



Universidad
Continental



IUS ET
TRIBUNALIS
Cuadernos Jurídicos

Año 2, n.º 2 | enero-diciembre 2016
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Facultad de Derecho



Universidad
Continental



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 2, n.º 2 | enero-diciembre 2016
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Facultad de Derecho

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos de la Facultad de Derecho
Año 2, n.º 2 | enero-diciembre 2016
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Comité Editorial

Director General

Halley Lopez Zaldívar (Universidad Continental)

Editor Responsable

Tony Vínigolo Osorio (Universidad Continental)

Integrantes

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

Comité Consultivo

Dante Torres Altez (Universidad Continental)

Renzo Cavani Brain (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

Traducción

María Orcada Vega

Impresión

PERU GRAPH SRL

Jr. Arequipa 216, Huancayo

Contenido/Content

El aporte de la investigación jurídica	7
The contribution of legal research	9
Halley Lopez Zaldívar	
La denominada insuficiencia probatoria en el proceso civil español	
The so-called lack of sufficient evidence by parties in the Spanish Civil Proceedings	
Antonio María Lorca Navarrete	11
Las «sorpresas legislativas» del 2017. ¿Será efectivo el ente rector de transparencia? Antecedentes de una «autoridad» sin ninguna autoridad	
The «legislative surprises» of the 2017. Will the Governing Body of Transparency be effective? Background of an «authority» without any authority	
Rafael Cantoni Briceño	29
Fijación de puntos controvertidos: Una guía para jueces y árbitros	
Discovering of Controversial Issues: A Guide for Judges and Arbitrators	
Renzo Cavani	41
Neurociencia y derecho. La decisión emocional del juez en el proceso judicial	
Neuroscience and Law. The judge's emotional decision in the judicial process	
Jhonatan Samuel Peña Carlos	59

Comentarios a las modificaciones al libro del acto jurídico del <i>Código Civil</i> de 1984 Comments to the amendments to the book of the legal act of the <i>Civil Code</i> of 1984 Mario Castillo Freyre	73
La desnaturalización de los contratos a suma alzada en la Ley de Contrataciones del Estado en el caso de obras The denaturalization of monetary increasing contracts in the Law of Contracts of the State in the case of works Hugo Sologuren Calmet	87
Resumencracia, concursocracia y la «pedagogía de la prosperidad» Summarycracy, concursocracy and the «Pedagogy of prosperity» Lenio Luiz Streck	103
«Revolcatoria» o control ciudadano ante las autoridades locales «Revolcatoria» or citizen control before local authorities Eddy Chávez Huanca	109
La muerte como elemento del derecho: necroderecho Death as element of Law: Necro rights José Ramón Narváez Hernández	119
Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico	125

Editorial

doi: <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2016010>

EL APORTE DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Para empezar, todo estudiante de derecho o abogado debe —necesariamente— realizar actividades de investigación como complemento importante al ejercicio de la profesión o apuntando a ello. Por supuesto, nos referimos a aquellos casos en los que el profesional del derecho no haya dedicado completamente su tiempo a la actividad académica; en tal contexto, la investigación es un elemento esencial e inescindible del desarrollo académico.

La importancia de tal cometido gira en torno a dos productos esenciales: por un lado, permitirá identificar el nivel académico que ha logrado el investigador jurídico y, por tanto, su grado de responsabilidad en su formación profesional y actualización de conocimiento de las reglas, principios, doctrinas y decisiones que componen el derecho. Y, por el otro, da cuenta de una actividad de didáctica propia que le brindará elementos críticos necesarios para el análisis y uso de categorías jurídicas durante el ejercicio, dando cuenta a la comunidad de su capacidad para la adecuada utilización de herramientas jurídicas.

En este apartado no pretendemos lograr una definición de investigación jurídica o las pautas para el procedimiento que el investigador deba seguir. Nuestro objetivo es hacer visible la importancia de la investigación como instrumento para el reforzamiento del ejercicio profesional y no como actividad propia de quienes dedicaron su carrera a la academia y estudio del derecho.

El derecho es un sistema en constante mutación, la investigación es un arma para lograr un seguimiento adecuado de tal fenómeno.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR

Editorial

THE CONTRIBUTION OF LEGAL RESEARCH

To begin with, every student of law or lawyer must —necessarily— carry out research activities as an important complement to the exercise of the profession or aiming at it. Of course, we are referring to those facts in which the undergraduate students has not fully devoted his time to academic activity; in such a context research is an essential and irreplaceable element of academic development.

The importance of this task revolves around two essential products: on the one hand, it will allow to identify the academic level that the legal researcher has achieved and, therefore, his degree of responsibility in his professional training and updating of knowledge of the rules, principles, doctrines and decisions that make up the law. For separate, it provides an activity of didactic of its own that will provide critical elements necessary for the analysis and use of legal categories during the exercise, telling the community of its capacity for the proper use of legal tools

In this section we intend to don't achieve a definition of legal research or guidelines for the procedure that the investigator must follow. Our objective is to make visible the importance of research as an instrument for the reinforcement of professional practice and not as an activity of those who dedicate their careers to the academy and study of law.

The Law is a changing system, where research is the weapon to achieve an appropriate monitoring of this phenomenon.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR

LA DENOMINADA INSUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

The so-called lack of sufficient evidence by parties in the Spanish Civil Proceedings

*Antonio María Lorca Navarrete**

Universidad del País Vasco

Recepción: 9/5/2016

Aceptación: 2/10/2016

Resumen

El autor, tras afirmar que la denominada insuficiencia probatoria que regula la vigente ley de enjuiciamiento civil española no es prueba de oficio, concluye que lo decisivo es que la práctica de la prueba sea efectiva según las exigencias constitucionales. Efectividad que ha de implicar el respeto pleno de las garantías procesales que han de ser tenidas en cuenta en su práctica accediéndose, sin desmedro de otros menesteres que pueda asumir la prueba, a su función más sobresaliente como es la de su constitucionalización.

Palabras clave: Proceso; prueba; insuficiencia probatoria; prueba de oficio.

Abstract

The author, after affirming that the so-called lack of sufficient evidence that regulates the existing law of the Spanish civil procedure claims that there is no evidence to be submitted, concludes that the decisive thing is that the practice of the proof is effective according to the constitutional requirements. Effectiveness which must contain full respect for the procedural guarantees that has to be taken into account in its practice, without damaging any other requirement that the test may take, to its most outstanding function, such as its constitutionalist.

Keywords: Process; proof; probationary insufficiency; lack of sufficient.

* Doctor por la Universidad de Granada. Director de la *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje. Profesor en la Universidad del País Vasco.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA

De entre los diversos menesteres que tanto las partes como el tribunal llevan a cabo en el proceso civil, el más importante, **con mucho** sobre los demás, es el que surge en torno a la **prueba** entendida como¹ razón, argumento, instrumento u otro medio con el que se pretende mostrar y hacer patente la **verdad** o **falsedad** de algo. Al punto que la **verdad** o **falsedad**, que se «pretende mostrar» mediante la prueba, aumentaría la eficacia mayéutica del **contradictorio** de las partes.

Al respecto, conviene destacar que, por lo común, la garantía procesal del contradictorio y la prueba de la **verdad** o **falsedad** de los hechos que la conforman, modelan un dúo inseparable, al punto de que la prueba sería impracticable sin la existencia del contradictorio.

Y ciertamente, en una confrontación «en corto» aumenta el valor heurístico de la prueba en orden a **verificar la verdad** o **falsedad** de las alegaciones formuladas por las partes en el proceso civil a través del contradictorio. De modo que con la prueba no se renunciaría a la búsqueda de la **verdad** o **falsedad**; que se perseguiría mejor *à mon avis* rechazando que la prueba sea un fin en sí misma ora de las partes ora del tribunal y **sí** un medio para **verificar la verdad** o **falsedad**² de las alegaciones que conforman el contradictorio.

De modo que, entonces, la **verificación** surgiría como el elemento indiscutido e indiscutible que caracterizaría a la prueba **con independencia** de que la misma lo sea de la **verdad** o **falsedad**³ o simplemente de los **hechos**^{4 5} que integran el contradictorio.

O sea, y según la vulgata procesalista, la prueba no iría asociada a la implacable búsqueda de la **verdad** o **falsedad**⁶ y sí a la **verificación** de los **hechos**^{7 8} que se integran en el contradictorio.

1 Definición que exhibe el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/>

2 SENTÍS, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1947, pp. 12, 55 y 76.

3 *Ibidem*, pp. 12, 55 y 76.

4 MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 38.

5 MUÑOZ, Luis. *Fundamentos de prueba judicial LEC 1/2000*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 41 y 85.

6 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

7 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

8 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

Pero, aunque a grandes rasgos pueda convenirse con lo dicho, no estaría de más realizar dos breves consideraciones que me vienen pintiparadas para el fin que deseo alcanzar. La primera concierne a que en estricta observancia de lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española (en adelante, LEC) respecto a que «**justicia civil efectiva** significa, por **consustancial** al concepto de **justicia, plenitud de garantías procesales**», **habría que concluir** que la «**justicia procesal**» —y, no otra— es la que **confluye únicamente** en la **plenitud de garantías procesales**.

La segunda apreciación atañe a que sería preciso **ubicar** el polo de raciocinio de la **verificación** tanto de la **verdad** o **falsedad**⁹ como de los **hechos**^{10 11} que se integran en el contradictorio, en la «**justicia procesal**» con el fin de que, a través de ella (y, no—insisto— de otro «tipo de justicia»), se pueda lograr la **efectividad** de **tutela judicial** básicamente ordenada a alcanzar un **proceso civil justo** que permita **plenitud de garantías procesales** mediante el **derecho de todos** «a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa» (art. 24.2 de la *Constitución española*)¹².

De ahí que de seguido interese **no tanto** —sin desmedro de su importancia— que exista verificación ya sea de la **verdad** o **falsedad**¹³, ya de los **hechos**^{14 15}, como que esa verificación **se lleve a cabo** con arreglo a la **única justicia** de la que **se responsabiliza** la prueba al interior del «alma» del proceso civil, consistente en que, de conformidad con lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la LEC, la **verificación** ya de la **verdad** o **falsedad**¹⁶ ya de los **hechos**^{17 18} sea **efectiva; efectividad** que ha de implicar la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «**plenitud**» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las**

9 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

10 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

11 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

12 LORCA Antonio. Litigación civil. Spanish civil litigation. Instituto Vasco de Derecho Procesal/ Universidad del País Vasco. 2016, p. 77.

13 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

14 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

15 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

16 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

17 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

18 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

garantías procesales¹⁹ accediéndose, sin desmedro de los usuales menesteres que asume la prueba, a su función **más sobresaliente** como es la de su constitucionalización^{20 21}. Y el lector puede preguntarse: ¿A cuento de qué viene todo esto? Ya lo veremos.

II. INSUFICIENCIA PROBATORIA, CARGA DE LA PRUEBA Y ADQUISICIÓN PROCESAL

Sin prueba resulta inconcebible un proceso civil. De ahí que no haya sido poco el interés que suele suscitar a la vulgata procesalista. A lo que se une que la mucha atención de la que es objeto, padece —como no podía ser de otro modo— del sesgo de la **parcialidad**. Es decir, se contempla la prueba desde la parcialidad de las partes. Y ahora **también** con ocasión de la vigencia de la LEC a partir de 2000, desde la **supuesta parcialidad** del tribunal como si éste estuviera en el proceso **no ya** para arbitrar una **contienda** (artículo 248.1 LEC) que ni le va ni le viene y **sí** para involucrarse en la misma.

Por eso, no puede pasar desapercibida la pretensión que aspira a **enfatar** el cometido propedéutico de la prueba en tanto que con su estudio es posible adentrarse en el entendimiento del «**todo**» proceso civil. O sea, que la prueba no sólo comprometería la actividad de las partes y del tribunal cuanto también los menesteres que los unos —las partes en el proceso civil— y los otros —el tribunal— puedan desplegar con fin de actuar las reglas de la **carga de la prueba** con las que solo estos últimos —el tribunal— puedan, **a su vez y con arreglo a ellas**, pronunciar sentencia.

La razón hay que hallarla en lo que ahora interesa, en que mediante la **carga de la prueba** el tribunal puede, **eventualmente**, al tiempo que indica a la parte el «**hecho o hechos que, a su juicio**, podrían verse afectados por la **insuficiencia probatoria**» (artículo 429.1 de la LEC), intervenir en la **necesidad** del medio probatorio con el fin de «**señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente**» (artículo 429.1 de la LEC). Todo lo cual precisa de algunas aclaraciones subsiguientes.

19 LORCA, Antonio. «La constitucionalización del proceso». En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Cuaderno 1. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal/Universidad del País Vasco. 2017, p. 85.

20 LORCA, Antonio. *Litigación civil. Spanish civil litigation*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2016, p. 77.

21 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

La primera, concierne a que parece surgir como afirmación indiscutida la relativa a que tanto los unos —las partes en el proceso civil— como los otros —el tribunal— harían factible la **operatividad** de las reglas de la **carga de la prueba**.

La segunda atañe a que, si **eventualmente** el tribunal puede **intervenir** en la **necesidad** del medio probatorio con el fin de «**señalar también la prueba o pruebas** cuya práctica considere **conveniente**» (artículo 429.1 de la LEC), ha de convenirse con similar carácter de incontestable, que ha de moverse **dentro** de unos márgenes **fácticos** que suponen que lo que se ha de asumir como carga de probar son los hechos **que se hayan alegado** en el momento procesal oportuno por lo que no se podrá intentar probar datos fácticos que **no** hayan sido objeto del proceso civil.

Por lo mismo, si la carga de la prueba **se vincula** con la carga de probar **hechos**, en nada sobran las indicaciones del ponente Alavés Tapia²² que ha intentado —y lo ha logrado— validar la nitidez de los **márgenes fácticos** en los que se «mueve» la doctrina de la carga de la prueba apremiándonos a interiorizar que «si ponemos en relación (...) la norma —es el art. 217.3 LEC— con los (...) preceptos —son los arts. 405 y 412 LEC—, (...) no [se] podrá intentar probar datos fácticos **que no hayan sido objeto del proceso**».

Dimensión ésta de la carga de la prueba que implica que, **en ningún caso**²³, el tribunal asume un compromiso en la composición del proceso **de justificación fáctica**. El tribunal, **en modo alguno**, podrá introducirse en la prueba cuando surja **extrarradio** de las fuentes probatorias que consten ya indicadas en el proceso sin que, en ningún caso, pueda introducir hechos no alegados por las partes en orden a la insuficiencia probatoria de la parte para cuando²⁴ la ley se lo permita.

Ahora bien, con ser necesario advertir el modelo de compromiso que asume el tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de la parte, se ha de insistir en que es un **compromiso** respetuoso con las **garantías procesales de audiencia y contradicción** por lo que viene a cuento insistir en que

22 LORCA, Antonio. Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. En *Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004, vol. IV. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2014, p. 523.

23 LORCA, Antonio. *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal/Dijusa Libros jurídicos, 2006, p. 16.

24 *Ibidem*, p. 16.

ha de implicar la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «plenitud» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**²⁵ accediéndose, sin desmedro de los usuales menesteres que asume la prueba, a la función **más sobresaliente** de ese **modelo de compromiso** como es el de su **constitucionalización**^{26 27} sin perjuicio de lo que añadiré más adelante.

La tercera aclaración se refiere a que si la doctrina de la carga de la prueba o «*onus probandi*», tiene como finalidad prioritaria e inmediata **determinar** en el momento en que el tribunal pronuncie sentencia, sobre **cuál** de las partes ha de proyectarse, en su caso, la **insuficiencia probatoria** como para desestimar «las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la **carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones** (artículo 217.1 de la LEC), habrá que convenir en que la **finalidad** de las reglas de la carga de la prueba **en caso de insuficiencia probatoria de la parte**, no sería la de **imponer** al tribunal **un deber** de advertir a la parte acerca **de cómo** ha de actuar, sino la de **informar** a las partes sobre las pautas que ha de seguir para **suplir** la insuficiencia probatoria de un hecho relevante a la hora de pronunciar **su** sentencia (artículo 429.1 de la LEC).

Y, en vista de ello, y si el fin último de la insuficiencia probatoria es **informar** a las partes sobre las pautas que ha de seguir para **suplirla**, es **indiferente**, en principio, a **cuál** de las partes pueda **beneficiar** en el sentido que le otorgó Chiovenda pues cumplido por parte del tribunal ese fin último que pretende perseguir la insuficiencia probatoria en torno a **eliminar** los hechos dudosos que pudieran hacer incursionarse en la sentencia que pronuncie (artículo 217.1 de la LEC), sería **irrelevante** cuál sea la parte que haya asumido la carga de probarlos a causa de una insuficiencia probatoria **siempre** que el tribunal pueda con base en ellos pronunciar sentencia. Es lo que a partir de Chiovenda se asume como la doctrina de la «adquisición procesal»²⁸.

25 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

26 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

27 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

28 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santaló con notas de Alfredo Salvador Bosque. Madrid: Reus, 1977, pp. 215 y 216.

III. INSUFICIENCIA PROBATORIA NO ES LO MISMO QUE PRUEBA DE OFICIO

En la vulgata procesalista española **no** es habitual encontrar referencias detalladas a la prueba de oficio, si por la misma hay que entender la prueba que «se practica judicialmente **sin** instancia de parte»²⁹. Es como si la prueba de oficio fuera *contra natura*. Que así se piense se justifica en que la LEC lo que sí regula, **como principio general**, es la **carga de la prueba de la parte**³⁰ (artículo 282 de la LEC), pues parece que la ley de enjuiciamiento civil española no desea que pase como desapercibido que **lo común** va a consistir en que el derecho a la prueba origine su práctica **a instancia de parte** mediante la **carga de la prueba**³¹.

Pero, parejamente, la ponente vizcaína Castresana³² acredita que «**sin perjuicio** del principio de aportación de parte sobre la actividad probatoria (art. 282 de la LECn), [la LEC] encomienda al órgano decisor **un papel más activo**, que se aprecia con mayor intensidad en el **reforzamiento de la función directiva del juez en materia probatoria** en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LECn, en concreto, en el art. 752.1.2^a de las Disposiciones Generales, y en los procesos sobre filiación, es precepto capital el art. 767 de la LECn, que se haya distribuido en cuatro apartados que hacen referencia a: 1º El control sobre la admisibilidad de la demanda. 2º El principio de libre investigación de la paternidad y maternidad, 3º Los hechos o presunciones de las que el órgano judicial puede declarar la filiación, y 4º Las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad».

En ese contexto y en el modelo de litigación civil que acoge la LEC, **se han reforzado**, de entre los diversos menesteres que asume el tribunal, sus facultades respecto a la iniciativa probatoria, aunque el carácter **exceptuado** de la mentada facultad solo surge de los supuestos en que **la ley la contemple** (art. 282 LEC).

Ahí se aprecia enseguida que la LEC ha querido **garantizar el compromiso**³³ del tribunal en la composición del proceso propugnado por el Estado social

29 Definición que exhibe el DRAE. Recuperado de <http://dle.rae.es/>

30 GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 82.

31 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

32 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2014, p. 453.

33 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 15.

y de derecho en el que **no** sería posible configurarlo [al tribunal] como un sujeto interviniente en el proceso civil sin iniciativa probatoria de ningún tipo.

Por lo mismo, no está de más incidir en que para la LEC no es ni razonable ni asequible³⁴ (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los más diversos tribunales con sus variados menesteres, el que se ocupe —**con la correlativa responsabilidad**— de proceder a probar los hechos necesitados de prueba.

Porque a la vista de esa **responsabilidad del Estado**, la capacidad de **suplir** la insuficiencia probatoria de un hecho relevante en el momento de pronunciar sentencia (artículo 429.1 de la LEC), **no es** equiparable a la admisibilidad de la prueba de oficio. Ya que, si así se sostuviera, no sorprendería la contingencia de la previsible **irresponsabilidad** en que podría incurrir un tribunal y a la postre el Estado por error judicial o un anormal funcionamiento de la justicia justificado en un **inhabitual** comportamiento de **oficio** del tribunal³⁵.

Ni la puesta en práctica de la denominada insuficiencia probatoria posee la refulgencia que es posible atribuir a la prueba de oficio, **ni de oficio actúa el tribunal**, pues aun cuando el tribunal en los casos de insuficiencia probatoria puede «señalar **también** la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (artículo 429.1 de la LEC)³⁶, ese mismo tribunal **no puede actuar de oficio** y, por tanto, **sin** instancia de parte por cuanto **tiene que ceñirse** «a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos —o sea, del proceso—». A lo que se une que **no es** el tribunal quien completa o modifica **sus** proposiciones de prueba sino más exactamente

34 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 78.

35 El artículo 121 de la *Constitución* española establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Y la ley orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) regula los cauces para solicitar del Estado indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de justicia y por error judicial (artículos 292 y ss. de la LOPJ).

36 El artículo 524.1 de la LEC establece: «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, **ceñéndose** a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso al que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

son las partes —y, no el tribunal— las que «podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

Luego, no es lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria.

Y pese a tan rutilante afirmación, la vulgata procesalista **no ha sido** excesivamente indulgente con el modelo de insuficiencia probatoria que regula LEC. De ahí que pidan parrafada propia las cavilaciones por las que han transitado quienes **no** se han mostrado misericordiosos con el modelo de insuficiencia probatoria que regula la LEC.

En esa concreta aireación ambiental es preciso citar a Vázquez³⁷ para el que la insuficiencia probatoria de la parte se muestra como un monumental estorbo, ya que «el juez sólo puede advertir la necesidad probatoria cuando tiene que pronunciar su fallo, no antes». Por su parte, De la Oliva³⁸ advierte que la insuficiencia probatoria de la parte exige que el tribunal incurra en prejuicios. En similares términos se pronuncia Tapia³⁹. Montero,⁴⁰ no sin cierta vehemencia, atribuye a la insuficiencia probatoria de la parte el mito del juez que debe buscar la llamada verdad material, mito que está inmerso en la más rancia concepción —dice el mentado— autoritaria del Estado, concepción que puede incluso ser calificada de totalitaria.

Y la jurisprudencia no se queda a la zaga⁴¹. Según la ponente guipuzcoano Ruíz⁴², la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes «carece de precedente en nuestro Derecho». Para la ponente alavesa Pérez⁴³ es una «**innovación** en el proceso civil». Para el ponente vizcaíno Roselló⁴⁴ se «regula por primera vez la iniciativa probatoria **de oficio** en el proceso civil» por lo que es un «**precepto innovador**» [el artículo 429.1 LEC], pero —dice, en cambio— de «**ambigua dicción**».

37 VÁZQUEZ, José. «Las iniciativas probatorias del juez y la nueva ley de enjuiciamiento civil». En *Derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*. Madrid: Universidad de Barcelona/Marcial Pons. 2001, p. 392.

38 DE LA OLIVA, Andrés. *El proceso de declaración en Derecho procesal civil*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 2001, p. 278.

39 TAPIA, Isabel. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1461.

40 MONTERO, Juan. «Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)». En *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º VII, 2000, pp. 288 y 289.

41 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 27.

42 *Idem*.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

Y no es precisamente la duda la que le asalta al ponente alavés Poncela⁴⁵ al calificar la intervención del tribunal de «**protagonista principal** de la misma» debido a las «importantes funciones **resolutorias y directivas** del juez».

Para el ponente alavés Blanco⁴⁶ se trata de una «**admonición**» que, «dada la naturaleza del proceso civil, tiene que referirse forzosamente a supuestos que a *limine litis* sean **manifiestamente inviables con la prueba ofrecida**».

Pero, conjuntamente con esos testimonios sumamente **críticos** respecto de la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes, tampoco le pasa desapercibido al ponente guipuzcoano Mayo⁴⁷ que es «**extraña [o] y aún perturbador[a]**». Por su parte, el ponente vizcaíno Salcedo⁴⁸ alude al «**no fácil** encaje en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del juzgador como director **neutral** del desarrollo del proceso». El ponente vizcaíno Ruíz-Rico⁴⁹, con prestancia jurisprudencial, advierte que «puede aparecer **anómalo** en el sistema que instaura la nueva LEC **respetuosa sobremanera** con el principio de contradicción e **incentivadora** del concepto de juez imparcial». De ahí que la interpretación que deba adoptarse es la «*restrictiva* en el sentido de que la actuación judicial **no desborde** su posición de imparcialidad tratando de salvar las carencias probatorias de las partes». También para el ponente vizcaíno Nicolás Manzanares⁵⁰ el guion pergeñado «ha de interpretarse **restrictivamente**, de manera que la actuación judicial **no desborde** la posición de imparcialidad del juez tratando de salvar las carencias probatorias de las partes».

En resumidas cuentas: la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes comienza por ser, en su peregrinaje jurisprudencial, **preterida** por su «**ambigua dicción**», en opinión del ponente vizcaíno Roselló⁵¹; porque tiene que referirse **forzosamente** a supuestos que «sean **manifiestamente inviables** con la prueba ofrecida», según el ponente alavés Blanco⁵²; porque es «**extraño y aún perturbador**», según

45 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 27.

46 *Ibidem*, p. 27.

47 *Ibidem*, p. 28.

48 *Ibidem*, p. 28.

49 *Ibidem*, p. 28.

50 *Ibidem*, p. 28.

51 *Ibidem*, p. 28.

52 *Ibidem*, p. 28.

el ponente guipuzcoano Mayo⁵³; porque es una «norma de no fácil encaje en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del juzgador como director neutral del desarrollo del proceso», según el ponente alavés Salcedo⁵⁴.

III. UBICACIÓN DEL MODELO DE INSUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Como el modelo de insuficiencia probatoria que regula LEC no nace carente de nido de ahí que, de momento, pida parrafada propia la cuestión relativa a la **ubicación** de ese modelo; pero para abundar en una realidad histórica innegable surgida a partir de la LEC de 2000 y que ha contribuido a cimentar la privilegiada relación epistemológica que la **prueba** mantiene con un proceso civil **oral** como el que surge a raíz de su entrada en vigor.

Que así haya sucedido se debe a la anuencia constitucional española, según la cual «el procedimiento será predominantemente **oral**...» (artículos 120.2 de la Constitución y 229.1 de la ley orgánica del Poder Judicial) que evidencia el abolengo que desea ostentar la oralidad como **hegemónica** en la norma constitucional.

De ahí se sigue que no extrañe que el mismo aire de familia constitucional, parece respirar —creo— la vigente ley de enjuiciamiento civil española. Basten las expresivas palabras de su exposición de motivos: «la ley [es la ley de enjuiciamiento civil] diseña los procesos declarativos de modo que la **inmediación**, la **publicidad** y la **oralidad** hayan de ser efectivas. En los juicios **verbales**, por la trascendencia de la vista; en el **ordinario**, porque tras demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo ambos con la inexcusable presencia del juzgador».

De lo dicho se infiere que ambos procesos civiles declarativos —que, por lo demás, son los **únicos** que con tal carácter se regulan en la LEC—, **no** son garantía de compartimentos estancos en los que la omnipresencia de los principios de preclusión y eventualidad tributarios, a su vez, del principio de la escritura fomentaban un modelo muy peculiar de multiprocedimentalismo de amplia proyección operativa en la anterior ley de enjuiciamiento civil de 1881.

53 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 28.

54 *Ibidem*, p. 28.

La conclusión es inmediata: el proceso civil declarativo ordinario y verbal de la vigente ley de enjuiciamiento civil se ha rendido [o, se debiera rendir]⁵⁵ finalmente a la **oralidad** impuesta por el artículo 120.2 de la *Constitución*.

Aunque no es una oralidad complaciente, ni una oralidad pontificada para distinguirla «de algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso», o una oralidad que ha preterido «las preferencias que parecen más fundadas y realistas», o que «ponga en peligro la seriedad de la tarea forense», como parece postular De la Oliva⁵⁶.

Y como nada queda a salvo de la crítica (afortunadamente), también se han opuesto algunas objeciones más. Así, se ha dicho, también por De la Oliva⁵⁷, que «en la clásica pugna entre oralidad y escritura no se entregó — al juicio ordinario de la ley de enjuiciamiento civil, se entiende— a la «moda» de la oralidad a ultranza, aunque ese «moda», como tal, persistiese aún en algunos ambientes jurídicos de este país».

No estorba pues —siquiera a modo de apéndice— dedicar unas líneas a unos pocos adjetivos que han servido para calificar al proceso civil —declarativo— que inaugura la vigente LEC. A este último respecto y para subrayar lo que vengo indicando creo que no existe mejor mensaje que el que sigue: la garantía constitucional de tutela judicial efectiva **oral** a la que finalmente **se rinde** el proceso civil —declarativo (ordinario y verbal)—, **no debe ser** conceptuada por las generaciones futuras como un acto de claudicación. **Ni tampoco** debe ser conceptuada como un peligro para «la seriedad de la tarea forense», ni el reclamo a la oralidad ha preterido «las preferencias que parecen más fundadas y realistas», ni, en fin, la oralidad que adopta el proceso civil —declarativo— es la mejor porque exista otra propia de «algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso».

Y prosigo con una afirmación que no deseo dejar desamparada⁵⁸: No es ese el mensaje que debe dar la ley de enjuiciamiento civil a las generaciones futuras. Muy al contrario, la **oralidad** del proceso civil —declarativo— no es una **oralidad complejada** por la escritura a la que parece pedir permiso

55 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 275.

56 DE LA OLIVA, Andrés. «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998». En *Revista de Derecho Procesal*, 1999, pp. 369 y 370.

57 DE LA OLIVA, Andrés. «Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor». En *Poder Judicial* n.º 64/2001, 2001, p. 155.

58 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 276.

porque represente [la escritura] la «seriedad de la tarea forense». No es una oralidad que serpentea y reptar pretendiendo fomentar el equívoco y la disfunción. No es la oralidad que surge a hurtadillas con el permiso de no se sabe quién. Es, **simplemente, la oralidad**. Es la **oralidad** que no desea poner en peligro nada. La **oralidad** que no es conservadora, sino que es ruptura porque así lo exige la Constitución española. La oralidad que no tiene complejos ni desea ser catalogada de «moda doctrinaria». Es, en fin, una **oralidad** que no precisa ser pontificada. Es la **oralidad** que responde al compromiso constitucional⁵⁹.

Tras el anterior introito, creo que ya se está en mejor posición para aprehender la **ubicación** de la insuficiencia probatoria en el proceso civil español. Y a tal fin, distinguiré entre el proceso declarativo **ordinario** y el proceso declarativo **verbal**.

A. En el proceso declarativo **ordinario** y tras la fase de alegaciones de las partes (esencialmente, demanda, contestación y, en su caso, reconvencción), se abre la denominada por mí⁶⁰ fase **intermedia** de audiencia previa de las partes con una indudable finalidad sanadora de las impurezas alegatorias y procesales que traigan causa de la fase de alegaciones de las partes. En ese tránsito intermedio camino del juicio, es el momento que, a su término, las partes procedan a **proponer** la prueba que ha de practicarse en el juicio siempre que no exista conformidad sobre los hechos (art. 429.1 LEC).

Y, en la LEC, la proposición de la prueba al término de la fase intermedia de audiencia previa de las partes es —aunque resulte redundante afirmarlo— una actividad **de parte**. En el modelo de litigación civil que acoge la LEC, esa es la regla o principio general.

No obstante, esa regla o principio general **cede** en los supuestos en que el tribunal considere que la prueba propuesta pueda resultar —ruego la atención del lector— «**insuficiente**» para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. En esos casos, el tribunal **interviene** en la prueba propuesta por las partes. Su **intervención** se escenifica⁶¹ poniendo de manifiesto a las partes que la prueba que han propuesto es insuficiente para el **esclarecimiento** de los hechos controvertidos y procediendo a

59 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 276.

60 *Ibidem*, p. 307 y ss.

61 *Ibidem*, p. 325.

indicar el hecho o hechos que, «a su juicio» —dice la LEC: art. 429.1 LEC— podrían quedar **afectados** por la insuficiencia probatoria.

Al actuar de ese modo, la LEC le **permite** también al tribunal que «**ciñéndose** a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos —o sea, del proceso instado—» **pueda proponer** además «la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (art. 429.1 LEC).

Y la LEC no se queda ahí, ya que a mayor abundamiento sugiere que las partes puedan «**completar o modificar** sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». A lo que se une, como colofón, que «las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba **a la vista** de lo manifestado por el tribunal» (art. 429.1 LEC). Bueno, ante tanta metralla normativa, conviene no darse prisa.

Por lo pronto, lo indicado hasta aquí **no posee ningún tipo de antecedentes** en la LEC. Es un modelo de proposición de prueba totalmente inédito, ¿por qué? Descubramos el motivo.

Los parámetros tradicionales existentes en materia probatoria aplicados por la LEC de 1881, enseñaban que correspondía a las partes el cometido de indicar y probar los hechos sobre los cuales el Tribunal acorde con sus menesteres, debía dictar sentencia (*da mihi factum, dado tibi ius*). El proceso civil, al menos el que tradicionalmente se enseñaba al amparo de la LEC de 1881, se caracterizaba por el principio dispositivo en virtud del cual, tanto los hechos necesitados de prueba como la proposición de la prueba de los hechos, era un cometido **reservado únicamente** a las partes.

Ahora, con la vigente LEC, ese modelo probatorio tradicional **ha cambiado** sustancialmente. Es cierto que, ahora como antes, el tribunal **no puede** resolver sobre hechos que **no hayan** sido aportados por las partes. Pero⁶² **sí** que puede hurgar sobre los hechos aportados por las partes y **sí** que puede, igualmente, intervenir mediante su capacidad de resolución personal en la prueba del hecho al que ha procedido a analizar porque «podría(n) verse afectado(s) por la insuficiencia probatoria» de las partes (art. 429.1 LEC). Y no solo eso, sino que, además, la LEC permite que el tribunal sea el **centro**⁶³ de la actividad probatoria.

62 *Ibidem*, p. 326.

63 *Ibidem*, p. 326.

Según la LEC, los términos se invierten. El tribunal **no** complementa la actividad probatoria de las partes cuanto más bien las partes **pasarían a complementar** la actividad probatoria del tribunal. En definitiva, el *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* saltaría por los aires. Ya no serviría⁶⁴.

Con la vigente LEC, se perfila, por tanto, un nuevo modelo que puede ser conceptualizado⁶⁵ como un modelo **intervenido de instrucción probatoria complementaria de las partes**, en el que el tribunal se encuentra **a medio camino** entre un tribunal que «advierte» a las partes de su insuficiencia probatoria y el tribunal que solo y exclusivamente ha sido proyectado para poner sentencias.

Además, el nuevo modelo de probatoria en la medida en que es **intervenido por el tribunal**, le va a obligar **a trabajar**; lo que supone **excluir** el modelo de «juez pasivo» que postulaba la LEC de 1881 y adoptar un nuevo modelo de tribunal.

Pues bien, lo indicado hasta aquí no posee **ningún tipo de antecedentes** en la vigente LEC. Es un modelo de proposición de prueba totalmente inédito que regula, por primera vez, un **modelo de iniciativa** probatoria del tribunal, pero que **no se contempla como prueba de «de oficio»** con arreglo a la tesis antepuesta renglones antes. O sea, **ni** la puesta en práctica de la denominada insuficiencia probatoria posee la refulgencia que es posible atribuir a la prueba de oficio **ni de oficio actúa el tribunal**, pues, y aun cuando el tribunal en los casos de insuficiencia probatoria puede «señalar **también** la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (artículo 429.1 de la LEC), ese mismo tribunal **no puede actuar de oficio** y, por tanto, **sin** instancia de parte por cuanto **tiene que ceñirse** «a los elementos probatorios cuya existencia **resulte** de los autos —o sea, del proceso—». A lo que se une que **no es** el tribunal quien completa o modifica **sus** proposiciones de prueba **sino más exactamente son las partes** —y, no el tribunal— las que «podrán completar o modificar **sus** proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». Luego, **no es** lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria.

64 *Ibidem*, p. 326.

65 *Ibidem*, p. 326.

B. En el proceso declarativo **verbal** se asumen las **mismas conclusiones**, pero con la diferencia consistente en que la insuficiencia probatoria la aprecia el tribunal en la propia **vista** —no existe juicio propiamente dicho— en la que se opera bajo los dictados de la garantía procesal de la **inmediación** procediéndose a **concentrar** [*Konzentrationmaxime*] la proposición y admisión de la prueba de la fase intermedia del proceso declarativo verbal en la mismísima **vista** del proceso declarativo verbal en el que no existe juicio propiamente dicho. Con semejante opción, se agiliza rotundamente ese trámite al no depender su operatividad de plazo procesal alguno para que se haga efectivo (artículo 433 de la LEC).

IV. CONCLUSIÓN

En la estela de lo dicho hasta aquí, no debe sorprender que se concluya que **no es** lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria. Pero, paradójicamente y en lo tocante a su **práctica**, viene a cuento decir —como **ya anuncié** en los albores de este trabajo— que no interesa **tanto** que mediante la prueba exista verificación ya de la **verdad** o **falsedad**⁶⁶ ya de los **hechos**^{67 68}, sino que esa verificación **se lleve a cabo** con arreglo a la **única justicia** de la que **se responsabiliza** la prueba al interior del «alma» del proceso civil, consistente en que, de conformidad con lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la LEC, la **verificación** ya sea de la **verdad** o **falsedad**⁶⁹ ya de los **hechos**^{70 71} lo sea **efectiva; efectividad** que ha de implicar —y reitero de nuevo la atención del paciente lector— la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «**plenitud**» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**⁷² que han de ser tenidas en cuenta **en su práctica** ya lo sea en el **juicio** —proceso declarativo ordinario— ya nos situemos en la **vista** —proceso declarativo verbal— accediéndose, sin desmedro de otros menesteres que pueda asumir la prueba, a su función o cometido **más sobresaliente** como es la de su **constitucionalización**^{73 74}.

66 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

67 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

68 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

69 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., p. 12, 55 y 76.

70 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

71 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

72 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

73 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

74 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

Por lo mismo, ningún rédito qué obtener ora de la prueba a instancia de parte ora de la denominada insuficiencia probatoria si, como ha quedado indicado, lo que importa es su **práctica** a través de los postulados de su **constitucionalización con respeto pleno** —a «plenitud» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**⁷⁵ que han de ser tenidas en cuenta en la ya aludida **práctica** por ser, a mayor abundamiento, la **única justicia** de la que **se responsabiliza**^{76 77} la prueba al interior del «alma» del proceso civil.

75 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

76 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 77.

77 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 91.

LAS «SORPRESAS LEGISLATIVAS» DEL 2017. ¿SERÁ EFECTIVO EL ENTE RECTOR DE TRANSPARENCIA? ANTECEDENTES DE UNA «AUTORIDAD» SIN NINGUNA AUTORIDAD*

The “legislative surprises” of the 2017. Will the Governing Body of Transparency be effective? Background of an “authority” without any authority

*Rafael Cantoni Briceño**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*

Recepción: 24/07/2017

Aceptación: 02/10/2017

Resumen

El autor da cuenta de la importancia en la constitución y buen funcionamiento de un ente rector para la transparencia en la información administrada por las entidades públicas, sobre la base de la atención de los derechos fundamentales, función que, en alguna medida, toda institución del Estado corresponde realizar.

Palabras clave: Transparencia; estado de derecho; acceso; información pública; democracia; publicidad; administración pública; deberes funcionales; constitución política; gobierno abierto; acceso a datos públicos.

Abstract

The author gives an account of the importance in the constitution and good functioning of a governing body for the transparency in the information administered by public entities, on the basis of the attention of the fundamental rights, function that, to some measure, any institution of the State is responsible for doing.

Keywords: Transparency; rule of law; access, public information; democracy; publicity; public administration; functional duties; political constitution; open government; access to public data.

* Al finalizar el artículo ni la publicación ni la entrada en vigor del reglamento había tenido lugar. El reglamento aprobado por D. S. N° 019-2017-JUS fue publicado el 15 de septiembre de 2017 bajo el nombre «Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353, decreto legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el régimen de protección de datos personales y la regulación de la gestión de intereses».

** Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor en la misma universidad.

El día 7 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1353 que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el régimen de protección de datos personales y la regulación de la gestión de intereses.

Parecería esta publicación ser una buena noticia, ya que su emisión era algo que se esperaba desde hace mucho tiempo, luego de la expedición de la Ley N° 27806, Ley de Acceso a la Información Pública y su reglamento, ambos con más de diez años de vigencia.

Según la nueva norma, elaborada en el marco de las facultades delegadas otorgadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 30506, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, será la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública que tendrá a cargo proponer las políticas en dicha materia y emitir las directivas y lineamientos que sean necesarios. Dicha autoridad es la encargada de supervisar el cumplimiento de las normas sobre el tema, se ocupará de fomentar la cultura de transparencia y acceso a la información pública y deberá presentar al Congreso un informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública. Entre otras varias funciones asignadas, será la encargada de supervisar el cumplimiento de la actualización de los portales de transparencia (véase el artículo 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1353).

De acuerdo con el decreto, de forma general, las entidades de la administración pública que hayan recibido solicitudes de información deben otorgarlas en un plazo no mayor de 12 días hábiles.

Si bien se esperaba este decreto y sus disposiciones que recogen una serie de medidas urgentes para la implementación de la transparencia pública, está siendo ampliamente criticado por la opinión pública, y en diversos medios de comunicación se ha mostrado decepción ante una supuesta falta de voluntad política para fortalecer la transparencia de las entidades del Estado. Cabe sumarse a esta preocupación, pero primero, expondré unos alcances preliminares sobre este derecho, su importancia y luego se señalarán algunas impresiones sobre esta nueva normativa.

¿En qué consiste el derecho de acceso a la información pública y cuáles son sus alcances? Ciertamente es que cada vez se toma mayor conocimiento de la importancia de la atención del derecho de acceso a la información pública

como atención a un derecho fundamental de la persona previsto en el inciso 5 del artículo 2 de la *Constitución*¹. Ahí se establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión alguna de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, dentro del plazo legal, con el costo que suponga el pedido. El derecho de acceso a la información pública no es un derecho ilimitado, pues se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El derecho de acceso a la información pública también está vinculado a los contenidos protegidos por la libertad de información del artículo 2 inciso 4 de la *Constitución*². Por ello, su tratamiento y mejora en su implementación era un tema urgente. Por un lado, el Estado debe brindar herramientas efectivas para que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que tengan en custodia o elaboren las entidades del Estado, estos mecanismos no deben tener mayores limitaciones que las previstas constitucionalmente. El derecho de acceso a la información también es un presupuesto para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como son la libertad de investigación, de opinión o expresión.

Siendo el derecho de acceso a la información un presupuesto para el ejercicio de otras libertades fundamentales, la creación de un órgano resolutorio que vele por su cumplimiento era necesaria para construir gradualmente una cultura de transparencia, tanto dentro del Estado como en la ciudadanía misma.

1 *Constitución Política del Perú*. Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

2 Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

El derecho de acceso a la información pública garantiza la recepción de información necesaria y oportuna, ello facilita el proceso de formación de una opinión pública libre e informada. La titularidad de este derecho le corresponde a toda persona y le permite dirigirse directamente a cualquier órgano de la administración sin estar condicionado a dar expresión de causa, justificación, motivo, destino o uso de la información solicitada.

Si bien la *Constitución Política* de 1993 fue la primera en consagrar autonomía al referido derecho fundamental, este derecho se desarrolló íntegramente a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que entró en vigencia en enero del 2003, y fue posteriormente modificada en febrero del 2003 por la Ley N° 279273.

A partir de la promulgación de las leyes anteriores y su reglamentación contenida en el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, el Estado configura legalmente, delinea y delimita el derecho de acceso a la información pública. Mediante el del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información consolida en un solo cuerpo las normas legales referidas y facilita su manejo e interpretación integral. Tal como señaló oportunamente la Defensoría del Pueblo, esto no quería decir que el mencionado derecho fundamental no resultase exigible antes de la publicación del TUO y, peor aún, que no se encontraba vigente, sino que su ejercicio no estaba configurado legalmente, es decir, no estaba establecido cuál debía ser el procedimiento para solicitar información, ante quién se debía formular el pedido, cómo se debía proceder ante la negativa, entre otros aspectos relevantes para la eficacia práctica de dicho derecho fundamental⁴.

En la vigencia de las normas legales señaladas se han develado una serie de deficiencias que ocurren cuando el administrado desea solicitar información ya sea por parte del organismo estatal que posee la información, por el funcionario público encargado de tramitar y responder la solicitud o por el

3 Todas las normas mencionadas en el presente párrafo forman parte del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27806, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003.

4 Se debe precisar que estas no son las únicas normas referentes al derecho de acceso a la información pública. Las entidades del Estado pueden dictar normas propias que complementen y faciliten la implementación y cumplimiento de las exigencias de transparencia en las entidades públicas. Cfr. Defensoría del Pueblo, «Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y acceso a la Información Pública 2003-2013», Serie Informes Defensoriales-Informe N° 165. 2013.

mismo administrado al no conocer los límites de las normas. Era bastante previsible que en el tiempo de vigencia de la norma legal que desarrolla el precepto constitucional, la falta de preparación de las entidades de la Administración Pública para incorporarse a la mencionada Ley N° 27806 ocasionaría diversos perjuicios a los solicitantes ya que no verían satisfecho su derecho de forma correcta ni oportuna⁵. La urgencia que la transparencia sea un valor prioritario y los esfuerzos de la Defensoría del Pueblo, en especial de la Adjuntía de Asuntos Constitucionales lideradas por el abogado Fernando Castañeda, por su respeto e implementación se debe principalmente en el hecho de que estamos frente a un derecho fundamental de todas las personas y una libertad preferida, con una referencia constitucional directa y explícita en el inciso 5 del artículo 2 de la *Constitución Política del Perú*. Cabe indicar que el acceso a la información pública también ha sido abordado repetidamente por el Tribunal Constitucional ya que está relacionado a normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. Como si todo esto fuese poco, el derecho de acceso a la información pública está vinculado también a los contenidos protegidos por la libertad de información del inciso 4 del artículo 2 de la Constitución⁶. El Estado con estos instrumentos intentó brindar herramientas para que ningún ciudadano sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que tenga en custodia o elabore las entidades del Estado, sin más limitaciones que las previstas constitucionalmente.

Es precisamente el inciso 5 del artículo 2 de la *Constitución* el que establece las materias reservadas y aquellas se encuentran reguladas legalmente en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información, donde se desarrolla al detalle los límites al referido derecho, fijando los supuestos de excepción a la publicidad, como son

5 Cfr. *Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y acceso a la Información Pública 2003-2013, Diagnóstico sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de acceso a la información pública en seis gobiernos regionales y Supervisión del reglamento de la ley de transparencia y acceso a la información pública*, documentos de trabajo elaborados por la Defensoría del Pueblo.

6 *Constitución Política del Perú*. Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)
4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el *Código Penal* y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

el derecho a la intimidad, la seguridad nacional y el acceso a información excluida por ley. De esta forma, la Ley prevé tres tipos de información que pueden ser exceptuadas del derecho de acceso público: a) secreta: ámbito militar e inteligencia (artículo 15), b) reservada: ámbito policial y relaciones exteriores (artículo 16) y c) confidencial: intimidad, secreto bancario, reserva tributaria, entre otras (artículo 17). La norma también fija un plazo de clasificación y un procedimiento de desclasificación. Por su parte, el Reglamento establece un registro de la información de acceso restringido (artículo 20).

El Tribunal Constitucional ha establecido en su labor de intérprete de la *Constitución* que no basta simplemente con alegar que la información pueda afectar la seguridad y/o poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas, sino que dicha circunstancia debe ser meridianamente acreditada⁷.

Se debe tener en cuenta también, en el plano del derecho internacional, que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos regulan el derecho al acceso a la información de todos los individuos como parte del derecho de libertad de expresión. Todas estas normas internacionales fueron adoptadas por el Estado peruano en los años 1959 y 1978 respectivamente.

En las declaraciones internacionales suscritas por nuestro país⁸, si bien este derecho no es mencionado de manera independiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala claramente que el derecho de acceso a la información es un derecho humano autónomo, proveniente originalmente de la libertad de pensamiento y expresión recogidos en el artículo 13 de la Convención Americana⁹.

7 Sentencia recaída en el expediente N° 05173-2011-PHD/TC.

8 La Declaración Universal de los Derechos Humanos hace mención en su artículo 19 a la libertad de opinión y expresión, la misma que incluye investigar y recibir informaciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles considera que la libertad de expresión regulada en el artículo 19 comprende la libertad de buscar y recibir informaciones. Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 13 que la libertad de pensamiento y expresión comprende la libertad de buscar.

9 Así se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso «Claude Reyes y otros», donde considera que el derecho de acceso a la información ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla (Fundamento 77).

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto al derecho de acceso a la información pública mediante sus sentencias en los procesos de *habeas data* conocidos en la doctrina como «hábeas data impropio»¹⁰.

Así es como el *habeas data* procede frente al hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza el derecho de acceso a la información pública, reconocido por el artículo 2 inciso 5, así como el derecho a la autodeterminación informativa previsto en el artículo 2º inciso 6 de la Constitución se podrá acceder al procedimiento de *habeas data*¹¹.

Este proceso constitucional fue desarrollado legislativamente de manera inicial mediante la Ley N° 26301, Ley de Hábeas Data y Cumplimiento y luego llega la reforma constitucional realizada con la Ley N.º 26470 y el *Código Procesal Constitucional*, aprobado por Ley N.º 28237, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004, integrando la legislación dispersa referente a los procesos constitucionales. Existe amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente al acceso a la información pública y cada día aumenta en número, lo cual exigiría una sistematización urgente.

Volviendo al Decreto Legislativo N° 1353, ¿cuáles son las críticas que podemos hacer a la referida norma? En primer lugar, se considera que difícilmente se puede hablar de una «Autoridad Nacional de Transparencia» cuando lo que se ha creado es apenas una dirección dentro de todo el engranaje del Ministerio de Justicia.

Señalan en diversos medios de comunicación que se ve una subestimación por parte del gobierno de la autonomía que una autoridad de transpa-

10 El inciso 3 del artículo 200 de la *Constitución* indica que el hábeas data procede frente al hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza el derecho de acceso a la información pública, reconocido por el inciso 5 del artículo 2, así como el derecho a la autodeterminación informativa previsto en el inciso 6 del artículo 2 de la *Constitución*.

11 La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 04739-2007-PHD/TC (fundamento 2-4) señala que «el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar.»

rencia debería poseer, e incumple el propio plan de gobierno que ofreció una entidad que sería «autónoma», conforme a los proyectos de ley que ya se habían presentado en el Congreso y que contemplaban la creación de un organismo público independiente. Las dudas no son gratuitas. Por otro lado, los ciudadanos preocupados por los derechos humanos nos cuestionamos esa forma particular y poco clara de creación del «Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública» creado por el artículo 6 del referido Decreto Legislativo, ¿cómo podemos garantizar la independencia de sus decisiones si es parte de una autoridad administrativa que depende del Ministerio de Justicia?

La crítica pública también se ha pronunciado en el sentido de que no es razonable creer que una sola dirección al interior de un ministerio pueda ser la garante de las obligaciones de transparencia de todas las entidades de la administración pública a nivel nacional¹². Están frescos los recuerdos de ministerios como el de Defensa y el de Justicia en los que, durante el gobierno pasado, se protagonizaron escándalos por prácticas poco transparentes, como el de los gastos de inteligencia en el Vraem y el despido a la entonces procuradora Julia Príncipe por haber declarado ante los medios de comunicación acerca de un caso de lavado de activos que involucraba a la entonces primera dama.

Entonces, la independencia de la nueva dirección de transparencia no está garantizada. Entre otros aspectos que se cuestionan del referido decreto legislativo, se critica que se haya encargado al Consejo de Ministros, y no a la Dirección de Transparencia, la aprobación de los lineamientos para la clasificación y desclasificación de la información que muchas veces es catalogada como confidencial o secreta sin un verdadero sustento, que se haya extendido de siete a doce días hábiles el plazo para que una entidad pública entregue la información pública que le haya sido requerida y que la tipificación de las infracciones por incumplir las obligaciones de transparencia haya sido diferida y encomendada a un eventual reglamento del Ministerio de Justicia.

Por otra parte, se ha señalado que el decreto legislativo aprobado desaprovecha la oportunidad para realizar muchas de las urgentes modificaciones que requería la Ley de Protección de Datos Personales, pero respecto a ese tema haremos un análisis por separado en otra oportunidad.

12 Cfr. *El Comercio* y *La República* del 7 y 12 de enero de 2017, respectivamente.

Todo lo antes mencionado nos sugiere que la transparencia pareciera seguir siendo un valor secundario y subsidiario en nuestro país, al menos de momento, pareciera no ser una prioridad política.

En esta misma línea, la Asociación Civil Transparencia señala en un comunicado de fecha 12 de enero de 2017 que:

El decreto de creación de la Autoridad de Transparencia deja de lado aspectos esenciales que le restan autonomía y fuerza a dicha entidad», asimismo advierten que el decreto tampoco «garantiza capacidad para sancionar la omisión en la entrega de información por parte de las entidades en todos los niveles de gobierno y poderes del Estado, ni para impedir que se abuse en la clasificación de la información reservada o confidencial, dejando un margen amplio de discrecionalidad en cada entidad pública¹³.

Dicha organización insiste en la necesidad de contar con «una autoridad autónoma y con las necesarias facultades para hacer efectiva la transparencia en todos los niveles e instituciones del Estado».

En la misma línea, subrayan que una entidad verdaderamente autónoma ayudaría en la lucha contra la corrupción: «Tanto más necesario en circunstancias como las actuales en que apreciamos la gravedad de actos condenables cometidos por Odebrecht y otras empresas».

El abogado Roberto Pereyra en sus declaraciones al diario *La República*¹⁴ considera que la recientemente creada Autoridad Nacional de Transparencia no tiene competencias para cumplir su función de manera adecuada, tal como lo propuso un equipo técnico conformado para ese fin. Indicó que el gobierno no tiene voluntad para luchar contra la corrupción. El experto en estos temas señal, además, que se ha creado esta autoridad que era necesaria en términos conceptuales porque la Ley de Transparencia no tiene un órgano especializado y las negativas para acceder a la información tienen que ser demandadas ante el Poder Judicial, lo que demora hasta 5 años.

Asimismo, señala que la idea era crear una autoridad a nivel administrativo con autonomía, pero lamentablemente han aprobado una cosa simbólica, que desoye lo que un equipo de expertos propuso en su momento al Ministerio de Justicia, y se crea finalmente una dirección en el Ministerio de Justicia que no tiene ninguna capacidad para promover la transparencia.

13 Asociación Civil Transparencia. Paquete de normas anticorrupción es un avance pero requiere ser completado y mejorado [Nota de Prensa]. Lima, 12 de enero de 2016.

14 Del 12 de enero de 2017.

El abogado señala también que no se han considerado las sugerencias de especialistas, ya que los expertos trabajaron una propuesta que ha sido muy distinta de lo aprobado. En sus declaraciones afirma que contamos con una autoridad de transparencia simbólica, condenada al fracaso, sin capacidad para promover la transparencia en el Estado. La modificación de la propuesta inicial se ha producido a nivel de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) y del Ministerio de Economía y Finanzas, pero la responsabilidad es de la PCM. Ello ha ocurrido primero por ignorancia en la materia, segundo, por temores infundados de que se use en contra del gobierno, y tercero, porque no hay voluntad política para luchar contra la corrupción y ser un Estado transparente.

Se señala que al momento de buscar información se va a seguir encontrando puertas cerradas y con candados, pues no hay una real voluntad política del Ejecutivo para promover transparencia. La idea inicial era que esta entidad tenga autoridad para revisar la clasificación de información y no ha querido dársele dicha competencia. La consecuencia de esto es que si alguien clasifica la información como reservada, secreta o confidencial, la excluye de la órbita de esa autoridad y el interesado tendrá que ir al Poder Judicial a reclamar. El experto en sus declaraciones afirma que al día de hoy se califica algo secreto por cualquier razón, de forma discrecional, sobre todo en el sector castrense. Existe una tendencia en el Estado a clasificar información de manera indebida.

Respecto al nivel de autonomía que debiera tener esta institución, considera adecuada que sea similar a la de los reguladores o Indecopi y así como fue propuesta inicialmente por el grupo de trabajo que se encargó de proponer la creación de la Autoridad.

Respecto a las sanciones, Pereyra señala que si bien la Ley señala sanciones que llegan a la destitución, esto es también simbólico porque la aplicación va a depender de si las entidades a las que pertenecen los funcionarios aplicarán la sanción, y todos sabemos que el funcionario público niega información. Así mismo otros cuestionan que el tribunal tenga la misma capacidad de sancionar que la Autoridad Nacional del Servicio Civil-Servir, corriendo peligro de que existan dos instancias para un mismo fin, y generando duplicidad de funciones y conflictos de competencias que luego tendría que resolverse ante el Tribunal Constitucional¹⁵.

15 COLUMBUS, Diethell. «Autoridad de papel». En *El Montonero*. Recuperado de <http://el-montonero.pe/columnas/autoridad-de-papel>.

Por otro lado, al día de hoy, 23 de julio de 2017, se constata que ni la publicación ni la entrada en vigor del reglamento ha tenido lugar. En el decreto se señala que esta será efectiva cuando se publique el reglamento de normas de la referida ley, lamentablemente, dicho evento aún no se ha dado. Por ello, no podemos ver efectiva su implementación. Vemos así un vacío que impide su puesta en práctica. El Decreto Legislativo N° 1353, señala, en el apartado «Disposiciones Complementarias Finales», que: «El poder ejecutivo, mediante decreto supremo con voto aprobatorio del consejo de ministros, aprueba el reglamento del presente decreto legislativo en un plazo máximo de noventa días calendario contado partir del día siguiente de la publicación en el diario *El Peruano*, del presente decreto legislativo.»

Al día de hoy se aprecia que dicha disposición ha devenido «letra muerta» como tantas otras normas en nuestro país.

Vemos con sorpresa, asimismo, que con este decreto legislativo se crea una instancia más de impugnación que no ha sido aún reglamentada, que no sabemos si ésta alarga los procesos de solicitud de acceso a la información.

Es más que evidente que con esta norma, se rompe el principio de separación y equilibrio de poderes, ya que al estar el Tribunal de Transparencia supeditado Poder Ejecutivo, este habría de tener preponderancia sobre los otros poderes del Estado con relación a la información que se administra (principalmente gobiernos locales y regionales).

Por último, respecto a la protección de datos, los expertos que prepararon el proyecto del decreto habían excluido del rubro «información sensible» los ingresos de los funcionarios, pero eso tampoco se ha tomado en cuenta en la norma lo cual es discutible también.

En relación a todas estas críticas y declaraciones expuestas, luego de analizarlas al detalle, las vemos razonables; sin embargo, tenemos la esperanza de que tanto la Autoridad Nacional como el Tribunal de Transparencia sean implementados de forma adecuada y se les dote de los recursos necesarios para que más adelante puedan actuar como órganos independientes y que éste es tan sólo un comienzo, una cristalización de una necesidad, que no puede partir siendo «un gigante» por las mismas limitaciones que el Estado tiene para crear organismos y manejarse dentro de las exigencias de un Estado pequeño y neoliberal en el cual hay

un natural temor a incrementar el aparato burocrático del Estado. Con todos estos problemas, rescatamos en esta norma una oportunidad y un esfuerzo, que va en la línea correcta, para uniformizar criterios y normas administrativas con el fin de lograr una mayor transparencia y acceso a la información, simplificando y amparando al ciudadano. Recordemos que, en última instancia, el Estado está para servir a la población y se debe a él. Así mismo, valoramos que la autoridad formada por el decreto sirva como entidad informativa y de asesoría para las entidades públicas y privadas, sujetas a esta ley. Ello porque la autoridad creada serviría no solo como fiscalizadora, sino también como coordinadora de esfuerzos de transparencia de las diversas instancias encargadas de brindar acceso a la información a los ciudadanos. Esta característica de servir de enlace entre instituciones públicas y privadas con este fin es una de las características más valiosas. Debe tomarse en cuenta también la posibilidad de que esta entidad sirva de instancia de síntesis para normalizar criterios a la hora de ejecutar las normas de transparencia y acceso a la información, sin pasar por el tamiz singular de cada entidad pública o particular, como ocurre con otras autoridades de transparencia, por ejemplo, la de España o México.

Esperamos que con el tiempo, todos los problemas planteados anteriormente encuentren alguna solución, y sus potencialidades positivas se concreten y se lleven a cabo con éxito. Sin embargo, para que se den ambas cosas, urge de una vez una adecuada reglamentación.

Seguiremos atentos a todas las implementaciones que se hagan en materia de transparencia y haremos todas las críticas y aportes necesarios para hacer de nuestro país un Estado más transparente y democrático, donde los ciudadanos y sus capacidades fiscalizadoras sean lo más importante.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: UNA GUÍA PARA JUECES Y ÁRBITROS

Discovering of Controversial Issues: A Guide for Judges and Arbitrators

Renzo Cavani*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 21/07/2017

Aceptación: 02/10/2017

Resumen

Este artículo busca cuestionar el entendimiento presente en la práctica judicial y arbitral peruana de que la fijación de los puntos controvertidos consiste meramente en transcribir los pedidos contenidos en la demanda. Contrariamente a ello, se propone que el juez o árbitro desempeñe una auténtica actividad de organización del proceso, consistiendo en la delimitación del objeto litigioso del proceso, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos jurídicos de las partes.

Palabras clave: Puntos controvertidos; objeto litigioso; medios de prueba contradictorio; motivación.

Abstract

This article seeks to challenge the actual understanding in Peruvian judicial practices and arbitration practices have the task of the discovering of controversial issues that simply consists in the transcription of the sue requests. Contrary to this, this text suggests that the judge or arbitrator should perform a reliable work in the procedure organization, this lies in determining the relevant facts, the admission and exclusion of the evidence and the legal issues offered by the parties.

Keywords: Factual and legal issues; evidence; legal justification.

* Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante efectivo de la Associação Brasileira de Direito Processual. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre me llamó la atención que en la práctica judicial peruana la así llamada «fijación de puntos controvertidos», que recibiera una magra atención por el legislador del CPC de 1993¹, consista en la mera transcripción de las «pretensiones» de la demanda y/o reconvencción. En gran medida, lo mismo podría decirse de la práctica arbitral de nuestro país.

Por ejemplo, si es que se demanda la nulidad del contrato, la cancelación del asiento registral y una indemnización, el auto que fijaba los puntos controvertidos, los puntos controvertidos eran fijados de esta manera: (a) determinar si debe ser declarada la nulidad del contrato X; (b) determinar si debe cancelarse el asiento registral en la Partida Electrónica Y; (c) determinar si el demandado debe pagar X suma de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Algo extraño había aquí: ¿cuál era el sentido de repetir lo que ya estaba en la demanda?

Pues bien, el presente artículo busca defender que, a pesar de la mezquindad en la redacción del artículo 468 del CPC, la práctica debe ir más allá de la delimitación de los puntos en controversia, para pasar a desempeñar una compleja actividad de *organización del proceso*², que comprende, a su vez, tres subactividades consistentes en: (i) la delimitación del objeto litigioso; (ii) la admisibilidad de los medios probatorios (siempre que no sea una cuestión de puro derecho) y (iii) la determinación de los argumentos fáctico-jurídicos. Esta propuesta se justifica, además, en que contribuye con una mayor promoción de los derechos fundamentales al contradictorio, a la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales.

-
- 1 Artículo 468. Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio. Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos. (...).
 - 2 Recojo el feliz término «organización del proceso» del *Código de Proceso Civil* brasileño de 2015. Allí, en su capítulo X, sección IV, «Saneamiento y organización del proceso», consistente en un solo artículo (el 357) en donde el juez debe expedir una decisión que contendrá, entre otros asuntos, la delimitación de las cuestiones de hecho sobre las cuales recaerá la actividad probatoria, especificando los medios de prueba admitidos (inciso II) y delimitar las cuestiones de derecho relevantes para la decisión de mérito (inciso IV).

Por su parte, desde un aspecto pragmático, este texto tiene como pretensión ofrecer una guía que pueda ser de utilidad en los procesos judiciales (y también arbitrales) al momento de trabajar con los así denominados «puntos controvertidos».

II. UN NECESARIO ESCLARECIMIENTO TERMINOLÓGICO: CAUSA DE PEDIR, PEDIDO, HECHOS ESENCIALES

Resulta imposible abordar el tema de los puntos controvertidos desde una perspectiva crítica sin tener antes una meridiana claridad respecto de algunos conceptos. Aquí no buscaré problematizar sobre las complejidades dogmáticas que ellos ofrecen: basta remitirse a la bibliografía pertinente para que el lector pueda profundizar.

Entendida la demanda como *acto jurídico*, ella materializa una *pretensión*, esto es, una declaración de voluntad consistente en una exigencia de tutela jurídica. Si estamos hablando de un proceso judicial, la exigencia se dirige al Estado; ya si se trata de un arbitraje, la exigencia se dirige al juez privado (árbitro único o tribunal arbitral). La pretensión tiene un elemento subjetivo (las partes) y dos elementos objetivos (causa de pedir y pedido).

La causa de pedir es la *razón* por la cual se solicita tutela jurídica³ y, concretamente, es el conjunto de hechos jurídicamente calificados que revistan *esencialidad*. Dentro de la narrativa fáctica que el demandante ofrece al juez o árbitro, existen *hechos esenciales* (principales o jurígenos) y *hechos secundarios*. Los primeros son aquellos que tienen aptitud para conducir directamente a una declaración de *fundabilidad o infundabilidad* de la pretensión. Los segundos son aquellos que complementan o esclarecen a los primeros, sirviendo, inclusive, como indicios⁴.

Por ejemplo, en una demanda de reivindicación, Juan alega que en agosto de 2014 adquirió la propiedad, pero que en abril de 2016 Gustavo usurpó ilegalmente una porción de su bien, y todas las veces que verbalmente le exigió la restitución este, simplemente, hizo caso omiso. Aquí tenemos dos hechos

3 Por todos, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil – Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 33 y ss.; RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. São Paulo: GZ Editora, 2014, pp. 37 y ss.; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

4 Cfr., con provecho, Marco Antonio RODRIGUES. Ob. cit., p. 54.

esenciales (adquisición de propiedad y usurpación) y varios hechos secundarios (todos los reclamos verbales). Son los primeros los que llevarían, de ser el caso, a que el juez declare fundada la demanda, y le dé la razón a Juan.

Por su parte, el pedido es *la manifestación concreta* de lo que se quiere del órgano juzgador. La doctrina entiende que existen dos tipos de pedido: el *pedido inmediato* y el *pedido mediato*. Ambos buscan un resultado práctico específico: el pedido inmediato busca un resultado en el plano del derecho *procesal*; el pedido mediato busca un resultado en el plano del derecho *material*. El pedido inmediato busca un tipo de *tutela jurisdiccional* (declarativa, constitutiva, condenatoria, mandamental o ejecutiva *lato sensu*).⁵ El pedido mediato busca un tipo de *tutela del derecho* (inhibitoria, remoción del ilícito, reintegratoria o resarcitoria)⁶.

No hay que confundir causa de pedir con *fundamentos de hecho*, ni pedido con *petitorio*. Causa de pedir y pedido son *elementos de la pretensión*, mientras que «fundamentos de hecho» y «petitorio» son, según la práctica forense peruana, *partes o fragmentos de un documento denominado «demanda»*. De hecho, la demanda-acto no puede confundirse con la demanda-documento a pesar de su polisemia, así como tampoco puede confundirse, cuando se habla de «contrato», entre el acuerdo de voluntades y el documento en que este podría plasmarse.

Esto lleva a concluir que, en estricto, lo que comúnmente se entiende por «pretensiones» (por ejemplo: «pretensión subordinada») es, en realidad, no otra cosa que *pedidos*. Por ejemplo, cuando se solicita como «pretensión principal» la nulidad del acto jurídico y como «pretensión accesoria» la cancelación del asiento registral donde aparece el derecho inscrito, en realidad estamos hablando de *pedidos*. ¿Qué sería entonces la «pretensión»? Pues la conjunción entre causa de pedir (los hechos que justifican la existencia del derecho subjetivo de pedir la nulidad y la cancelación del asiento registral) *más* el pedido.

Esto es de importancia determinante para esclarecer los así llamados «puntos controvertidos». Como veremos a continuación, esta tarea no puede resumirse a la transcripción del petitorio o, mejor, de los *pedidos*

5 Por todos, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría e prática da tutela jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 103 y ss.

6 Sobre el asunto, cfr. CAVANI, Renzo «¿Qué es la tutela inhibitoria?».

contenidos en el *petitorio*⁷. La confusión entre pretensión y pedido, suscitada por el CPC, parece haber condicionado la práctica judicial (e inclusive, curiosamente, la arbitral), y con ello se puede asumir que se ha despreciado el otro elemento de la pretensión: la causa de pedir o, más concretamente, los *hechos esenciales*. Y esto es particularmente curioso debido a que la «delimitación de los hechos del proceso (objeto litigioso) es determinante para realizar, primero, una adecuada racionalización de los medios probatorios ofrecidos y, luego, para decidir el mérito de la causa de forma congruente y motivada».

A continuación, desarrollaré la propuesta de organización del proceso anunciada más arriba.

III. LA «FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS» COMO MERA TRANSCRIPCIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN LA (MALA) PRÁCTICA PROCESAL PERUANA (JUDICIAL Y ARBITRAL). LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO LITIGIOSO DEL PROCESO (THEMA DECIDENDUM)

La lógica del procedimiento de primera instancia, regulado por el CPC, está pensada para que este discurra por dos fases: una postulatoria y otra probatorio-decisoria. En la primera, la discusión se centra principalmente en la (in)adecuada configuración de la relación jurídica procesal; esto es, se cuestiona la (in)competencia, la representación defectuosa, la (in) capacidad procesal, etc. En la segunda, una vez que se superó la primera, la discusión se centra en el debate sobre el mérito (o fondo) del proceso. Específicamente, se dialoga sobre los hechos acerca de los cuales el juez se pronunciará, la admisibilidad de los medios probatorios a partir de los

7 Esto ha sido correctamente criticado por Roger Zavaleta. Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional. En *Vox Iudex* n.º 3. Trujillo, 2009, p. 148, aunque con un enfoque un tanto diferente del adoptado en el presente artículo. Cfr. también, desde una perspectiva de teoría de la argumentación jurídica, HIGA, César. ¿Sobre qué estamos discutiendo? Hacia un modelo para la identificación de las cuestiones controvertidas en un debate. Disponible en <http://www.ius360.com/publico/procesal/sobre-que-estabamos-discutiendo-hacia-un-modelo-para-la-identificacion-de-la-cuestiones-controvertidas-en-un-debate>. HIGA, César. «Los esquemas argumentativos como herramienta que le facilita al juez el análisis y la evaluación de los argumentos de las partes». En PRIORI, Giovanni (Coord.). *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, 2016, pp. 35-50.

hechos ya fijados, los argumentos respecto de la probanza de los hechos y sobre las cuestiones jurídicas controvertidas, todo lo cual desemboca en la decisión.

Si bien esta es la lógica del CPC, es verdad que en la fase postulatoria, rigurosamente, también se discute una porción del mérito, por más que el legislador le haya atribuido, como consecuencia la improcedencia de la demanda, nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración del fondo (con la consecuente posibilidad de *reproponer la demanda*). Por ejemplo, denunciar la prescripción o caducidad realmente equivale alegar la extinción del derecho del cual el demandante dice ser titular, mientras que discutir la legitimidad para obrar presupone hablar sobre la titularidad del derecho discutido o la vinculación con la relación jurídica material discutida. En ambos casos, sin embargo, de estimarse la excepción correspondiente, se anulará el proceso.

De otro lado, en la fase probatorio-decisoria también puede darse una discusión típica de la fase postulatoria, principalmente por la previsión del artículo 121, § 3, en donde el juez, *en vez* de sentenciar (y no «al momento», nótese bien), decide emitir un auto de improcedencia de la demanda, invalidando todo el proceso.

Esto es importante porque si es la demanda la que inaugura la fase postulatoria —y, de paso, el proceso de primera instancia— el auto de saneamiento es el acto que la concluye. En efecto, mediante este se declara la existencia de una relación procesal válida, luego de que queden subsanados todos los vicios que puedan haberse presentado en la fase postulatoria. ¿Y cuál es el acto que inaugura la fase probatorio-decisoria? Pues precisamente la así llamada «fijación de puntos controvertidos».

El *nomen legis*, empero, es extremadamente engañoso. Parecería que el CPC le pide al juez apenas que *determine aquellos aspectos en donde exista controversia*. Por ello, quizá la práctica entendió que dado que los pedidos del demandante reflejan una controversia que es resistida por el demandado, entonces «fijar puntos controvertidos» consistiría en transcribir los pedidos de la demanda.

Nada más equivocado. Como bien indica Zavaleta:

Esta práctica [la judicial] no repara que el petitorio simple y llanamente expresa la conclusión del razonamiento de quien demanda, pero no los fundamentos que la sustentan y, sobre todo, los extremos específicos de tales fundamentos que entran en confrontación con los de la parte contraria y son trascendentes

para resolver la litis. Recordemos que el demandante no solo presenta al juez su versión sobre los hechos del caso, sino que esta versión implica una selección y ordenamiento de tales hechos de manera que constituyan la condición de aplicación de la norma jurídica que —al final de su razonamiento— derive en la conclusión deseada. Esta conclusión es la que el demandante presenta al juez como el petitorio de su demanda; y, en buena cuenta, es la que solicita se ampare en la sentencia. En este sentido, si los puntos controvertidos resumen los problemas de justificación externa que presenta el caso; y, estos surgen como consecuencia de la duda o discrepancia entre las partes sobre las premisas normativas o fácticas del razonamiento jurídico, entonces es imposible que a partir de la conclusión del demandante (*v. gr.* petitorio de la demanda) se fijen correctamente los puntos controvertidos⁸.

Como fue anunciado, lo que se buscará demostrar es que esta práctica es equivocada, proponiendo que se lleve a cabo una actividad consistente en una auténtica *organización del proceso*. Esta actividad comprende, a su vez, tres subactividades: la delimitación de los hechos esenciales, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos fáctico-jurídicos de las partes.

Para la fijación del objeto litigioso del proceso (*thema decidendum*), siendo la primera subactividad de la *organización del proceso*, resulta indispensable estudiar detalladamente la demanda y la contestación (y, eventualmente, la reconvenición y su contestación) para, primero, identificar cuáles son los *hechos alegados* por las partes. Posteriormente, es necesario identificar los *hechos esenciales*, pues, como se ha indicado, solo estos tienen la aptitud de conducir *directamente* a un pronunciamiento de fundabilidad o infundabilidad.

Esto bien puede plasmarse en una tabla a fin de que el juez o árbitro realice este delicado trabajo.

En el Cuadro 1, los hechos esenciales son los que se encuentran por encima de la línea, mientras que los hechos no esenciales son los que están debajo. Junto a los hechos esenciales pueden colocarse, también, los hechos no esenciales que sirvan como indicios que puedan conducir a la probanza de los primeros. En ese caso, estarían revestidos de *esencialidad*.

8 ZAVALETA, Roger, 2009, ob. cit., pp. 148-149. Vale la pena mencionar que este ensayo ha sido incorporado en una monografía de largo aliento aparecida cinco años después: ZAVALETA, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, 2014, pp. 135. Por cuestiones de conveniencia, continuaré citando el primer texto.

Cuadro 1

Demanda	Contestación
H1d	H1c
H2d	H2c
H3d	<u>H3c</u>
H4d	
<u>H5d</u>	H4c
	(...)
H6d	
H7d	
(...)	

Fuente: Elaboración propia.

De cualquier manera, la línea divisoria traza la frontera entre *los hechos que serán objeto de pronunciamiento de aquellos que no*. Estos deberán simplemente ser descartados de la futura decisión.

IV. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA (THEMA PROBANDUM)

Desde un punto de vista lógico, no hay forma de realizar una calificación de los medios de prueba si es que no se han delimitado los hechos respecto de los cuales el juez se pronunciará. Sin el *thema decidendum* no hay *thema probandum*; esto es, aquello sobre lo que recae los medios de prueba de las partes⁹. En este punto se trata de vincular los medios probatorios que han sido ofrecidos a sus respectivas alegaciones de hecho. Esta vinculación es realizada en abstracto, no propiamente valorando los medios de prueba, sino *examinándolos sumariamente para identificar cuál es el hecho alegado que buscan acreditar*¹⁰.

9 Sustancialmente conforme, ZAVALETA, Roger. 2009, ob. cit. pp. 140.

10 Como es claro, esto no cuenta para los casos en donde la cuestión debatida sea de puro derecho; esto es, cuando no habrá discusión probatoria por ser un tema esencialmente jurídico, como sería el caso de un proceso de acción popular o de inconstitucionalidad. En el ámbito civil tenemos, por ejemplo, la interpretación de un contrato, la nulidad de un acto jurídico por petitorio jurídicamente imposible, etc. Inclusive en estos casos, el artículo 473 del CPC ordena al juez prescindir de la audiencia de pruebas.

Los medios probatorios, para ser admitidos, deben dirigirse a demostrar *hechos controvertidos, pertinentes y relevantes* y, además, deben ser *lícitos*. Son, por tanto, los cuatro requisitos: controversia, pertinencia, relevancia y licitud. Ellos están regulados en los artículos 190 y 199 del CPC, pero más allá de su regulación, es lo que la doctrina sostiene para la calificación de los medios de prueba¹¹.

Los medios probatorios deben buscar acreditar *hechos controvertidos* porque debe existir, cuando menos, dos versiones sobre un hecho; los medios probatorios deben ser *pertinentes*, porque deben referirse al mérito de la causa (esto es, estrictamente al *thema decidendum* ya delimitado); los medios probatorios deben ser *relevantes*, porque el esclarecimiento de los hechos a que se refieren debe contribuir con conducir a la verdad; finalmente, los medios probatorios deben haber sido obtenidos *lícitamente*.

Esto impacta directamente en el respeto al *derecho fundamental a la prueba*, cuyo contenido normativo está compuesto, entre otros aspectos, por el derecho a la admisión de los medios probatorios *ofrecidos* que cumplan con los requisitos legales, superando las barreras de exclusión probatoria. Con esas cualidades objetivas, se le impone al juez el deber de *admitir los medios probatorios* y, luego, el derecho de la parte de *actuarlos*, para que posteriormente sean valorados en la sentencia. Así, la *admisión* de los medios de prueba es un momento estelar tales medios serán objeto de valoración a fin de corroborar las hipótesis fácticas en juicio. El artículo 190 del CPC¹²

11 Por todos, PAULA RAMOS, Vitor de. «Derecho fundamental a la prueba». Trad. Renzo Cavani. En *Gaceta Constitucional* n.º 65. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, mayo 2013, pp. 290 y ss.

12 Artículo 190. Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

consagra los requisitos de la controversia, pertinencia y relevancia, con la particularidad de que están enunciados en negativo. Si los convirtiésemos a enunciados positivos, quedarían como sigue:

- (a) deben referirse a hechos o a la costumbre de la pretensión (pertinencia);
- (b) los hechos no pueden ser no controvertidos; (c) no pueden ser imposibles (relevancia);
- (c) no deben ser notorios o de pública evidencia (relevancia);
- (d) hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra (controversia); y
- (e) no deben estar sujetos a una presunción *iure et de iure* (relevancia).

Por su parte, el artículo 199 señala que «carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno». Más allá de que la expresión «carece de eficacia probatoria» pueda llevar a plantear una *cuestión probatoria* (para así eliminar la eficacia probatoria del medio de prueba al momento de sentenciar), considero que también es posible que el juez, constatando la ilicitud del medio de prueba y previo contradictorio con las partes, lo rechace, impidiendo, inclusive, que se acúe en la audiencia y, por tanto, tener que pronunciarse sobre tales medios de prueba en la sentencia.

Es así que el juez, para admitir los medios probatorios o declararlos improcedentes debe *limitar* su análisis a la controversia, pertinencia, relevancia y licitud y, si decide rechazar alguno, debe fundamentar su decisión *únicamente* a partir de uno o más criterios.

Al momento de realizar el saneamiento probatorio, una vez delimitado el objeto litigioso del proceso, el juez debe preguntar: ¿qué hecho *esencial busca ser probado con el medio probatorio X*? Estas preguntas permitirán realizar la vinculación en abstracto a la que hice referencia hace poco. El Cuadro 2, por tanto, tiende a complejizarse más con la introducción de los medios probatorios que obran en el proceso. Veamos solo lo correspondiente a la demanda (teniendo en cuenta que lo mismo debería realizarse para la contestación de demanda, reconvenición, hecho nuevo, pretensiones incorporadas por un interviniente, etc.).

En el Cuadro 2 se ve que una vez delimitados los hechos esenciales es posible identificar qué medios probatorios están destinados a demostrar su veracidad y, a la misma vez, qué medios probatorios, por estar vinculados directamente a los hechos no esenciales (= no conforman el *thema*

decidendum), deben ser rechazados. Aquí, por tanto, se realiza el análisis de la *pertinencia* y *relevancia*. El examen de estos dos requisitos, por tanto, es lo primero que debe ser realizado en el saneamiento probatorio¹³.

Cuadro 2

Demanda	Medios probatorios de la demanda
H1d	MP1
H2d	MP2
H3d	MP3
H4d	MP4
H5d	MP5
<hr/>	
	MP6
H6d	MP7
H7d	MP8
(...)	MP9
<hr/>	
	MP10
	MP11
	(...)

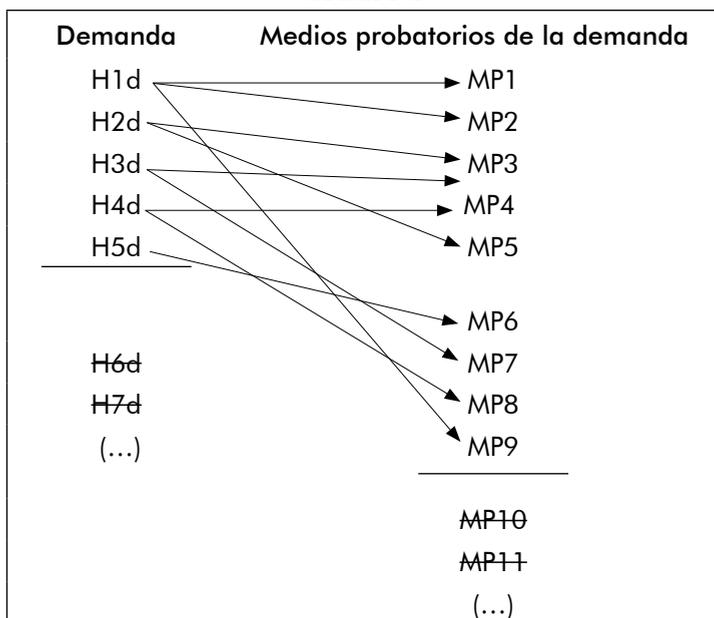
Fuente: Elaboración propia

Resulta de gran utilidad trazar líneas a fin de que, gráficamente, cada uno de los hechos esté unido a su respectivo medio de prueba.

El procedimiento plasmado en el Cuadro 3 permite tener un panorama general de la estrategia, a nivel de probanza, del demandante. Vincular de esta manera los hechos y los medios de prueba resulta ser decisivo para *racionalizar el trabajo* del órgano juzgador a nivel probatorio. En efecto, desde un punto de vista de la eficiencia, mientras mejor identificados estén los binomios hecho/medio probatorio, más sencillo será determinar qué es lo que, al final, será objeto de valoración y, luego, de justificación.

13 Dejaré el tema de la prueba ilícita y la posibilidad de su constatación en el marco del saneamiento probatorio para otra oportunidad. Para mayor información, cfr., con provecho, ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 95 y ss.

Cuadro 3



Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, esto resulta de particular interés porque si en la valoración se concluyese que un hecho no está probado, debe aplicarse la *carga de la prueba* (o, muy residualmente, la prueba de oficio o la dinamización de la carga de la prueba, cuando esté autorizada por ley). Conectar hechos con medios de prueba permitiría identificar rápidamente el grado de corroboración de estos, determinando si es que determinado hecho está probado o no¹⁴.

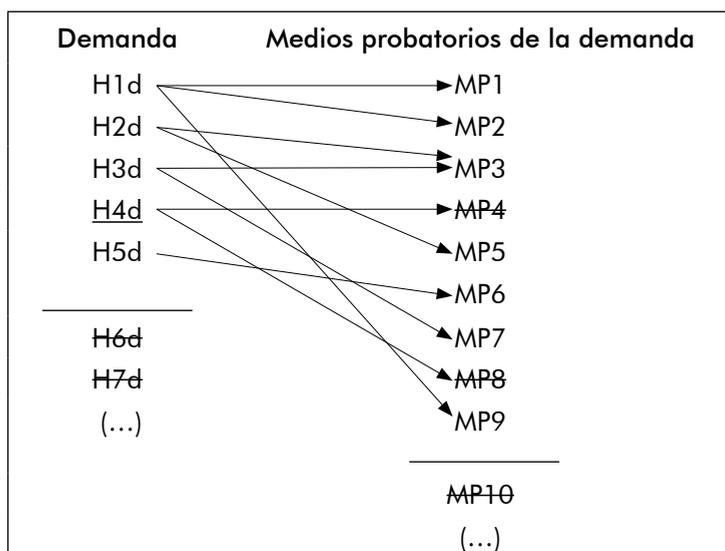
Superado el análisis de la pertinencia y la relevancia, es menester retornar al tema de los *hechos controvertidos*. Si algo debe quedar claro hasta ahora es que solo con posterioridad a la delimitación de los hechos es que se puede analizar cuáles son los *hechos controvertidos*. Nótese bien que los hechos controvertidos sí integran el *thema decidendum*; esto es, recibirán un pronunciamiento por parte del juez. Su particularidad es que *no requieren de probanza* pues las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han manifestado que sí ocurrieron¹⁵.

14 Por todos, con provecho, FERRER, Jordi *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

15 Por eso es que el artículo 190 ordena al juez que declare la improcedencia de los medios de prueba «que tiendan a establecer (...) 2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvenición o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos».

Si es que seguimos trabajando con el Cuadro 3, imaginemos que H4d fue *aceptado* por el demandado (le colocaremos un subrayado). Lo que corresponde, por tanto, es *eliminar* los medios probatorios que buscan acreditar su veracidad (MP4 y MP8). Estos ya no deben siquiera ser valorados porque el hecho que buscan acreditar ha quedado probado. Así, sería una actividad probatoria absolutamente inútil tener que demostrar un hecho que la contraparte dio como cierto. De esta manera, el Cuadro 3 podría colocarse así:

Cuadro 4



Fuente: Elaboración propia.

Pero la delimitación del objeto litigioso del proceso y la admisibilidad de los medios de prueba, sumando a ello la identificación de los hechos controvertidos, no es suficiente para la actividad de *organización del proceso*. Esta debe involucrar, también, la identificación de aquellas alegaciones esenciales que han sido proporcionadas por las partes respecto de los hechos, los medios de prueba y, además, las cuestiones jurídicas planteadas. Esto es lo que pasaremos a examinar a continuación.

V. LA DETERMINACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS FÁCTICO-JURÍDICOS

La determinación de los argumentos fáctico-jurídicos es absolutamente indispensable para conectar *thema decidendum*, *thema probandum* y la propia

actividad decisoria o justificativa¹⁶. Aquí es donde hace su aparición la importancia del derecho fundamental al contradictorio en su conjunción con el derecho fundamental a la motivación de las decisiones judiciales.

A partir de un correcto entendimiento del núcleo duro del derecho fundamental al contradictorio como derecho de influencia y deber de debate¹⁷, la motivación viene a ser «el último momento de manifestación del derecho al contradictorio y proporciona un parámetro seguro para la verificación de la sumisión del juez al contradictorio y al deber de debate que emana de él»¹⁸. En efecto, la mejor forma de constatar que las partes influenciaron en la decisión judicial (entendida ésta como acto de poder) es cuando el juez evidencia un *diálogo* respecto de los *fundamentos* alegados por ellas.

De ahí que los *fundamentos* deban ser diferenciados de los *argumentos*. Los primeros constituyen «los puntos levantados por las partes de los cuales provienen, por sí solos, la fundabilidad o la infundabilidad del pedido formulado», mientras que los segundos «son simples refuerzos teóricos que las partes realizan en torno a los fundamentos»¹⁹, como sería el caso, por ejemplo, de describir una teoría acogida por el CPC según la opinión de algún jurista citado por una de las partes. El juez no tiene por qué refutar si el jurista citado por la parte tiene o no razón, sino, por el contrario, debe pronunciarse *expresamente* sobre *todos* los fundamentos, con seriedad y detenimiento, concentrando sus energías en analizar los puntos que lo lleven a decidir el caso concreto. *Los argumentos no pueden ser objeto de su preocupación ni, tampoco, de su justificación*²⁰.

Así como los hechos esenciales, los fundamentos deben conducir por sí solos a la fundabilidad o infundabilidad del pedido; concretamente, son

16 ZAVALETA, Roger, 2009, Ob. cit., p. 144.

17 Sobre el tema, cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2014, pp. 101 y ss.; CABRAL, Antonio do Passo. «El principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito». En *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 2005, n.º 2, pp. 118 y ss.; CAVANI, Renzo. «Combatiendo las «nulidades-sorpresa»: El derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal». En *Gaceta Constitucional* n.º 58. Lima: Gaceta jurídica, 2012, pp. 288-296. Recuperado de: <https://ufrgs.academia.edu/RenzoCavani>.

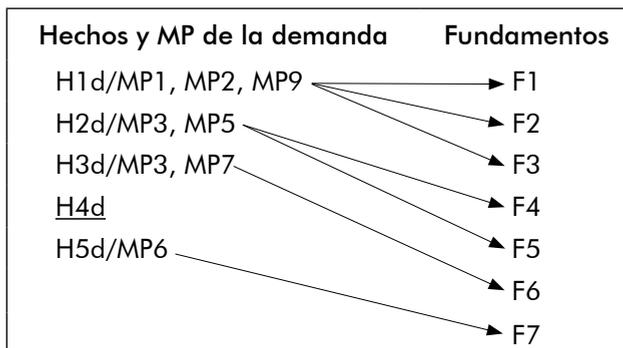
18 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 666-667.

19 *Ibidem*, pp. 667-668, cita 238.

20 Conforme ZAVALETA, Roger. *Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional*, 2009. Ob. cit., p. 147.

alegaciones que versan sobre los hechos, sobre los medios probatorios o sobre cuestiones jurídicas que resultan ser determinantes para el pronunciamiento del juez. Es así que la identificación de los *fundamentos* debe realizarse *después* de la delimitación del objeto litigioso del proceso y de la admisibilidad de los medios de prueba, tal como se indica en el gráfico siguiente:

Cuadro 5



Fuente: Elaboración del autor

Tras establecer el binomio «hecho-prueba» e identificar los fundamentos, el juez deberá preocuparse por dar una respuesta *a cada uno de ellos*. Eso es lo que exige el derecho fundamental al contradictorio, puesto que solo habrá auténtica participación de las partes cuando estas hayan podido *efectivamente* contribuir con el acto de poder que les alcanzará. Y esta participación se trasluce esencialmente en el diálogo entre los *fundamentos* y las *respuestas* del juez.

Identificar los fundamentos alegados por las partes hace referencia a la *completitud* de la motivación²¹. Con ello se satisface una porción del *deber de motivar*, específicamente lo que se conoce como *justificación externa*. Pero esta va más allá: en realidad la justificación externa refleja la *adecuación de las elecciones de las premisas empleadas en la justificación interna*²².

Partiendo de la idea de que *texto y norma* son inconfundibles debido a la ínsita equivocidad del lenguaje y que la labor interpretativa presupone una

21 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975, pp. 467 y ss.

22 La corrección lógica de la decisión, es decir, la necesidad de no contradicción entre sus premisas, conforma lo que se conoce como justificación interna. Sobre el asunto, ampliamente, WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal Decision and its Justification». En *Logique & Analyse* vol. 14, n.º 53-54, 1971, pp. 421 y ss.; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of the Law* (Ed.: Zenon Bankowski, Neil MaacCormick). Dordrecht: Springer-Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 209 y ss.

reconstrucción de sentidos en base a elecciones y valoraciones del intérprete, la justificación de dichas elecciones entra de lleno en el campo de la *argumentación jurídica*²³. De ahí que la *justificación externa* consista en la demostración de las razones del proceso interpretativo, es decir, la extracción de la norma del texto (o, de ser el caso, de un elemento no-textual), su individualización para el caso concreto en base al encuadramiento de los hechos alegados (*interpretazione attività e interpretazione-prodotto*²⁴) y los medios probatorios destinados a probarlos, todo ello siguiendo las correspondientes reglas argumentativas²⁵. La justificación externa también implica la correcta aplicación de la norma (lo cual se diferencia de la actividad interpretativa, cuyo objeto son *enunciados normativos* o *textos*)²⁶.

Este entendimiento de la interpretación y aplicación jurídica y su plena inserción en un contexto en donde el *peso de los argumentos* es decisivo para la adopción de la *mejor decisión posible*, es lo que intensifica la importancia de que la *organización del proceso* tenga como parte esencial la determinación de aquellas alegaciones de las partes sobre cómo interpretar los textos normativos, si los medios de prueba presentados por la contraparte no corroboran la hipótesis por ellos formulada, si debe emplearse alguna metanorma para resolver algún conflicto entre reglas o principios, etc. La dimensión argumentativa de la actividad de interpretación y aplicación del derecho, por tanto, genera que cobre mayor importancia la dimensión participativa.

Es así que se manifiesta nítidamente la intersección entre contradictorio, motivación y prueba: las partes tienen derecho a *influir* en la propia elaboración de la decisión, contribuyendo con sus fundamentos y argumentos, buscando demostrar la veracidad de sus alegaciones de hecho, direccionados estos a probar que la razón les asiste.

23 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè, 2011, pp. 3-11 y 63 y ss.; Chiassoni, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Boloña: Il Mulino, 2007, pp. 49 y ss.

24 TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 39 y ss.; Guastini, Riccardo. Ob. cit., pp. 13 y ss.

25 CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milán: Giuffrè, 1999, pp. 572 y ss.; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Ob. cit., pp. 11 y ss.

26 *Ibidem*, pp. 136 y ss.

VI. CONCLUSIONES

La práctica judicial y arbitral en nuestro país poco contribuye con la racionalización en el trabajo con los medios de prueba y con la actividad decisoria. En efecto, la mera transcripción de los pedidos de la demanda hace que se sacrifique la posibilidad de que el juez o árbitro realice un adecuado examen fáctico-jurídico de la causa, conduciendo a decisiones mal motivadas.

Por ello, lo que se conoce como «puntos controvertidos» y «saneamiento probatorio» según la terminología del CPC debe entenderse como una actividad que podemos denominar «organización del proceso» que comprenda la delimitación del objeto litigioso del proceso, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos fáctico-jurídicos proporcionados por las partes, todo mediante la activa participación de estas. El juez, por su parte, al motivar su decisión, trabajando con las cuestiones de hecho y derecho como *elementos inseparables*, tiene que evidenciar que dicha *influencia* realmente existió.

Todo ello permitirá un trabajo más eficiente que, a la postre, promoverá los derechos fundamentales al contradictorio y a la prueba y, además, coadyuvará para el adecuado cumplimiento del deber de justificación de las decisiones judiciales y arbitrales.

NEUROCIENCIA Y DERECHO. LA DECISIÓN EMOCIONAL DEL JUEZ EN EL PROCESO JUDICIAL

Neuroscience and Law. The judge's emotional decision in the judicial process

Jhonatan Samuel Peña Carlos*
Universidad Andina del Cusco

Recepción: 8/5/2017

Aceptación: 2/10/2017

Resumen

Toda decisión judicial tiene que estar revestida de la garantía de imparcialidad, esta decisión, por lo tanto, debe tener una justificación racional por parte del juez; sin embargo, advertimos que dicha decisión está impulsada por emociones, aspecto que únicamente puede abordarse a través de una perspectiva Neurocientífica. En el artículo se formularán propuestas con la finalidad de lograr, en la mayor medida posible, la imparcialidad en las decisiones judiciales, una de ellas relacionada con el control de las emociones por medio de la manipulación del contexto en el que surgen —educación emocional—, y la otra es diseñar una técnica procedimental en el proceso, considerando un juez de instrucción y otro de sentencia.

Palabras clave: Neurociencia; fuentes del Derecho; ordenamiento normativo; emociones y comunicación procesal.

Abstract

Every judicial decision must be supported by the guarantee of impartiality, therefore this decision should be covered by a rational justification by the judge, nevertheless we noticed that this decision is driven by emotions, an aspect that can only be presented through a Neuroscientific perspective. In this paper, as far as possible, proposals will be formulated with the aim of achieving, impartiality in judicial decisions, one of them related to the control of the emotions by manipulating the context in which they arise —emotional education— and the other is to design a procedural technique in the process, considering an investigating judge and a sentencing judge.

Keywords: Neuroscience; sources of Law; normative ordering; emotions and procedural communication.

* Integrante del Centro de Investigación de Derecho Procesal, asistente en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Wanchaq. Estudiante de la Universidad Andina del Cusco.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Neurociencia y sus avances de investigación científica, de análisis de la estructura y funcionamiento del cerebro han causado impactos significativos en el entendimiento de distintas disciplinas científicas; la dogmática jurídica no está exenta a ella, ya que puso en debate, y hasta ahora, el entendimiento de la noción del libre albedrío y la responsabilidad.

En este trabajo, me propongo de manera modesta tratar de analizar, en primer lugar, la relación existente entre Neurociencia y Derecho, para luego abarcar la decadencia del positivismo, ello en razón de que resulta indispensable mencionar que el Derecho requiere no solo de una base normativa legislada —verbalizada— sino también de una base muda —no verbalizada—; esto genera una nueva forma de entender lo procesal, no solo por la nueva configuración del sistema de fuentes, que también abordaremos, sino porque esa nueva faz sistémica de los orígenes del Derecho que tienen un componente redefinido desde la teoría del Derecho tácito —mudo—.

Así mismo, intentaré explicar el papel de las emociones en el proceso de la toma de decisiones, para luego desarrollar un ecosistema conjuntivo —interacción procesal— conformado por el protagonismo del juez y de las partes judiciales, con el fin de explicar la imperceptibilidad racional de la comunicación procesal no verbalizada, no racionalizada, es decir, todos los rasgos subjetivos que son un factor importante y silencioso en el proceso para la toma de una decisión judicial por parte del juez.

Espero que el conjunto de estas reflexiones logre introducir nuevamente la teoría de las emociones en la dogmática jurídica. En fin, si bien resulta un poco novedoso incorporar la palabra Neurociencia al Derecho, también es necesario —en proyección al futuro de esta ciencia social— la búsqueda de aquella perfectibilidad del otorgamiento o, mejor, prestación de justicia. Se requiere, entonces, adoptar todas las medidas necesarias en la tarea de búsqueda continua de la justicia, así como abarcar más temáticas y realidades para resolver los conflictos intersubjetivos. Neurociencia significa, de esta manera, esperanza de revolucionar la justicia para el mañana.

II. NEUROCIENCIA Y DERECHO

En palabras del profesor Jordi Nieva, en Derecho, menos mal que se dejó de hablar únicamente de ello, Derecho, como si fuera una religión. Es claro

que dicha ciencia social debe nutrirse de otras ciencias, porque el Derecho trata con la sociedad, con las personas, por ende la Neurociencia tiene como desafío, en la dogmática jurídica, examinar y conocer los pensamientos y razonamientos de una persona en sociedad.

Es a partir de la investigación *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*¹, que emergió una interacción entre las dos disciplinas académicas —Neurociencia y Derecho—, las cuales han impactado una con otra, resultando entre ambas estudios interdisciplinarios; un ejemplo de esta cooperación científica, es la aplicación de técnicas neurofisiológicas y psicofisiológicas² en la investigación policial, en el ámbito del Derecho Penal, gestando así nuevas estrategias de investigación para la explicación de la conducta y la valoración de la responsabilidad criminal.

El neurólogo Facundo Manes señala que «la Neurociencia estudia la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos»³; de la misma manera, concluye que la Neurociencia estudia, además, las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y todas las acciones socio-psicológicas de la persona.

El primer experimento que dio luz a la complejidad de nuestro cerebro es el suceso que padeció Phineas Gage⁴, un capataz de ferrocarriles que trabajaba en Cavendish (Vermont, EE. UU.), en la construcción de una línea ferroviaria. Horas antes de que Phineas sufriera el accidente, que se narrara *infra*, era considerado un colaborador amable, educado, eficiente, responsable y capaz.

Phineas, en instantes en que realizaba su trabajo, por descuido presionó uno de los explosivos que provocaron que una barra —tamaño de un palo de escoba— le atravesara el cráneo por la mejilla izquierda y saliera por el

1 GARLAN, Brent. *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*, New York/ Washintong: DANA, AAAS, 2004. Cfr. Semir Zeki y Oliver Goodenough: *Law and the Brain*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

2 Así a modo de ejemplo se pueden citar técnicas como el diagnóstico de Encefalograma (EEG), P300, la tomografía axial computarizada (TAC), la tomografía por positrones (PET), la tomografía computarizada de emisión monofotónica (SPECT), entre otras.

3 FACUNDO, Mateo. *Usar el cerebro, conocer nuestra mente para vivir mejor*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2014, p. 25.

4 El voluminoso trabajo de Malcolm Mac Millan ha servido para aclarar los múltiples errores en la documentación de la historia de Phineas Gage, así como para demostrar las tergiversaciones que se produjeron, muchas por el mero afán de colorear la situación y otras por deficiencias en la competencia de especialistas que han narrado episodios asociados al caso.

córtex anterior de cerebro⁵, es decir, el lóbulo frontal fue completamente atravesado. Milagrosamente, contra todo pronóstico, fue dado de alta después de dos meses de recuperación, a razón de que Gage no presentaba ninguna alteración en su conciencia tras el brutal accidente, es más, todo su ámbito racional, como su capacidad de memoria, el uso del lenguaje, su atención y su razonamiento básico se encontraban en perfectas condiciones; sin embargo, tiempo después empezó a mostrar conductas negativas, cambios de personalidad, Phineas Gage se convirtió en un hombre irregular, rebelde, blasfemo e impaciente.

¿Cómo se explica este suceso?, Gage se convirtió en un caso experimental que permitía demostrar que el cerebro no está únicamente conformado en su integridad por zonas racionales, sino también por zonas emocionales, las cuales están alojadas en el lóbulo frontal de nuestro cerebro. Así se pudo explicar que los cambios de comportamiento de un sujeto estaban relacionados con un traumatismo cerebral en una zona específica, lo cual alteraba aspectos de personalidad, la emoción e interacción social.

A partir de este hecho, se pudo entender de mejor manera el funcionamiento del lóbulo frontal, ya antes se le había considerado como estructuras cerebrales sin función ni relación con el comportamiento humano. En consecuencia, Phineas Gage al haber sufrido el accidente —narrado líneas arriba— ya no era la misma persona, es decir, pasó a ser de una persona amable a ser una persona odiosa, grosera y mal educada, pese a que todas sus capacidades racionales se encontraban normales.

«Pero no fue hasta el uso de la neuroimagen⁶ que se hizo posible una localización más certera de las zonas cerebrales que pudieron correlacionarse con cuestiones de personalidad»⁷, es así que en un reciente experimento, se pidió a una variedad de hombres que puedan clasificar las fotos de 25 mujeres en función de su atractivo físico —belleza—. El resultado fue el siguiente, que la mayoría de los hombres se sentían atraídos por las mujeres que tenían las pupilas dilatadas, lo crucial fue que ninguno de los hom-

5 Los informes originales fueron elaborados por el Dr. John Martyn Harlow (1819-1907), quien presentó el caso a las sociedades médicas en aquel entonces.

6 Entendida la neuroimagen como el conjunto de técnicas que permiten obtener imágenes del cerebro.

7 NARVAEZ, Maribel. «El impacto de la neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva». En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* n.º 15, Madrid, 2012, pp. 195-230.

bres se había percatado de esta característica en ellas; lo extraordinario fue que ninguno tenía conciencia de que esto había influenciado en su decisión, nadie dijo «he observado que sus pupilas eran dos milímetros más grandes en esta foto que en esta otra»⁸, solo se sintieron atraídos por determinadas mujeres. ¿Entonces quién decide?

Con el uso de la neuroimagen se pudo advertir que el cerebro de los hombres sometidos al experimento sí sabía que los ojos dilatados de las mujeres tenían relación con la predisposición y reproducción sexual, pero esto no lo sabían los hombres que participaron en el estudio. Cuando los hombres eligieron a las mujeres más atractivas para ellos, no tenían idea que la elección en realidad no era suya, sino que pertenecía a los programas más profundos que han quedado grabados en el cerebro —creencias y emociones—.

Lo impresionante de ambos ejemplos es que nada de lo que ocurre en nuestro cerebro está bajo nuestro control, «la mente consciente no se halla en el centro de la acción del cerebro, sino más bien en un borde lejano, y no oye más que susurros de la actividad»⁹ cerebral, por ende, no hacemos lo que queremos sino que en realidad queremos lo que hacemos de manera predispuesta.

En ese sentido, estaríamos controlados por nuestro cerebro, nuestras acciones y decisiones no serían más que órdenes provenientes de esta materia gris de 2 kilos, en consecuencia la voluntad o el libre albedrío sería una mera ilusión.

En este contexto, la repercusión de la Neurociencia en el Derecho puede expresarse en la determinación, por ejemplo, de la capacidad de una persona, en su imputabilidad, en la verificación de psicopatías y alteraciones cerebrales que puedan modificar su comportamiento; pero no solo ello, también puede tener injerencia en el desarrollo del proceso jurisdiccional, específicamente en la imparcialidad e independencia judicial en la toma de decisiones por parte de los jueces.

Finalmente, tenemos que recordar que hubo una etapa de ignorancia científica, la cual siempre estaba convalidada por un criterio positivista, ahora nos damos cuenta que la ley no es perfecta ni suficiente para imputar ni

8 EAGLEMAN, David. *Incógnito. Las vidas secretas del cerebro*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2013, p. 13.

9 *Ibidem*, pp. 18 y ss.

para juzgar, no es el todo, por ende hay una decadencia del positivismo y a partir de ello habría una nueva clasificación de fuentes del Derecho que pueden ser mudas tácitas, por ejemplo la interacción de sujetos, estas últimas que pueden ser expresadas y estudiadas a partir de la Neurociencia, y que pueden ser incorporadas al entendimiento distinto y completo del ordenamiento normativo.

III. DETRÁS DEL POSITIVISMO

Durante mucho tiempo, el imperio de la ley o positivismo jurídico, se aseguró, en la doctrina, que el Derecho legal —objetivo o legislativo— actuaba en forma espontánea en la sociedad. Es decir, el gran complejo interactivo de los individuos en sociedad funcionaba siempre al calor de la vigencia de la ley —escrita y, por tanto, verbalizada— aun cuando las personas no las invocaran en sus quehaceres cotidianos, desde lo más simple como hacer cola para comprar un producto, hasta un contrato con *traditio brevi manu*, etc.

Es de suponer, por ejemplo, que hacer cola no requiere una remisión a reglas de cómo hacer colas, estas existen de manera tácita. Sin embargo, el discurso del positivismo señalaba que las actuaciones espontáneas, como hacer colas, eran hechas por remisión y por actuación única y exclusiva de las reglas impuestas por el legislador.

Nuestro planteamiento remite, principalmente, a la idea de la no exclusividad del accionar de los usuarios en base a reglas como razones únicas y excluyentes para la acción, sino más bien como una pluralidad de razones, entre ellas, por ejemplo, la interacción de sujetos, que es un campo perfecto del estudio de la Neurociencia.

Por todo ello, la pérdida de hegemonía del positivismo jurídico abrió un espacio enorme para (re)reconsiderar el Derecho Natural y, con él, la posibilidad de entender el Derecho no como consecuencia de la actividad y voluntad del legislador, sino como el resultado de una única y monopólica fuente: la ley, sobre todo, como un ordenamiento de normas o resultados interpretativos de un elenco de fuentes.

Desde la discusión y la creación de las fuentes del Derecho atribuidas a Friedrich Karl von Savigny, a través de su metáfora hidráulica, aún no existe un teoría general de las fuentes del Derecho, de allí que su entendimien-

to, por ende su clasificación, al día de hoy, es una verdadera interrogante. Si bien el concepto de fuente no es unívoco, existen distintos significados y diferentes interpretaciones sobre ello, por ejemplo, se denomina fuente a «(...) toda clase de actos que estén autorizados a producir normas, aun si por casualidad determinado acto de aquella clase, carezca de contenido normativo»¹⁰. Bajo esta línea de razonamiento, solo los actos que estén autorizados —actos dotados de autoridad— son aquellos que pueden producir normas; sin embargo, esta idea no es del todo cierta ya que hay actos —no dotados de autoridad— que producen normas, en consecuencia, a partir de ello podemos proponer la siguiente clasificación de fuentes con relación a lo siguiente:

- a) Un ámbito escrito, expreso, verbalizado, legislado, denominado Derecho Formal, está conformado por fuentes como i) principios formales, ii) leyes, iii) jurisprudencia y, iv) doctrina; todas con la característica de tener una actuación espontánea, mínimamente expresa o verbalizada, y, de sufrir *crisis de cooperación*¹¹, solicita la actuación forzosa a través de la Tutela Jurisdiccional.
- b) Un ámbito no escrito, tácito, no verbalizado, denominado *Derecho Mudo*¹², que está conformado por fuentes como: i) la costumbre, ii) los principios de remisión abierta, y iii) la interacción cotidiana de los sujetos; esta última conformada a su vez por acciones provocadas por deseos, creencias y emociones. Dichas fuentes tienen la característica de tener una actuación espontánea muda o tácita, y de sufrir *crisis de cooperación* muda y se ajusta al Derecho formal para tener actuación forzosa a través de la Tutela Jurisdiccional.

A raíz de la clasificación de estos dos elencos de fuentes —verbalizado y no verbalizado o formal e informal—, corresponde entender al Derecho como un ordenamiento normativo, es decir, el Derecho es siempre norma; sin embargo, esto no supone que toda entidad normativa en el Derecho

10 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Trad. César E. Moreno. Lima: Raguel, 2016, pp. 100 y ss.

11 «Es lo que impide al titular de la situación de ventaja obtener todas aquellas utilidades que el derecho sustancial le atribuye. En vista de la prohibición de autotutela privada, el titular del derecho debe, por lo tanto, necesariamente recurrir al proceso, instrumento con el cual solicita al Estado —representado por el Juez— una providencia que le permita disfrutar de la *res...*». PROTO PISANI, Andrea. *La tutela Jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 30.

12 Para mayor profundidad, cfr. SACCO, Rodolfo. *Il diritto muto: Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*. Bologna: Il mulino, 2015, p. 9.

sea norma. Las normas existen por la existencia de otros componentes: las fuentes. El Derecho —por ende la norma— es el resultado interpretativo de sus fuentes.

En ese sentido, ¿qué tipo de normas son las que componen el ordenamiento normativo?, la respuesta, desde una perspectiva clásica, es «el ordenamiento está compuesto por normas originarias, derivadas, formuladas, expresas, metanormas, etc.»¹³. Sin embargo, el Derecho entendido como ordenamiento normativo no está compuesto solo por normas formales —verbalizadas—, sino también por normas tácitas —no verbalizadas—.

Hasta aquí, lo desarrollado ha tenido como objetivo identificar la participación de otro tipo de fuentes del Derecho, que nacen a raíz de la decadencia del positivismo jurídico y que forman y son parte del ordenamiento normativo, es así que percibimos la importancia de esta nueva fuente —interacción humana— que está a su vez expresada, específicamente, por las acciones de un sujeto y estas a su vez conformadas, particularmente, por deseos, creencias y emociones.

IV. LA IMPORTANCIA DE LAS EMOCIONES Y EL DERECHO

«Las emociones —miedo, alegría, tristeza, ira, amor, odio, envidia, vergüenza, indignación, compasión, culpa, orgullo, admiración, celos, esperanza, remordimiento, sorpresa, gratitud, resentimiento, repugnancia, arrepentimiento, rencor, desdén, ilusión, desilusión, desesperación, entusiasmo, hastío— ocupan un puesto central en la vida del hombre, influyen en su manera de pensar, de percibir, de interpretar el mundo, de elegir objetivos de actuar...»¹⁴, es a raíz de ello que el jurista se interesa con la finalidad de entender la responsabilidad de las acciones del hombre y el reproche que merece otorgarle a conductas antijurídicas.

Si bien las emociones han sido el objeto de estudio de diversas disciplinas científicas, como la Filosofía, la Sociología, la Antropología, la Biología, la Medicina entre otras, estas no han sido descuidadas por la Filosofía del Derecho, sobre todo por los juristas del Civil Law; esto no sucede en el ámbito del Common Law, ya que existe un movimiento denominado *Law and*

13 Cfr. GUASTINI, Riccardo. Ob. cit., p. 619 y ss.

14 CAZARUS, R.S y LAZARUS, B. *Pasión y Razón. La comprensión de nuestras emociones*. Barcelona: Editorial Paidós, trad. De Montse Ribas Casellas, 2000, Cap. 12.

*Emotion*¹⁵. Este descuido de estudio asombra, ya que las emociones son un componente importante en la interacción de las personas en sociedad, porque influyen en sus comportamientos y en la toma de decisiones.

La relación entre las emociones y el Derecho puede ser formulada desde distintos ámbitos, por ejemplo, desde el plano del infractor de la norma, puesto que «...al derecho —especialmente al Derecho Penal— no le interesa exclusivamente el aspecto externo de las acciones, sino también las intenciones del agente...»¹⁶; no obstante, también desde el lado del Juez; con relación a lo último, «¿son útiles ciertas emociones a la hora de juzgar y aplicar el derecho, o por el contrario, los jueces deben despojarse de ellas?»¹⁷.

Las emociones pueden ser consideradas como puntos ciegos, como predisposiciones y sensaciones de actuar de una u otra manera, con la característica peculiar de que no tienen un contenido significativo ni mucho menos racional —fuera de la razón—.

El intento de explicar el papel de las emociones en el proceso de la toma de decisiones fue desarrollado por el neurólogo Antonio Damasio. El autor construye su hipótesis con relación al entendimiento clásico de la racionalidad. Señala, que cuando un sujeto —persona— se enfrenta a una situación en la que se debe tomar una decisión, su cerebro elabora una serie de respuestas o alternativas y sus correspondientes resultados; «para nuestra conciencia los supuestos están formados por múltiples escenas imaginarias, no realmente como una película ininterrumpida, sino más bien como destellos pictóricos de imágenes clave de dichas escenas»¹⁸, por tanto ¿cómo podría escogerse entre distintas opciones, supuestos y alternativas que se presentan?

Damasio refiere que la postura tradicional de la racionalidad dispone que para decidir previamente debe realizarse una evaluación, un análisis de cada opción, supuesto o alternativa en función de los costes y beneficios esperados, es decir, se debe atribuir a cada respuesta un valor adicional de ventaja o desventaja. La tarea no parece fácil, la racionalidad puede elaborar una lista interminable de opciones y cada una de ellas puede tener

15 LITTLE, L. E. «Negotiating the Tangle of Law and Emotion». En *Cornell Law Review* 86, 974. New York: Cornell University, 2000.

16 GONZALES, Daniel. *Emociones, responsabilidad y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 16.

17 Cfr. *Ibidem*, p. 18 y ss.

18 DAMASIO, A.R. *El error de Descartes. La emoción la razón y el cerebro humano*. Trad. De Joandomenec Ros. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 2004, p. 201.

distintos escenarios de pros y contras, por lo tanto «si dicha estrategia es la única opción de la que disponemos, la racionalidad (...) no funcionará. En el mejor de los casos, nuestra decisión tomará un tiempo excesivamente largo, mucho más de lo que sería aceptable, si ese día hemos de hacer alguna otra cosa. En el peor de los casos, puede incluso que no acabemos tomando una decisión, porque nos habremos perdido en los desvíos de nuestro cálculo»¹⁹.

Hay que tener en cuenta, que el proceso evolutivo del hombre está marcado por la toma de decisiones a cada instante, esto implica que ocupar un tiempo para evaluar racionalmente cada opción, supuesto o alternativa para decidir, causaría un perjuicio en nuestro desarrollo, en consecuencia, concuerdo con el autor en que las cosas no funcionen así.

La respuesta, según Damasio, es que cuando el cerebro se llena de distintas alternativas de decisión junto con sus posibles resultados, algunas de ellas se conectan con sensaciones agradables y desagradables. A estas sensaciones Damasio las denomina marcadores somáticos y estos «... fuerzan la atención sobre los resultados negativos y positivos y pueden hacer que rechacemos la alternativa por ese curso de acción, con lo que, en la práctica, el razonamiento opera con un número significativamente menor de alternativas. Pues bien los marcadores somáticos no son otra cosa que las emociones»²⁰.

Para tener más claro este escenario, Damasio nos lo explica con el siguiente ejemplo:

[...]Elliot, era un hombre de negocios con una vida familiar satisfactoria, hasta que se operó un tumor en la meninges —una zona del cerebro asociada a las emociones—. A partir de entonces Elliot pareció perder su capacidad para gobernar su vida: realizó negocios desastrosos, se divorció, se casó y se divorció de nuevo, perdió sus amistades etc. En las pruebas que se le hicieron mostró un comportamiento normal de la sociedad y una plena capacidad de la memoria, uso del lenguaje, atención, razonamiento básico, etc. Sin embargo, presenta una reducción de sus reacciones emocionales, y si tenía que tomar una decisión (aunque fuera tan trivial como para concertar una nueva cita), podía pasar horas analizando los pros y contras de cada alternativa, sin llegar nunca a decidirse (aunque luego aceptara sin más cualquiera de las soluciones que le propusieran).

19 Cfr. *ibidem*, pp. 203.

20 GONZALES, Daniel. Ob. cit., p. 119.

Por consiguiente, la toma de decisiones no es racional ni lógica, está marcada por la emoción; es más habría que considerar que la mayoría de las veces la toma de decisiones es automática. Ello no implica una sustitución de la razón por las emociones, sino una colaboración entre ellas, lo que se hace entonces es justificar racionalmente la decisión que tomamos impulsados por la emoción, es decir, lo racional es la justificación de la decisión emocional. Asimismo, las emociones contribuyen al proceso de decisión generando una sensación de urgencia necesaria para tomar la decisión a tiempo.

V. LA DECISIÓN EMOCIONAL DEL JUEZ EN EL PROCESO

Las emociones en el proceso dominaron por mucho tiempo la justificación de las decisiones del juez, ello a raíz de la interacción del magistrado con las partes procesales, es ahí, donde se olvidó que toda interacción en el proceso ineludiblemente se expone emocionalidad entre los sujetos, ya que, en tanto estos sean humanos, esto siempre será así.

Si bien los primeros actos de comunicación entre los actores del proceso se dan con la interposición de la demanda, es en la audiencia donde coexiste una mayor interrelación de todas las partes en el proceso; es decir, allí se genera una comunicación procesal que puede abarcar tanto el ámbito formal como el tácito, que se puede expresar de la siguiente manera:

- a) Comunicación procesal formal, se refiere al lenguaje escrito y/o hablado, *v. gr.*, imperativos procesales —deberes, obligaciones y cargas—, actos de partes, actos del juez —oficios, exhortos y notificaciones—. Esta comunicación procesal tiene un amplio espectro de realización sobre todo en la actividad probatoria, y la hermenéutica que abarca es la tradicional —legal—.
- b) La comunicación procesal tácita se refiere al lenguaje no verbalizado, *v. gr.*, lenguaje corporal y circunstancialidad emocional en la conducta procesal. Esta comunicación, al no ser formal, es incógnita, es decir, al ser muda es estrictamente *ecológica*²¹, y no puede servirse de la hermenéutica de la comunicación expresa, ella es insuficiente para la interpretación de los actos mudos. Aquí corresponde ver una neurohermenéutica.

21 La interacción de los seres vivos entre sí.

En ese sentido, el juez al tener una interacción con las partes, ya sea a través de una demanda o a través de una audiencia, acoge un deber: estar predispuesto a escuchar las miserias de las partes; es decir, el juez tendrá que familiarizarse con las emociones de los procesados, en consecuencia, sin saberlo, establecerá una conexión emocional distinta con cada una de las partes, por ejemplo, con la agraviada o el demandante compasión, empatía, protección, amparo, defensa, entre otras, y por otro lado, con el imputado o demandado desprecio, rechazo, indignación, ira, etc.

El juez no es consciente de que adoptó esa conexión, lo que sucede es que su cerebro límbico —ese que gobierna las emociones— se percató de esta comunicación tácita, no verbalizada, no consciente o simplemente muda; por ende, la justificación de una decisión judicial está en base a emociones, consecuencia de la comunicación muda emocional del juez con la interacción con los justiciables y con los actos procesales, la cual no es racionalmente reparada porque nace en la zona límbica del cerebro del juez.

Pareciera que la asignación de una dosis de racionalidad a la motivación de las decisiones judiciales logró conjurar las emociones del proceso, aun con los riesgos de la inmediatez, con la idea de que una decisión sujeta a los hechos del caso concreto y al ordenamiento normativo es una decisión justa, es decir, en tanto más objetiva sea la decisión será entendida como más justa; sin embargo, la subjetividad —que es como se visualiza a la emocionalidad— corroe la justicia de la decisión judicial.

Si es así, ¿el juez podrá ser imparcial? —teniendo en cuenta que la imparcialidad comprende la independencia del juez y que en su plano interno, implica la asepsia de emocionalidad, porque esta puede pervertir la (re) construcción de los hechos del caso concreto sin que el juez lo repare racionalmente—, la respuesta es no, ya que la mente judicial está corrompida, contaminada. El juez decide en base a sus emociones, por consiguiente, si en él existe una predisposición emocional, que no está en la posibilidad de modificar o controlar, entonces no puede ser imparcial. Si no hay imparcialidad, entonces no hay objetivismo, justicia ni equidad.

La lectura de esta interferencia emocional en la decisión judicial solo podría darse a nivel Neurocientífico, propiamente, con aquello que podemos denominar *neurohermenéutica*, es decir, solo podría interpretarse por una lectura de la actividad eléctrica cerebral gracias a la Neurociencia y en ellas, propiamente, por el uso de la tecnología de la *Functional magnetic resonan-*

ce imaging (fMRI)²², que permite medir la variación de los flujos sanguíneos en determinadas áreas cerebrales, así mismo permite ver las regiones cerebrales que se activan o trabajan con determinada operación mental del Juez, técnica interpretativa que seguramente no demorará mucho tiempo en tomar cuerpo teórico.

VI. PROPUESTAS PARA LOGRAR EL OBJETIVISMO EN EL PROCESO

Con la finalidad de salvaguardar el objetivismo de la justicia y la equidad, y es que en puridad, para evitar esta teátrica intervención de los sujetos procesales y, por tanto, la afectación de las decisiones judiciales por parte de las emociones, proponemos lo siguiente:

- a) Un control de las emociones por medio de la manipulación del contexto en el que surgen, es decir que el juez sepa y sea consciente de las circunstancias o condiciones que despiertan emociones en él y las que desea controlar, lo cual parece ser una tarea difícil; sin embargo sería una manera de suprimir las condiciones que hacen que surjan las emociones. Esta propuesta nace de aquello que podemos denominar educación emocional, ya que para evitar la injerencia de las emociones en las decisiones judiciales corresponde previamente que el juez comprenda su propia naturaleza, las motivaciones humanas y reconozca sus emociones, a partir de ello recién se disponga a adaptar la norma al caso concreto, para evitar el *enjuiciamiento prima facie*²³.
- b) Un proceso con intermediación como el que ya existe, pero con una configuración de técnica procedimental particular, el cual prevea un juez instructor y otro de sentencia. Esta técnica está sujeta a la mecánica de contaminar en la menor medida posible la imparcialidad del juez. Este último no dejará de tener emocionalidad en el caso concreto, eso es cierto, pero en la mayor medida posible reducirá su emocionalidad.

Si bien resulta necesario e imprescindible un proceso siempre con intermediación —interacción de los sujetos procesales—, sin embargo, nos hemos dado cuenta que esta comunicación neuroecológico —procesal resulta

22 TARUFFO, Michele y NIEVA, Jordi (Dirs.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.

23 NIEVA, Jordi. *El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2007.

determinante en la toma de decisiones del juez, en la medida en que el orden emocional siempre tendrá presencia en la mente del juzgador lo que al pasar desapercibido por la racionalidad del hombre— juez solo podría ser descifrado por una interpretación, y consecuente motivación, que solo estaría en los alcances de la Neurociencia.

VII. CONCLUSIONES

1. Siempre se ha omitido la comunicación tácita, emocional o muda en el proceso. El influjo de la Neurociencia empieza a proyectarse en mayores espacios procesales, de los que la decisión del juez no puede escapar.
2. La incorporación de nuevas fuentes, como las no verbalizadas, particularmente la interacción de usuarios a través de sus acciones y específicamente de sus emociones, presenta una nueva concepción sobre cómo debe entenderse el Derecho y el ordenamiento normativo.
3. La decisión judicial, por ser actividad humana fruto de una interacción procesal no puede dejar de tener un componente emocional, en mayor o menor proporción, pero siempre en alguna medida; por tanto, la motivación de esa decisión no solo es la que permite el cerebro analítico o racional, sino también el escenario del cerebro emocional —límbico— del juez, que según la Neurociencia, domina la forma cómo se construye una decisión judicial y que su interpretación solo estaría a cargo del *neuroderecho*, propiamente de la *neurohermenéutica* jurídica.

COMENTARIOS A LAS MODIFICACIONES AL LIBRO DEL ACTO JURÍDICO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Comments to the amendments to the book of the legal
act of the *Civil Code of 1984*

Mario Castillo Freyre*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Jhoel Chipana Catalán**
Universidad San Martín de Porres

Recepción: 5/5/2017

Aceptación: 2/10/2017

Resumen

Los autores dan cuenta de forma clara y directa de las consecuencias positivas y negativas de los cambios realizados al *Código Civil*, advierten la necesidad de los mismos y su justificación con base a lo que la realidad exige para una adecuada constitución y desarrollo de las relaciones humanas, y su impacto en el derecho.

Palabras clave: Acto jurídico; manifestación de voluntad; plazo, insolvencia; quiebra.

Abstract

The authors give a clear and direct account of the positive and negative consequences of the changes made to the Civil Code, allowing them to notice the need for them and their justification based on what the reality demands for appropriate constitution and development of the human relationships, and their impact on law.

Keywords: Legal act; manifestation of will; term; insolvency; bankruptcy.

* Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre. Profesor en la misma universidad.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre. Profesor en la Universidad San Martín de Porres.

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, desde la entrada en vigencia del *Código Civil* en el año de 1984, una importante cantidad de normas legales han sido modificadas, producto de problemas muy puntuales que el legislador ha querido abordar de manera distinta.

Varias de estas reformas han sido positivas y otras no. Pero todas esas modificaciones han sido fruto de reformas concretas que constituyen la manera cómo deben evolucionar los códigos civiles a lo largo del tiempo.

Nos gusten o no las reformas puntuales reflejan lo que el legislador considera como variaciones necesarias al transcurrir de los años, motivo por el cual siempre hemos sido partidarios de que los códigos civiles se modifiquen de esta forma, es decir, cuando existen —según el legislador— motivos muy concretos para su intervención.

Dentro de ese orden de ideas, a través de este artículo vamos a comentar las modificaciones que ha sufrido el Libro II, denominado Acto Jurídico, del *Código Civil* de 1984.

II. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 141

Artículo original	Artículo vigente ¹
<p>Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.</p> <p>No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.</p>	<p>Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.</p> <p>No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.</p>

¹ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 27291, publicada el 24 de junio de 2000.

De una lectura detenida del artículo 141 del *Código Civil*, se tiene que la versión vigente solo es distinta con relación a su predecesora en dos temas:

- El primero, es que ahora se señala que la manifestación de voluntad es expresa cuando se «realiza» y ya no cuando se «formula». Este cambio, como puede verse, resulta intrascendente, por cuanto en uno u otro caso se entiende lo mismo, esto es: se hace referencia a la exteriorización de la manifestación de voluntad de un sujeto de derecho. Pero consideramos que es más apropiado en Derecho el uso del término derogado.
- En segundo lugar, ahora se establece que será expresa (la manifestación de voluntad) cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, y se añade, además del medio directo, a un medio manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Aquí cabe preguntarse si era necesario agregar lo que ahora se encuentra vigente. Creemos que no, y esto por una sencilla razón: al ser la manifestación de voluntad oral o escrita, ello importa que se puedan utilizar diversos medios para que llegue a su destinatario. Es decir, una cosa es la manifestación de voluntad propiamente dicha, y otra distinta son los medios de los que ésta se sirve para llegar a la persona a la que estaba dirigida. En ese orden de ideas, modificar un artículo para incluir una obviedad resulta innecesario. ¿Acaso, antes de que el artículo 141 sea modificado, alguien entendía que una manifestación de voluntad no era expresa cuando se realizaba en forma, por ejemplo, escrita, a través de cualquier medio mecánico? Sin duda a nadie se le había ocurrido algo semejante, a la par de cuestionar la validez de una manifestación de voluntad de este tipo, categorizándola de cualquier otro tipo menos de que sea expresa².

2 En torno a la manifestación de voluntad, conviene precisar que ésta es expresa cuando los medios empleados por el sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien debe conocerla. Tales medios pueden ser orales y escritos o documentales, así como mediante el uso de la mímica. Para delimitar conceptualmente la manifestación tácita, debe tomarse una vía de eliminación y llegar al concepto por lo que residualmente queda. Con este procedimiento, hay que considerar en primer lugar el segundo párrafo del artículo y, eliminando todo aquello que queda fuera de la manifestación tácita, arribar al meollo de la misma, teniendo en consideración, además, la prudencia con la que el codificador establece su configuración mediante la noción contenida en el artículo 141. VIDAL, Fernando. *El acto jurídico*. 7.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 99.

Teniendo en cuenta lo señalado, consideramos que la modificación que ha sufrido el artículo 141 de nuestro *Código Civil* fue completamente innecesaria, pues no obedeció a una necesidad real de corregir o precisar de mejor manera el sentido del tema que dicho precepto normativo se encarga de regular.

III. LA ADICIÓN DEL ARTÍCULO 141-A

Artículo vigente³

Artículo 141-A.- En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Esta norma desarrolla un aspecto que sería, aparentemente, especial y de ahí la aparente necesidad de ser incorporada en el *Código Civil*: la formalidad que impone la ley a determinada manifestación de voluntad en ciertos casos.

En efecto, en la contratación celebrada por medios electrónicos, la formalidad *ad probationem* si bien no guarda relación con la existencia del negocio, ni de su validez, existe la necesidad de probar el negocio jurídico celebrado por medios electrónicos, precisamente por la naturaleza del medio empleado.

Es decir, celebrado el negocio, observando la forma electrónica, puede, sin embargo, destruirse o simplemente desconocerse dicho mecanismo empleado para su consecución. En realidad, en este sentido, nos estamos refiriendo al documento *ad probationem*,⁴ que significa el hecho de que no se admite prueba si no es mediante el documento —informático—, producto de haber observado la forma al celebrar el negocio⁵. En consecuencia, lo

3 Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 27291, publicada el 24 de junio de 2000.

4 Distinto de la formalidad *ad probationem*, ya que en esta última el Derecho Positivo exige la forma escrita *ad probationem*, el negocio celebrado podrá ser probado de cualquier manera, por cualquier medio probatorio. En cambio, para el documento *ad probationem*, si el Derecho Positivo exige la prueba mediante el documento, entonces, destruido este después de haber observado la forma, el negocio no puede probarse (Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1993, p. 312).

5 ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., p. 312.

que se exige no es la formalidad *ad probationem*, sino el documento, que viene a ser el soporte material donde se registra el contrato, siendo —para el contrato celebrado por medios electrónicos—, el documento informático, tal como lo establece la norma peruana.

Sin perjuicio de lo señalado, debe recordarse que el artículo 141 del *Código Civil*⁶ establece que la manifestación de voluntad es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

Es decir, no era necesario incluir un nuevo artículo como el que estamos analizando, porque el artículo 141 no restringe la formalidad ni la vía a través de la cual se manifiesta la voluntad de una persona. En otras palabras, cuando la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta siempre se ha podido generar o comunicar a través de medios electrónicos, pues el *Código Civil* de 1984 no prohíbe dicha posibilidad.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo bajo comentario da a entender que no es lo mismo un instrumento público que uno privado, y de ahí la necesidad de que la autoridad competente deba dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

En lo relativo a la expresión «versión íntegra», se tiene que el legislador ha dejado a la interpretación su contenido.

Desde nuestro punto de vista, esas palabras (versión íntegra) significan que debe garantizarse para su verificación posterior. De hecho, puede importar un documento escrito, pues lo escrito predominaría para demostrar un hecho. Este aspecto se encuentra en directa relación con la legislación peruana sobre documentos informáticos y con las certificaciones que permiten a las partes la vinculación de ellas con el documento informático, mediante la Ley Peruana de Firmas y Certificados Digitales.

6 Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Sin perjuicio de lo señalado, esta nueva norma enfoca el tema desde un ángulo que pretende otorgar mayor precisión y especificidad al supuesto de hecho que regula, aunque, como ya señalamos, la misma no era necesaria.

IV. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 181

Artículo original	Artículo vigente ⁷
<p>Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. 2.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido. 3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas (sic) por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. 	<p>Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación. 2.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido. 3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas (sic) por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

El artículo 181 regula los supuestos en que el deudor pierde el derecho al plazo. Cazeaux y Trigo⁸ sostienen que la caducidad del plazo es la privación de los beneficios del término antes del vencimiento, en virtud de una disposición legal. Es una sanción que la ley impone al obligado a raíz de actos suyos en perjuicio del acreedor. Esta pena consiste en tener por cumplido ficticiamente el plazo, adelantando los efectos de su vencimiento.

⁷ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del *Código Procesal Civil*, aprobado por Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

⁸ Cfr. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO, Félix A. *Compendio de Derecho de las obligaciones*. tomo I. La Plata: Editorial Platense, 1986, p. 281.

Teniendo ello en cuenta, la norma consigna tres supuestos en que esto ocurre. No vamos a comentar los incisos dos y tres del artículo bajo estudio, por cuanto los mismos no han sufrido modificación.

Sí comentaremos el inciso primero, por cuanto a él se ha añadido que «Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación».

Dicho precepto contiene una presunción que admite prueba en contrario si es que se garantiza la deuda o se señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de la prestación, lo cual debe ocurrir dentro de los quince días de emplazado con la demanda.

Lo señalado, en parte, ya se encontraba regulado por el primer párrafo del inciso primero, ya que en él se establece que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, «salvo que garantice la deuda».

Sin embargo, entendemos que la norma del segundo párrafo establece una presunción, razón por la cual podría entenderse que esa doble regulación (relativa a garantizar la deuda) sí tiene sentido, pues en un caso no hay una presunción y en otro sí la hay.

Empero, cabe preguntarse si establecer dicha presunción ha sido un acierto. Junto a Vidal⁹ podemos señalar que con la modificación introducida se establece una presunción para determinar la insolvencia del deudor. Ella requiere de un emplazamiento judicial para que dentro de los quince días siguientes el deudor constituya garantías o señale bienes libres que pueda embargarle el acreedor, por valor suficiente. Si transcurren los quince días la presunción de su insolvencia opera y el acreedor puede pedir que se den por vencidos los plazos tramitando su demanda como proceso sumarísimo y hacer uso de las medidas cautelares que le aseguren la satisfacción del crédito. Pero si el deudor garantiza la deuda, entendiéndose la garantía como una en sentido estricto, o le señala al acreedor bienes libres de gravamen por valor suficiente para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, desaparece la inseguridad del acreedor en cuanto a poder hacerse pago y, en este caso, el deudor recupera el derecho a utilizar el plazo.

9 Cfr. VIDAL, Fernando. *Acto jurídico*. Ob. cit., p. 319.

Teniendo en cuenta estos comentarios, creemos que por utilidad práctica sí ha sido un acierto establecer esta presunción, máxime si se tiene en cuenta que ella opera a favor del acreedor, quien podría ser, en suma, afectado con el no pago de la deuda.

Finalmente, cabe anotar que se ha añadido un último párrafo al artículo bajo comentario, el cual establece que la pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los tres incisos, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo, siendo especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

V. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 182

Artículo original	Artículo vigente ¹⁰
Artículo 182.- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.	Artículo 182.- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.	También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.
El procedimiento es el de menor cuantía.	La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

El artículo bajo estudio regula el tema del plazo tácito y del plazo potestativo, en su primer como segundo párrafo, respectivamente. No haremos mayores comentarios sobre el particular, por cuanto su regulación, tanto en el texto original como en el texto vigente, es la misma¹¹.

Empero, el cambio que ha sufrido este artículo se refiere a un tema procesal, ya que el texto de origen establecía que el procedimiento era el de menor cuantía, mientras que ahora se señala que la demanda se deberá tramitar como proceso sumarísimo. En ese sentido, creemos que la precisión realizada en el nuevo texto resulta adecuada, pues de esta forma el precepto halla sintonía con el contenido del *Código Procesal Civil*, vigente desde el año 1993.

10 Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del *Código Procesal Civil*, aprobado por Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

11 A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de VIDAL, Fernando. *Acto jurídico*. Ob. cit., pp. 319 y ss.; y TORRES, Aníbal. *Acto jurídico*. 5.ª ed., vol. I, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 686-688.

VI. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 186

Artículo original	Artículo vigente ¹²
<p>Artículo 186.- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.</p> <p>El procedimiento es el de menor cuantía.</p>	<p>Artículo 186.- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.</p> <p>La demanda se tramita como proceso sumarísimo.</p>

Este artículo ha sufrido una modificación en los mismos términos que la que sufrió el artículo 182 del *Código Civil* ya analizado. En ese sentido, hacemos de aplicación a este artículo, *mutatis mutandis*, los comentarios que realizamos con ocasión del análisis del artículo 182.

VII. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 195

Artículo original	Artículo vigente ¹³
<p>Artículo 195.- El acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho, cuando concurren las condiciones siguientes:</p> <p>1. Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor o, tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, que el acto esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.</p>	<p>Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.</p> <p>Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:</p>

Continúa...

12 Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del *Código Procesal Civil*, aprobado por Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

13 Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del *Código Procesal Civil*, aprobado por Resolución Ministerial N.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

... viene

Artículo original	Artículo vigente
<p>2. Que, además, tratándose de actos a título oneroso, el tercero tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor, y, en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa.</p>	<p>1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.</p> <p>2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.</p> <p>Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.</p>

El artículo 195 del *Código Civil* regula un tema muy importante como es el de la acción pauliana. Así, de manera general podemos señalar que en virtud de esta acción, conocida también como acción de ineficacia, el acreedor solicita que se declare (con respecto a él) la ineficacia de los

actos realizados por su deudor, los mismos que tengan como objeto que éste renuncie a derechos, o desaparezca o disminuya su patrimonio, perjudicando el pago que debe realizar del crédito actual o futuro. En otras palabras, en virtud de esta acción se busca proteger el crédito de un acreedor, pero no basta que el deudor disminuya su patrimonio, sino más bien que ello debe ir de la mano con que se perjudique el cobro del crédito que posea.

Torres¹⁴ sostiene que, declarada la ineficacia, el acto, en sí mismo válido y eficaz, es inoponible al acreedor, el cual puede comportarse como si tal acto no se hubiese efectuado, y de allí nacen las siguientes consecuencias:

- El acreedor vencedor en la acción pauliana puede ejecutar los bienes enajenados por el deudor, no obstante que ya no le pertenecen a éste. Si quedare algún remanente después de cancelado el crédito, pertenece al adquirente de los bienes.
- La ineficacia aprovecha solamente al acreedor demandante y no a los otros acreedores.
- El dueño actual de los bienes o el deudor pueden paralizar la acción pagando el crédito o garantizándolo.
- En la relación entre deudor y adquirente, el acto impugnado es válido y eficaz. En tal virtud, el adquirente despojado del bien por efecto de la ejecución, puede exigir de su transferente (el deudor enajenado), en aplicación del artículo 1222 del *Código Civil*, la restitución del importe utilizado para la satisfacción del crédito y la indemnización del daño.

Hechas estas precisiones, corresponde analizar las modificaciones que este artículo ha sufrido en comparación con su texto vigente, las mismas que podemos esquematizar de la siguiente manera:

- Se señala, en el texto vigente, que el acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se aborda el tema de los actos celebrados a título gratuito, cuestión que no se encontraba regulada por la redacción original del artículo bajo estudio. Ello nos parece adecuado, por cuanto

14 Cfr. TORRES, Aníbal. *Acto jurídico*. volumen II, Ob. cit., p. 817.

se pone énfasis en diferenciar los actos jurídicos celebrados a título gratuito, de aquellos celebrados a título oneroso.

- En segundo lugar, el nuevo texto presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro. Cabe anotar que esta presunción admite prueba en contrario, por cuanto el deudor sí podría acreditar la posibilidad de pagar íntegramente la prestación debida. Empero, en tanto ello no ocurra, creemos que se hizo bien en establecer dicha presunción que opera a favor del acreedor.
- De otra parte, en el segundo párrafo del artículo vigente se hace mención a los actos celebrados por el deudor a título oneroso, y se estipula que para que opere la acción de ineficacia en este supuesto, deben concurrir dos requisitos, además de los establecidos en el primer párrafo del artículo bajo estudio. Nótese que a diferencia del texto original del artículo 195 del *Código Civil*, el texto vigente esquematiza, con mejor técnica legislativa, cuáles son las clases de actos sobre los que podría recaer la acción pauliana, establece sus presupuestos y consigna las consecuencias de los mismos, todo ello de manera más metódica y clara que su predecesor. Así, el segundo párrafo regula los requisitos para estar ante una acción pauliana con respecto a los actos celebrados a título oneroso.
- En ese sentido, el primer requisito importa que si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, el tercero debe haber tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos. La redacción de este requisito, sin duda, nos parece más clara que la de su predecesor. Además, y dejando de lado el aspecto formal, creemos que ordena de manera adecuada los supuestos de hecho que hacen referencia, básicamente, a lo siguiente: (i) el crédito debe ser anterior al acto de disminución patrimonial; (ii) que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o haya estado en razonable situación de conocerlo o no ignorarlo; (iii) que exista un eventual perjuicio.
- Por otro lado, el segundo requisito al que hace mención el segundo párrafo del artículo 195, se refiere a cuando el acto cuya ineficacia se solicita es anterior al surgimiento del crédito, y el deudor y el tercero

lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Así, la ley presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor y también se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

- Finalmente, en el último párrafo del artículo bajo comentario, se establece que incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Asimismo, corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito. Creemos que este último párrafo es repetitivo, por cuanto en un proceso judicial de acción pauliana, corresponde recurrir al principio en virtud del cual quien alega algo debe probarlo (para el caso del acreedor), así como al principio de contradicción (para el caso del deudor y del tercero).

En suma, somos de la opinión de que el texto vigente del artículo 195 del *Código Civil* es, con excepción de su último párrafo, un acierto, por cuanto se ha esquematizado y establecido de mejor manera los supuestos en que opera la acción pauliana, así como sus consecuencias.

VIII. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 200

Artículo original	Artículo vigente ¹⁵
Artículo 200.- Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra.	Artículo 200.- La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable. Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra.

El texto vigente del artículo 200 del *Código Civil* regula la vía procesal que deberán seguir las acciones paulianas. Así, se establece que cuando

¹⁵ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del *Código Procesal Civil*, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

la transferencia se produce a título gratuito, el proceso que se debe seguir es el sumarísimo. De otro lado, en caso nos encontremos ante un acto de transferencia a título oneroso, el proceso a seguir será el de conocimiento.

Nos parece acertado que se establezca que es procedente que las partes puedan solicitar al juez que dicte medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable. Así, en la acción pauliana será de especial interés del acreedor que se le otorgue una medida cautelar de anotación de la demanda en los Registros Públicos donde están registrados los bienes objeto de la pretensión de ineficacia, para asegurar el resultado de la sentencia definitiva, evitando que aparezcan terceros subadquirentes en propiedad o en garantía a título oneroso y de buena fe¹⁶.

Hasta aquí, se tiene que el primer párrafo del artículo vigente ha sido un acierto, si se le observa desde un punto de vista práctico.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo bajo comentario precisa que quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra, que es lo mismo que señalaba el artículo en su redacción original. A tales efectos, sólo cabe precisar que serán de aplicación las disposiciones del derecho concursal contenidas en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal.

IX. COMENTARIOS FINALES

Como se puede apreciar, algunas modificaciones han sido positivas y otras no. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que un *Código Civil* debe ser modificado atendiendo a circunstancias especiales y muy concretas. De lo contrario, se caería en la vieja tentación de realizar modificaciones que no son necesarias, sino más bien producto de tentaciones intelectuales que en muchos casos no llevarán a tener un Código orgánico y útil para nuestra sociedad.

16 Cfr. TORRES, Aníbal. *Acto Jurídico*. volumen II, Ob. cit., p. 839.

LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS A SUMA ALZADA EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN EL CASO DE OBRAS

The denaturization of monetary increasing contracts in the Law of Contracts of the State in the case of works

Hugo Sologuren Calmet*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 19/7/2017

Aceptación: 2/10/2017

Resumen

Mediante el análisis del sistema de contratación a suma alzada regulado en la normativa en contrataciones del Estado, el autor logra dar cuenta del procedimiento de desnaturalización de dicho sistema en la práctica actual, logrando constituir así un sistema de contratación mixto para el alcance del equilibrio económico financiero del contrato estatal.

Palabras clave: Suma alzada; precios unitarios; expediente técnico; desnaturalización del contrato estatal.

Abstract

Through the analysis of the monetary increasing of contracting system, regulated in the regulations of contracting of the State, the author succeeds in explaining the process of denaturalization in the current practice of this system, thus achieving to constitute mixed contracting system for the attainment of the economic balance of the state contract.

Keywords: Monetary increasing; unit prices; technical file; denaturation of the state contract.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exvocal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Abogado especialista en derecho empresarial, administrativo, regulatorio y litigios arbitrales.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la contratación pública, las entidades contratan bienes, servicios, obras y consultorías de obras; dependiendo de las particularidades del objeto de la contratación, se puede establecer un valor económico fijo o variable.

En la práctica los contratos pueden ser de dos tipos: a suma alzada o a precios unitarios; el primero se da generalmente a un precio fijo e invariable; el segundo que tiene precios independientes y, por lo que realmente se ejecuta, es variable en términos concretos.

En el caso específico de obras, se utiliza la contratación a precios unitarios cuando no se tiene fijada la cantidad exacta de lo que se va a ejecutar; caso contrario, se utiliza la suma alzada que determina un precio único por toda la ejecución de la obra. No obstante en la experiencia constructiva y en la contratación pública, las entidades licitan prácticamente todo por suma alzada; en el caso de obras, del 100 % de procesos de selección más del 70 % de los mismos está sujeto a la suma alzada.

Esta situación ha presentado un escenario bastante recurrente, que se desarrolla cuando la obra es ejecutada y se advierte que el expediente técnico posee deficiencias, omisiones, defectos o vacíos que impiden la adecuada ejecución de la obra y además determinan que el ejecutor realice actividades que no se encontraban contempladas en el expediente técnico, generándose sobrecostos que las entidades públicas no reconocen al amparo de la suma alzada.

Lo expuesto ha generado una indeterminada cantidad de procesos arbitrales, en los cuales las primeras alegaciones del demandante consisten en el detalle de diversas deficiencias del expediente técnico que le han generado mayores costos en la ejecución de la obra que las entidades se negaron a reconocer y que los obligan a recurrir a un arbitraje para buscar obtener el respeto del principio del equilibrio financiero del contrato.

II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMA ALZADA EN LA LEY DE CONTRATACIONES

El sistema de contratación de suma alzada se encuentra recogido en la Ley de Contrataciones del Estado vigente, asimismo ha estado presen-

te en las diversas y predecesoras normas de contratación que ha tenido nuestro país.

Particularmente el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente (en adelante, el RLCE) regula el sistema de contratación de suma alzada en su artículo 14, que señala:

1. A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.

Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico, en ese orden de prelación; debiendo presentar para la suscripción del contrato el desagregado de partidas que da origen a la oferta. El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra.

Tratándose de consultoría de obras, el postor formula su oferta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los términos de referencia y el valor referencial, en ese orden de prelación.

No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales.

Cabe señalar que el sistema de contratación de suma alzada es el sistema que tradicionalmente se ha venido usando en la contratación pública.

No obstante el RLCE establece una precisión que no se encontraba en las normas sobre contratación precedentes, la cual consiste en la prohibición de usar este sistema para la contratación de obras referidas a saneamiento y viales.

La prohibición comentada responde a la experiencia constructiva y a los innumerables procesos arbitrales en los que contratistas han obtenido sendos resultados positivos, en reclamaciones destinadas a desvirtuar la aplicación de este sistema en los casos específicos de obras de saneamiento y viales, que por sus particularidades no pueden ser definidas en un 100 % y que en muchos casos la suma alzada ha jugado en contra de los intereses del Estado.

III. EL EXPEDIENTE TÉCNICO Y SU DEBIDA FORMULACIÓN

Es de pleno conocimiento que el expediente técnico juega un rol fundamental en la ejecución de la obra, pues es la guía de todo el proceso constructivo.

Se define al expediente técnico de obra¹ como «el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado,² fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios».

Como puede apreciarse, el expediente técnico de obra está formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definen, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutará.

La información que se presenta en el expediente tiene por finalidad poner en conocimiento de los postores sobre los requerimientos de la entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno para que puedan realizar adecuadamente sus ofertas.

Debemos tener en cuenta que, en función a lo que se presente en el expediente técnico, es que el posible ejecutor de la obra podrá saber el alcance de la obra y realizar un análisis de los costos, así como de su rentabilidad a fin de decidir sobre su participación en el proceso de selección.

Tan vital es la información contenida en el expediente técnico y en sí su formulación, que sobre lo que contenga éste se podrá tener una obra adecuada o una pésima obra.

Particularmente, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado sostiene que los documentos que integran el expediente técnico «se deben interpretar en conjunto³ a fin de que se proporcione información suficiente, coherente y técnicamente correc-

1 De conformidad con el numeral 24 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones.

2 De conformidad con el numeral 5 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el Calendario de avance de obra valorizado es «El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de obra, por periodos determinados en las Bases o en el contrato.»

3 De conformidad con lo dispuesto por la Opinión N.º 051-2011/DTN.

ta», que permita formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la entidad y la normativa de la materia.

3.1. Responsabilidad de la entidad en la formulación del expediente técnico

La adecuada formulación del expediente técnico de una obra implica que los documentos que lo componen sean elaborados teniendo una real y efectiva intervención en el lugar donde se ejecutará la obra.

Suele suceder que los expedientes se elaboran en oficina y no se realizan los estudios correspondientes o no se hace una evaluación y verificación integral del lugar a intervenir, lo que lógicamente impacta de forma negativa en el desarrollo de la ejecución de la obra. Por ello resulta trascendental la responsabilidad en la formulación del expediente.

A manera de comentario, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Constataciones del Estado derogada, establecía en el quinto párrafo del artículo 134 que las entidades eran las responsables de la adecuada formulación del expediente técnico y de evitar en lo posible su reformulación.

Así, el numeral 32.7 del artículo 32 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado vigente (en adelante LCE), establece:

32.7 La responsabilidad por la adecuada formulación del Expediente Técnico o Estudios Definitivos corresponde al proyectista y a la supervisión, de acuerdo al alcance de los respectivos contratos, y la aprobación a la Entidad. De igual modo, la entrega completa de la información que es puesta a disposición de los postores, corresponde a la Entidad.

La norma vigente aclara específicamente que la responsabilidad de la adecuada formulación del expediente recae en el proyectista, profesional (externo) contratado para la elaboración del documento técnico. En el caso de que la misma entidad haya formulado el expediente, por su calidad de proyectista, será la responsable de su adecuada formulación.

4 Artículo 13.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar (...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. **La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.**

Asimismo, se determina que la entidad posee responsabilidad compartida desde el momento en que aprueba el expediente técnico formulado por un tercero.

El escenario ideal es que ante esta imposición de responsabilidad los expedientes técnicos sean adecuadamente formulados y no sean objeto de reformulaciones por deficiencia u omisiones.

3.2. Deficiencias u omisiones en el expediente técnico

Una deficiencia⁵ es un defecto o imperfección de algo o alguien. Por su parte, un defecto⁶ implica la carencia de alguna cualidad propia de algo.

El OSCE ha señalado que una deficiencia del expediente técnico puede presentarse cuando los documentos que lo componen no cumplen con definir adecuadamente las características, alcance y la forma de ejecución de la obra, tampoco describe adecuadamente las condiciones del terreno. En otras palabras, se puede identificar una deficiencia en un expediente técnico cuando no presente información *suficiente*, coherente o técnicamente correcta para determinar el alcance de las prestaciones que se deben ejecutar⁷.

Asimismo dicha entidad ha precisado que si bien la omisión de información en alguno de los documentos que forman parte del expediente técnico, pero detallada en otro (u otros), se podría considerar una deficiencia del expediente técnico —dado que uno o alguno de sus documentos no estaría presentando la información que debería—, dicha falta de información no podría originar la aprobación de una prestación adicional de obra⁸.

De lo expuesto, se entiende que la omisión total de información (entiéndase, en todos los documentos que forman parte del expediente técnico), podría generar la aprobación de una prestación adicional de obra.

Según lo expuesto, en los procesos arbitrales que se generan, siempre se tiene presente como un argumento de defensa de la entidad que los postores

5 Según el *Diccionario de Lengua Española* 21.^a (en adelante, el DRAE), «deficiencia», en su primera acepción, significa 1. m. Defecto (II Imperfección).

6 Asimismo, el DRAE, «defecto», en su primera acepción, significa «1.m. Carencia de alguna cualidad propia de algo».

7 Opinión N° 014-2015-DTN.

8 Opinión N° 014-2015-DTN.

pueden presentar consultas y observaciones⁹ sobre la información contenida en el expediente técnico durante el proceso de selección con el objeto de que la Entidad aclare dicha información.

Sin embargo, esto se deja de lado: muchas de las deficiencias y omisiones del expediente técnico **solo pueden advertirse durante la ejecución del contrato (obra)**.

Esta situación constituye una externalidad que acarrea mayores costos difícilmente previsibles, generando reformulaciones, adicionales, ampliaciones de plazos y otros que afectan el presupuesto de la entidad y/o el contratista, que si no son reconocidos rompen el principio del equilibrio económico del contrato.

IV. DEFINICIÓN DE CONTRATOS DE SUMA ALZADA

Como lo señala el artículo 14 del RLCE, el sistema de suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definida) en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas.

Así se define al contrato a suma alzada como aquel en virtud del cual el constructor o contratista se obliga a aportar los materiales, organización, administración y realización de la totalidad de los trabajos que sean necesarios para la ejecución íntegra y oportuna del proyecto encomendado por el dueño o propietario de la obra; todo ello a cambio de un precio fijo y predeterminado¹⁰.

El aspecto característico de este contrato es que se ejecuta la totalidad de la obra a un precio fijo inamovible.

Así el hecho de que el precio de un contrato de construcción sea a suma alzada no tiene ninguna implicancia en la extensión del alcance de las obligaciones del constructor (tales como la de proveer los materiales o la de asegurar la calidad del diseño o el rendimiento de la obra una vez terminada), sino que solo establece que el monto de las utilidades de éste en el negocio será el resultado de restarle al precio la totalidad de los costos y gastos en los

9 A mayor abundamiento, puede revisarse el artículo 28 de la Ley y los artículos 54 y 56 del Reglamento.

10 MOLINA, Carlos y RÍOS, Víctor. *Derecho de la construcción*. Santiago de Chile: O'Print Impresores, 2016, p. 48.

que ha incurrido para cumplir con sus obligaciones. Jurídicamente, ello se traduce en que el precio del contrato se mirará como la única contraprestación a las obligaciones contractuales del constructor, con independencia de los costos incurridos para cumplirlas¹¹.

En este tipo de contrato, ante la determinación del precio fijo invariable, se tiene como consecuencia que el propietario de la obra se libere de los riesgos de la variación de los costos de la ejecución del proyecto, independientemente de que la oscilación provenga del precio variable de los materiales, insumos, herramientas y costos.

Esto implica dos cuestiones fundamentales:

- a. El contratista realiza su oferta que no está sujeta a ajustes en función a la información proporcionada por el propietario de la obra.
- b. El deber de información adquiere sustancial importancia, dado que, ante lo entregado por el propietario es que el contratista realizará su oferta¹².

El segundo aspecto es en buenos términos el elemento constitutivo de la buena fe que importa que las partes atiendan al cumplimiento de sus obligaciones, colaboren en la ejecución de la obra y procuren el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una.

Considerando que la oferta se da ante la información brindada, resulta determinante que el contratista cuente con un proyecto completo y definitivo.

En base a la buena fe el contratista asume que el proyecto y sus especificaciones están en un cien por ciento completos y no son ambiguas¹³.

Por ello el **contratista asume el riesgo de la ejecución de la obra**, empero no asume los riesgos ni los mayores costos que puedan afectar la obra a consecuencia de las modificaciones que se introduzcan al proyecto, ni tampoco deberá asumir los efectos en costo y plazo originados en la falta de claridad, precisión o detalle del proyecto encomendado¹⁴.

11 SUTHERLAND, Thomas. *Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras*. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100004.

12 *Ibidem*.

13 MOBLEY, Thomas. *Fundamental of Consortium Law*. 2.ª división. ABA Forum on The Construction Industry. 2001.

14 MOLINA, Carlos y RÍOS, Víctor, Ob. cit., p. 52.

En suma, debemos tener en cuenta que estos contratos se basan en un monto total que será abonado al contratista **por la ejecución de los trabajos que estén contemplados dentro del juego de documentos de la licitación**¹⁵, es decir, los planos, memoria descriptiva, estudios de suelos, topografía y especificaciones técnicas, por lo que, «(...) la mínima desviación en la extensión del proyecto incluida en dichos documentos, salvo que sea corregida después en otras cláusulas del contrato, cambiará la extensión; (...)»¹⁶.

De lo señalado, se tiene que **estos contratos son mayormente usados cuando existe suficiente información acerca del proyecto**, es decir cuando cuentan con los planos, las especificaciones y las memorias técnicas completas, lo cual permite al contratista realizar ofertas bastante cercanas a la realidad; es decir, principalmente se emplean de la mano de concursos de licitación competitivos¹⁷.

De la regulación establecida en el RLCE se concluye de forma lógica que el **presupuesto de aplicación de la contratación a suma alzada es que se cumpla con tener definido lo que va a ser ejecutado, aquí reside su naturaleza.**

V. EL TRATAMIENTO DEL CONTRATO A SUMA ALZADA EN EL CÓDIGO CIVIL. MENCIÓN REFERENCIAL

Independientemente de que para el caso de la contratación de obras públicas no es posible la aplicación directa de las normas de derecho privado (*Código Civil*), a manera referencial queremos traer a colación cómo recoge este cuerpo normativo al contrato de suma alzada en el ámbito civil y que tiene en su naturaleza un parecido sustancial con lo regulado por la LCE y el RLCE.

El *Código Civil* señala en su artículo 1776, lo siguiente:

Artículo 1776.- El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

15 ECHEVARRÍA, Fernando. *Asegurando el valor en proyectos de construcción: Una guía estratégica para la selección y contratación del equipo del proyecto*. [Tesis para optar el Título de Ingeniero Civil]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2007, p. 49.

16 LEVY, S.M. *Administración de proyectos de construcción*. México D. F.: Mc Graw Hill, 2002, p. 19.

17 *Ibidem*.

El *Código Civil* no define el concepto de «ajuste alzado»; dicho cuerpo normativo usa el término «a suma alzada», que constituye una expresión generalmente aceptada en los usos y costumbres de la rama de la construcción, pero, finalmente, el significado de ambos es exactamente el mismo.

En esta modalidad de contrato, las partes acuerdan establecer una equivalencia invariable, por regla general, entre el valor de la obra terminada (el íntegro del trabajo del contratista concretamente convenido y especificado) y el precio (retribución) pactado.

De esta manera el contratista no puede cobrar ninguna cantidad adicional por todo lo que ejecute con el fin de culminar la obra, sin excepción alguna, y según los alcances contratados de la obra. Así todos los costos incurridos por el contratista son de su exclusiva cuenta y riesgo sin posibilidad de luego realizar una reclamación por este aspecto.

Ahora bien, si se hacen cambios o se realizan actividades que no se encontraban contempladas en la documentación técnica, esto propiamente no responde al contrato de suma alzada.

Como lo señala un sector de la doctrina, «(...) todo aquello que no figura en estas especificaciones y descripciones, o que las exceda o supere, no forma parte de la obra pactada («lo que no está en los planos no está en el mundo») y, en consecuencia, no forma parte de las obligaciones del contratista. De lo anterior y de lo estipulado por el artículo 1776 del *Código Civil*, se desprende que todo trabajo u obra que no estaba comprendida específicamente en el pacto inicial, es como una nueva obra que no estaba pactada (...)»¹⁸.

Así queda claro que si lo que se va a ejecutar no se encuentra en la documentación técnica entregada propiamente esto no es parte del contrato de suma alzada y, por tanto, se convierte en una obra nueva.

VI. SOBRE LAS DEFICIENCIAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO. POSICIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Como habíamos señalado de forma precedente, existe una suerte de posición casi generalizada de las entidades públicas sobre el tema de las deficiencias y omisiones del expediente técnico.

18 TOVAR, María del Carmen y FERRERO, Verónica. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica. 2007, p. 225.

La Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado en la Opinión N° 014-2015-DTN ha concluido que:

Si bien la omisión de información en alguno de los documentos que forman parte del expediente técnico pero detallada en otro se podría considerar una deficiencia del expediente técnico, solo la omisión total de información, entendiéndose, en todos los documentos que forman parte del expediente técnico, podría generar la aprobación de una prestación adicional de obra.

Una deficiencia del expediente técnico podría considerarse un vicio oculto cuando, luego de culminado el contrato de consultoría de obra, se advierten defectos en el expediente técnico que no podían ser apreciados a simple vista o empleando la diligencia ordinaria, y que impiden que la Entidad pueda utilizarlo adecuadamente.

Particularmente no estamos en desacuerdo con lo expresado por la DTN; no obstante, la interpretación que han venido realizando las entidades públicas sobre esta opinión y su aplicación a los contratos a suma alzada es una cuestión preocupante.

Tenemos que las entidades públicas han venido sosteniendo que en los contratos a suma alzada no existe forma de que las deficiencias u omisiones generen mayores costos que deben ser reconocidos por éstas.

Tal es el caso que ha sido común escuchar o leer el argumento que la deficiencia u omisión sostenida por un contratista no era tal ya que la información contemplada en un determinado documento del expediente técnico subsanaba la observación realizada, no obstante, cuando se revisa con detenimiento este documento señalado por la Entidad Pública vemos que no existe propiamente una complementación de la información sino que por el contrario se evidencia una incompatibilidad.

Ante esta situación se generan dos posibles opciones:

1. El contratista evalúa la incompatibilidad y propone una solución técnica, que en muchos casos implica realizar actividades adicionales que no se encuentran contempladas en el expediente técnico (como un todo).
2. La entidad persiste en su posición y se genera una controversia que resulta en un proceso arbitral; en éste, ante la reiteración de la decisión de la Entidad sobre este punto se produce, en muchos casos, la imposibilidad de la continuación de la ejecución de la obra.

Con relación a la opción 1, la entidad no suele aceptarla, debido a que el contrato es a suma alzada y, por tanto, no corresponde reconocer al contra-

tista ningún concepto remunerativo adicional porque todo está considerado en el precio fijo establecido.

Es por ello que en la mayoría de casos se da la opción 2, y todo termina ante un Tribunal Arbitral que finalmente dirime, ante el adecuado sustento técnico, que debe considerarse y aplicarse la opción 1.

VII. DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SUMA ALZADA

Hasta aquí hemos llegado a una conclusión que cae de madura, la suma alzada solo aplica para aquello que está debidamente determinado (definido).

La sola deficiencia y omisión (ausencia total) en un expediente técnico determina *per se* la inaplicabilidad de la suma alzada. Aun cuando esta omisión puede incluso deberse por vicios ocultos o factores no imputables al proyectista.

En tal sentido, no podríamos hablar de un contrato a suma alzada y estaríamos ante una desnaturalización del mismo.

La Real Academia Española define a la palabra desnaturalizar como alterar las propiedades o condiciones de algo, desvirtuarlo¹⁹.

Recordemos que la principal característica del contrato a suma alzada es la definición y determinación de lo que va a ser materia de ejecución en el caso de obras. Si se ha omitido algo en el expediente técnico lógicamente no tenemos definido ni determinado lo que realmente se va a ejecutar.

Por ello no podríamos sostener válidamente que todo lo que sea necesario para la culminación del contrato debe ser asumido por el contratista bajo su cuenta y riesgo sin reconocérsele absolutamente nada.

Cuestión que afecta de forma absoluta el principio del equilibrio económico financiero del contrato.

VIII. EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Es definido como una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del

19 Recuperado de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=desnaturalizar>.

cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)²⁰.

Un sector de la doctrina sostiene que «esta idea de equilibrio o, como se dice aún, de ecuación financiera del contrato, consiste en considerar el contrato administrativo como un conjunto en el cual los intereses de las partes se condicionan; cuando, en algunas condiciones [...], el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular cocontratante, este tiene derecho para que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria»²¹.

Así, en un contrato de suma alzada, la introducción de variaciones en la obra puede traer como consecuencia ajustes en la retribución, ya sea que estos ajustes signifiquen un pago a favor del contratista, si las variaciones encarecerán la ejecución de la obra, o un ahorro del comitente, si las variaciones abaratarán su ejecución. Si es importante resaltar la importancia que tiene el acuerdo previo y escrito entre las partes sobre las variaciones que ejecutará el contratista. Por lo general, este acuerdo incluye una cotización de las variaciones que serán ejecutadas y regula el impacto económico de la misma con relación a la retribución pactada²².

IX. CONSECUENCIAS

A fin de establecer adecuadamente las consecuencias, debemos recalcar que todo aquello que no está contemplado en la documentación técnica de la obra no es parte de la suma alzada y constituye por sí misma una obra nueva, y tiene su propio tratamiento.

Consideramos que si estamos ante algo que no ha sido considerado en el expediente técnico y no ha sido debidamente definido debe ser reconocido a favor del contratista, en la medida que técnicamente se demuestre que su ejecución resulta indispensable para la finalidad del contrato, esto es para la culminación de la obra y su plena operatividad.

20 MARIENHOFF, Miguel. «Contratos administrativos». Teoría general. En *Tratado de Derecho administrativo* tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 469. En igual sentido, véase ESCOLA, Héctor. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Volumen 1, p. 452.

21 DE LAUBADERE, André e GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif* tomo I. París: LGDJ. 2001, p. 706.

22 TOVAR, María del Carmen y FERRERO, Verónica. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica. 2007, p. 225.

Es por ello que para efectos de proceder a su reconocimiento y pago dicha acción debería realizarse bajo la modalidad de precios unitarios, a fin de determinar exacta y concretamente lo ejecutado por el contratista.

Ello implicaría que la obra pasaría a tener un esquema de contratación mixto, esto es, de sumaalzada por las actividades originales y de precios unitarios por las actividades no consideradas y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

Solo para recordar, el RLCE vigente establece en el numeral 3 de su artículo 14²³ la modalidad mixta de contratación de servicios y obras.

De esta manera, una obra bajo el sistema de contratación de sumaalzada quedará desnaturalizada en la medida que las omisiones o deficiencias o defectos impliquen la ejecución de actividades no consideradas y que resultan necesarias.

X. CONCLUSIONES

El sistema de sumaalzada solo aplica para aquello que está debidamente determinado (definido). Si se pretende ejecutar algo que no se encuentra en la documentación técnica entregada, esto no es parte del contrato de sumaalzada y, por tanto, se convierte en una obra nueva.

La sola deficiencia y omisión (ausencia total) en un expediente técnico determina *per se* la inaplicabilidad de la sumaalzada. Aun cuando esta omisión puede incluso deberse por vicios ocultos o factores no imputables al proyectista.

Como consecuencia de la desnaturalización del contrato a sumaalzada se debe reconocer y pagar a favor del contratista lo que realmente deba ser

23 Artículo 14.- Sistema de Contratación. Las contrataciones pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación: (...)

3. Esquema mixto de sumaalzada y precios unitarios, aplicable para la contratación de servicios en general y obras.

Tratándose de servicios, cuando las prestaciones comprendan magnitudes o cantidades que pueden conocerse con exactitud y precisión, se contratan bajo el sistema de sumaalzada; los elementos cuyas magnitudes o cantidades no puedan conocerse, se contratan bajo el sistema de precios unitarios.

En el caso de obras, cuando en el expediente técnico uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, se contratan bajo el sistema de precios unitarios, en tanto los componentes, cuyas cantidades y magnitudes estén definidas en el expediente técnico, se contratan bajo el sistema de sumaalzada.

ejecutado y sea necesario para culminar con la ejecución de la obra, en base a precios unitarios, lo que en la práctica configuraría un esquema mixto de contratación.

El reconocimiento de la desnaturalización de la suma alzada conllevará al reforzamiento del principio del equilibrio financiero del contrato y permitirá alcanzar una armonía en la contratación pública.

RESUMENCRACIA, CONCURSOCRACIA Y LA «PEDAGOGÍA DE LA PROSPERIDAD»*

Summarycracy, concursocracy and the «Pedagogy of prosperity»

Lenio Luiz Streck**
Universidade de Santa Cruz do Sul

Recepción: 19/9/2017

Aceptación: 2/10/2017

Resumen

El autor da cuenta de una realidad sobre la que se desarrollan los estudios en las Facultades de Derecho, así como el ejercicio profesional del abogado en Brasil (y, por qué no, extensible también al contexto peruano, con ciertas particularidades), que dan cuenta de una manera limitada de aprender y ejercer el derecho.

Palabras clave: Pedagogía; enseñanza jurídica; concurso para la magistratura; cultura fast.

Abstract

The author gives an account of a reality on which the studies are carried out in the Faculties of Law, as well as the professional practice of the lawyer in Brazil (and, why not, extensible also to the Peruvian context, with certain peculiarities), which give account of a limited way of learning and exercising law.

Keywords: Pedagogy; legal education; competition for the judiciary; fast culture.

* Título original *Resumocracia, concursocracia e a «pedagogia da prosperidade»* publicado el 11 de mayo de 2017. Disponible en <http://www.conjur.com.br>. Con la autorización del autor, la traducción fue realizada por Eddy Chávez Huanca, profesor de Cine y Derecho, e integrante colaborador del grupo de Historia del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Fanny Ponce, licenciada en Derecho por la Universidad Continental y profesora de lengua portuguesa en el Centro de Idiomas de esa misma casa de estudios.

** Fue integrante del Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul desde 1986 hasta el 2014. Profesor en la Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Anduve por el centro comercial y me encamine a una librería extensa. ¹Pasé por filosofía, por historia... y llegué a los estantes de derecho. Un abismo. Es innegable que la mayor parte de los estantes están llenos de libros simplificados y simplificadores: *Autoayuda jurídica*, *Clichés jurídicos*, *Fórmulas para aprobar en concursos*. Estantes repletos de libros hechos para «resolver» los problemas del Derecho.

Fast food jurídico: esa es la solución, la moda. Un día de esos, vi uno de estos profesores divulgando su obra por el Facebook: Código Penal *para Concursos* ¡fantástico!, ya no es más el Derecho Penal... ¡es el Código Penal para concursos! Debe ser un NCP (nuevo código penal), y decía: «superactualizado». ¿Será que el adjetivo «actualizado» no contiene ya el superlativo? En fin, cosas de la resumencracia.

Parece obvio que nos encontramos frente a una «Pedagogía de la prosperidad» Si, es eso que la cultura *Fast* ha vendido a los «fieles». La posibilidad de «aprender» derecho sin «estudiar bien el derecho». Fácil; de forma directa, sin intermedios. Hace décadas que denuncio eso. En la conferencia del Tribunal Superior de Justicia, sugerí cambiar los concursos de arriba para abajo, forzando, así, a que las facultades y los talleres se adapten.

Hoy no ocurre lo contrario. Las facultades y los talleres (y la doctrina *Fast*) se adaptan a aquello que la prueba de la OAB² y los concursos exigen. Ya escribí más de una decena de artículos con sugerencias y críticas a quien elabora las preguntas de los concursos. Parece que ese «modelo» o «método» de elaboración de concursos contaminó la enseñanza jurídica, entrando al salón de clases. Y eso forjó una resistencia contra discursos críticos.

1 NOTA DE LOS TRADUCTORES

El presente artículo forma parte de las críticas que realiza el profesor Lenio Streck a aquellos mercaderes deificadores de la ley que han hecho de la enseñanza y aprendizaje del derecho un negocio de *fast food* o factoría de la banalización, que promueven conscientemente la anuladón del aparato crítico del estudiante y la reducen a memorizar fórmulas y claves para aprobar exámenes en concursos públicos.

Las referidas críticas terminan en un debate entre Lenio Streck y William Douglas —quien se manifiesta aludido— respecto de las capacitaciones y preparación para evaluaciones de futuros magistrados; el profesor Streck continúa la crítica de esa tónica de memorización, simpleza y pragmatismo banal que le cierra el paso a la reflexión y creatividad que todo abogado debe desarrollar, esto último, lapidado por las academias «cochera» de preparación para optar el título de abogado o plaza de magistrado. Todas las referencias del antes y después del debate se encuentran anotadas en las citas a pie de página, el tema es de considerar en razón de que también acontece algo similar en el ámbito peruano.

2 Ordem de Advogados do Brasil (Orden de Abogados de Brasil).

Áreas como medicina, física y filosofía hacen añicos el área jurídica. En la Capes³, hace algún tiempo, se decía, en la cúpula, que el Derecho debería ser transformado en un área profesionalizadora. Tal es la visión de las otras áreas en relación a lo que se está haciendo.

Lo que quiero decir es que la enseñanza jurídica —que cada vez más reproduce el tipo de literatura fácil-simplificada-resumida (etc.)— produce un blindaje de modo que su alienación es tan grande al punto de impedir el desarrollo de cualquier sentido crítico y aquellos que buscan un sentido crítico, pasan a ser desdeñados y tildados de elitistas. Acepto el error. Me enorgullezco de proponer una enseñanza y una doctrina profunda (y si quieren, llámenla elitista). Parece haber una rebelión de la mediocridad. La pregunta que queda es: ¿Enseñar derecho es posible, en medio de toda esa algarabía?

Una pregunta que aún no fue resuelta y que merece reflexión: ¿Es apropiado o adecuado —en términos del «ideal de vida buena» (Eudaimonia)⁴— enseñar trucos/estrategias para aprobar los concursos? Aquí parece bueno leer *El cuento de la escuela* de Machado de Assis. ¿Acaso queremos jueces, defensores, promotores, etc.? ¿Que sepan de derecho o que sean despiertos? ¿Queremos expertos o despiertos? O alguien me va convencer de que el *Coaching* jurídico (o algo de ese calibre) es cosa seria, en el sentido de mejorar el saber?

Este es un debate que debe ser iniciado. Los concursos son un medio; no pueden ser un fin en sí mismo. Ah, alguien dirá: en mi cursito no se enseña eso de ese modo. O: yo trabajo a partir de una metodología de memorización. Otros dirán, en defensa de estos «métodos» tipo Jiu-Jitsu, autoayudas, ninjas y similares, que se trata tan solamente de una mera estrategia para aprobar el concurso, que no hay una pedagogía «en sí» y que no pretende enseñar, porque el contenido, el alumno ya debe haberlo traído de la facultad [de derecho]. Ok, muy bien, yo hasta aceptaría la explicación, si la enseñanza en las facultades no hubiese sido desde hace mucho invadida por la mano invisible de ese imaginario resumencrático. La «pedagogía de la prosperidad» llegó a las facultades desde hace mucho. Ese es el problema.

En Brasil, los concursos ganaron vida propia; se volvieron grandes negocios, conducidos por la *Adamsmithiana* mano invisible de la concursocracia,

3 Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Coordinación de Perfeccionamiento del Personal del Nivel Superior).

4 *Eudaimon* es el adjetivo para «feliz».

pasaron a incrementar los *Quiz shows* donde uno para participar debe ser experto en memorizar, retroalimentados por una industria de libros-apostillas-resúmenes y similares. Todo un círculo vicioso...

...Bueno. Hubiera preferido no haber vuelto a este asunto antipático. Pero frente a algunos reclamos sobre el artículo⁵ en el que traté de la teoría de la adulación y similares, más allá de las críticas a textos o libros que enseñan a hacer pataditas, tuve que volver a hablar de eso.

POST SCRIPTUM: LA INVITACIÓN DE WILLIAM DOUGLAS Y «DÍGAME, DOCTOR»

Este artículo estaba concluido cuando supe que el doctor William Douglas quedó contrariado con lo que escribí en mi otro artículo que trata sobre *la teoría de la adulación y los testículos despedazados*, donde critiqué la literatura *Fast*, la metodología de los concursos y la enseñanza de tácticas de patadas. Hombre educado como yo, fue latoso en su respuesta crítica⁶. Quiero decir que mis críticas no son a la persona de William, con quien comparto una llana relación también, desde los tiempos del ID (Instituto de Derecho), cuando transitábamos en el Hotel Gloria en los años 90. Señaló estar resentido porque actué pesado en las críticas a cosas como «besitos en el hombro», técnica de patadas o Jiu-Jitsu (hay una parte del texto en que William Douglas dice que me da un *ippon*⁷ —que, además, es del Judo y no del Jiu-Jitsu—). Tengo guardadas las grabaciones de los congresos de los años 90. Siempre dije lo que aún digo hoy: la enseñanza *prê-à-porter*⁸ perjudica el derecho y la democracia. El Derecho es complejo, no se puede simplificar. Una enseñanza *Standard* corre el riesgo de banalizar inclusive a las garantías constitucionales. Véase si las garantías se transforman en una maña, como dice el enmascarado⁹ («esa maña es simple»,

5 Dicho artículo lleva como título *A concursocracia, a Teoria da Graxa e os testículos despedaçados*. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2017-abr-06/senso-incomum-concursocracia-teoria-graxa-testiculos-despedacados>.

6 El artículo de respuesta de William Douglas se intitula: *Lenio x Lenio: Uma resposta às reiteradas indelicadezas do Dr. Streck*. Disponible en: <http://blogexamedeordem.com.br/uma-resposta-as-reiteradas-indelicadezas-do-dr-streck/>

7 *Ippon*, término japonés utilizado en artes marciales de ese país: judo, karate y otras. Es una expresión, empleada en campeonatos (equivalente a un punto, con matices de estilos; sea bien *Karate Shobu Ippon*, o *Sambon Ippon*; o *Judo*).

8 Expresión francesa que significa «Listo para llevar».

9 Veán: no estoy comparando el curso o libros de William Douglas con el enmascara-

olvida Ferrajoli), el segundo paso es ignorarlas. Una enseñanza *Standard* es andar medio camino para el irrespeto de las garantías en Brasil. Nadie es hijo de incubadora.

A propósito, una cosa me dejó intrigado. William Douglas dijo: «popularmente hablando, “no se mata un pajarito con un cañón”. Creo excelente que la Academia produzca un saber jurídico extremadamente profundo y filosófico, pero guardemos ese saber para los lugares donde éste cabe».

Indago yo: Al final ¿Cuál es el lugar en que un saber extremadamente profundo y sofisticado cabe? Respondo: en mi opinión, cabe en la enseñanza, en la investigación y en la aplicación judicial. Pienso que el pueblo —que paga altísimos salarios a jueces, miembros del MP, defensores, etc.— los ciudadanos tienen derecho de tener «operadores» «bien instruidos» y no agentes reproductores de *drops jurídicos*. Los derechos de los ciudadanos no son «como pajaritos» que serán matados con cañón —además, no se debe matar pajaritos, estimado William Douglas— para que sean dejados a cargo de agentes públicos vitalicios que memorizarán códigos y aprenderán por técnicas Jiu-Jitsu y aprobarán el concurso (aun sabiendo que no todo es así). Quiero más que eso. Exijo más de los agentes públicos. ¿Por qué es exigido un profesor, en concurso, en conocimiento profundo y sofisticado? y, en la hora del concurso para el juez y promotor, cuyos salarios son el doble de un profesor de universidad, ¿debemos exigir apenas un saber mediano, a partir de preguntas que más exigen estrategia que sabiduría? ¿Eso no es hacer poco caso a las carreras jurídicas? Es más, imaginemos esto en la Medicina.

Algo como: «Creo correcto que la academia [médica] produzca saber extremadamente profundo, pero guardemos ese saber para los lugares donde cabe». Un enfermo clamaría, de hecho: «—Aplíquela en mi doctor». Así como el ciudadano, con derechos violados, también clamaría, en un fórum o tribunal: «Aplique el saber profundo y sofisticado en mi caso, doctor juez».

Sí, acepto el café y el té de *chimarrão*¹⁰, gentilmente ofrecidos por el estimado William Douglas, pero mantengo todas mis críticas. Que no son para él.

do ese. Pero uso el enmascarado como ejemplo del riesgo de simplificar el derecho en un derecho de masas. Es la banalización de lo simple. Disponible en <https://www.yooying.com/p/1479746790721952277>

10 Mate tradicional del Brasil.

Mis críticas, hace décadas, son dirigidas a una máquina que fue construida a lo largo de los años y de la cual William hace parte. Mis críticas son tan antiguas. Puedo decir —y comprobar— que ya las hacía hace 30 años atrás.

Por fin, no voy a citar a Renato Russo como hizo —dígase de forma espléndida— William Douglas y, sí, para parafrasear a Belchior: he leído muchos libros, conversando con personas (por ahí). He preguntado a las partes y a los abogados cómo han sido tratados por los agentes públicos en los fórums (principalmente en las audiencias) y tribunales. La respuesta ha sido la que escribí en una columna que tuvo más de 120 mil visitas¹¹. ¿Por qué esa columna fue tan exitosa? ¿Por qué será?, y ¿Por qué será que aún invertimos la carga de prueba en el derecho penal? , ¿por qué el nuevo CPC no ha sido aplicado? ¿No será, Doctor William Douglas, porque «*dejamos para otro lugar la aplicación del saber profundo y sofisticado*»? ¿No será por eso?

No quería volver al tema. Pero, no podía dejar de hacerlo.

11 El título del artículo es *Advocacia virou exercício de humilhação e corrida de obstáculos*. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2016-jul-28/senso-incomum-advocacia-virou-exercicio-humilhacao-corrída-obstaculos>

«REVOLCATORIA» O CONTROL CIUDADANO ANTE LAS AUTORIDADES LOCALES

«Revolcatoria» or citizen control before local authorities

Eddy Chávez Huanca*
Universidad Continental

Recepción: 23/08/2017

Aceptación: 02/10/2017

Resumen

Desde las ideas principales referentes a la revocatoria de autoridades elegidas popularmente, el autor da cuenta, a partir del análisis propio y de la selección de voces autorizadas, de las consecuencias de su utilización en la actualidad, además de los cambios de los que ha sido objeto esta institución para el control de la actividad gubernamental.

Palabras clave: Revocatoria; vigilancia social; control ciudadano; autoridad; referéndum.

Abstract

From the main ideas concerning the recall of popularly elected authorities, the author realizes, based on his own analysis and selection of authorized voices, the consequences of their use nowadays, in addition to the changes that this institution has been subject to control of governmental activity.

Keywords: Recall; social monitoring; citizen control; authority; referendum.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Integrante del Instituto Riva-Agüero. Profesor de la Universidad Continental.

La llamada «vigilancia social» o «vigilancia ciudadana» es un concepto que emana del derecho a la participación en la vida política de toda persona jurídicamente capaz. La vigilancia social comprende el ejercicio del control ciudadano por parte de la ciudadanía sobre la gestión de sus autoridades.

Como lo explican Gamero y otros:

La vigilancia ciudadana constituye un avance significativo en el desarrollo de la vida en democracia. En los últimos años, esta actividad ha cobrado gran importancia en nuestro país debido a los sucesos de corrupción y a la mala utilización de los recursos del Estado durante la década de los noventa. Prueba de ello es el número cada vez mayor de instituciones y personas que se hallan comprometidas en esta tarea¹.

En la vigente *Constitución Política* de 1993, este derecho se consagra bajo la denominación de «control ciudadano», y comprende mecanismos tales como la revocación de autoridades, la remoción de autoridades y la demanda de rendición de cuentas, en los niveles municipal y regional.

La vigilancia social se materializa a partir de las decisiones que toma la sociedad civil para verificar el cumplimiento de los compromisos y atribuciones que corresponden a las autoridades políticas. El concepto de «vigilancia social» se dirige a evitar gestiones burocráticas, ineficientes, con excesivo despilfarro fiscal y con la consiguiente presencia de actos de corrupción:

El concepto y las prácticas giran alrededor de un proceso que tiene como punto central la atención que el ciudadano (la sociedad civil) ejerce sobre la acción del Estado en sus múltiples facetas: ¿a cuánto asciende el gasto público?, ¿cómo se gasta?, ¿en qué se gasta?, ¿han sido adecuados los procedimientos seguidos?, ¿se está cumpliendo con lo establecido en los acuerdos internacionales?².

El derecho constitucional a la **vigilancia** y el **control ciudadano** se presenta, de este modo, como una herramienta complementaria a la **fiscalización** (potestad institucional) a la que están sujetas las autoridades. Ambas tienen en común el hecho de que se dirigen a la cautela en el cumplimiento de los compromisos y deberes que ha asumido el Estado por voluntad popular. Pero se distinguen en que la vigilancia social es ejercitada por la ciudadanía, mientras que la fiscalización es potestad de instituciones, principalmente la Contraloría General de la República y el Congreso de la República.

1 GAMERO, Julio; CABRERA, Zoila; CORTÉS, Juan Carlos y GIBU, Caroline. *Vigilancia social: teoría y práctica en el Perú*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social, 2004, p. 11.

2 *Ibidem*.

Estudiaremos, a continuación, una de las más importantes formas de control ciudadano: la **revocación de autoridades**.

I. DEFINICIÓN DE REVOCACIÓN DE AUTORIDADES

El verbo «revocar» tiene su origen en el latín *revocare*, que alude al acto unilateral que emana de la voluntad del pueblo para rectificar su decisión. Según el *diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, DRAE), el término «revocar» se define como «dejar sin efecto una concesión, un mandato o resolución». Por su parte, según el DRAE, el «mandato» es «el encargo o representación que por elección se confiere a los diputados, concejales, etc.»³.

La **revocación** constituye un procedimiento a través del cual los electores pueden destituir del cargo público a una autoridad con anterioridad a la expiración del período para el que fue elegido. La revocación de autoridades es el proceso por el cual la ciudadanía demanda que el cargo de una autoridad sea puesto en elección otra vez. Es una sanción indirecta por parte de la población, que retira su confianza mediante consulta popular (referéndum). Si la autoridad es revocada, su cargo queda vacante. En una dictadura, por ejemplo, se le podría vacar directamente, pero en el sistema democrático se consulta a la población primero.

El ejercicio del derecho de revocación tiene como condición la existencia de una conciencia ciudadana en cuanto a cómo los gobiernos locales (municipalidades) y los gobiernos descentralizados (gobiernos regionales) cumplen con el mandato que se les ha confiado. Equivale a pedir cuentas a las autoridades, reclamar información sobre el gasto de los dineros públicos, ver si se cumplen eficientemente las funciones a las que las mismas se han comprometido. Incluso, es posible pedir cuentas por las promesas hechas en campaña y por los planes de gobierno que plantearon las autoridades antes de ser elegidas.

II. REVOCACIÓN Y REMOCIÓN DE AUTORIDADES

Todas las personas, por mandato constitucional tienen reconocidos sus derechos políticos, dentro de ellos a elegir a sus autoridades. En consecuencia, el plan de gobierno de la autoridad elegida debería responder a

3 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22.^a edición. Madrid: Espasa, 2001.

las necesidades de los ciudadanos que lo eligieron, pues se basa en el poder que delegamos de forma democrática, con la finalidad de que la autoridad pueda administrar y gestionar adecuadamente.

La *Constitución Política del Perú* en su artículo 31º, primer párrafo, consagra, como uno de los derechos fundamentales del ciudadano, la remoción y revocación de autoridades. Es necesario definir previamente los conceptos de revocación y remoción. El primero hace mención a la destitución de una autoridad elegida por voto popular de su cargo; mientras que el segundo hace referencia a la destitución de funcionarios públicos que han sido elegidos por designación estatal, trataremos en rigor la institución jurídica de revocación.

Se acostumbra confundir los conceptos de **revocación de autoridades** y de **remoción de autoridades**. Ambos conceptos tienen puntos en común, pero también diferencias. Presentamos a continuación un breve resumen comparativo de ambos derechos, para señalar sus semejanzas y diferencias.

Entre las semejanzas, tenemos que tanto la revocación como la remoción de autoridades son derechos de carácter político, reconocidos en la *Constitución Política* de 1993 y en la Ley N.º 26300, «Ley de los Derechos de Control y Participación Ciudadanos» de 1994, modificada esta última en sus artículos 23º y 29º por la Ley N.º 28421. Asimismo, mediante el ejercicio de ambos derechos se busca que la autoridad deje de ejercer el cargo, antes de culminado el período para el cual fue elegido o designado.

Entre las **diferencias se tiene que** mediante la revocación el pueblo destituye del cargo a una autoridad que eligió mediante sufragio. Según la legislación peruana, sólo procede revocar a: (1) alcaldes y regidores; (2) presidentes regionales, vicepresidentes regionales y consejeros regionales; y (3) jueces de paz que provengan de elección popular. No se ha regulado la posibilidad de revocar a los congresistas ni al presidente de la República. En cambio, la remoción permite hacer cesar en el ejercicio de cargo a una autoridad que ha sido designada por el Gobierno central o regional, y que **no** ha sido elegida por el pueblo, como por ejemplo, un gobernador, un director regional de algún sector. No comprende a los jefes políticos militares en las zonas declaradas en estado de emergencia.

Otra diferencia es que el procedimiento de revocatoria se inicia con la presentación de una solicitud ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales

(ONPE), acompañada de la firma del 25 % de electores de una autoridad, con un máximo de 400.000 mil firmas. Si se cumple con estos requisitos, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) convoca a un referéndum o consulta popular, produciéndose la revocación si más del 50 % de los votos válidamente emitidos (siempre que hayan votado más de la mitad de los electores inscritos en el padrón electoral) se pronuncian a favor de que la autoridad deje el cargo. En caso contrario, seguirá ejerciéndolo. En cambio, para remover a una autoridad basta que el JNE compruebe que más del 50 % de los ciudadanos de una jurisdicción electoral o judicial hayan presentado la solicitud de remoción. No hay necesidad de convocar a un referéndum como para la revocación.

Sin duda, ambos derechos constituyen una poderosa arma de control de los ciudadanos y ciudadanas del país, que permitirán que las autoridades cumplan adecuadamente sus funciones, a fin de no ser expuestas a una eventual culminación de sus labores, antes de la culminación oficial de su mandato, en mérito al veredicto del pueblo.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACIÓN

Los requisitos para solicitar la revocación de una autoridad son:

1. Presentar solicitud para adquirir el kit electoral ante la ONPE
2. Recolectar firmas de adherentes al pedido de revocación: El 25 % de los electores de la circunscripción, con un máximo de 400 000 firmas.
3. Pasar la verificación de la autenticidad de las firmas de adherentes, ante el RENIEC.
4. Presentar solicitud indicando el nombre de la autoridad a ser sometida a consulta (ante la ONPE). La solicitud debe ser fundamentada. No es necesario presentar pruebas.
5. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, el JNE convoca a consulta popular de revocatoria.

El JNE convoca a consulta popular de revocatoria indicando las circunscripciones en las que ésta se llevará a cabo, los nombres de las autoridades a ser sometidas a consulta, las razones que fundamentan la solicitud y la fecha en que se realizará la consulta. Se revoca a la autoridad cuando el SÍ obtiene la mitad más uno de los votos válidos, habiendo asistido por lo

menos el 50 % de los electores hábiles del Padrón Electoral de la circunscripción.

Se considera **promotor** de la revocación al ciudadano que compra un kit electoral para la recolección del 25 % de firmas de los electores y presenta la solicitud de iniciación del procedimiento ante la autoridad electoral. En caso su solicitud concluya con la separación de la autoridad sometida a revocatoria, el promotor tiene derecho a solicitar al JNE el reembolso de los gastos efectuados.

Cuando se revoca a alguna de sus autoridades, el Concejo Municipal o el Consejo Regional queda conformado de la siguiente manera: si es revocado el **Presidente regional**, lo reemplaza el Vicepresidente regional; si se revoca al **Vicepresidente regional**, lo reemplaza quien resulte elegido por el Consejo Regional entre los consejeros hábiles integrantes de la lista a la que pertenece la autoridad revocada (mitad + 1 del número legal de consejeros). Si son revocados el **Presidente regional** y el **Vicepresidente regional**, éstos son reemplazados por quienes resulten elegidos por el Consejo Regional entre los consejeros hábiles integrantes de la lista a que pertenecen las autoridades revocadas (mitad + 1 del número legal de consejeros). En el caso del **Consejero regional**, lo reemplaza el Consejero Regional accesorio. En cuanto a los Alcaldes, en caso de revocación, **el cargo es asumido** por el primer regidor hábil que sigue en la lista electoral a que pertenece la autoridad revocada. Y si se trata de un Regidor revocado, el puesto es cubierto por el suplente en la lista electoral a que pertenece la autoridad revocada⁴.

Si se revoca a más de un tercio de los miembros del Concejo Municipal o del Consejo Regional, se convoca a nuevas elecciones. Mientras no se elijan a los reemplazantes en el cargo, asumen las funciones los accesorios o suplentes. Quienes reemplazan a los revocados completan el período para el que fueron elegidos éstos.⁵

IV. RIESGOS DE LA REVOCACIÓN

Existen tres significados relativos al concepto de vigilancia social o vigilancia ciudadana:

4 Recuperado de http://portal.jne.gob.pe/informacioninstitucional/escuelaelectoral/Martes%20Electtorales%20-%20Exposiciones/ee2009/mar_24feb09.pdf.

5 *Ibidem*.

[...] la vigilancia como fiscalización, la vigilancia como canal participativo y la vigilancia entendida como exigibilidad de derechos. Según este criterio, las dos primeras pueden desarrollarse tanto en las esferas públicas como privadas. La esencia del concepto de vigilancia como fiscalización es el control. La esencia del concepto de vigilancia como canal participativo es el derecho a la participación en la vida política, social, económica y cultural. El sentido de la vigilancia como exigibilidad de derechos es el del ejercicio de estas facultades por parte de la población involucrada⁶.

La revocación constituye una importante institución de la democracia directa, pero debe ser utilizada sensata y adecuadamente, a fin de evitar errores y abusos en los que podría caer el electorado, y afectar a la gobernabilidad. La exigencia de presentar la firma de 25 % de electores del Padrón como adherentes a la solicitud de revocación, plantea una inestabilidad principalmente en los distritos pequeños donde el requisito es muy fácil de alcanzar, y, por el contrario, es sumamente difícil en las circunscripciones con muchos electores, como los distritos grandes, las provincias y las regiones⁷.

Las revocaciones deben ser reales y efectivas, y evitar las trampas políticas. Los grupos políticos, y los mismos candidatos, que perdieron las elecciones son los que suelen lanzarse en iniciativas de revocación. Deben evitarse las calumnias, intriga y difamación. Se debe asegurar que sea la ciudadanía la que ejerza el derecho de revocación. El cambio de autoridades, vía la revocación, dispensa un tiempo prudencial para que nuevas autoridades retomen el camino de la eficiencia. Definitivamente, el procedimiento de revocatoria es pertinente y legal cuando la voluntad viene en la voluntad del derecho, y no es producto de voluntades caprichosas ni exigencias de grupos. Por una elemental condición ética, resulta inconfesable que los perdedores quieran quitarle el mandato al vencedor. Quien no mereció, la confianza popular, éticamente no está facultado para manejar la voluntad ciudadana en contra de su mismo veredicto. La revocación, según lo entendido en el espíritu de la Ley de Participación Ciudadana, la ejerce irrestrictamente la voluntad y conciencia del elector; no es prerrogativa de injustas ambiciones.

6 GAMERO, Julio y otros. *Vigilancia social: teoría y práctica en el Perú*. Ob. cit., p. 18.

7 Recuperado de http://portal.jne.gob.pe/informacioninstitucional/escuelaelectoral/Martes%20Electtorales%20-%20Exposiciones/ee2009/mar_24feb09.pdf.

V. LEGISLACIÓN

La revocación de autoridades está regida por la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N.º 26300, promulgada el 2 de mayo de 1994, el artículo 1º hace alusión al ejercicio de los **derechos de participación** y los **derechos de control ciudadano**, de conformidad con la *Constitución*. La revocación de autoridades, la remoción de autoridades y la rendición de cuentas son, de acuerdo con esta Ley, derechos de control ciudadano (artículo 3). La Ley prevé el procedimiento para iniciar estos mecanismos (artículo 4); dicho procedimiento será establecido por la autoridad electoral (artículos 5 y 6).

El artículo 20 define legislativamente la revocación, como «el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a: a) Alcaldes y regidores; b) Autoridades regionales que provengan de elección popular; c) Magistrados que provengan de elección popular». Por su parte, el artículo 21º reconoce el derecho de los ciudadanos de revocar a las autoridades elegidas. Sin embargo, aclara que «No procede la revocatoria durante el primero y el último año de su mandato salvo el caso de magistrados». Añade, asimismo, que la solicitud de revocatoria «se refiere a una autoridad en particular, es fundamentada y no requiere ser probada». La convocatoria a consulta electoral será formulada por el JNE dentro de los 90 días siguientes de solicitada formalmente.

Según el artículo 23º, la revocación «se produce con la votación aprobatoria de la mitad más uno de los electores. En caso contrario, la autoridad sobre la cual se consulta la revocación se mantiene en el cargo sin posibilidad de que se admita una nueva petición hasta después de dos años de realizada la consulta». En tanto que el artículo 24º señala que «El Jurado Nacional de Elecciones acredita como reemplazante de la autoridad revocada, salvo los jueces de paz, a quien alcanzó el siguiente lugar en el número de votos de la misma lista para que complete su mandato».

Aclara el artículo 45º que la convocatoria a procesos electorales para el ejercicio de los derechos políticos estipulados en la Ley «pueden ser postergados por la autoridad electoral en caso de proximidad de elecciones políticas generales, regionales, o municipales». «En tal caso —añade— el proceso podrá realizarse simultáneamente o dentro de los siguientes cuatro meses».⁸

8 Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26300.pdf>

Según el instrumento legal, bastan 365 días, término prudente, para que autoridades elegidas por la democracia y la voluntad ciudadana, devalen y pongan en ejecución sus programas; y también revelen la proyección de un gobierno eficiente. Con solo este tiempo se da oportunidad para que los pueblos no corran riesgos y se logre poner en salvaguarda el patrimonio municipal.

De manera similar se ha venido normando la revocación en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, en su artículo 121º, que expresa: «los vecinos ejercen los siguientes derechos: revocatoria de autoridades...»; en el caso que las autoridades revocadas sean más de un tercio del Consejo Municipal, se convocará a nuevas elecciones, pero el artículo 29º de la Ley N.º 26300 prescribe que las autoridades revocadas pueden volver a postular en las elecciones inmediatas a su revocación.

VI. COMENTARIOS

La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N.º 26300, ha sido modificada por la Ley N.º 28421, y más tarde por la Ley N.º 29313 (del año 2009). Merced a esta última, basta que el 10 % de una población local solicite la rendición de cuentas, y no ya el 25 %. Así, se ha perfeccionado el ejercicio del derecho ciudadano de revocar a autoridades locales y regionales y de pedirles rendición de cuentas. Para que una autoridad **rinda cuenta** de su gestión a sus electores, se requiere el acuerdo previo del 10 % de los pobladores con un máximo de 25 mil firmas. Antes de esta modificatoria se exigía un mínimo del 20 % de solicitantes con un máximo de 50 mil adhesiones de la población electoral.

En cuanto a la **revocación de autoridades**, el JNE ha explicado que este derecho sólo procede una vez durante el período del mandato, excluyendo la posibilidad de realizarse el primer y último año de la gestión. La revocación comprende a los jueces de paz que provengan de elección popular y no a todos los magistrados.

Sin embargo, el mecanismo de control ciudadano de la revocación de autoridades ha recibido **críticas**. Según el analista político Fernando Rospigliosi, la revocación de autoridades es una mala idea y su aplicación debe ser eliminada para dar paso a la reducción del período de gobierno de los alcaldes de cuatro a tres años. Indicó que la figura en cuestión genera

más inestabilidad de la que ya existe en el país. «La revocatoria —dice Rospigliosi— se puede dar recién al segundo año del nuevo gobierno local, entonces hay un ataque durante todo el primer año, tratando de desacreditar al alcalde, para que apenas se inicie el segundo año de mandato se puedan buscar firmas para plantear la revocatoria, realizar una elección y tumbárselos».

En verdad, en muchos distritos y localidades del país existen pugnas por tomar el control de los municipios, debido a que quienes ganan los comicios no lo hacen por porcentajes muy altos. «Por lo general —añade Rospigliosi— quienes ganan lo hacen con 20 o 25 %, por lo que siempre hay gente que está intentando tumbarlos. Entonces, la propuesta es que se vuelva al periodo anterior. Antes eran tres años de mandato para los alcaldes y fue así desde que se restablecieron las elecciones municipales en el país en el año 1980». El analista político agrega que las revocatorias tienen como función evitar que se produzcan hechos de violencia y canalizar el descontento a través de elecciones, pero aseguró que esta figura «no funciona» en el Perú.

LA MUERTE COMO ELEMENTO DEL DERECHO: NECRODERECHO

Death as element of Law: Necro rights

*José Ramón Narváez Hernández**

Universidad Nacional Autónoma de México

Recepción: 8/6/2017

Aceptación: 2/10/2017

Resumen

Partiendo de un interesante análisis, el autor da cuenta del fenómeno de la «muerte» y su relación con las actividades cotidianas del ser humano, promotor —inclusive— de actividad con fines lucrativos, y que el derecho no ha podido cubrir in extenso de manera adecuada.

Palabras clave: Muerte; patrimonio cultural; infrarrealismo jurídico; ética.

Abstract

Starting on an interesting analysis, the author gives an account of the phenomenon of «death» and its relation to the daily activities of the human being, promoter —also— of activity for lucrative purposes, where the law has not been able to cover in extensively appropriate way.

Keywords: Death; cultural heritage; legal infra-realism; ethics.

* Doctor por la Universidad de Florencia. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Ética Judicial en la Suprema Corte de México. Profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México.

La muerte es normativa, está en nuestra identidad nacional como un símbolo de castigo para los indígenas paganos en un principio lisa y llana imposición de la ley creada por el conquistador. Gradualmente se convierte en una forma de redención para los cristianos y conversos, muchos de ellos indígenas sobrevivientes de las enfermedades y excesos de los españoles, pero también la muerte se hizo mestiza, o mejor aún, transmutó en un fenómeno sincrético, también pagano más tolerado por la visión judeo-cristiana incrustada en la idea del Estado moderno mexicano, así plasmada en las primeras Constituciones. Morir como símbolo de redención y el Estado como espacio para esperar ese final fatal; un pueblo sufridor, como el mexicano, construyó instituciones paliativas, encargadas no de ayudar a vivir sino de facilitar el buen morir.

Los siglos XIX y XX están marcados por luchas y conflictos que significaron muerte, normalmente para la gente más humilde, hasta el terremoto de 1985 fue discriminador, pues fueron las viviendas más humildes de la Ciudad las que se vinieron abajo, los hospitales públicos y las oficinas donde estaban los empleados que entraban a trabajar muy temprano, y, por ende, no los mejor pagados —los puestos directivos en México entran después de las 10, todos lo saben—. Lo cierto es que en el imaginario fue fraguándose una idea de la muerte como fiel compañera de la sociedad mexicana.

Ahora, la muerte es patrimonio cultural, y, por tanto, sujeto de un derecho colectivo que la tutela y la fomenta, pues es fuente de ingresos de un turismo peculiar que festeja que festejemos la muerte. La muerte está en el *tzompantli* de nuestros sitios arqueológicos, está en nuestros murales, está en nuestra literatura, está en nuestro cine, está en nuestras instituciones. La muerte es una cosmovisión, una epistemología, una hermenéutica e incluso una poética.

En el largometraje inconcluso *¡Qué viva México! (1930-1979)*, del cineasta soviético Serguéi Eisenstein, la muerte es el pretexto para contar iconográficamente la historia de México, comienza con el genocidio de la conquista, pasa por el exterminio de las haciendas decimonónicas y concluye con la fiesta de noviembre. La secuela por obvias razones tendría que incluir el 68, el Halconazo (1971) y la guerra sucia; Aguas Blancas (1995), Acteal (1997), Ciudad Juárez, San Fernando (2010), Ayotzinapa (2014), Tlatlaya (2014); y menos conocidas las fosas de Taxco (2010), Cinco Manantiales (2011), Durango (2011), Nuevo León (2012) y La Barca (2013); y po-

dría seguir enunciando lugares y fechas, pero quedémonos con el dato del tercer lugar en muertes violentas debajo de Siria e Irak, 13 personas por hora. 170 mil muertos en dos sexenios —cifras conservadoras, hay quien habla de 300 mil—. La muerte hoy en día es un acontecimiento de nuestra cotidianeidad, un personaje de nuestra historia contemporánea, un compañero de viaje de nuestra historia personal. La muerte en México es santa porque se le reza para no morir.

La muerte también ha estado presente en la literatura mexicana desde siempre. Para Edmundo Valadés, en México, *La muerte tiene permiso* (1955), cuando un grupo de campesinos, —indígenas aseguraría yo— hartos de sufrir vejaciones y muerte, se dirige a una asamblea de autoridades agrarias para pedirles permiso de matar al presidente municipal, origen de todos sus pesares, los representantes del Estado discuten sobre la justicia, primero han despreciado y tildado de incivilizados a sus interlocutores. El cuento se convierte en una paráfrasis que poco a poco se vuelve una velada amenaza: podremos ser callados y condescendientes, pero todo tiene un límite, en un país donde la muerte opera sin permiso un día podría tenerlo, para mal y para bien. En el documental *Digna hasta el último aliento* (Cazals, 2004), un militar de alto rango afirma que la *Constitución* y la jurisprudencia de la Suprema Corte avalan la actividad del Ejército, cuya misión es la seguridad pública a todo precio, y agrega: si es necesario que eso se haga con un permiso más detallado habrá que reformar la *Constitución*. Algunas de las últimas reformas pudieran interpretarse de esa manera, como un permiso para matar.

En el mural denominado *La epopeya de la civilización americana*, de José Clemente Orozco (1934), pintado en la *Baker Memorial Library* (Dartmouth College. New Hampshire), el muralista mexicano ironiza con los genocidios europeos en tierras americanas, la Primera Guerra Mundial y la Conquista; entre otros temas, destaca un panel llamado «Los dioses modernos» en el cual Orozco critica abiertamente a la Universidad y a la Academia, haciéndolos de alguna manera copartícipes de esas muertes: esqueletos togados y con birrete asisten al parto de otro esqueleto más grande, que ha dado a luz a un pequeño esqueleto, este, también con birrete. No es sólo que la muerte sea un hecho en la vida de la humanidad, o concretamente de nuestra cultura, se trata de un tema transversal en el que las artes y las ciencias participan para formar un criterio de identidad que nos avasalla.

En el infrarrealismo jurídico, movimiento al que pertenezco, lo tuvimos claro desde el principio, muerte y vida son las dos caras de una misma moneda; más allá de una simple mirada maniquea, nuestra cultura originaria llama al inframundo, mundo, otra realidad paralela con la que se convive, otro cielo, incluso, si se me permite, saber a dónde van nuestros muertos, para saber por dónde han de volver; la tragedia es que nuestros muertos están desaparecidos —literalmente— extraviados, y nosotros sin saber si han encontrado el camino al Mictlán, como Antígonas contemporáneas, sin tener los restos para poderlos enterrar, sin saber si los han devorado las aves o han sido disueltos en ácido, con la complicidad del Estado y sus paleros en la gran mayoría de casos, por eso lo hemos denominado necroderecho.

Hoy resultan irrisorias figuras como el debido proceso, los derechos humanos, el acceso a la justicia y cuanta parafernalia jurídica pudiera esgrimirse, porque en México se muere con o sin permiso.

No es un mero pesimismo nihilista, pensamos la muerte porque queremos la vida, porque la deseamos fuertemente, porque la defendemos a ultranza, y sí, somos abogados, aunque resulte extraño; y este vitalismo nuestro, que nos ha venido por un chingadazo —así le llamamos a esta toma de conciencia— nos urge a cuestionarnos el cómo nos enseñaron a operar el sistema, el cómo nos adiestraron a no hacer preguntas, el cómo nos amenazan constantemente para alinearnos, y detrás la muerte como castigo probable para el disidente, para el revolucionario, para el crítico; pero es que de otro modo no es vida; por eso la descomplicidad, para no seguir de aquel lado, tomar postura y optar por la vida; esperanzados de encontrar nuevas formas de organizarnos, de ponernos de acuerdo y resolver nuestros conflictos, quizá mirando donde otros no quisieron, más abajo, ahí donde la vida es fiesta, en nuestras comunidades indígenas, donde tiene años reconstruyendo ese camino hacia una muerte que transforma y te une con el cosmos.

Hay además una muerte sutil. Tan trágico es que mueran personas en la búsqueda de seguridad, comida y una mejor vida, como quienes todos los días mueren un poco en la infinidad de oficinas de todo el mundo, la obsesión por la producción terminó por convertirnos en objetos de una interminable cadena de explotación. Y muy pocos se dan cuenta. Los pretextos sobran para cosificar a una persona, los tiempos urgen, la demanda no se detiene, hay que aparentar que trabajamos todo ese tiempo; todo se

convierte en una farsa macabra, la gente tiene una vida hostil dentro de cuatro paredes, puede observarse perfectamente la (no)lucha de clases, los que mueren y los que explotan, los horarios son diferentes, las prestaciones sobre todo, pero lo que más indigna es el trato, la manipulación y el chantaje; el sadismo y el saberse «amo/dueño» del *otro*, genera un insano gusto por el sufrimiento ajeno, la tragedia es que la cotidianidad y la banalidad en la maldad de estas prácticas impide distinguir la magnitud del problema. Gota a gota los explotadores saben que asesinan un parte de la ya mal trecha dignidad humana, se nota en sus miradas, en la voz que somete y ningunea a muchos que pierden no sólo su salud, su familia, su espacio personal, sino hasta su vida, el cinismo llega incluso las revisiones médicas anuales *in situ*, no hay necesidad de dejar ni siquiera un día de asistir al trabajo, literalmente les extraen la sangre de las venas en el mismo lugar laboral.

Cada vez más personas abandonan el campo para venir a morir a las ciudades, contaminadas, atiborradas, violentas, consumistas, alienadas... esa violencia endémica que nos hace tan susceptibles, que nos indispone al diálogo y nos devuelve a ese estado de naturaleza donde el fuerte y el poderoso gobiernan. Símbolos del deterioro es la poca convivencia, la inutilidad del arte, el desprecio al ocio, pero, sobre todo, el asco a la filosofía y el pensamiento; la superficialidad nos ha apabullado a través de redes sociales cada día más indolentes, nos ha marginado a un espacio de comodidad individualista que sin darse cuenta, mira con falsa indignación la muerte en espacios lejanos, por eso es importante hablar de la muerte, como lo hace el infrarrealismo, de esos miles de cadáveres insepultos, desaparecidos o simplemente olvidados; sólo así recordaremos que estamos vivos y quizá nos rebelaremos ante esta muerte silenciosa que nos quita un poco de las chispa vital cada día con la ayuda del derecho laboral.

Otros no tienen tanta suerte. La violencia disfrazada de mil máscaras se incorpora a la vida civil con denostada insistencia. Detrás de una palabra, después de un gesto, en un acto aparentemente protector, muchas mujeres, niños, indígenas, adultos mayores, sufren el desdén de la civilización que los considera no útiles, los hace a un lado a través de programas que los marginan más, impuestos por instituciones que sólo llevan un nombre de membrete porque no corresponde con su actividad, de ahí comen un sinnúmero de burócratas ya muertos espiritualmente, zombis del sistema que sufren violencia y luego la trasladan a la sociedad, ahí también se co-

locan los abogados, perritos falderos mansos ante la mano del Estado pero desalmados con los débiles.

Una ética que prefiriera la vida jamás pensaría en quitarle al *otro* la suya gota a gota, porque el victimario muere con su víctima, lo difícil es matar la primera vez, dicen los asesinos que saben de esto; la muerte en México es endémica, ya desde hace muchos años; pero esa muerte corporal, que cercena, que degüella, que mutila y disuelve; se alimenta de esta otra introyectada en los ánimos pusilánimes de mexicanos que prefirieron su tajada del pastel revolucionario, que pensaron que mientras dijeran que sí, no les pasaría nada o le pasaría al vecino. No es una crisis institucional, nunca tuvimos instituciones, son marquesinas de un espacio teatral barroco al estilo de las estaciones del tren del *Guardagujas* de Juan José Arreola, mucha madera, muchas luces, pero detrás nada.

Siempre fuimos burlones, quizá sea la nación que usa los sobrenombres como una costumbre ancestral, hay quien está orgulloso de su apodo, hasta pareciera que le otorgara poderes místicos, no es ese el problema, porque eso es fiesta, el problema es cuando va acompañado de lo otro, de la discriminación, de esa que hace daño, de la que busca segmentar, de la que piensa que así el poderoso verá con mejores ojos al vencedor, esa que nos divide y hace del de arriba más fuerte, por eso el fuerte desprecia la inteligencia y la creatividad, porque cuestiona su poder, prefiere que todos nos mantengamos acosando al *otro*, de ese modo nos volvemos también verdugos y en la complicidad y la culpa es difícil reaccionar, a todo esto simplemente le podríamos llamar opresión, y a su mecanismo favorito acoso.

El poderoso es el varón temeroso de compartir sus espacios con las mujeres, es el burócrata encumbrado que le debe el puesto a alguien, es el estúpido que no sabe reírse de sí mismo, es todo aquel que tiene en sus manos el poder de transformar al *otro* y en lugar de hacerlo lo destruye, sin saber que así se destruye él y que ha perdido una gran oportunidad para ser más feliz, pero usar el poder para eso requiere de un largo camino que comienza con la pregunta ¿quién soy y qué hago aquí?

REQUISITOS Y CONDICIONES DE REDACCIÓN, Y ENVÍO DE ARTÍCULO JURÍDICO

Teniendo en consideración las directrices de la Dirección de Investigación de la Universidad Continental, a continuación se precisan los requisitos y condiciones que debe contener el trabajo para su publicación.

I. ESTRUCTURA

1. Título en español, el título debe ser conciso pero informativo, se recomienda como máximo 20 palabras.
2. Título en inglés
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la institución de educación superior en la que viene desempeñando labores de docencia, de ser el caso.
4. Introducción
5. Cuerpo del documento
6. Conclusiones
7. Citas al pie de página de conformidad con los formatos sugeridos
 - 7.1. *Libros y monografías*
VILLANUEVA R. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. 1.^a ed. Lima: Palestra Editores; 2009.
 - 7.2. *Libros y monografías con editor (es), director(es), compilador (es) o coordinador como autor*
MICHEL-KERJAN E., SLOVIC P, (editors). *The irrational economist: making decisions in a dangerous world*. New York: Public Affairs; 2010.
 - 7.3. *Artículo de revista científica con menos de 6 autores*
BARRANZUELA J.L., VÁSQUEZ E.R., VERDEJA L.F, SALAZAR S., HILL N. «Utilización de los fosfatos de Sechura (Bayóvar-Perú) como fertilizante natural de aplicación directa (FNAD)». *Revista Rocas y Minerales*. Ago. 1995; 24(284): 46-54.

7.4. *Actas de congresos, conferencias, jornadas, simposios, reuniones científicas etc.*

II Jornadas de Historia: Perú-Ecuador, un espacio compartido. Piura; 25-27 de noviembre 1999. Piura: Universidad de Piura; 1999.

7.5. *Tesis*

MARES C. *La reformatio in peius* en la vía administrativa [Tesis]. Piura: Universidad de Piura. Facultad de Derecho; 1999.

7.6. *Documentos legales (Leyes, Decretos, Ordenanzas, etc.)*

Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ley 55/2003 de 16 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, n.º 301, (17-12-2003).

7.7. *Jurisprudencia*

Recursos de inconstitucionalidad 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados). Promovidos por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia. Sala del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio de 2003. Boletín Oficial del Estado, n.º 156, (1 julio 2003).

7.8. *Artículo de revista en Internet*

ZETA R. JOSÉ MARÍA DESANTES: Un gran maestro. Desde el Campus-Boletín Informativo de la Dirección de Comunicación de la Universidad de Piura. [Revista on-line] 2004; 2(103). Recuperado de <http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art1041.html>

8. Correo electrónico del autor(es)

II. REDACCIÓN

Los artículos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial, doce (12) puntos, márgenes

superior e izquierda tres (3) cm, márgenes derecha e inferior dos punto cinco (2.5) cm. El mínimo de páginas a enviar es de cinco (5), no hay una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, gráficos e imágenes deben tener la leyenda en la parte superior y consignar su autoría en la parte inferior. La numeración es arábica.

Las citas que figuran en el texto se enumeran consecutivamente en orden de mención o de entrada.

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

Finalmente, los contenidos de los trabajos deberán guardar relación con el derecho corporativo (derecho constitucional económico, derecho comercial, derecho civil patrimonial, derecho laboral, derecho tributario, derecho administrativo económico, derecho regulatorio, entre otras), así mismo deben ser creaciones originales.

III. ENVÍO Y ARBITRAJE

El envío de artículos en versión electrónica se hará a la siguiente dirección: revistaderecho@continental.edu.pe, serán revisados por el Comité Editorial y el Comité Consultivo. Adjuntar al archivo una Declaración Jurada de autoría.

Mientras el artículo se encuentre en proceso de evaluación, no podrá ser enviado a otras revistas. Una vez aprobada su publicación, todos los derechos de reproducción total o parcial pasan a propiedad del Comité Editorial de la Revista.

El Comité Editorial enviará a los autores una comunicación de la decisión sobre la evaluación del trabajo por parte de los árbitros adscritos tanto a la Universidad como de otras instituciones educativas. En caso de haber observaciones, estas serán comunicadas por el Comité Editorial al autor, quien deberá absolverlas dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de dichas observaciones.

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos

año 2, n.º 2

se terminó de imprimir en
julio de 2018
en los talleres gráficos de
PERU GRAPH SRL
por encargo de la
Universidad Continental.

