procesal civil?, ¿Cumple con la naturaleza de una justicia rápida y eficaz? Considero que no.

Nuestro Código Procesal Civil apostó en primera instancia por un sistema con orientación oral, diseñando el proceso a través de audiencias dentro de los procesos sumarísimos, abreviado y de conocimiento; las cuales de las tres, en el proceso de conocimiento, sólo ha quedado la audiencia de pruebas, donde si bien lo que busca es el análisis y actuación probatoria de un determinado caso a través de una audiencia donde se actúen tales medios, nuestra realidad solo muestra que este tipo de audiencia solo es un protocolo más dentro del proceso, ya que el mismo no refleja una verdadera justicia rápida y eficaz, teniendo hoy en día procesos judiciales lentos, costosos e injustos. Pongamos un ejemplo, muchas veces es el mismo juez quien al momento de resolver un determinado caso civil, solo se percata del expediente postrado en la mesa de su despacho cuando va a sentenciar, alejando de esta manera de todo contacto y realidad con las partes, subsumiendo solo su resultado en un frío expediente que muchas veces no refleja

en si lo que se vive en la realidad.

Entonces, va quedando claro que no se trata únicamente de tener jueces o de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera, porque no es éste el problema; sino, como hacer efectivo un proceso que tenga contacto real con las partes, una actuación más prolija e inmediata con los medios de prueba que se actúan y sobre todo que recoja lo que versa realmente en los hechos a través de los distintos órganos de prueba que tenemos. Por ejemplo, -y sin ir muy al extremo- fíjense que estupendo sería ver un caso tramitado en la vía procedimental sumarísima, concluido satisfactoriamente solo en un par de audiencias y no en 2 a 6 años (periodo aproximado hoy en día en nuestro sistema judicial) como suele suceder.

Podemos ver que el tema central el cual se convierte en un problema sociológico, no es el acceso a la justicia (el cual si es un problema latente en muchos sectores de nuestro país, pero que es análisis de otro tema), sino, el rechazo, desconfianza y desinterés por parte de muchos sectores que ven al Poder Judicial como un ente de solo meros tramites, sin ningún tipo de fundamento ético y moral, pues el concepto de justicia no necesariamente siempre se cumple. En ese sentido, esta problemática nos lleva a realizar muchas interrogantes que expliquen porque el sistema de administración de justicia en nuestro país es obsoleto e incompetente. Por ejemplo, a diario se crean leyes sin siquiera hacer un efectivo análisis de la realidad social que acontece nuestro país, es que acaso no nos damos cuenta que las realidades sociales se encuentran siempre en constante cambio y evolución en base a las nuevas tendencias sociales, tecnologías, culturales y de otras índoles, donde la necesidad de un cambio o una reforma aqueja severamente a nuestra sociedad, conllevando justamente a este tipo de rechazo y malestar al no encontrar respuestas ni cambios estructurales en mejora de una correcta y buena administración de justicia.

## 5. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA PROCESAL CIVIL.

La necesidad de un cambio a nivel procesal urge en nuestro sistema por diversos factores, tanto económicos, sociales y sobre todo, de una tan sentida justicia. Dentro de este punto a desarrollar y como inicio, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿Es en verdad efectivo nuestro actual sistema procesal civil a través de las herramientas y mecanismos legales dados por el legislador? Para muchos el Código procesal civil peruano no es un modelo de Código para el Siglo XXI, sino un típico Código alimentado por aquellos principios slogans que el Siglo XX elevo a dogmas indiscutibles.

Como sabemos, a comienzos del año 2018 se publicó en la página web del Ministerio de Justicia el proyecto de reforma del Código Procesal Civil conjuntamente con su exposición de motivos, en donde se ha señalado dentro de su exposición de motivos lo siguiente: *“En atención a lo señalado, el modelo procedimental por el que se apuesta, es la oralidad, solo en la medida que dicho esquema procedimental sea adecuado para la realización de los derechos fundamentales del proceso. Junto con la oralidad se enuncias las reglas de*

*inmediación, concentración, economía y celeridad (art. V)*”. (Resolución Ministerial No, 070-2018-Jus. Del 5 de marzo del 2018). La pregunta es: ¿Acaso el contenido y fondo de este enunciado no se encuentra también previsto en nuestro actual Código Procesal civil? claro que sí, el punto es saber cuánto de esto va a ser tomado con una verdadera prevalencia de la oralidad sobre la escritura y que tantos cambios positivos traerá. Ahora bien, quiero detenerme en este punto a fin de señalar algo muy cierto, y es que el hecho de un predominio del sistema oral, no necesariamente va ser la solución a todos los problemas, toda vez que la oralidad ha de plantearse como una de las finalidades a satisfacer por una buena reforma procesal, pero no como la única. La determinación de la prevalencia de la oralidad deberá depender de factores intrínsecos de nuestro sistema de justicia, tales como: presupuesto, capacitación, infraestructura, personal y demás recursos que permitan la regulación de un verdadero litigio oral.

Tal y como lo hemos mencionado, es verdad que resulta urgente la necesidad de un cambio, las instituciones con las que contamos no son suficientes para abarcar una gran cantidad de situaciones y hechos jurídicos que se suscitan en nuestra realidad día a día y de la cual genera en la población una disconformidad total en la administración de justicia.

Ahora, analicemos lo siguiente: ¿Cómo implementar una verdadera reforma a nuestro actual sistema procesal civil, donde solo concentra su oralidad en la audiencia de pruebas, desvinculando totalmente al juez de la realidad de los hechos y partes, teniendo en cuenta que muchas veces solo estudian el expediente días antes de sentenciar? La respuesta es muy compleja y discutible, ya que si bien por un lado nuestra Constitución Política pregona el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como garantía constitucional, a fin de que todo ciudadano pueda tener acceso a la justicia a fin de hacer valer sus derechos o resolver un determinado conflicto de intereses; por otro lado tenemos que este acceso a los órganos jurisdiccionales, no satisface la problemática social que vemos y que se vive en nuestra realidad judicial. Hoy en día podemos observar en los despachos de los distintos juzgados del país, que tenemos procesos civiles en trámite con un periodo de duración de 1 a 10 años aproximadamente, lo cual demuestra que algo no está funcionando bien. Pongamos un ejemplo, en esta actualidad, un proceso de desalojo tramitado en la vía procedimental sumarísima, puede durar hasta 6 años. Entonces, de qué clase de justicia podemos hablar si el tiempo en alcanzarla es el peor enemigo, pues más allá de la tan mentada carga procesal, nuestro sistema no ofrece mayores luces de mejora.

Veamos también que, en nuestra regulación normativa es tan indispensable la presencia y actuación del juez durante la audiencia de prueba que si, por ejemplo, ésta se realizara con el juez “A” el cual unas semanas después es promovido o toma una licencia, no pudiendo continuar con el caso, quien lo reemplace, el juez “B”, está facultado a ordenar que se actúe nuevamente la audiencia si desde su perspectiva el acta que contiene la anterior no satisface su necesidad de conocer el caso como corresponde a alguien que lo va a resolver (MONROY GALVEZ, 1996, p. 5 y ss.). Bajo este nuevo ejemplo, podemos ver también que existen

otros supuestos paralelos que no solo dilatan el proceso, sino también, lo entorpecen. Otro supuesto que también influye negativamente a nuestro sistema judicial es el llamado sinceramiento de plazas, el cual vemos cada año y esto perjudica en el sentido que, existen muchas especialistas legales en una determinada materia pero que lamentablemente son promovidas a otras áreas de diferente especialidad; por ejemplo, una especialista penal puede ser promovida a una secretaria civil ¿esto es lógico?, ¿Podría influir positivamente este cambio en mejora de la carga procesal?, pues es todo lo contrario, la practica me ha permitido conversar con muchos colegas dentro del Poder Judicial, entre ellos jueces, los cuales no sienten nada de satisfacción con estos cambios (salvo excepciones), pues lo que debería prevalecer es la especialidad y conocimiento que uno tiene sobre una determinada área del derecho y no andar experimentando.

En ese contexto, es indispensable y oportuna una reforma procesal civil en nuestro país, pues en la actualidad contamos con un sistema de Administración de Justicia civil que a todas luces es: (i) ineficiente: es decir, con muchas dificultades para la efectividad de los derechos reconocidos por ley; (ii) lento: el promedio de duración de un proceso civil de conocimiento que es el más largo, hoy en día ronda un aproximado de hasta más de diez años; (iii) desactualizado: porque sigue enfocado en el sistema meramente escrito a pesar que nuestro código procesal civil hable de la oralidad y una serie de principios que coadyuven su buen desenvolvimiento y eficacia del mismo, este no se plasma en la realidad; y (iv) congestionado: hoy por hoy vemos mucha carga procesal en todos los juzgados.

Entonces, me queda absolutamente claro que a través de esta reforma (mayor prevalencia de la oralidad sobre la escritura) lograríamos disminuir considerablemente la carga procesal que aqueja hoy en día al Poder Judicial y por consiguiente, ofrecer un mejor servicio a la ciudadanía.

## **6. LA PREVALENCIA DE LA ORALIDAD COMO ÚNICA ALTERNATIVA A UN MEJOR DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO CIVIL.**

Como sabemos la escritura ha sido siempre un mecanismo de primer alcance dentro del contexto procesal, pues a través de ella y materializada en un documento, se plasman los acuerdos, audiencias y decisiones judiciales que conllevan a su cumplimiento. Pero ¿Resulta necesario continuar hoy en día con este sistema de escritura plasmadas en documentos los cuales desembocan en cientos de hojas arrimadas en expedientes? En ese contexto, resulta importante pensar severamente en un cambio radical del proceso civil, donde se concentre más la práctica a la escritura, haciendo realmente efectivo el principio de oralidad.

A pesar que el mismo código procesal civil profesa la oralidad como principio base para la existencia de procesos civiles más ágiles y que den respuesta pronta

a los conflictos de intereses entre particulares; podemos ver que hoy en día todas estas disposiciones y pautas son solo letra muerta, las cuales nunca son cumplidas como se debería. Ahora bien, para que la oralidad sea con todas las de la ley un instrumento eficaz, además de reconocer el valor de la escritura en las actuaciones que la justifiquen, se requieren medidas adicionales, porque un nuevo código no es suficiente por si solo para perfeccionar la administración de justicia. (VÁSQUEZ SOTELO, 2003, pp. 67 y ss.); (GUARÍN ARIZA, 1996, pp. 1 y ss.). Lo que se necesita en realidad, para empezar es romper la inercia y apostar por un cambio, no podemos dejarnos llevar solo por posiciones restringidas, llenas de prejuicios, temores y de críticas pesimistas sobre la viabilidad de este cambio, al contrario, debemos ser más optimistas y apostar por ello, ya que esto es lo que realmente necesita la sociedad.

De acuerdo con ROSENBERG (1955), procesalista alemán, se muestra partidario de la oralidad, la misma que debe sostenerse, dice, en cualquier circunstancia: *"(...) tiene la ventaja de la mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad de la exposición la posibilidad, más fácil, de adaptación al caso particular la eliminación de las malas interpretaciones el complemento y aclaración de la materia procesal el alejamiento de las falsedades y triquiñuelas la posibilidad de la publicidad, que tiene tanto valor para alejar la desconfianza contra los tribunales (...)"*. (p. 395).

Teniendo en cuentas estas consideraciones plasmadas en nuestra realidad, la oralidad debe ser entendida, como el intercambio verbal de ideas, convirtiéndose en una herramienta esencial en la tarea jurisdiccional, como instrumento para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado constitucional de derecho y de justicia moderna, permitiendo que el juzgador se acomode a criterios de inmediación y contradicción realmente efectivos, donde la sociedad ejerce legítimas facultades de conocimiento y control acerca del verdadero trabajo de los jueces y tribunales.

A modo de comparación, en nuestro país los únicos sistemas procesales donde prima verdaderamente la oralidad son, en el proceso laboral y en el proceso penal, teniendo hoy por hoy muy buenos resultados, del cual podemos observar y extraer muchos aspectos positivos y plasmarlos a una realidad procesal civil. En ese sentido, para el desarrollo y funcionamiento de un sistema procesal basado eminentemente en la oralidad, se requiere hacer viables principios muy importantes como el de: (i) Inmediación (hacer contacto directo con las partes y hacerse un concepto de ellas, que puede constituir un elemento importante en la valoración de las pruebas. Implica oralidad: Art. V del TP del CPC); (ii) Concentración (tiene a que el proceso de desarrolle con una menor cantidad de actos procesales); y (iii) Publicidad (solo siendo privadas cuando así lo determine el juez por la naturaleza de la causa).

Ahora, a todo ello, la oralidad, conllevaba adicionados varios elementos que van a servir de engranaje para su buen funcionamiento y dirección, como el aumento

de los poderes discrecionales del juez, a fin de que este no siga siendo un simple observador de papeles y expedientes dentro de su despacho, sino que, cumpla un rol más activo y preponderante en el proceso, que extienda sus facultades a un nivel más cercano a las partes y a los hechos que se suscitan en el proceso.

## **CONCLUSIONES.**

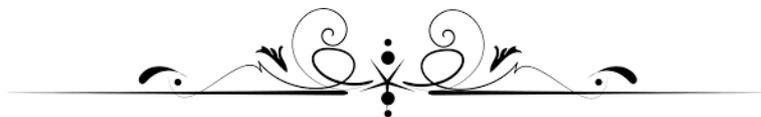
- ✓ Hemos podido observar que no es un secreto que a nuestro sistema procesal civil le vendría demasiado bien un cambio significativo, cambios que coadyuven a mejorar la calidad y el tiempo de nuestros procesos, los cuales hoy en día tienen una duración escandalosa de hasta más de 10 años. No podremos hablar de una verdadera justicia si no podemos superar estos males, la carga procesal, la corrupción, la incompetencia, la excesiva burocracia, entre otros factores, nos están retrasando gravemente. Sumado a ello, debemos tener en cuenta también, que las realidades y hechos sociales se encuentran siempre en constante cambio y evolución en base a las nuevas tendencias tecnológicas, sociológicas, culturales y de otras índoles, donde la necesidad de un cambio o una reforma aqueja severamente a nuestra sociedad, conllevando justamente a este tipo de rechazo y malestar al no encontrar respuestas ni cambios estructurales en mejora de una correcta y buena administración de justicia.
- ✓ Estoy convencido que la implementación efectiva de la oralidad en nuestro proceso civil traerá consigo grandes cambios positivos y significativos. No podemos seguir con un sistema procesal que no cumple con su verdadero fin, la práctica me ha permitido recoger el sentir de la población, de los mismos trabajadores judiciales y hasta jueces, quienes son de la posición que efectivamente las cosas no están marchando bien y se hace urgente la necesidad de un cambio. Es por ello que debemos entender que la tarea puede ser difícil pero no imposible, tenemos mucho que cambiar y mejorar y solo lo podremos lograr con convicción y una pronta iniciativa a través proyectos pilotos en Distritos Judiciales, los cuales estoy seguro darán la razón a los que optamos por esta posición.
- ✓ Por último, la regulación y aplicación de la oralidad en los procesos civiles, debe tener como premisa principal la preparación e intermediación que tenga el juez con la controversia; es decir, dejar los rituales practicados en audiencia y brindar al juez una mayor libertad de interacción con las partes y con el caso puesto a su conocimiento, permitiendo a los litigantes la oportunidad de oralizar sus pretensiones, actuar sus medios probatorios, promover el contradictorio y lograr una mejor y justa solución a cada caso en concreto. La tarea puede parecer difícil pero tengan la certeza que no es imposible. Tenemos modelos no solo a nivel de derecho comparado, sino también, dentro de nuestra misma legislación nacional que han implementado satisfactoriamente a la oralidad, tal y como es el derecho laboral y penal.

 **BIBLIOGRAFÍA.****LIBROS:**

-  DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1985), *Teoría general del proceso*, Buenos Aires: Editorial Universidad.
-  GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2004). *Derecho procesal constitucional – el debido proceso*, 1º Edición, Santa Fe: RUBINZAL – CULZONI EDITORES.
-  MONROY GALVEZ, Juan. (1996). *Introducción al proceso civil*, t. I, Lima: Editorial.
-  ROSEMBERG, Leo. (1955). *Tratado de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: Ed. EJEA.
-  VÉSCOVI, Enrique. (1996). *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Bogotá: Editorial Temis.

**ARTÍCULOS:**

-  CHIOVENDA, Giuseppe. (1954). «Instituciones de derecho procesal Civil», t. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
-  GUARÍN ARIZA, Alfonso. (1996). «El futuro del Proceso Civil», ponencia para las XV jornadas Iberoamericanas y XVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá.
-  HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. (2008). «Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio», Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
-  MONROY GÁLVEZ, Juan. (2008). «Relación sobre la prueba entre la oralidad y la escritura en el proceso civil peruano», en Revista peruana de derecho procesal, Lima.
-  PARODI REMÓN, Carlos. (2013). «Los Juicios orales en el Perú», en Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima.
-  VÁSQUEZ SOTELO, Luis. (2003). «El proceso civil y su futuro», en Revista iberoamericana de Derecho Procesal, año II, n°. 3.



## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La Revista EXÉGESIS es una publicación mensual de carácter jurídico-científico orientada a la divulgación de estudios, ponencias, ensayos y demás documentos. Los documentos propuestos deben cumplir, además de los requisitos de calidad e interés profesional, los siguientes criterios editoriales para el envío de originales:

### 1.- FORMATO DE ENVÍO

Los artículos no tienen límite de presentación, deberán ser a espacio uno y medio.

Serán enviados en medio magnético, formato Word para Windows y en Excel o Power Point cuando el documento contenga gráficas, tablas, cuadros u otras ayudas; se ajustará a los lineamientos que se marquen para su estricta publicación, establecidas por el Consejo Editorial.

### 2.- CITAS Y NOTAS DE PIE DE PÁGINA.

Las citas y notas de pie de página se identifican en el texto con un número arábigo que puede ubicarse como superíndice y deben redactarse de acuerdo con los siguientes ejemplos:

JIMÉNEZ DE ASÚA L., *La Ley y el Delito, principios Derecho Penal*, Buenos Aires, 1958, p. 28.

### 3.- ELABORACIÓN DE LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Todos los artículos deberán incluir referencias bibliográficas, que serán lo más completas y relevantes posible, de tal forma que se facilite su consulta. Se requiere que estén adecuadamente

redactadas y se incluyan al final del documento en orden alfabético de los apellidos de los autores referenciados, de acuerdo con los siguientes ejemplos:

Cuando se trate de libros: Apellidos del autor (mayúscula), Nombres (iniciales). Título de la obra (Cursiva). Ciudad: Editorial, año de la publicación:

BARBA ÁLVAREZ R., *Delitos relativos a la prostitución*, México, Ángel Editores, 2003.

Cuando se trate de artículos y ensayos de revista: Apellidos del autor, Nombres. “Título del artículo” entre comillas, en: Nombre de la publicación. Número (fecha de publicación), ciudad, páginas.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo., “La eutanasia y el consentimiento en derecho penal”, en: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos*, Edição 39, Sao Paulo, abril, 2004, Bauru SP, pp. 23-50.

### 4.- ENVÍO DE RESUMEN, NOTA BIOGRÁFICA Y PALABRAS CLAVE

Todos los colaboradores de la Revista deberán enviar, junto con su contribución, un resumen/ abstract que no supere las ochenta (80) palabras en el que deben reflejarse los aspectos más significativos de su estudio.

Los autores enviarán un Currículum Vitae breve, que incluya datos relevantes tales como formación, experiencia profesional y reconocimientos. Se deberá indicar cuáles de ellos desea que se asocien a la identificación del documento, siempre y cuando no superen las dos (2) líneas de extensión.

Los autores deberán enviar, en extensión no superior a diez (10), las palabras clave que identifiquen los principales elementos de su documento.

#### **5.- REDACCIÓN, ESTILO Y ORTOGRAFÍA**

Se recomienda no redactar párrafos ni frases extensas, ni en primera persona, ni hacer referencias a casos personales, a menos que el autor sea el protagonista. Se recomienda evitar abundancia normativa. A menos que se trate de un recurso estilístico para lograr un efecto conceptual, debe evitarse la repetición innecesaria de palabras; igualmente, deberá hacerse un esfuerzo para que términos imprecisos como “adelantar” (por “realizar”, “llevar a cabo”, “ejecutar”, “construir”) sean de excesivo uso en los textos.

Las expresiones en otro idioma o las voces extranjeras deben ser escritas en letra cursiva, así como las transcripciones textuales de citas normativas, doctrinarias o jurisprudenciales, las cuales deben ir entre comillas.

#### **6.- TITULACIÓN**

La titulación debe ser precisa, elaborada con base en parámetros uniformes y, cuando sea del caso, concordante con la tabla de contenido.

#### **7.- PROCESO DE EVALUACIÓN Y DICTAMINACIÓN**

Los artículos recibidos serán remitidos, primeramente, al Comité Revisor y luego, al Consejo Editorial, para analizar los requisitos mínimos que exige la revista, el cual podrá rechazar o admitir sino los cumplen.

Una vez que el artículo cuenta con las formalidades requeridas el consejo remite el artículo a dos miembros de la cartera de árbitros de la revista que mejor conozcan del tema a publicar, los evaluadores no sabrán el nombre del autor del artículo, para resguardar el anonimato (proceso ciego). La evaluación se hará constar en el formato de dictaminación que se encuentra en la página Web de nuestra revista. Una vez evaluado el artículo por los pares, éstos tienen la obligación de remitir su dictamen al consejo para después notificar al autor del artículo la aceptación o rechazo de su trabajo.

Para notificar en un plazo breve el resultado de la evaluación se sugiere a los colaboradores enviar su dirección física y/o electrónica y teléfono personal.

#### **8.- EXIGENCIA DE ORIGINALIDAD**

Esta revista dado su carácter jurídico-científico sólo aceptará artículos originales como resultado de investigaciones, estudios jurídicos y reflexiones expuestas en congresos.



Revista Jurídica

---

# EXÉGESIS

---

*Una visión hacia el futuro de la investigación*