



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 5, n.º 5 | enero-diciembre 2019
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 5, n.º 5 | enero-diciembre 2019
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos de la Facultad de Derecho
Año 5, n.º 5 | enero-diciembre 2019
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Ius et Tribunalis es una publicación de la Facultad de Derecho, con contenido jurídico, cuya periodicidad es anual. Tiene como objetivo la difusión de la cultura jurídica a los estudiantes, profesionales y público interesado de la comunidad local, nacional e internacional; esto es, en base a estudios referidos a las distintas disciplinas del Derecho.

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)

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)

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

Giuliana Siuice Simeón

Contenido/Content

Editorial	9
La constitucionalización del proceso. El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela	
The constitutionalization of the process. The fair, equitable and effective guardianship process	
<i>Antonio María Lorca Navarrete</i>	11
Consideraciones para la determinación judicial de la pena: criterios legales y proporcionalidad. Una revisión de literatura	
Considerations for the judicial determination of the sentence: legal criteria and proportionality. A literature review	
<i>Cynthia Meliza Lahura Cotera</i>	33
Efectos de la declaración de nulidad del contrato	
Deffects declaration of nullity of the contract	
<i>Jhony Cliff Yaranga Cámac</i>	57
La mutabilidad relativa, virus que ataca al organismo de la cláusula penal ¿la mutabilidad de la cláusula penal causa su desnaturalización?	
The relative mutability, virus that attacks the body of the criminal clause does the mutability of the criminal clause cause its denaturation?	
<i>Shirley Mayeli Muñico Patilla, José Manuel Paz Cano y Queni Anderson Rebatta Chirre</i>	73

Los <i>smart-contracts</i> y el arbitraje. Una introducción <i>Smart-contracts</i> and arbitration. An introduction <i>Jhoel Chipana Catalán</i>	85
Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico	95

Editorial

<http://dx.doi.org/10.18259/iet.2019001>

Uno de los objetivos que persigue *Cuadernos Jurídicos Ius et tribunalis* es visibilizar, a nivel nacional e internacional, las investigaciones realizadas por los estudiantes y docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

En razón a ello, es que siempre nos hemos esforzado por conseguir trabajos elaborados por estudiantes y docentes, generando incentivos para la realización de actividades de investigación, mostrando a la comunidad jurídica y general tales productos para su revisión y discusión, dada su indiscutible actualidad.

En esa línea, se presenta un nuevo número de nuestros *Cuadernos Jurídicos*, con investigaciones procedentes de docentes y estudiantes de esta casa de estudios, en distintas disciplinas jurídicas, de las que estamos seguros generarán un impacto positivo en la comunidad.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR
DIRECTOR GENERAL

Editorial

One of the objectives pursued by Cuadernos Jurídicas Ius et tribunalis is to ensure that the students and teachers of the Faculty of Law of the Continental University have national and international visibility, which is why we have always been concerned about publishing research that has been carried out by such members of the university community.

For this reason, it is that we have always strived to obtain work prepared by students and teachers, generating incentives for carrying out research activities, showing the legal and general community such products for review and discussion, given their indisputable topicality.

Along these lines, a new number of our Legal Notebooks is presented, with research from teachers and students of this house of studies, in different legal disciplines, of which we are sure they will generate a positive impact on the community.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR
GENERAL DIRECTOR

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO. EL PROCESO JUSTO, EQUITATIVO Y DE EFECTIVA TUTELA

The constitutionalization of the process. The fair, equitable and effective guardianship process

Antonio María Lorca Navarrete*
Universidad del País Vasco

Recepción: 12/6/2019

Aceptación: 13/12/2019

Resumen

El autor realiza un desarrollo sobre el proceso justo, considerando diversos elementos provenientes del *civil law* y del *common law*, recurre para ello preceptos de naturaleza constitucional, además de tener como norte la persecución del logro de la verdad de una decisión justa.

Palabras clave: Garantismo, garantía, verdad, justicia, debido proceso.

Abstract

The author carries out a development on the fair process, considering various elements from civil law and common law, considering—for this— constitutional precepts, in addition to having as a goal the pursuit of the achievement of the truth of a fair decision.

Keywords: Guarantees, guarantee, truth, justice, due process.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Profesor en la Universidad del País Vasco, España. Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal y de la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*.

I. EL COMPROMISO CONSTITUCIONAL (1989)

Cuando en 1989, a tan sólo diez años de la promulgación de la Constitución, planteé la necesidad de iniciar un nuevo «punto de partida metodológico» que debía «implicar necesariamente la revisión en profundidad de todas nuestras leyes procesales» (Lorca, 1989, p. 17) y con el que era preciso hallar «la primacía que asume el proceso como realidad netamente sustantiva a través de la sustantividad que le oferta la norma constitucional que lo despoja de su carácter secundario o meramente instrumental» (Lorca, 1989, p. 17), sugerí que el proceso «no es forma ni rito ni adjetivación procedimentales» (Lorca, 1989, p. 17) y sí, en cambio, «una realidad jurisdiccional sustantiva, con apoyo primario en la Constitución y, luego, en las propias garantías que las leyes procesales establecen cuando sean conformes con el texto constitucional» (Lorca, 1989, p. 17).

Afirmaciones las anteriores que me llevaron a justificar la existencia del «binomio garantismo-proceso jurisdiccional» (Lorca, 1989, p. 17). Fue, entonces, cuando, en base al impulso metodológico adoptado, «y siempre desde una perspectiva garantista» (Lorca, 1989, p. 19), procedí a «contraponer procedimiento o formas a proceso jurisdiccional en la medida en que este último —y, no el procedimiento— posibilita el garantismo que proporciona la llamada tutela jurisdiccional» (Lorca, 1989, p. 19). Porque de lo que se trataba era de «contraponer también «rito» o «forma» de contenido acrítico y que justifica un procedimiento atemporal y con buena acogida tanto en tiempos de monarquía, dictadura o república con la realidad sustantiva del proceso jurisdiccional, en la medida en que este último se halla vinculado y comprometido por la realidad constitucional de «aquí y ahora» y con el sistema de garantías que esa realidad comporta» (1989, p. 19).

Las anteriores conclusiones me forzaron a afirmar que «el procesalista ha de asumir el «compromiso constitucional» que no es político, ya que la Constitución como norma suprema del Estado es apolítica» (Lorca, 1989, p. 19) y que explica que aun cuando en 1989 me sinceré en el sentido de que tales afirmaciones/tesis entonces expresadas, habían sido «escritas por un garantista» (Lorca, 1989, prefacio), fue con apoyo en aquella aparente bisonería en la que me sigo reafirmando y sustentando, con la que he construido desde 1989 mi visión del Derecho procesal.

Mis inquietudes, surgidas de la existencia en el procesalista de un compromiso constitucional y que fluyeron de las enseñanzas del maestro

Almagro Nosete, se fueron forjando con la correlativa aspiración de ubicar ese vital compromiso con la finalidad que a través del mismo podía alcanzar; lo que, de inmediato, me llevó a interrogarme si la sustantividad garantista del proceso jurisdiccional surgida de su compromiso constitucional era correlativa con el logro de la «Verdad» y/o «Justicia» de una decisión justa, sobre todo si, tras un examen en detalle del texto constitucional, el compromiso constitucional que podía asumir el procesalista que ha de aplicarlo, no era, en contrapartida, garantía del logro de esa «Verdad» y/o «Justicia» de una decisión justa.

De ahí que encuentro justificado —y, no es la primera vez— que correlativamente adopte este otro —y sucesivo— punto de partida metodológico, justificado en la búsqueda de la «Verdad» y/o «Justicia» de una decisión justa mediante el «compromiso constitucional» que ha de asumir el procesalista.

II. EL LOGRO DE LA «VERDAD» Y/O «JUSTICIA» DE UNA DECISIÓN JUSTA

Ir en busca de la «Justicia» o reflexionar en torno a la «Verdad» es uno de los cometidos que mejor pueden definir, en el momento presente, la responsabilidad constitucional de la norma procesal y del proceso.

Por lo pronto, no es posible desconocer que la «Justicia» y/o la «Verdad» es un asunto en el que se reproducen con increíble monotonía todos los argumentos que pululan en torno a una más que englobante (y ya fatigante) *quaestio disputata* —la de la finalidad misma del Derecho en una sociedad que se autoproclama respetuosa con el «Estado de Derecho»— y que no sorprende a nadie por ser un «argumento» extremadamente recurrente, no sólo en las explicaciones al uso en las aulas universitarias en las que se enseña Derecho, sino también en el discurrir diario de muchos ciudadanos que, en alguna ocasión de su vida, han tenido que vérselas con la aplicación del Derecho.

No poca culpa de ello cabe atribuir al deseo de entronizar la «Justicia» y/o la «Verdad» con el fin de que, a modo de bálsamo de fierabrás, explique todo lo que gira en torno a los menesteres propios del Derecho en una sociedad que se autoproclama respetuosa con el «Estado de Derecho» . Pero, esta percepción tan apacible y placentera posee no pocos agujeros por

donde desagua cualquier deseo de encumbramiento de la «Justicia» y/o la «Verdad» .

Así que para paliar el vértigo que inevitablemente provoca la mención a tan ajado asunto, sería interesante abordarlo a través de un atractivo argumento justificado en las relaciones entre «proceso» —entendido como el conjunto de actos y trámites seguidos ante un tribunal, tendentes a dilucidar una «contienda judicial» (artículo 248.1. de la ley de enjuiciamiento civil)— y el texto constitucional tratando de justificar la real responsabilidad constitucional de la norma procesal y del proceso.

Esa dimensión de la responsabilidad constitucional de la norma procesal —sin duda, la más crucial y trascendente para su correcta comprensión—, ha sido históricamente confiada al logro de la «Verdad». En tal sentido, no ha pasado desapercibido que «l'accertamento della verità reale, in massima, è senza dubbio mèta d'ogni ordinamento processuale: penale, civile, amministrativo, giurisdizionale o disciplinare» [la búsqueda de la verdad es el fin de todo ordenamiento procesal] (Manzini, 1931, p. 185).

Y, en ese contexto, no difiere el respectivo cometido que, a su vez, se ha atribuido a la «Justicia». Al respecto y tras aceptarse la «ideología jurídica racionalista» de las decisiones judiciales que fue presentada y desarrollada por Wróblewski (citado por Taruffo, 2008, p. 23, nota 36), se ha dicho que «dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no solo resolver conflictos, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos» (Taruffo, 2008, p. 23).

«Justicia» y/o «Verdad» o «Verdad» y/o «Justicia» se asemejan a una pareja de danzantes que compartirían un mismo telón de fondo, previo a su respectiva escenificación en el proceso mediante la norma procesal; a saber: su ambigüedad y falta de concreción.

III. LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA NORMA PROCESAL

Pero, ante tan crucial «escenificación» de la norma procesal y del proceso, puede servir de punto de partida una perspectiva negativista o «verifóbica»; a saber: la «Justicia» y/o «Verdad» o «Verdad» y/o «Justicia» o «simplemente la verdad» no existen si, a mayor abundamiento, se afirma «que el proceso

es el medio, no el fin» (Taruffo, 2010) para alcanzar ya la Justicia» y/o «Verdad» o la «Verdad» y/o «Justicia». Más en particular, «la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo (...). Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental) de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes» (Taruffo, 2010). Pero, consciente de que en el anterior aserto se contiene una afirmación de calado, conviene esmerarse en explicarla en las líneas que siguen a ésta.

Y de seguido, se va a hacer uso de una afirmación que en el momento presente ya no debería suscitar ninguna sorpresa alusiva al «compromiso constitucional» de la norma procesal, en función del cual los códigos procesales se presentan como auténticas leyes reguladoras de la garantía de «Justicia» (y/o «Verdad»), unguida en el artículo 1.1. de la Constitución como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y garantía, entendida como «fin», pero no, como se ha indicado, como un mero «medio» (Taruffo, 2010) para alcanzar la «Justicia» (y/o «Verdad»).

Que se indique de ese modo se debe a que la responsabilidad constitucional que asume la norma procesal es la de garantizar «un proceso... con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución) —esa es realmente «su responsabilidad constitucional» —, por lo que fluye una norma procesal «comprometida» constitucionalmente y que, por lo mismo, no aplica las garantías constitucionales y procesales de las que se hace responsable como un mero «medio» (Taruffo, 2010) y desde una vertiente instrumental (Morón, 1993) propia de un subsistema dependiente del resto del ordenamiento jurídico ya sea civil, laboral, penal o, en fin, contencioso administrativo. De ahí que el Derecho procesal «no es una rama jurídica sectorial; constituye un conjunto institucional que sirve a todo el Derecho» (Almagro, 1979 y 1984).

En consecuencia, la responsabilidad constitucional de la norma procesal no se estructura como un subsistema instrumental a merced de la «Justicia» y/o «Verdad» de cualquier «sector normativo» del ordenamiento jurídico en el que se «deba» o proceda a diseñar la «Justicia» y/o «Verdad». Para la norma procesal, a la «verdad de los hechos en litigio» (Taruffo, 2010), se antepone su responsabilidad constitucional de lograr la única «Verdad» —y/o «Justicia» — de la que se hace responsable, vinculada inexorablemente con el cumplimiento pleno de las garantías constitucionales y procesales.

IV. EL MESTIZAJE ENTRE EL «PROCESO JUSTO Y EQUITATIVO», PROPIO DEL *COMMOM LAW* CON EL «PROCESO DE EFECTIVA TUTELA» DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

No obstante, «sería, por lo menos, paradójico que en un sistema democrático, inspirado en el valor de la verdad, la administración de justicia no se inspirara, sin embargo, en ese valor o, más aún, se fundara sistemáticamente en el error, en la mentira y en la distorsión de la verdad» (Taruffo, 2010).

Es cierto que sería algo más que patológico que un sistema democrático, inspirado en el «valor de la verdad», no reniegue acerca de una Administración de justicia que no se inspirara en ese valor. Pero, tras lo indicado, es más cierto que la «Justicia» y/o «Verdad» de la que se hace responsable constitucionalmente la norma procesal se antepone a la «Justicia» y/o «Verdad» que pueda provenir —aunque no siempre pueda provenir— de una «decisión justa y legítima» y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes si se tiene en cuenta que la norma procesal no asume la responsabilidad constitucional de garantizar una «decisión justa», aun cuando pueda contribuir a ella.

Si la norma procesal no asume la responsabilidad constitucional de garantizar una «decisión justa», ¿qué es lo que garantiza? Por lo pronto, conviene destacar que el denominado órgano jurisdiccional, conocido por su calificativo de juzgado y tribunal, es el que se regula en la ley orgánica del Poder Judicial «en garantía de cualquier derecho» (artículo 2).

Los juzgados y tribunales, cuando actúan «en garantía de cualquier derecho» (artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial), asumen un modelo de litigación de indudable «vocación garantista» como el que surge del artículo 24.2. de la Constitución y con el que se garantizaría que, para hacer frente a la patología jurídica, «todos tienen derecho (...) a un proceso público (...) con todas las garantías» —constitucionales y procesales—; entendidas las «garantías» como las que se expresan a través de un derecho («en garantía de cualquier derecho»: artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial), susceptible de ser proyectado en la práctica mediante su posible violación o vulneración cuando con ella no se ha obtenido una decisión justa para alguna de las partes en el proceso.

Esta concepción de los juzgados y tribunales que actúan «en garantía de cualquier derecho» (artículo 2 de la ley orgánica del Poder Judicial) no es nueva para el constitucionalismo español. Proviene de un ámbito cultural como es el del *common law* —o propio del derecho angloamericano— y su mandato de un *fair trial* o también del *due process of law* que ya ha tenido plena acogida en España por lo que la categoría del proceso debido (que viene a ser la castellanización de la consabida fórmula anglosajona del *due process of law*) sea «en suma, el modelo [que el] art. 6 Convenio Europeo de los Derechos Humanos denomina proceso equitativo, o el que la jurisprudencia constitucional [la española] denomina proceso justo (*v. gr.* Sentencias del Tribunal Constitucional español 65/2007, de 27 de marzo, 146/2007, de 18 de junio)» (Garberí Llobregat, 2009).

Ciertamente, el proceso justo —*iusto processo* en italiano— es una fórmula de antigua e ilustre ascendencia («è formula di antica e illustre ascendenza», Ferrua, 2009), en cuyos orígenes se encuentran los conceptos de *fair trial* y *due process of law* de la tradición angloamericana aunque la referencia más inmediata es, sin lugar a dudas, la noción de «proceso equitativo», a la que alude el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («proceso equitativo» y «*fair trial*» en las lenguas oficiales) y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Mediante variados matices, las diversas fórmulas que se vienen utilizando expresan conceptos sustancialmente afines («con varie sfumature le diverse formule esprimono concetti sostanzialmente affini», Ferrua, 2009).

Al respecto, no sería desacertado advertir en la expresión «proceso justo» el punto final de una evolución a la que se acoge el artículo 111 de la Constitución italiana, según el cual «la jurisdicción se ejerce mediante el proceso justo regulado por la ley». Para entender esa evolución hacia el reconocimiento de un proceso justo —al menos en el constitucionalismo italiano—, se ha indicado que mientras el *due process of law expresa*, sobre todo, la exigencia de legalidad, de respeto de las reglas procesales («esprime soprattutto l'esigenza di legalità, di rispetto delle regole nella procedura», Ferrua, 2009), el atributo equidad (o *fair*) añade la idea de un equilibrio simétrico, de una paridad en la que han de ubicarse las partes ante el tribunal que plantean posiciones opuestas («vi aggiunge l'idea di un equilibrio simmetrico, di una parità in cui dovrebbero trovarsi davanti al giudice i soggetti che esercitano le opposte funzioni», Ferrua, 2009),

la cualificación de justo sugiere una estructura procesal justificada en un discernimiento dialécticamente elaborado, capaz de producir una decisión ‘justa’ en la medida en que el proceso es un típico ejemplo de justicia procesal ‘imperfecta’ («suggerendo un assetto processuale ‘cognitivo’, fondato su un sapere dialetticamente elaborato, capace di produrre una decisione ‘giusta’, pur nell’inevitabile fallibilità di ogni método il processo è un típico esempio di giustizia procedurale ‘imperfetta’»). (Ferrua, 2009)

Conviene destacar, correlativamente, que el proceso que «la jurisprudencia constitucional [la española] denomina proceso justo (*v. gr.* Sentencias del Tribunal Constitucional español 65/2007, de 27 de marzo, 146/2007, de 18 de junio)» (Garberí Llobregat, 2009) permite interactuar, con el resto de actores de la litigación, un proceso equitativo que, proveniente de un ámbito cultural como el del *common law* —o propio del derecho angloamericano— y su mandato de un *fair trial* o también del *due process of law*, ya ha tenido plena acogida en España —como ha quedado indicado—, mediante el acogimiento de un ‘proceso de efectiva tutela’ de conformidad con el artículo 24 de la Constitución.

De modo, que, tras la lectura del texto constitucional, deberíamos asumir, por imperativo constitucional, que el bisturí del que se sirve el modelo de litigación por el que el juez constitucional —los juzgados y tribunales— lleva a cabo la «función jurisdiccional» constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según exigencias constitucionales (art. 117.3. de la Constitución), confluye en el que se ha de denominar «proceso justo» o «equitativo» (sistema jurídico del *common law*) o, en fin, en el «proceso de efectiva tutela» (que es el que diseña el artículo 24 de la Constitución). El derecho a un «proceso justo y equitativo» tiene plena acogida en el texto constitucional español y, también, en el procesalismo español mediante el «proceso de efectiva tutela», que surge de la lectura y del diseño de proceso con el que opera el artículo 24 de la Constitución.

En definitiva, se asiste al mestizaje entre el «proceso justo y equitativo» propio del *common law* con el «proceso de efectiva tutela» que diseña el artículo 24 de la Constitución.

V. EL PROCESO DE EFECTIVA TUTELA

Ante tan paradigmática advertencia, que se ha de aceptar sin cuestionamiento alguno —ya que no es de carácter programático—, se suministra la base y modelo para resolver los problemas que suscitan el logro de la «Justicia» y/o «Verdad» y avanzar en su real significado, en concordancia con la responsabilidad constitucional contraída por la norma procesal.

Al respecto, nos ubicamos ante un «acontecimiento inédito» en la más reciente historia del procesalismo español, en el que el anhelo de una «Justicia» y/o «Verdad» «efectiva» permite adscribir a la norma procesal un significado con el que pueda interactuar de modo concreto y directo por una opción no meramente instrumental, sino de «efectiva tutela» propia del *civil law* y que, además, supondría su «confluencia» con la del debido proceso de ley (*due process of law*), propio del *common law* por cuanto que la «deuda» que se contrae en la aplicación, según «ley» de las garantías procesales (debido = deuda contraída en la aplicación de las garantías procesales según la «ley» —*due process of law*—), supone para el *civil law* y para nuestro constitucionalismo que «proceso de efectiva tutela» signifique, según el artículo 24.2. de la Constitución, que «todos tienen derecho (...) a un proceso público (...) con todas las garantías». El resultado final es, como ha quedado indicado, un claro y contundente mestizaje entre el sistema jurídico del *common law* y el sistema de derecho civil o *civil law*, que es el que adopta el constitucionalismo español.

Y ahí se aprecia enseguida que los términos «debido proceso» son en la actualidad «el primer referente, la esencia de todos los planteamientos modernos sobre la estructura del proceso; acumulación de garantías aportadas a lo largo de la historia en cuanto a su diseño y configuración» (Saavedra Gallo, 2008, p. 33).

Se sale, del modo expuesto, al encuentro de la metodología comparada, ya que «durante bastante tiempo una aproximación comparatista hacia el Derecho procesal solía verse rechazada de manera casi expeditiva —o en todo caso se le negaba cualquier posible utilidad práctica— con el argumento de que los procesos judiciales estaban estrechamente ligados a la cultura de cada nación» (Gascón, 2018, p. 1008). Y es en base a esa metodología comparada que es posible concluir que la existencia del «debido proceso» / «proceso de efectiva tutela» es una garantía constitucional que se vincula con la existencia de una «deuda» que contrae la ley —o

sea, la norma constitucional y la procesal— con el cumplimiento cabal e íntegro de las garantías procesales. No de tal o cual garantía procesal.

El debido proceso como proceso de efectiva tutela no es, pues, una «garantía innominada» (Alvarado, 1990 y 2017) al afirmarse que «es el único derecho constitucional que no ha podido ser definido positivamente en todo el curso de la historia jurídica del país» —Argentina— (Alvarado, 1990, p. 2). Ni tampoco la definición del debido proceso resulta difícil por su «vaguedad y equívocidad» (Agudelo, 2006). Ni tampoco «el etiquetado o denominación del mismo como «debido proceso», se presenta ciertamente como una tautología/redundismo» (Torres, 2011, p. 65). Tampoco «el debido proceso es una institución compleja» (Núñez, 2018, p. 1739). El debido proceso es, por el contrario, «el proceso respetuoso de los derechos y garantías constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en los pactos internacionales» (Calvinho, 2016, p. 176) y a cuyo respeto «se debe» todo tipo de proceso y también el proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución.

El debido proceso es el que, en nuestro constitucionalismo, asegura y protege contra el riesgo de ser vencido en el proceso sin el amparo de una «Justicia» efectiva como propia de un «proceso de efectiva tutela», tal y como se diseña en el artículo 24 de la Constitución. «Justicia» efectiva que va a significar «por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales» [exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil (I)]. Por tanto, no se busca el amparo de tal o cual garantía procesal sino, y como indica la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil (I), lo que se ansía es un proceso con «plenitud de garantías procesales», pues sin esa «plenitud de garantías procesales» no existe «Justicia» para el Derecho Procesal; siendo esa y no otra la «Justicia» la del proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución.

VI. EL «CONCEPTO DE JUSTICIA»

Así que, de modo perpendicular, damos con un hallazgo, a saber: que el «concepto de justicia» converge constitucionalmente solo y exclusivamente en un modelo de litigación que se vincula con la existencia de una deuda que contrae la norma constitucional —y la procesal— con el cumplimiento cabal e íntegro de las garantías procesales dotadas de una fuerza expansiva más allá del significado literal de la norma constitucional.

Consecuentemente, ¿son diversas en alcance y significado las garantías procesales que aplica un juez de Londres a las que aplica un juez de Madrid? La respuesta, obviamente, ha de ser negativa. La proyección y conceptualización de las garantías procesales ha de ser universal. Es universal. Integran un derecho procesal que es connatural al desarrollo de los derechos humanos. Las garantías procesales no son ni susceptibles de ser discriminadas por el lugar en el que se aplican ni tampoco se prestan a un uso discriminado por quien las aplica justificado en razones de raza, procedencia, credo religioso, etnia o supremacía, etc.

No obstante, la proclividad a dejarse subyugar en concreto por la noción de «debido proceso» vinculado con el logro de la «Justicia» y/o «Verdad» no ha pasado desapercibida hasta el punto de que ha experimentado «un *revival* con ocasión de la reciente reforma del art. 111 de la Constitución italiana» (Taruffo, 2010), lo que le ha llevado a decir que «existe un debido proceso si éste está construido de modo que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas». Y, en seguida, se indica que difícilmente se podría reputar «debido» un proceso que «esté sistemáticamente dirigido a producir decisiones injustas o en el que la posibilidad de una decisión injusta sea irrelevante» (Taruffo, 2010).

El anterior razonamiento es de extraordinaria relevancia y alude, una vez más, al «valor constitucional» de la norma procesal y del proceso en su proyectada responsabilidad en dicho ámbito en la medida en que se vincula el cumplimiento cabal de la «deuda» contraída por el «debido proceso» mediante la aplicación de las garantías constitucionales y procesales, al logro que deba alcanzar —o, puede que no— la «Justicia» y/o «Verdad» en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico mediante una «decisión justa», y que en el constitucionalismo español surge del diseño que le otorga al proceso de efectiva tutela.

Por el contrario, puede suceder que aun cuando se cumpla cabalmente con la «deuda» contraída por el «debido proceso» con la aplicación de las garantías constitucionales y procesales, no se obtenga «Justicia» y/o «Verdad» alguna —que puede suceder— en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Luego, existe de entrada una certidumbre y, además, objetiva; a saber: que con el «debido proceso» se puede objetivar —sí o sí— si se ha tramitado el proceso —y ha actuado el juez constitucional— con respeto escrupuloso y pleno de las garantías constitucionales y procesales como

expresión de la «Justicia» a la que alude la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil. En cambio, no siempre se puede objetivar la «Justicia» y/o «Verdad» en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que no sea procesal.

Para comprenderlo mejor, acudamos al arbitraje. En efecto, el árbitro ha de actuar —ya lo sea en derecho o en equidad— con arreglo a un autónomo sistema de garantías procesales aludidas en el artículo 24 de la ley de arbitraje y a las que se «debe» o es «deudor» con el fin de posibilitar la existencia de un «debido proceso» arbitral o «proceso de efectiva tutela» arbitral. Luego, ese «proceso justo —y equitativo, de efectiva tutela— arbitral» lo es «justo» porque es garantía de la aplicación al arbitraje de las, a su vez, garantías procesales aludidas en el artículo 24 de la ley de arbitraje. Pero, no más. No es «justo» —el «proceso justo arbitral», se entiende— porque en él se establezca la «Verdad» o la «Justicia» por el árbitro. Pues bien, exactamente lo mismo sucede con la actuación de un juez constitucional.

Y como lo indicado renglones antes no se halla exento de trascendencia, es por lo que pide, como no puede ser de otra manera, parrafada propia de parte de quienes han dicho que los derechos y garantías previstos en el artículo 24 de la Constitución «no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los laudos arbitrales» (Polo, 2015, p. 581; Vieira, 2015, p. 1480).

O sea, la responsabilidad de la norma procesal, ya lo sea en sede «jurisdiccional» como «arbitral», no asume la responsabilidad constitucional de garantizar ni la corrección jurídica de la interpretación de las normas jurídicas que lleve a cabo ya un juez constitucional, ya un árbitro al no existir un «derecho al acierto», ni tampoco aseguraría la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes planteada ante uno y otro. Aunque la responsabilidad constitucional de la norma procesal puede proyectarse en el diseño de la «Justicia» y/o «Verdad» en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Pero, no más. No se hace responsable constitucionalmente de ese «diseño» final.

Con esa finalidad y no otra, se podría decir que ese «proceso justo, equitativo y de efectiva tutela»

es el resultado de una combinación de garantías concurrentes que, instrumentándose a través de la constitucionalización de los más significativos e inalienables derechos subjetivos y de garantías fundamentales referidas al Poder Judicial y a la Administración de Justicia, conduzcan a una situación en que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino a través de un proceso conducido en forma legal y que concluya con el dictado de una sentencia fundada. (Vallespín, 2002, p. 66)

Al respecto, la responsabilidad constitucional de la norma procesal no se concreta en la responsabilidad de garantizar una «decisión justa y legítima» y, consecuentemente, una resolución apropiada y correcta de la controversia suscitada entre las partes. Ni tampoco aspira a garantizar la corrección jurídica en la interpretación de las normas jurídicas que lleve a cabo un juez constitucional al no existir un «derecho al acierto», ni tampoco aseguraría la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes planteada por una y otra parte en la aplicación de la norma procesal. Aunque su responsabilidad —de la norma procesal— puede proyectarse en el «diseño» de la «Justicia» y/o «Verdad» que garantizaría una «decisión justa y legítima» y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes. Pero —como ha quedado indicado— no más. No se hace responsable de ese «diseño» final.

No obstante, en las indicaciones recién realizadas acerca de la responsabilidad que contrae la norma procesal sobre el diseño final que pueda surgir respecto del logro de la «justicia» y/o «verdad», no se advierta (en palabras de De la Oliva Santos, 2012) «un escepticismo negador de la verdad ni un ápice de cinismo conducente a desinteresarse por ella (...). Sólo hay reconocimiento de la limitada capacidad cognitiva humana» (pp. 96 y 97).

En consecuencia, no se está en absoluto de acuerdo en que «una forma promisorio de abordar el problema» de la «Verdad» y la «Justicia» de una decisión justa «es considerar que es el Derecho, y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos» (Ferrer, 2017, p. 901) porque si así se admitiera, se estaría negando de forma promisorio la existencia misma del proceso.

En la misma línea argumentativa ya se había afirmado que «la búsqueda de la verdad no tiene nada que ver con la función ritual del proceso y puede incluso ser contraproducente desde el punto de vista de la función de resolución de controversias» (Taruffo, 2010).

Pero, ambas argumentaciones similares han obtenido respuesta en la medida en que tales afirmaciones parecen

un poco aventuradas, porque identificar la «buena justicia» con el pronunciamiento de una decisión «verdadera», dejando de lado como *optionals* tanto el carácter simbólico y ritual del proceso —esto es, la relación entre el juez y el «público» o «el pueblo»— como la función del proceso y de la cosa juzgada de resolver controversias (o, en el penal, de sancionar, si se prueban, determinados comportamientos ilícitos), significa en definitiva expulsar la idea misma de «hacer justicia» del contexto humano y social al que pertenece —necesariamente limitado, imperfecto, pragmático— para dejar al juez solo consigo mismo, comprometido, no se sabe si en la resolución de un juego enigmático o en la ascensión trascendental hacia el «saber infinito». (Cavallone, 2012).

De otro lado, además,

el hecho es que el valor simbólico de la administración de justicia, la corrección del procedimiento y la calidad de las decisiones, no pueden ser vistos como valores independientes o incluso en conflicto, como objetivo de opciones ideológicas opuestas, por parte de los amigos y de los enemigos de la verdad, pues todos son igualmente indispensables para la «buena justicia». La decisión destilada en la soledad y el secreto de un «laboratorio», por un juez que ha inaplicado las formas del procedimiento (respetadas escrupulosamente, en cambio, por Bridoye, convencido de que forma *mutata mutatur substantia*) podría incluso ser «verdadera», según rigurosos parámetros epistemológicos, pero será inevitablemente injusta (Cavallone, 2012).

Rechazadas las anteriores premisas (Ferrer, 2017; Taruffo, 2010) por ausente sentido jurídico-procesal, no cupiera duda que la «Justicia» y/o «Verdad» de la que se hace responsable constitucionalmente la norma procesal es la que se puede objetivar —sí o sí— «por un juez que ha [in]aplicado las formas del procedimiento» (Cavallone, 2012) con respeto escrupuloso y pleno de las garantías constitucionales y procesales.

Por tanto, volvamos a la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil (I), en la que se indica que «Justicia civil» efectiva va a significar «por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales» y en la que se ansía un proceso con «plenitud de garantías procesales», pues sin esa «plenitud de garantías procesales» no existe «Justicia civil» en

el ámbito de la litigación civil; siendo esa y no otra la «Justicia civil [o “Verdad civil”]» la que propugna la normativa procesal civil y el entero ordenamiento procesal a través del diseño que realiza el artículo 24 de la Constitución del denominado proceso de efectiva tutela.

Por lo que, aun siendo consciente de que pueda ser tildado de peligroso irracionalista «verifóbico», sostengo que el logro de la «Justicia» y/o «Verdad» de la «decisión justa», además de no ser siempre objetivable —no siempre lo es—, implicaría incorporar esa «Justicia» y/o «Verdad» de la «decisión justa» en la responsabilidad constitucional de la norma procesal, y por ningún lado se indica en el artículo 24 de la Constitución que en esa responsabilidad constitucional de la norma procesal se incluya la «Justicia» y/o «Verdad» de una «decisión justa» propia de proceso de efectiva tutela. Es ontológicamente imposible atribuir esa responsabilidad constitucional a la norma procesal, ya que ningún precepto constitucional establece que, a través de la aplicación de la norma procesal, se obtenga la «Justicia» y/o «Verdad» de una «decisión justa». O que mediante el proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución se obtenga ese mismo resultado.

VII. LA ACCIÓN, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO

No negaré, entonces, la inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios —ya añejos— del procesalismo pretérito, los cuales —sobre todo los referidos a la acción, la jurisdicción o las formas procedimentales—, han venido siendo considerados como las bases en las que se justificaba [y, aún hoy, se justifica] la mayor parte de la denominada doctrina procesal.

La sumaria indicación a esa tríada de «factores» aconseja incursionarnos en el suculento objetivo de lograr el proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución, como la más esencial garantía procesal que oferta el Derecho procesal español para legitimar la norma procesal y que, por razón de esa legitimidad, se constituye desde su proteica e irreductible sustantividad garantista en el concepto clave.

En consecuencia, ni el concepto de acción, ni el de jurisdicción, ni menos aún las formas del procedimiento, pueden competir con el logro de un proceso de efectiva tutela, tal y como lo diseña el artículo 24 de la Constitución, que ha de permitir que se apliquen las esenciales garantías procesales en él contenidas y que son el resultado del compromiso

constitucional asumido en orden a amparar el tráfico de bienes litigiosos a través del Derecho procesal. Y mírese por qué.

Así la posibilidad de «accionar» es irrelevante desde el instante en que existe el compromiso constitucional de «efectiva tutela» sustantiva que garantiza el logro de un proceso justo y equitativo «con todas las garantías» (artículo 24 de la Constitución) y que supone —o debiera suponer— que «todos», en condiciones de efectiva tutela, obtengan no un hipotético derecho de accionar, ya sea concreto, ya sea abstracto, cuanto mejor aún la efectiva tutela sustantiva «con todas las garantías» del artículo 24.2. de la Constitución que es garantizada a «todos» con independencia de que a través de ella el diseño que se obtenga de la misma sea concreto o abstracto.

Por tanto, el objeto de la pretensión no es el controvertible «derecho de acción» que históricamente nunca se ha explicado —para su puesta en práctica ya lo sea en su versión «concreta» o en su versión «abstracta»— como un «derecho» vinculado inexorablemente con la existencia de un proceso de efectiva tutela como ahora diseña «con todas las garantías» el artículo 24.2 de la Constitución. Repito. En ningún momento del devenir histórico del «derecho de acción» en nuestro país ha existido ese vínculo.

Porsu parte, la Jurisdicción, aun siendo consustancial en el constitucionalismo moderno con la existencia de la potestad jurisdiccional constitucional en la que se refugia la existencia del Poder Judicial (artículo 117. 3. de la Constitución), no puede competir con la función jurisdiccional con la que, en cambio, se otorga cobijo al proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución.

Resulta así que si bien la potestad jurisdiccional constitucional que corresponde a juzgados y tribunales se caracteriza por ser un antecedente necesario (ineludible) —o sea, un *prius*—, para los integrantes del Poder Judicial, en cambio, el proceso de efectiva tutela que diseña el artículo 24 de la Constitución se contextualiza, por el contrario, en el ejercicio de la función jurisdiccional —no, en la potestad jurisdiccional— que permite juzgar y hacer ejecutar lo juzgado «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución). De ahí que el logro de un proceso de efectiva tutela tenga una proyección esencialmente funcional. No jurisdiccional o atinente a la existencia de una potestad jurisdiccional constitucional que es tan solo garantía constitucional de la existencia de un Poder Judicial.

Y, por último, aludir a otro concepto también añejo: el procedimiento [el tercero del trípode]. Considero que se ha de dar por definitivamente ganado que las «formas» del procedimiento han dejado de ser un fin en sí mismas, por cuanto solo se justifican en la temporalidad crítica, sustantiva y ordinaria que garantiza el logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución). El proceso, ya lo sea civil, penal, contencioso-administrativo o laboral no está al servicio de la norma del Código civil, mercantil, hipotecaria, penal, de derecho administrativo o laboral etc. Esas normas están al servicio del proceso, ya que si no se respeta el sistema propio (autónomo) y sustantivo de garantías procesales perfectamente objetivables, no sería posible aplicar la norma del Código civil, mercantil, hipotecaria, penal, de derecho administrativo o laboral.

Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo abierto a los diversos modos de integración, racionalización o especificación que el legislador ordinario es siempre libre de proyectar en aplicación del compromiso constitucional adquirido. De modo que ese modelo sólo se justifica en unas garantías procesales concebidas en términos dinámicos con capacidad de adaptación al «aquí y ahora» constitucional, por razón del compromiso constitucional adquirido en el logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución).

Por ello, se está en presencia de un modelo de procesalismo de proyección temporal [cambiante] y sumamente crítico. Esa dinamicidad equivale a reconocer que, frente al procedimiento, el logro de un proceso de efectiva tutela no posee una conceptualización abstracta o formal al hacer posible críticamente el modelo concreto de tutela que establece la Constitución mediante su carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional (metodología constitucional).

En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las formas procesales técnicas, adjetivas y mecanicistas. Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y acrítica frente al logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución) que, a diferencia del procedimiento, es una realidad sustantiva que se constituye en la justificación del procedimiento.

Así, pues, el logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución) es sustantividad comprometida

constitucionalmente a diferencia del procedimiento que es formalidad acrítica y mecanicista. El logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución) con su sustantividad garantista justifica y corrige las «anomalías» en la aplicación mecanicista, adjetiva, atemporal y acrítica del procedimiento.

Por ello, no estorba indicar que la atemporalidad de las normas, en su vertiente procedimental, las ha justificado históricamente como válidas ya sea en tiempos de monarquía, república o dictadura. Por el contrario, el logro de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución) es una realidad, ante todo históricamente contemporánea y sustantiva, por hallarse vinculada y comprometida con la realidad constitucional de «aquí y ahora», y con el sistema de garantías procesales que esa realidad comporta.

En definitiva, y ya lo dije en 1989, el procesalista ha de asumir el «compromiso constitucional» que no es político, ya que la Constitución como norma suprema del Estado es apolítica. Todo lo cual abona un planteamiento rupturista y de adecuación de la norma procesal al sistema de garantías procesales que se halla recogido en la Constitución y en los propios textos procesales.

Quedan, de este modo, preteridas las orientaciones doctrinales que defienden que el sustrato, la esencia de la normativa procesal permanece inmutable e impermeable a cualquier tipo de cambio o modificación. En el momento presente, solo existe un referente: la Constitución.

Su aportación a la normativa procesal ni es política porque el texto constitucional es apolítico, ni es adjetiva, porque la adopción de la metodología constitucional construye una realidad procesal sustantiva [no adjetiva, atemporal o acrítica] acomodada con la realidad constitucional de «aquí y ahora». La sustantividad que aporta la Constitución no es formalmente propia del procedimiento y de sus soluciones acrítico-adjetivas.

Y ahora sí termino. Pretendí escribir en «modo» equilibrado y tendencialmente imparcial. Quise estar en medio, aunque espero no haberme quedado a medias para alertar al lector en que aquello que se espera de la norma procesal, no es el logro de la «Justicia» y/o «Verdad» y sí la «Justicia» de un proceso de efectiva tutela «con todas las garantías» (artículo 24.2. de la Constitución).

REFERENCIAS

- Agudelo, M. (2006). El debido proceso. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Almagro, J. (1970). El «libre acceso» como derecho a la Jurisdicción. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, n.º 37. Madrid: Universidad de Madrid.
- Almagro, J. (1984). *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch.
- Alvarado, A. (1990). El debido proceso. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Alvarado, A. (2017). Proceso y verdad. Rosario: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Cavallone, B., Taruffo, M. (2012). *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra.
- Calvinho, G. (2016). *El proceso con derechos humanos*. Rosario: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- De la Oliva, A. (2012). *El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología. Prudentia iuris. Cuadernos Civitas*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Ferrer, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *XXXVIII Congreso colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto colombiano de Derecho Procesal.
- Ferrua, P. (2009). *Il «giusto proceso»*. Bologna: Zanichelli.
- Garberí, J. (2009). *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.
- Gascón, F. (2018). Metodología comparada y derecho procesal: algunas consideraciones y propuesta. *Derecho y Proceso* vol. II. Barcelona: Atelier.
- Lorca, A. (1989). *El problema de la administración de justicia en España*. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián.
- Lorca, A. (2009). *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado Derecho de*

- la garantía de la función jurisdiccional*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal y Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa.
- Lorca, A. (2011). Garantismo y proceso: una lectura peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho procesal. *Proceso y Constitución*. Lima: Ara Editores. Lima.
- Lorca, A. (2011). El garantismo procesal como metodología para el estudio del Derecho procesal. *Justicia civil y comercial: una reforma cercana*. Santiago de Chile: AECID.
- Lorca, A. (2013). El denominado «proceso justo». *Constitución, Ley y Proceso*. Lima: Ara Editores.
- Lorca, A. (2015). ¿«Justicia», «Verdad Judicial» o Proceso Justo? ¿Convergencia entre el *civil law* y el *common law*? La inutilidad de los conceptos de acción, jurisdicción o el atinente a las formas procedimentales. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca, A. (2017). *La responsabilidad constitucional de la norma procesal. Examen crítico de sus contenidos*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca, A. (2016). La constitucionalización del proceso. *Diario La Ley*, N.º 8865, 17 de noviembre de 2016. Wolters Kluwers.
- Lorca, A. (2017). La constitucionalización del proceso. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca, A. (2018). *La constitucionalización del proceso, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Ciudad de México: Escuela Judicial. Consejo de la Judicatura Federal.
- Lorca, A. (2019). *El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca, A. (2019). *Poder Judicial, Administración del Poder Judicial, Postulación y Justicia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Manzini, V. (1931). *Trattato di Diritto processulae penale italiano secondo il nuovo códice con prefazione de Alfredo Rocco*. Torino: Ministro della Giustizia. Volume Primo.
- Morón, M. (1993). *Derecho procesal civil (Cuestiones fundamentales)*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez, R. (2018). ¿La iniciativa probatoria del juez es compatible con la garantía constitucional del debido proceso civil en el sistema procesal chileno? *Derecho y Proceso* vol. III. Barcelona: Atelier.
- Polo, S. (2015). *Jurisprudencia arbitral comentada de los Tribunales Superiores de Justicia. Estudio de las sentencias y autos de los Tribunales Superiores*

- de Justicia en materia de arbitraje. volumen V. Año 2015. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Saavedra, P. (2008). *Sistema de garantías procesales*. Madrid: Dijusa.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons.
- Torres, J. (2011). Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguuo desarrollo y reconocimiento del debido proceso en sus diversas variantes de debidos procesos específicos. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Vallepín, D. (2002). *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier.
- Vieira, F. (2015). Jurisprudencia arbitral comentada de los Tribunales Superiores de Justicia. Estudio de las sentencias y autos de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de arbitraje, volumen IV. Tomo II. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

CONSIDERACIONES PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: CRITERIOS LEGALES Y PROPORCIONALIDAD. UNA REVISIÓN DE LITERATURA

Considerations for the judicial determination of the sentence: legal criteria and proportionality. A literature review

Cynthia Meliza Lahura Cotera*
Universidad Continental

Recepción: 12/6/2019

Aceptación: 13/12/2019

Resumen

En el Perú la pena debe determinarse observando los criterios legales establecidos en el Código Penal; sin embargo, estos criterios resultan muy generales, presentan vacíos y se encuentran dispersos en diversos artículos, por lo que existe cierto desorden en su aplicación, además de generar un amplio margen de discrecionalidad judicial que puede llegar a confundirse con arbitrariedad. En el presente trabajo se analizó el desarrollo académico sobre la determinación judicial de la pena, sus criterios legales y dogmáticos, y su correlato con el principio de proporcionalidad, encontrándose que los autores consideran que la pena debe determinarse como manifestación de la teoría del delito, en relación al injusto y la culpabilidad. Además, debe ser proporcional al daño causado, y, obligatoriamente, debe contar con una adecuada fundamentación. Plantean que la discrecionalidad judicial debe limitarse a fin de eliminar la arbitrariedad, y para ello es necesaria la existencia de criterios legales preestablecidos.

Palabras clave: Determinación judicial de la pena; pena; individualización de la pena; proporcionalidad; criterios para la determinación judicial de la pena.

Abstract

In Peru the penalty must be determined by observing the legal criteria established in the Penal Code; However, these criteria are very general, have gaps and are scattered in various articles, so there is some disorder in their application, in addition to generating a wide margin of judicial discretion that can be confused with arbitrariness. In the present work, the academic development on the judicial determination of the penalty, its legal and dogmatic criteria, and its correlation with the principle of proportionality was analyzed, finding that the authors consider that the penalty should be determined as a manifestation of the theory of crime, in relation to the unjust and guilt. Furthermore, it must be proportional to the damage caused; and it must necessarily have an adequate foundation. They argue that judicial discretion must be limited in order to eliminate arbitrariness, and for this the existence of pre-established legal criteria is necessary.

Keywords: Judicial determination of the sentence; penalty; individualization of the penalty; proportionality; criteria for the judicial determination of the penalty.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad es considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico, un derecho fundamental y un principio constitucional. Por ello, su afectación constituye un tema de interés para la sociedad, que debe ser tratado con las garantías correspondientes y el respaldo de verdaderas razones que legitimen el uso del *ius puniendi* del Estado. Dicha afectación se manifiesta mediante la aplicación de una pena, entendida como el «medio de mayor severidad que utiliza el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad» (Villavicencio, 2019, p. 24), y tal como lo señala este autor, la pena sería algo malo que se utiliza como «amenaza a las personas y que se aplica a los que delinquen» (p. 25). Por ello, la imposición de sanciones penales debe fundarse en un procedimiento idóneo y con los criterios de justicia necesarios, que permitan considerarlo como eficiente y respetuoso de la dignidad de la persona. En ese sentido, es necesario que los sistemas jurídicos establezcan un modelo estándar que permita cumplir estas exigencias. Lamentablemente, el tema de la determinación judicial de la pena no ha sido abordado por las legislaciones de forma óptima, así lo señala Prado (2016) «pocos han sido los sistemas jurídicos que a lo largo de la historia han logrado configurar y estandarizar un sistema que pueda calificarse como idóneo y justo» (p. 157). Esto ha ocasionado que no exista una adecuada regulación, lo que se traduce en una defectuosa práctica judicial, expresada en problemas interpretativos y «un sensible desconocimiento sobre la naturaleza, operatividad y efectos de las reglas y procedimientos que regulaban la aplicación de las penas (...)» (p. 158), por parte de jueces, fiscales y abogados.

Esta situación se agrava al no existir un adecuado avance académico sobre esta materia. Así lo comenta Silva (2007), quien señala que mientras la teoría del delito ha tenido un creciente desarrollo y refinamiento, la teoría de la individualización judicial de la pena ha quedado al margen (p. 3). La misma suerte corre el caso peruano, donde son contadas las excepciones que han desarrollado avances dogmáticos al respecto; este es el caso de Prado (2009), quien ha realizado un trabajo constante sobre este ámbito del derecho penal material y explica que «la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable» (p. 230), proceso que no es

una cuestión solo de discrecionalidad judicial, sino que debe fundarse en ciertos lineamientos legalmente previstos.

Al respecto, es necesario mencionar que las consideraciones respecto a la determinación judicial de la pena que deben observarse para el caso peruano, y que están recogidas en el artículo 45 del Código penal, tienen su texto original en la reforma introducida con el Código Penal de 1991, sin embargo, estos criterios legales no fueron suficientes para lograr una determinación de la pena adecuada y eficiente (Código Penal, 1991), por lo cual se planteó el Anteproyecto de reforma de parte general del Código Penal 2009. Este proyecto proponía modificaciones en la regulación sobre las consecuencias jurídicas del delito contempladas en el Código Penal de 1991, debido a que dicho apartado contenía defectos técnicos y omitía aspectos relevantes y necesarios, como, por ejemplo, un esquema operativo para la determinación judicial de la pena (Prado, 2009, p. 130).

Este anteproyecto constituyó la base para el texto que actualmente se conoce, pues sus propuestas (aunque con ciertas modificaciones y complementos) fueron recogidas por nuestra legislación, mediante la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013. Esta reforma establece, en su artículo 1, la modificación de los artículos 45 y 46 del Código Penal, referidos a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, y a las circunstancias de atenuación y agravación, respectivamente. Asimismo, su artículo 2 contempla la incorporación del artículo 45-A, que trae el sistema operativo a utilizar para la individualización de la pena, que previamente no existía en nuestra legislación, y que permitía un mayor margen de discrecionalidad (Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, 2013).

Previamente a la implementación de la Ley 30076, Prado (2009) planteaba que «una grave limitación del Código Penal peruano es su escasa y dispersa normatividad sobre la determinación judicial de la pena.» (p. 228). Sin embargo, la reforma tampoco trajo la solución, pues aún en la actualidad se puede advertir que la determinación judicial de la pena continúa siendo un tema controvertido, así lo señala, por ejemplo, Oré (2013), quien menciona que incluso después de la entrada en vigor de la Ley 30076 existen deficiencias en la regulación, pues hay multiplicidad de normas

dispersas por diversos segmentos de la parte general del Código Penal, y otras tantas en la parte procesal, y todas estas deben ser observadas por el juez al momento de determinar la pena concreta. Señala, además, que otro problema es que muchas de estas normas son indeterminadas, no señalan de manera expresa los límites a los cuales se puede llegar al momento de aplicar la pena (p. 2).

Este contexto requiere de un análisis sobre los desarrollos dogmáticos y empíricos que se han realizado en lo nacional e internacional respecto al tema, con la finalidad de conocer los planteamientos en los diversos sistemas jurídicos en el mundo. Así, a partir de la información obtenida, se podrá concluir cuáles deberían ser los criterios más adecuados a observar al momento de individualizar una pena. De este modo, será posible plantear algunas recomendaciones para un tratamiento eficiente que legitime el uso del poder-deber del Estado de sancionar la comisión de un delito, que reduzca los niveles de arbitrariedad y que, a su vez, sirva como un mecanismo informador para la sociedad que le permita adquirir la confianza debida en su sistema de justicia penal.

II. METODOLOGÍA

Este estudio partió de la revisión de artículos académicos publicados en revistas científicas indexadas a las bases de datos Redalyc, Scielo (Perú, Chile, México y Colombia) y Scopus. Asimismo, se buscó en los portales académicos y jurídicos: Dialnet, Revistas PUCP y «Perso: Derecho Penal» de la Universidad de Fribourg.

La búsqueda se realizó mediante las siguientes palabras clave en español: Determinación judicial de la pena, determinación de la pena, individualización de la pena, dosificación de la pena, consecuencias jurídicas del delito, penología, métrica penal y dosimetría penal. También con la palabra en inglés *Sentencing*.

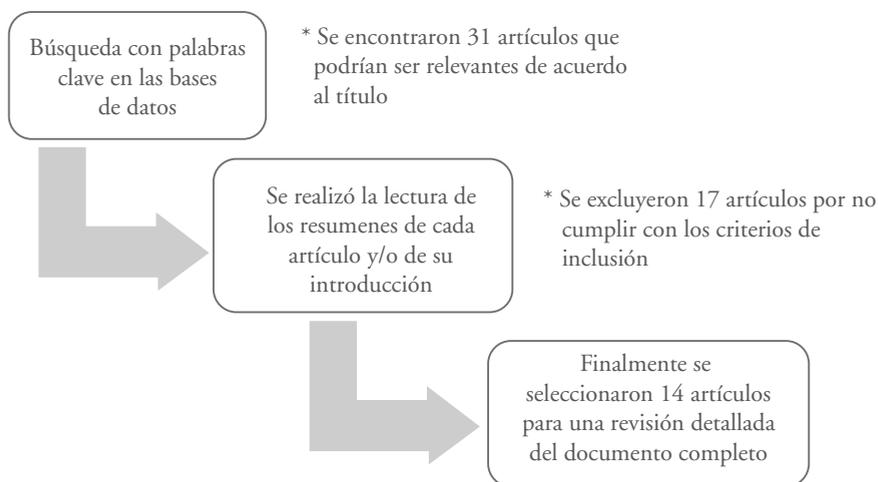
Otro criterio de inclusión es la fecha de publicación de los artículos analizados, la cual se determinó considerando que el texto actual sobre la determinación judicial de la pena en el Código Penal peruano fue introducido con la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, la misma que tuvo sus antecedentes en los anteproyectos de reforma del Código Penal Peruano de 2004 y de 2008/2010; por lo que la búsqueda se realizó

respecto a los últimos 15 años, con la finalidad de analizar el contexto que motivó dichos proyectos de reforma y los criterios considerados desde aquel momento hasta el año 2019.

En esta búsqueda se consideraron artículos académicos tanto a nivel nacional como internacional, que discurren investigaciones respecto al sistema anglosajón y al sistema romano-germánico, con la finalidad de conocer las semejanzas y diferencias en la forma de determinar sus penas, lo que nos permitirá conocer la eficiencia de cada sistema. Además, se excluyeron artículos referidos a fines y teorías de la pena, también aquellos publicados con anterioridad al año 2004 y los referidos únicamente al análisis exegético de los textos normativos de algún sistema jurídico. Del mismo modo, se descartaron todos aquellos artículos que no cumplieran con los criterios de inclusión previamente detallados.

De la búsqueda realizada, se pudo advertir que las publicaciones respecto a la determinación judicial de la pena son limitadas. No obstante, a partir de los artículos encontrados, se revisaron los resúmenes, lo que permitió seleccionar aquellos relacionados con el objeto del presente estudio, para luego revisar el texto completo. El procedimiento realizado se detalla en la Figura 1.

Figura 1. Diagrama del procedimiento realizado para la selección de artículos



III. RESULTADOS

De los artículos seleccionados se extrajeron los objetivos, las conclusiones relevantes al objetivo de esta revisión y los planteamientos de cada autor respecto a los aspectos que, a su criterio, se deben observar para determinar una pena concreta. A partir de ello, se elaboraron las Tablas 1 y 2, con la finalidad de encontrar las semejanzas y diferencias existentes entre los planteamientos de los autores analizados, considerando que pertenecen a contextos jurídicos diferentes.

En la Tabla 1 se presenta el análisis comparativo respecto de los objetivos que perseguía cada uno de los autores.

Tabla 1

Objetivo de la revisión

Objetivos de los artículos de revisión	
Autor y año	Objetivo
Silva (2007)	«Trazar los principales rasgos de un sistema de determinación de la pena como sistema dogmático.» (p. 2)
Feijoo (2007)	Realizar un estudio de la teoría de la «proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho» (p. 4), utilizado en el sistema anglosajón,
González Gómez y González Chávez (2007)	Responder «algunas interrogantes sobre las principales teorías penales que giran en torno a la determinación de la penalidad» (p. 167), al sustituirse «las teorías de peligrosidad por las de culpabilidad» .
Fuentes (2008)	«Depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo.» (p.15)
Prado (2009)	Explicar los aspectos que «(...) propone el Anteproyecto de Parte General de Código Penal 2009 para modificar positivamente la actual regulación sobre consecuencias jurídicas del delito que tiene el Código Penal de 1991.» (p. 129)
Prunotto (2009)	«Señalar las pautas generales del proceso de investigación en la determinación de la pena que realiza el juez» (p. 2) y el «análisis del que se vale el juez para determinar una pena y, también, de qué manera esto llega a ser una investigación científica.»

Peralta (2010)	«Mostrar cómo una teoría de la determinación de la pena coherente con una teoría liberal del delito no puede considerar relevante para la mensuración del castigo ningún elemento subjetivo que trascienda al aspecto cognitivo.» (p. 251)
Arias (2012)	«Analizar los fundamentos legales y las implicaciones que tiene la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición judicial de la pena.» (p. 143)
Núñez Ojeda y Vera (2012)	Realizar un estudio sobre el sistema de determinación judicial de la pena en cuanto a la responsabilidad penal adolescente, desde la garantía de motivación. (p. 170)
Zysman (2014)	Explicar las nuevas justificaciones de un castigo penal y el mecanismo de determinación de la pena empleado en el sistema anglosajón
Olaya (2016)	Analizar los principios de legalidad y proporcionalidad en relación a la determinación judicial de la pena, así también respecto a la motivación de las resoluciones
Guerra (2016)	Analizar la discrecionalidad del juez dentro del proceso de determinación de la pena y la teoría del espacio de juego dentro del cual se realizará la labor de individualización, en el sistema de justicia de Chile. «Transparentar los criterios que se aplican en la determinación de la pena exacta por razones de seguridad jurídica.» (p. 5)
Borja (2016)	Realizar un «estudio sobre los presupuestos, condiciones y circunstancias de las decisiones» que toman a la valoración personal del autor, como fundamento en la concreción de la sanción, para apreciar «la incidencia de las corrientes del Derecho Penal de la peligrosidad en el ámbito judicial de la determinación de la pena» . (p. 125)
Wilenmann et al. (2019)	Realizar una «reconstrucción empírica del contenido de la práctica de determinación de la pena en Chile en lo referido a la individualización de su cuantía y de la naturaleza de la pena a ejecutar» (p. 457) y así analizar las consecuencias y defectos que presentan.

En la Tabla 1 se puede apreciar que los trabajos de Silva (2007), Fuentes (2008), Prado (2009), Zysman (2014), Guerra (2016) y Borja (2016) tienen por objetivo realizar un estudio sobre los criterios vinculados a la determinación judicial de la pena, pero cada uno enfoca un punto de vista distinto. Silva (2007) lo hace desde criterios dogmáticos; Fuentes (2008), desde un punto de vista retrospectivo; Prado (2009), desde los

planteamientos de un anteproyecto; Zysman (2014) como un mecanismo que permite justificar el castigo; Guerra (2016) en búsqueda de seguridad jurídica y Borja (2016) como presupuestos, condiciones y circunstancias consideradas en la decisión judicial.

Por otro lado, Arias (2012) y Olaya (2016) toman como objetivo central de su trabajo el análisis del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena; con la diferencia de que Olaya (2016) considera necesario también un estudio sobre el principio de legalidad y la motivación de las resoluciones judiciales. El deber de motivación también es un aspecto revisado por Núñez y Vera (2012), quienes lo consideran como una garantía que debe brindar el juez. La labor del juez también es estudiada por Guerra (2016), pero desde una perspectiva distinta, pues busca realizar un análisis referente a su discrecionalidad.

Algunos autores plantearon sus objetivos en función de determinadas teorías, por ejemplo, Feijoo (2007) lo hace sobre la teoría de la proporcionalidad por el hecho; Gonzáles Gómez y Gonzáles Chávez (2007) de acuerdo con las teorías de la peligrosidad y la culpabilidad; Peralta (2010) sobre la teoría liberal del delito y Guerra (2016), respecto a la teoría del espacio de juego. Así, tenemos que Gonzáles Gómez y Gonzáles Chávez (2007) y Borja (2016) incluyen en su estudio la peligrosidad, con la diferencia de que el último de los nombrados considera también la necesidad de un estudio sobre la valoración personal del autor, planteamiento similar al de Fuentes (2008), quien centra su objetivo en recoger tanto circunstancias objetivas como subjetivas para la determinación judicial de la pena. Posición contraria a la de Peralta (2010), quien plantea que no se debe considerar ningún elemento subjetivo.

Feijoo (2007) y Zysman (2014), a diferencia de los otros, realizan un estudio respecto a la forma de determinar la pena en el sistema anglosajón. Otro estudio distinto es el desarrollado por Wilenmann et al. (2019), quienes enfocaron su investigación en cuestiones prácticas y no solo teóricas. También es diferente el planteamiento de Prunotto (2009), quien inicia su estudio entendiendo a la determinación de la pena como una investigación científica. Finalmente, la diferencia del trabajo de Núñez y Vera (2012) con relación a los demás, en que se encuentra alineado con la responsabilidad penal adolescente.

Respecto a las conclusiones de los autores, se seleccionaron aquellas que resultaban útiles para la presente investigación. Véase Tabla 2.

Tabla 2. Conclusiones de la revisión

Conclusiones de los artículos de revisión	
Autor y año	Conclusión
Silva (2007)	En el ámbito de la determinación de la pena, «no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (...) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales).» (p. 20)
Feijoo (2007)	La teoría de la proporcionalidad por el hecho basada en la «previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad» (p. 6) puede servir de punto de partida para construir un sistema de dosimetría, «a pesar de lo erróneo de muchos de sus planteamientos.» (p. 13), pues son en extremo individualistas (sólo toma la perspectiva de la víctima), dejando de lado su influencia en el orden social, además de que «le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena». (p. 8)
González Gómez y González Chávez (2007)	El positivismo criminológico plantea que la pena debe determinarse proporcionalmente a la peligrosidad del sujeto, mientras que la teoría de la culpabilidad considera que debe realizarse de forma proporcional con la gravedad del delito. «La política criminal a nivel internacional exige la abrogación legislativa basada en la teoría de la peligrosidad» (p. 177), esta posición, «obedece a la desconfianza del elemento subjetivo tan inherente a la esencia humana, pretendiendo tener resoluciones judiciales objetivas y predecibles.»
Fuentes (2008)	«Ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del <i>ius puniendi</i> .» (p. 42)
Prado (2009)	«Las opciones normativas contenidas en el Anteproyecto 2009 procuran reestructurar y renovar el sistema de consecuencias jurídicas del delito, así como superar los defectos y omisiones que han sido detectados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales.» (p. 139)

Prunotto (2009)	La actividad del juez al determinar la pena esta reglada como una investigación científica, pues sigue ciertos pasos e inferencias para llegar a un producto final. «Parte de un objeto-el delito, que debe seguir un proceso específico con formalidades que se deben cumplir, el debido proceso- el proceso de investigación» y el producto a alcanzar es la sentencia. (pp. 24, 25)
Peralta (2010)	«Un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos (...) debe llegar al rechazo de la justificación de la relevancia de los motivos o la intención incluso en la graduación del castigo» (p. 274), ya que la evaluación de las cuestiones privadas del sujeto significaría que «el Estado se introduce ilegítimamente en cuestiones que no tiene permitido investigar»
Arias (2012)	«Los jueces tienen la obligación constitucional y legal (...) de apartarse de las leyes relativas a la pena cuando de ellas se deriva una afectación desproporcionada de los derechos fundamentales.» (p. 143)
Núñez y Vera (2012)	«El deber de motivación de la sentencia constituye una garantía fundamental (...) del procedimiento penal, (...) debe ser el producto de un ejercicio argumentativo fundado en un proceso de reflexión racional.» (p. 202)
Zysman (2014)	En gran parte del siglo XX, mientras la legitimación del castigo fue hegemónica y estuvo basada en una justificación externa —bien definida— como la resocialización, las penas fueron indeterminadas (...). Por el contrario, en las Directrices existe una búsqueda de precisión absoluta en el castigo, pero esta se desentiende de la razón del mismo. (p. 102)
Olaya (2016)	En el proceso de dosificación de la pena, no solo se deben observar criterios legales, sino también criterios constitucionales como exigencia derivada de la dignidad de la persona humana, y que permite al juez administrar justicia mediante un proceso humanizado.
Guerra (2016)	La teoría del espacio de juego no es usualmente empleada, pues los jueces solo se limitan a dar el grado mínimo de la pena sin mayor razonamiento, en ese sentido, el autor plantea que es necesario una directriz que ayude al juez a una adecuada resolución del caso. La discrecionalidad otorgada al juez, resulta ser una oportunidad para que dicho operador de justicia envíe un mensaje social al imponer una determinada pena.

Borja (2016)	La determinación de la pena en el sistema español, busca «limitar el arbitrio judicial hasta límites razonables» ; este proceso se da en un primer momento cuando el legislador establece la pena base y la pena base modificada, valorando la «la proporcionalidad de la sanción en relación con el injusto culpable». Un segundo momento se da cuando el juzgador debe individualizar la pena valorando la gravedad del hecho en relación con las circunstancias personales del sujeto que lo cometió. Entre estos dos momentos, existen fases intermedias en las que se debe «estrechar el arbitrio judicial con criterios generales de obligado sometimiento». (p. 148)
Wilenmann et al. (2019)	Una reforma en la previsión legal respecto a la determinación judicial de la pena en Chile, permitiría «cumplir tal vez de mejor modo los fines institucionales de adecuación en la determinación de la pena, control en el impacto en el sistema carcelario y distribución racional de las plazas en prisión vinculado a un sistema de sentencing.» (p. 482)

La Tabla 2 muestra opiniones diversas, como resultado de los puntos de vista seguidos por cada autor. En el caso de Silva (2007), Núñez y Vera (2012) y Guerra (2016), los autores reflexionan sobre la importancia de la argumentación en las resoluciones judiciales: el primero explica que esta debe estar relacionada con los fines de la pena; Núñez y Vera (2012) consideran que debe fundarse en reflexiones racionales expresadas en la motivación, mientras que Guerra (2016) explica que, al ser parte de la discrecionalidad del juez, la argumentación le permite mandar un mensaje social. Así también, respecto a la discrecionalidad, Borja (2016) cree que el arbitrio judicial se debe limitar imponiendo criterios de obligatorio cumplimiento.

Además de Silva (2007), otros autores que le dan importancia a los fines de la pena son Feijoo (2007) y Fuentes (2008). Para el primero, un sistema de dosimetría de la pena debe tener como sustento la función social de la pena; en tanto el segundo considera que, como parte del ejercicio de la discrecionalidad del juez, deben observarse las finalidades de la norma penal. Feijoo (2007) también concluye que el sistema de dosimetría puede tener como punto de partida la teoría de la proporcionalidad al hecho, tiene pues una similar postura a la de Borja (2016), quien plantea valorar la proporcionalidad por la gravedad de hecho; en tanto González Gómez y

González Chávez (2007) realizan su estudio de la proporcionalidad desde dos puntos de vista: la peligrosidad del sujeto (teoría de la peligrosidad) y la gravedad del delito (teoría de la culpabilidad); además las autoras señalan que la política criminal moderna exige dejar de lado la teoría de la peligrosidad.

Arias (2012) y Olaya (2016) consideran que además de la observancia de criterios legales, es necesaria la aplicación de criterios constitucionales, por lo que hacen hincapié en el respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona; en similar sentido, Fuentes (2008) explica que el proceso de determinación judicial de la pena debe realizarse con respeto de los principios y con un uso racional del *ius puniendi*. Sin embargo este autor, considera que en ningún caso debe prescindirse de los criterios dados por ley, opinión opuesta a la de Arias (2012), quien considera que, en los casos de afectaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales, es mejor apartarse de la ley.

En los trabajos de Prado (2009) y Wilenmann *et al.* (2019) se considera necesaria una modificación en los sistemas de determinación de la pena vigentes al momento en que redactaron sus artículos. Una conclusión distinta es la encontrada por Peralta (2010), quien señala que no es aceptable que, al momento de determinar la pena, se incluyan cuestiones internas del sujeto, como los motivos o la intención. Una conclusión aislada es la de Prunotto (2009), quien considera que la actividad del juez está reglada de forma semejante a la actividad científica. Finalmente, Zysman (2014), al realizar su estudio sobre el sistema anglosajón, indica que las penas basadas en la resocialización son indeterminadas y que en contraposición existen las directrices que determinan el castigo con precisión absoluta.

El punto final de estos resultados refleja el análisis de los planteamientos que cada autor considera necesarios para la determinación de la pena, los cuales se explican en la Tabla 3 y fueron extraídos del desarrollo de los artículos, pues muchos de estos criterios, a pesar de su importancia, no formaron parte de las conclusiones de los autores.

Tabla 3. Aspectos a considerar en la determinación de la pena

Aspectos a considerar para la determinación judicial la pena		
Autor y año	País	Aspectos a considerar
Silva (2007)	España	«La teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa de un sistema de la teoría del delito» (p. 5). Se debe considerar un marco penal previsto de forma abstracta, que responda a la necesidad de la pena y su merecimiento. Se debe considerar también que «injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables» (p. 5)
Feijoo (2007)	España	Se debe eliminar la arbitrariedad, vinculándose los criterios para determinar la pena a los criterios relacionados al injusto y la culpabilidad (concepto material del delito). «La determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho.» (p. 9)
González Gómez y González Chávez (2007)	México	Se debe tener en cuenta la peligrosidad del agente, así por ejemplo los «elementos subjetivos del acto intencional del agente en contra de la víctima» (p. 174), pues de lo contrario se «deja a un lado derechos fundamentales de la víctima y de la misma sociedad, al no juzgarse a su agresor en proporcionalidad del delito cometido en todo su dimensión objetiva y subjetiva» (p. 172)
Fuentes (2008)	Chile	Debe darse un margen de discrecionalidad «guiada por pautas o criterios generales» que establezcan «las limitaciones que emanan de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados» (p. 41); además es importante que «el juez explicita cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho.»
Prado Saldarriaga (2009)	Perú	Se debe seguir un sistema operativo sobre el cual se realice «la fundamentación judicial obligatoria de la pena a imponer; procedimiento de determinación a partir de la identificación de una pena básica y de su división en tres segmentos; regulación de catálogos semicerrados de circunstancias agravantes y atenuantes

		semicerrados de circunstancias agravantes y atenuantes comunes, así como de circunstancias cualificadas y privilegiadas (...).» (p. 133)
Prunotto (2009)	Argentina	«El juez debe seguir un diseño que le permita respetar los marcos legales y poder fundamentar con razonabilidad su decisión» (p. 25), así, al momento de valorar «no solo valore el hecho, el sujeto y el entorno, sino que también valore sus propias experiencias, perjuicios y valores», pero entendiendo que «la mejor herramienta, contra cualquier arbitrariedad interna o externa, es el “ <i>induvio pro reo</i> ”».
Peralta (2010)	Argentina	«Es necesario trasladar los elementos de la teoría del delito, que permiten un excelente control para el «sí o no» de la pena, al quantum de ésta.» (p. 268)
Arias (2012)	Colombia	Cuando el juez observe que la pena legalmente prevista es desproporcionada, «debe apartarse de esa decisión legislativa y proceder a prescindir de la pena, seleccionar una diferente (...) o tasar la pena por debajo del mínimo previsto legalmente» (p. 169), además se debe utilizar «la analogía <i>in bonam partem</i> .»
Núñez y Vera (2012)	Chile	Los criterios legales no deben aplicarse solo de forma discrecional, sino en «conexión con consideraciones relativas al injusto del hecho (...) con aspectos de culpabilidad e imputación personal (...) o con las consideraciones preventivo especiales positivas que inspiran y limitan al sistema.» (p. 203)
Zysman (2014)	Argentina	Aplicación de las directrices, que son tablas numéricas «destinadas a orientar a los jueces en la imposición de penas precisas para toda configuración que pueda tener un hecho delictivo» (p. 88). En ella solo se consideran la gravedad del hecho cometido y la gravedad de los antecedentes delictivos del acusado, quedando prohibida la aplicación de cualquier otro criterio.
Olaya (2016)	Perú	Se debe incluir «la consideración de las condiciones humanas» del sujeto en proporción al daño causado. Además es necesaria una motivación expresa.
Guerra (2016)	Chile	Se deben considerar las «circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal» (p. 11) y un margen de discrecionalidad judicial basada en «el perjuicio ocasionando por conducta delictiva al bien jurídico, las consecuencias sociales del hecho y el daño concreto producido por el delito.» (p. 12)

Borja (2016)	España	«El criterio orientador más relevante para la determinación de la pena en la sentencia sea la concreta gravedad del injusto culpable manifestada en el hecho» (p. 130). «Junto a la gravedad concreta del delito, la individualización judicial de la pena puede verse influida por cierta orientación polícticriminal que se desprende de aquél» (p. 131)
Wilenmann et al. (2019)	Chile	En un sistema parcialmente formalizado como el chileno, se incluirán «reglas de especificación del marco penal (...), a las reglas mismas que definen atenuantes y agravantes (...), y a las reglas de determinación de la pena nominal precisa a ser impuesta, (...) decisiones sobre aplicación de penas sustitutivas» (p. 462). Y «exigencias argumentativas para el uso de las potestades excepcionales.» (p. 481)

De esta revisión, se encontró que una de las principales concepciones adoptadas por los autores es la vinculación que debe existir entre la teoría de la determinación de la pena y la teoría del delito. Esta postura es destacada por Silva (2007), Feijoo (2007) y Peralta (2010), quienes lo señalan de forma expresa y, además, hacen referencia a sus elementos: injusto y culpabilidad. Similar criterio tienen Núñez y Vera (2012) y Borja (2016), quienes, pese a no mencionarlo de forma literal, sí se refieren a la relación que debe existir entre los criterios orientadores de la determinación de la pena con el injusto y la culpabilidad del delito.

A pesar de que los autores señalados en el párrafo anterior tienen el mismo fundamento, sus postulados difieren en algunas cuestiones. Para Silva Sánchez (2007), la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse de forma cuantitativa, es decir mediante criterios graduables. Para Feijoo (2007), vincular los criterios de determinación de la pena a los elementos de la teoría del delito permitirá eliminar la arbitrariedad. Mientras Peralta (2010) señala que se deben usar los mismos elementos que permiten decidir el sí o no de la imposición de la pena, para determinar el *quantum* que le corresponde. En tanto, Núñez y Vera (2012) plantean que los criterios legales que deben aplicarse para determinar la pena deben estar vinculados al injusto del hecho, a la culpabilidad, a la imputación personal y a la prevención especial positiva.

Asimismo, respecto esta postura, Feijoo (2007) y Borja (2016) hacen referencia a que la pena debe determinarse dependiendo de la gravedad del hecho, con la diferencia de que el último plantea que además la individualización de la pena debe orientarse por la política criminal. El criterio de la gravedad del hecho como fundamento para la determinación de la pena también es recogido por Zysman (2014), quien menciona que las directrices utilizadas en el sistema anglosajón consideran para su configuración la gravedad del hecho y la gravedad de los antecedentes delictivos del sujeto como únicos presupuestos.

En cuanto a los aportes de Olaya (2016), cabe mencionar que para esta autora la pena debe determinarse de forma proporcional al daño causado, pero considerando las condiciones humanas del sujeto. Relativamente similar es el criterio de Guerra (2016), quien señala que al establecer la pena debe considerarse el daño concreto producido por el delito, el cual será el fundamento de la discrecionalidad que le será permitida al juez, la cual además deberá tomar en cuenta el perjuicio causado al bien jurídico y las consecuencias sociales ocasionadas; sin embargo, este autor no considera las condiciones humanas. Respecto a la discrecionalidad, es necesario resaltar que es un aspecto abordado también por Fuentes (2008) y Núñez y Vera (2012).

Fuentes (2008) menciona que si existe un margen de discrecionalidad judicial, este debe estar guiado por criterios legales prestablecidos, mediante los cuales se impondrán limitaciones a observar. En tanto, Núñez y Vera (2012) mencionan que los criterios legales no deben aplicarse solo de forma discrecional, sino en relación con los elementos de la teoría del delito. Un aspecto relacionado con la discrecionalidad es la arbitrariedad, tema estudiado por Feijoo (2007), quien menciona la necesidad de su eliminación, y por Prunotto (2009), quien plantea que el *induvio pro reo* sería la mejor forma de ir contra la arbitrariedad.

Otro tema importante es el relacionado a la necesidad de fundamentación o motivación sobre la determinación de la pena a imponer. Este aspecto ha sido desarrollado por Fuentes (2008), Prado (2009), Prunotto (2009), Olaya (2016) y Wilenmann *et al.* (2019). Al respecto, Olaya (2016) plantea que la motivación debe ser expresa; mientras que Prado (2009) y Wilenmann *et al.* (2019) consideran que debe ser obligatoria, una exigencia. Respecto al planteamiento de Prunotto (2009), existen algunas

diferencias, pues esta autora explica que la fundamentación debe darse en base a la razonabilidad del juez, la cual incluso podría valorar sus propias circunstancias personales (experiencias, perjuicios y valores).

De otro lado, Silva (2007), Fuentes (2008), Prado Saldarriaga (2009), Prunotto (2009), Núñez y Vera (2012) y Wilenmann et al. (2019) rescatan la importancia de los criterios legales que especifiquen el diseño a seguir para determinar la pena y sus limitaciones. Una postura divergente es la de Arias (2012), quien considera que, en tanto la pena legalmente prevista sea desproporcionada, es posible alejarse de las cuestiones legalmente predefinidas. Así también, a propósito de los criterios legales, Wilenmann et al. (2019) y Prado (2009), coinciden en la necesidad de que dentro de ellos se regulen circunstancias agravantes y atenuantes; esto también es postulado por Guerra (2016), quien denomina a estas circunstancias, como «modificadorias de la responsabilidad penal».

Un criterio distinto tienen Gonzáles Gómez y Gonzáles Chávez (2007), quienes desarrollan sus ideas desde la perspectiva de la víctima, postura que no ha sido abordada por ninguno de los demás autores revisados. Estas autoras también toman en consideración las consecuencias para la sociedad. Asimismo, señalan que para determinar la pena se debe evaluar la peligrosidad del agresor en proporcionalidad al delito, considerando tanto cuestiones objetivas como subjetivas (postura contraria a lo planteado por Peralta (2010) en sus objetivos, quien considera que no es posible considerar «para la mensuración del castigo ningún elemento subjetivo»). Sin embargo, la posición de las autoras es también acogida por Fuentes (2008), quien considera que, en la individualización de la pena, debe existir una ponderación entre circunstancias objetivas y subjetivas relacionadas con el hecho.

Finalmente, un trabajo distinto es el realizado por Zysman (2014), respecto al sistema anglosajón, específicamente sobre el caso de EE. UU.; en dicho trabajo nos explica que bajo este sistema la determinación de la pena consiste solo en la aplicación de las denominadas directrices, las cuales son tablas numéricas, en las que se encuentran preestablecidas penas exactas para cualquier configuración que pueda tener un hecho delictivo, y que fueron calculadas solo en base a la gravedad del hecho cometido y la de los antecedentes del acusado, sin posibilidad de aplicar ningún otro criterio.

IV. DISCUSIÓN

La revisión de la literatura ha mostrado que el desarrollo académico realizado en los últimos 15 años es muy limitado, pues son pocos los artículos encontrados que cumplen con los criterios de selección y la rigurosidad académica planteada para el presente trabajo. Perú no es ajeno a este contexto, es uno de los países con menor desarrollo al respecto (tal como se observa en la Tabla 3). Esto refleja el poco interés que la teoría de la determinación de la pena ha generado en la comunidad científica a pesar de la importancia que trae consigo, al ser la pena uno de los males más graves que puede enfrentar el ser humano. Bajo este contexto, los fundamentos empleados para su determinación, deberían ser parte de una teoría bien desarrollada y de ser posible de alcance general; más aun considerando que no es un tema nuevo; por el contrario, tiene sus orígenes junto con el derecho penal, pues con la aparición del delito surge también la necesidad de sancionarlo adecuadamente.

Además, durante la revisión se encontró que los temas discutidos a lo largo de los años son diversos, y, a pesar de ser parte de una misma realidad jurídica, la problemática analizada es distinta. Así, por ejemplo, en el caso de España, Silva (2007) centra su estudio en ver a la determinación de la pena como un sistema dogmático cuantificable, mientras Feijoo (2007) plantea el estudio de la teoría de la proporcionalidad por el hecho y Borja (2016) se centra en estudiar la valoración personal del autor con la finalidad de determinar la incidencia del Derecho Penal de la peligrosidad. Considero que esto se debe a que no existe una teoría general o al menos mayoritariamente aceptada; situación distinta por ejemplo a la teoría del delito que sí es de alcance más general; tendencia que debería seguir la teoría de la determinación de la pena.

Esta situación lamentablemente ha generado que, a pesar de los años, no se haya resuelto la problemática que se ha ido planteando y que incluso algunos aspectos cuestionados en el año 2007 no se hayan dilucidado y sigan siendo objeto de discusión en el 2016 y probablemente hasta la actualidad. Este es el caso, por ejemplo, de la relación entre la determinación de la pena con las categorías estudiadas por la teoría del delito. El hecho de que estos aspectos sigan siendo materia de controversia permite corroborar la deficiencia en el desarrollo académico a nivel mundial; situación en la cual Perú se encuentra incluido, pues este tema ni siquiera fue expuesto en los

artículos revisados.

La relación de la teoría de la determinación de la pena con la teoría del delito es un tema analizado por Silva Sánchez (2007), Feijoo Sánchez (2007), Peralta (2010), Núñez Ojeda y Vera Vega (2012) y Borja Jiménez (2016), para quienes el ejercicio de individualización de la pena debe realizarse como una manifestación de las categorías de la teoría del delito, posición que comparto, pues esto permitiría que la pena se imponga objetivamente y en respuesta a los fundamentos otorgados por la teoría del delito; sin embargo, se considera que, adicionalmente, deberían considerarse otros criterios que deban adecuarse al sistema penal peruano, los cuales serán mencionados en los siguientes apartados.

Por otro lado, de la revisión se desprende que otro de los temas más estudiado por los autores es la proporcionalidad, aunque desde distintos puntos de vista. Ha sido invocado por Feijoo (2007), Arias (2012), Olaya (2016), Gonzáles Gómez y Gonzáles Chávez (2007) y Borja (2016), ya sea en sus objetivos, su desarrollo y/o sus conclusiones, considerando que la pena debe determinarse en proporción al hecho, al delito o al daño causado (según la perspectiva de cada autor). Asimismo, los demás autores a pesar de no tener a la proporcionalidad como un tema central de su estudio, lo han mencionado de forma indirecta en su contenido, así, por ejemplo, plantean que la pena debe imponerse en estricta relación con la gravedad del delito. Por estas razones, desde mi punto de vista, la proporcionalidad resultaría ser un criterio necesario a observar al momento de la determinación judicial de la pena.

Un punto importante se encuentra en el deber de fundamentación o motivación que se exige respecto a la determinación de la pena, el cual se concibe como la obligatoriedad que tienen los jueces de explicar las razones que los llevaron a individualizar la pena de la forma en que lo hicieron. Este criterio ha sido invocado por Núñez y Vera (2012), Fuentes (2008), Prado (2009), Prunotto (2009), Olaya (2016) y Wilenmann *et al.* (2019). Y en mi opinión, es una exigencia positiva, pues conocer las razones que llevaron al juzgador a establecer la pena como lo hizo es un derecho de los justiciables y de la sociedad en general, que a la vez posibilita reducir la arbitrariedad. Sin embargo, para lograr esto, es necesario que se cumpla la obligatoriedad planteada en los artículos revisados, pues la exigencia de motivación es un aspecto que en la actualidad ya se encuentra previsto,

pero el problema es que no siempre se cumple, por lo que este tema sigue sujeto a posibilidades de mejora.

Otro aspecto encontrado durante esta revisión es el análisis que los autores realizan respecto a la discrecionalidad del juez, y sobre la eliminación de la arbitrariedad. De lo planteado por Guerra (2016), Fuentes (2008) y Núñez y Vera (2012) sobre la discrecionalidad, más acertada es la postura de Fuentes (2008), pues cree que ninguna actividad judicial puede ser dejada solo a la discrecionalidad, sino que deben considerarse criterios que hayan sido fijados por la ley, los principios y la razón. En esta misma línea de análisis, Borja (2016) y Feijoo (2007) hacen referencia a la necesidad de eliminar la arbitrariedad o al menos limitarla adecuadamente. Rescato esta posición, ya que la discrecionalidad judicial muchas veces puede convertirse en arbitrariedad, por ello es correcto plantear límites específicos, reconocibles y que eviten confusiones o la posibilidad de vulneración, con la finalidad de lograr una adecuada actividad judicial.

En similar línea de análisis, Silva Sánchez (2007), Fuentes Cubillos (2008), Prado (2009), Prunotto (2009), Núñez y Vera (2012) y Wilenmann *et al.* (2019) han tratado sobre la importancia de la existencia de criterios legales que sirvan de guía para la determinación de la pena y como límites a la discrecionalidad. De este modo, a pesar de que autores como Arias (2012) opinen lo contrario y planteen apartarse de los criterios legales en ciertos casos, en mi opinión, los criterios legales son necesarios, pues definen las reglas de juego que se van a aplicar, de lo contrario, los márgenes de discrecionalidad ilimitados podrían generar abusos, excesos, defectos e incluso impunidad al momento de individualizar penas concretas.

De otro lado, considero necesario resaltar el trabajo realizado por Wilenmann *et al.* (2019), el único autor que basó su investigación en un estudio empírico, y esto resulta muy útil para entender el estado real de la cuestión, pues en ocasiones existe una gran brecha entre los aspectos formulados por los textos normativos o los planteamientos de la doctrina y la realidad a la que se enfrentan día a día con las personas. Por esta razón, sería fructífero que se pudieran validar cada uno de los aspectos desarrollados en la doctrina y las normas con la realidad en la que vienen funcionando los sistemas judiciales en la actualidad.

El estudio realizado por Gonzáles Gómez y Gonzáles Chávez (2007) presenta una postura muy distinta a la del resto, se ha planteado desde una perspectiva

criminológica y propone que, con la finalidad de considerar la afectación a la víctima y a la sociedad, se debería acudir nuevamente a la teoría de la peligrosidad del agresor, la cual en la actualidad no es utilizada, pues la política criminal rechaza esta posición y se inclina por la teoría de la culpabilidad. Al respecto, al hablar de peligrosidad, no se estaría precisamente en el ámbito de la determinación de la pena, sino más bien ante la necesidad de la aplicación de una medida de seguridad, siendo claras las diferencias entre ambas, las cuales además no son materia de este análisis.

Finalmente, el análisis de Zysman (2014), respecto al sistema anglosajón, presenta una propuesta distinta a la conocida en los países de tradición romano-germánica, un mecanismo en el cual la determinación de la pena ha eliminado por completo la posibilidad de un actuar discrecional de los jueces, quienes, a través de sus directrices, ofrecen penas exactas, predeterminadas de acuerdo con el tipo de delito y los antecedentes del acusado. Este nuevo modelo retribucionista es la expresión de la teoría de la proporcionalidad por el hecho, que surge ante la consideración de que la resocialización como fin de la pena ha fracasado y que ya no sería necesaria para su legitimación. Se considera que este es un sistema adecuado que permite una aplicación de la pena en estricto respecto al principio de igualdad. Sin embargo, este tipo de modelo no es posible de aplicar en países como el Perú, donde aún se considera a la resocialización dentro de los textos constitucionales y demás normas penales.

V. CONCLUSIONES

Existe poco desarrollo académico sobre la determinación judicial de la pena, y Perú sigue la misma tendencia, al no encontrarse mucha investigación sobre el tema, sobre todo en los últimos años.

La discusión respecto a la determinación judicial de la pena continúa siendo la misma, a pesar de los años transcurridos, desde el año 2007, la problemática no ha sido resuelta. Y es más grave aún que no exista evidencia de desarrollos académicos en la actualidad.

Los aspectos principales abordados por los autores en materia de revisión, fueron la relación de la teoría de la determinación de la pena con la teoría del delito, la exigencia de motivación, la eliminación de la arbitrariedad en la individualización de las penas, la proporcionalidad y la necesidad de criterios legales preestablecidos.

En la actualidad no hay consenso sobre los criterios recomendados a seguir para determinar la pena de forma eficiente; cada país cuenta con diversas consideraciones, en la mayoría existe un margen de discrecionalidad judicial. Sin embargo, en todos estos países se mantiene el debate respecto al funcionamiento de sus sistemas, incluso en algunos países se ha considerado necesaria una reforma.

Si bien es cierto es necesario un margen de discrecionalidad judicial que permita apreciar y valorar las circunstancias personales del autor, empero, es necesario que esta discrecionalidad sea limitada a través de criterios objetivos delimitados en los códigos penales y demás normas pertinentes, con la finalidad de eliminar la arbitrariedad.

La teoría del delito ha tenido mayor desarrollo que la teoría de la determinación de la pena; en ese sentido, resulta idóneo determinar una pena concreta en relación con los elementos de la teoría del delito: injusto y culpabilidad; asimismo este ejercicio debe guiarse por los fines de la pena perseguidos y por orientaciones de política criminal.

El sistema anglosajón cuenta con una configuración muy distinta a las demás realidades analizadas en esta revisión, al no existir un ejercicio de discrecionalidad, pues para la imposición de una pena solo deben fijarse en las tablas denominadas directrices, que contienen catálogos cerrados para se ubicar la pena que corresponde al delito cometido y que es imposible de cambiar.

En el caso peruano, no es posible aplicar un sistema como el de las directrices, debido a que dicho sistema basa sus fundamentos en la no aceptación de la resocialización como fin de la pena, siendo este planteamiento contrario a ordenamiento jurídico del Perú, donde aún las normas recogen la resocialización del penado como un fin primordial.

Finalmente, se considera que debería incentivarse el debate académico en torno al desarrollo de los fundamentos de la teoría de la determinación de la pena; considerando principalmente la realización de estudios empíricos que permitan conocer la realidad a la que se enfrentan los jueces y la población. Este tipo de investigaciones son necesarias, pues, más allá de ser un debate teórico, existen consecuencias y efectos prácticos que se reflejan en la vida de las personas y en el funcionamiento de la sociedad.

REFERENCIAS

- Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 38, 142-171. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972012000200005
- Borja, E. (2016). Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena. *Nuevo Foro Penal*, 12(87), 120-158. <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.4>
- Feijoo, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, 1, 1-20. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403_es_1.pdf
- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, 14(2), 15-42. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>
- González, G. y González, M. (2007). La teoría criminalística en la individualización de la pena. *Cinta de Moebio*, 29, 167-178. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10102903>
- Guerra, R. (2016). Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 22, 22-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5837313>
- Núñez, R. y Vera, J. (2012, julio). Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno. *Política Criminal*, 7, 168-208. <https://bit.ly/3eTqgc3>
- Olaya, M. (2016). La humanización de la determinación judicial de la pena. *Ita Ius Esto*, 13(i). <https://bit.ly/3eBNrY9>
- Oré, E. (2013, setiembre). Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076. *Gaceta Penal* 51, 11-27. <https://bit.ly/3vFfhtx>
- Peralta, J. (2010). Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LXIII*, 251-275. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842893>
- Prado, V. (2009). Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano. *Anuario de Derecho Penal*, núm. 2009, 127-140. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-consecuencias-juridicas-del-delito-en-el-anteproyecto-de-reforma-del-codigo-penal-2009/>
- Prado, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa.

- Prado, V. (2009). La reforma penal en el Perú y la determinación judicial de la pena. *Derecho & Sociedad*, 32, 228-242. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17428>
- Prunotto, M. (2009). Perspectiva científica de la determinación de la pena. *Cartapacio de Derecho Revista Virtual de La Facultad de Derecho de La Universidad Nacional de Rosario*, 1-28. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1208/1216>
- Silva, J. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-15. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426_es.pdf
- Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal Básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Wilennmann, J., Medina, F., Olivares, E. y Del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. *Política Criminal*, 14(27), 457-490. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Zysman, D. (2014). ¿Transformaciones de la justificación del castigo en la modernidad tardía? Directrices para la determinación de la pena en los Estados Unidos y el discurso de la uniformidad del dolor. *Nova Criminis*, 8, 75-110. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5049980>

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO

Deffects declaration of nullity of the contract

*Jhony Cliff Yaranga Cámac**

Universidad Continental

Recepción: 12/6/2019

Aceptación: 13/12/2019

Resumen

La declaración de nulidad es una sanción por la cual se priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando, en su ejecución, no se han observado las formas prescritas. Por ello, para el acto nulo se requiere de un pronunciamiento judicial que busque evitar sus efectos. El fin principal de la declaración es que un contrato nulo o viciado no produzca efectos y determinado el contexto desaparecer los ya producidos. El alcance que generan los efectos de la declaración de nulidad de un contrato puede también restituir las prestaciones así como hacer inexistente la obligación constituida en vicio.

Palabras clave: Nulidad; contrato; acto jurídico; declaración; invalidez; ineficacia.

Abstract

The declaration of nullity is a sanction by which the legal act is deprived of its normal effects when, in its execution, the prescribed forms have not been observed. Therefore, for the null act requires a judicial ruling that seeks to avoid its effects. The main purpose of the declaration is that a null or flawed contract does not produce effects and once the context is determined, those already produced disappear. The scope generated by the effects of the declaration of nullity of a contract can also restore the benefits as making the obligation constituted in default unenforceable

Keywords: Nullity; contract; legal act; declaration; invalidity; ineffectiveness.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

I. INTRODUCCIÓN

Para entender la nulidad, es necesario desmembrar los componentes del acto jurídico, estableciendo cuáles son esenciales y determinantes para su validez y cuáles no lo son. Todo ello en función a la propia estructura que el legislador plantea en el Código Civil peruano.

La nulidad, en términos generales, es una sanción legal, la de mayor grado, que se aplica en cuanto se determina que el acto jurídico (contrato) se celebró sin sus requisitos de validez o cuando este sufre de perturbaciones o distorsiones que lo privan de su existencia, validez y eficacia (Vidal, 2016).

Por otro lado, desde hace algunos años se viene difundiendo una nueva doctrina que plantea la necesidad de un nuevo enfoque para la nulidad y que, por ende, esta sea analizada en función a otras consideraciones, sustancialmente distintas a las líneas fundamentales que hace varias décadas trazó León Barandiarán, quien creía firmemente en la incorporación del acto inexistente al concepto del acto nulo.

Así, el negocio nulo no siempre produce efectos desde su celebración, lo cual no presupone en modo alguno un pronunciamiento judicial. En sede de nulidad, el juez simplemente declara una realidad preexistente, una ausencia de efectos del negocio; jurídicamente hablando, esta sentencia que declara la nulidad reafirma un contexto que ya se encontraba establecido, es esta la idea básica de la doctrina dominante en nuestro país y fue esbozada por León Barandiarán. En efecto, el maestro indicaba que no interesa en atinencia a tal figura de la nulidad que el acto haya producido o no sus efectos prácticos, puesto que los efectos jurídicos están ausentes desde la celebración del negocio, por ello entendía a las causales de nulidad como causales congénitas (Ninamancco, 2015).

II. ANTECEDENTES

Se desarrolló cierta posición por la cual la invalidez designa una calidad al contrato, en cuanto expuesto a remedios contractuales (como la nulidad), bloquean los efectos de este. En otras palabras, lo hacen ineficaz. Siendo la nulidad un remedio contractual, se determina que esta es un área apartada a los casos de los contratos que pueden ser resolubles, revocables, reducibles e inoponibles (Roppo, 2009).

Analizando la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado, el Código Civil peruano de 1984 para la regulación del acto jurídico ha seguido muy de cerca la normativa del Código Civil italiano de 1942. Este Código regula de forma directa la nulidad de un contrato en su artículo 1418, el cual se titula «Causales de nulidad de un contrato» teniendo los tres siguientes párrafos:

- «– Es nulo cuando es contrario a las normas imperativas.
- Es nulo, por problemas ligados a sus elementos constitutivos ex art. 1325 (acuerdo, objeto, causa y forma): cuando uno de tales elementos falta o presenta determinadas características negativas.
- Es nulo, finalmente en los otros casos establecidos por la ley.»

La modificación de más de doscientos dispositivos del Código Civil de 1984 y la obligatoriedad ineludible de sus preceptos requieren ser difundidos de acuerdo con la ley modificada en su verdadero significado y alcance (Revoredo, 2015).

2.1. Código Civil de 1936

El antiguo Código dedicó un artículo que, de forma explícita, regulaba la declaración de nulidad, así el artículo 1124 prescribía:

«La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el ministerio fiscal, siempre que le cupiere intervenir.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.»

Este antecedente nos permite dilucidar que el cambio respecto al artículo versó principalmente en su posición respecto al vigente código, mas no existe un cambio sustancial respecto a términos o posición de la legislatura.

2.2. Anteproyecto de la Comisión reformadora (Shoschana Zusman Tinman y Manuel de la Puente y Lavalle, 1980)

El artículo 31 del Anteproyecto determinaba lo siguiente:

«La invalidez del acto jurídico inexistente y del nulo puede ser alegada por cualquiera que tenga interés legítimo y puede ser declarada de oficio por el juez.»

El anteproyecto desarrollado en 1980 dejaba fuera al Ministerio Público y no consideraba la negativa de la confirmación que buscaba la subsanación.

2.3. Proyecto de la Comisión reformadora (1981)

Esta Comisión lejos de innovar consideró mantener lo estipulado en el artículo 1124 del Código Civil de 1936.

III. DECLARACIÓN DE NULIDAD

La declaración de nulidad es la potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales, quienes dictan la nulidad por norma legalmente preexistente al acto jurídico que se celebra por estar prohibido o estar sujeto a ser sancionado. Los parámetros que rigen el concepto de la declaración de nulidad ofrece una serie de discordancias debido a la poca uniformidad de la doctrina, la cual no establece un desarrollo armónico en su noción para el estudio puro de nuestro tema, por lo cual esta será nuestro concepto en un marco general. Por ello, para el correcto entendimiento de la declaración de nulidad se debe comprender y equiparar en lo sustancial el estudio de nuestro tema al acto nulo.

La nulidad es, en Derecho, una situación genérica de ineficacia que provoca que un acto jurídico, acto administrativo o acto procesal deje de desplegar sus efectos jurídicos, retro trayéndose al momento de su celebración, para que el acto sea nulo se requiere de una declaración de nulidad, expresa o tácita y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo.

La declaración de nulidad tiene por fundamento el establecimiento del orden público. Debido a esto, se desprende de esta afirmación como primer concepto que el acto nulo es aquel que se ha pretendido celebrar con violación u omisión de un precepto de orden público, lo que comprende tal situación es que la celebración se hizo con la omisión de los requisitos de validez.

Como el ser que nace muerto, es el acto nulo, pues carece de alguno de los elementos esenciales o se celebra con transgresión de normas imperativas o de carácter público, tal como lo prescribe el artículo V del Título Preliminar y por ello no produce efectos, ni favorables, ni perjudiciales, para los interesados ni para los terceros. Al acto nulo le es de aplicación la máxima romana *quod nullum est nullum producit effectum*, lo que es nulo no produce ningún efecto, lo que significa la negación de toda eficacia al acto nulo y el tenerlo por no celebrado (Ramirez, 2016).

La declaración de oficio, regulada en el artículo 220 del vigente Código Civil «Nulidad Absoluta», no debe interpretarse como si el juez puede o debe declarar la nulidad. Es cierto que es una potestad exclusiva, pero esta solo debe ser invocada en caso el juez valore o estime una nulidad que sea incuestionable.

La intervención estatal en el contrato es el límite al principio de autonomía de la voluntad privada para establecer el contenido de un contrato y al principio de carácter vinculante. Este límite se impone en cuanto se muestre abuso del derecho, en las normas imperativas, en el orden público y las buenas costumbres. La protección del consumidor, del medio ambiente, de los recursos naturales, de la salud y la moral pública, las continuas presencia de relaciones asimétricas entre proveedores y consumidores, justifican una intervención razonable del Estado para imponer reglas a los contenidos de los contratos (Torres, 2012).

IV. CAUSALES QUE PRODUCEN LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD

4.1. Falta de manifestación de voluntad del agente

Esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la Declaración de Voluntad.

Como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del acto jurídico, entendidos estos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la declaración de voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la causa, entendida esta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función objetiva que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos (Taboada, 1992).

4.2. Incapacidad absoluta

La ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí mismas, declarándolos incapaces, fundamentándose en la falta o insuficiencia de

su desarrollo mental o la imposibilidad de poder manifestar su voluntad, considerando que el elemento volitivo es básico en la formación de todo acto jurídico. Es aquella de la que adolecen las personas que por causas físicas o naturales solo generarían actos nulos y estos a su vez no producirían ningún tipo de obligación, es decir, son absolutamente incapaces.

4.3. El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

La imposibilidad física no supone la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, sino la infactibilidad de realización de las obligaciones determinadas por el contrato. La imposibilidad jurídica comprende que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico. La indeterminación del objeto está referida a la imposibilidad de identificar la obligación y el bien que es objeto del contrato y que están inmersos en la relación jurídica, se señala que el objeto del contrato es físicamente imposible, en general, cuando en el plano de la realidad física las reglas negociables no pueden ser ejecutadas. Ahora bien, se distingue, por un lado, entre una imposibilidad física «absoluta» y una imposibilidad física «relativa», y, por el otro, entre una imposibilidad «objetiva» y una imposibilidad física «subjctiva» (Castillo Freyre y Sabroso Minaya, 2008).

4.4. Simulación absoluta

Se dice que un acto jurídico se ha realizado bajo simulación absoluta cuando este se ha celebrado sin que se deseen los efectos jurídicos propios del mismo, es decir, en realidad es un acto fingido. La simulación es la declaración, solo aparente, que se emite de acuerdo con la otra parte para engañar a terceros.

Cuando el acto fingido establece documentos que aparentan una realidad del negocio concertado entre las partes, la simulación es considerada como absoluta, es decir, es la que resulta cuando detrás del acto aparente no existe ningún otro real. El contrato carece, en lo que a su contenido respecta, de seriedad, ya que las partes no lo desean como tal, sino más bien llevar una errada idea al público. Un caso donde queda dibujada la figura antes descrita ocurre cuando un deudor, para evitar que un bien de su propiedad pueda ser perseguido por sus acreedores, lo pone a nombre

de otra persona. Sin embargo, en la realidad las partes envueltas en la aparente transacción siguen manejándose como si la venta no hubiese tenido lugar, normalmente la simulación calificada como absoluta tiene un carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a los terceros, ya que la apariencia creada se utiliza, en principio, con el propósito de frustrar la satisfacción de expectativas legítimas (Bello, 2017).

4.5. Fin ilícito

Consiste en la orientación que se da a la causa fin objetiva. Para que esta surja, se parte de los contratantes, los cuales deben tener un objeto con una función social y económica que se dirija, de forma directa y reflexiva, a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a la creación de una relación jurídica congruente con el orden normativo, así como a regular, acorde a lo estipulado, su modificación.

4.6. Forma prescrita baja sanción de nulidad

La forma es la manera cómo se exterioriza la voluntad interna, se admiten formas verbales y formas documentales. Las primeras dan comprensión a todas las maneras de manifestación de voluntad que no se plasmen materialmente, o sea que la exteriorización de la voluntad queda comprendida en el ámbito de las formas verbales, sea que se realice mediante el lenguaje hablado o el mímico o por señas o gestos. Lo mismo no ocurre con las formas documentales que requieren de una plasmación material, es decir que la exteriorización de la voluntad se haga por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que se plasme materialmente, sea de manera mecánica, electrónica o por cualquier otro medio que materialice la manifestación (Cortez, 2006).

4.7. ¿Subsanación por confirmación?

No se admite que los actos nulos puedan subsanarse por confirmación, puesto que el orden social es imperante sobre el acto nulo, siendo la misma sociedad la que busca que el acto nulo tenga la condición de invalidez, es así que las partes no podrán convalidar el contrato celebrado al margen del orden constitutivo, que es de carácter imperativo.

4.8. Nulidad de compraventa

El vigente Código Civil precisa en el art.1543 otra forma de declarar nulo un contrato, se da cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, es decir que de forma unilateral se decide el precio objeto de la obligación. Este contexto transgrede directamente la libertad contractual, por lo tanto, faculta a la parte débil de la asimetría alegar la nulidad.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

El Código Civil no regula los efectos jurídicos de la nulidad, tema que merece exigible atención y regulación. Son muchas las situaciones en la cuales el contrato nulo, antes de la declaración de nulidad, produce efectos fácticos, y por eso se hace necesario regular cómo la situación fáctica se puede adecuar a la situación jurídica de un contrato declarado nulo, se debe y es imperante reglamentar los efectos de retroactividad, de restitución y de protección de terceros cuando un contrato se declare nulo.

El Libro II del Código Civil no señala si la declaración de nulidad del contrato respecto a bienes inmuebles o a bienes muebles sujetos a inscripción, perjudica o no los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por el tercero de buena fe. Tampoco regula la hipótesis de la inscripción de la demanda de nulidad inscrita en los registros públicos antes o después de la inscripción de la adquisición. Esta ausencia de regulación nace de la idea que el contrato nulo siempre es oponible a los terceros. Para suplir este silencio, habrá que acudir a la norma que contiene el principio registral de prioridad. Tampoco se ha determinado si la declaración de nulidad prevalece o no respecto de los efectos de la prescripción adquisitiva y de la prescripción de las acciones de repetición, debió también regularse la responsabilidad por los daños producidos a los terceros por haber confiado de buena fe en la apariencia del contrato (Morales, 2007).

5.1. Determina que las obligaciones que constituyen su objeto no sean exigibles para las partes

La obligación que genera el contrato ha de cumplirse en el momento pactado o según sea el tipo u objeto del mismo. El Código Civil establece que será

exigible desde luego toda obligación facultando así al acreedor de múltiples acciones que si es necesario coaccionen al deudor, como la ejecución forzada, configuración de intereses, reducción de la contraprestación y entre otros.

La eliminación de la exigibilidad de la obligación extingue la cobranza del crédito, por lo tanto, no resulta reclamable para su satisfacción, esto sin ser un pacto determinado entre los contratantes, sino como uno de los efectos principales de la declaración. Cabe resaltar en este punto que no cumplir con la prestación que se había predeterminado no es sinónimo, ni debe ser entendido como incumplimiento de la obligación. Un requerimiento de pago al cual antes no se podía rehusar con arreglo a derecho, después de emitida la declaración, no engendrará la exigibilidad de la obligación, porque presupone la exigibilidad anterior que es eliminada al momento de la declaración de nulidad.

5.2. No se podrá exigir la ejecución de trabajo alguno al contratista

En primer lugar, el contratista tiene la obligación de cumplir con efectuar la entrega o el suministro del bien con estricta sujeción a las especificaciones técnicas previstas, así como con las condiciones establecidas relativas al plazo, lugar y forma de entrega, entre otros, incluyendo a su vez las mejoras adicionales sin costo que haya ofertado. De lo contrario, el contratista podría verse afectado con la aplicación de penalidades y con la resolución del contrato inclusive, sin perjuicio del procedimiento sancionador que se inicie (Huancauquí, Rivera y Ireijo, 2017).

Consideradas estas obligaciones, se establece en el artículo 16° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que el acto administrativo resulta ser eficaz a partir de su notificación al administrado. Ya que el contratista es considerado como administrado, la eficacia del acto administrativo que declare la nulidad del contrato se sujeta a la notificación del mismo, por lo tanto, libera al contratista de toda actuación que verse en el contrato, además de restituirse todas las prestaciones realizadas, las cosas que hubiesen sido materia del contrato, así como los frutos obtenidos y los precios con los respectivos intereses.

Es el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado el que prescribe las causales por las cuales se puede declarar la nulidad del contrato una vez suscrito, así como la competencia para tal efecto.

5.3. Restitución de prestaciones respectivas

Antes de que se produjera la declaración de nulidad, la norma o acto, en sentido literal, eran eficaces, por ello la declaración de nulidad puede ser *ex nunc* (nulidad irretroactiva, se conservan los efectos producidos antes de la declaración de nulidad) o *ex tunc* (nulidad retroactiva, se revierten los efectos producidos con anterioridad a la declaración de nulidad).

Quedan destruidos los efectos producidos por un acto declarado nulo, pues la sentencia, como puede apreciarse, puede también tener efecto retroactivo para hacer nulo todo desde su celebración, esto incide en las relaciones entre las partes, por lo tanto, todo ha de reintegrarse al estado en que se hallaban antes de la formación del acto. La misma retroactividad opera también respecto de los terceros desde que el acto nulo ha perdido su existencia jurídica (Coviello, 1949).

Como el acto nulo es *erga omnes*, la sentencia que lo declara afectará a los terceros quienes de igual manera estarán obligados a la restitución de lo que han adquirido, esto encuentra su razón en que no se puede transmitir un derecho que no se tiene o un derecho mejor que el que tiene (*nemo plus iuris in aliud transferre potest quam ipse habet*), con excepción de los terceros que actuaron responsablemente y su adquisición a título oneroso fue de buena fe, o sea, creyendo fundadamente en la plena eficacia del acto nulo con apariencia de validez. Esta excepción tiene fundamento en el principio de la fuerza legitimadora de la apariencia (Torres, 2011).

Realizando una comparación parcial, el Código Civil italiano en su artículo 1458 deja fuera el efecto de la retroactividad en contratos de ejecución continua o periódica y con respecto a las prestaciones que ya están ejecutadas; además, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, estas condiciones se producen cuando se haya demandado una resolución por excesiva onerosidad (Gabrielli, 2013).

Incide en nuestra investigación esta posición, debido a que el pronunciamiento de la resolución tiene carácter constitutivo, es decir que, al igual que la declaración, sus fundamentos parten de los requisitos primordiales del acto jurídico.

Las partes deben ser restituidas de *iure* al estado anterior, por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución que se verifique debe también ser de *jure*, y procede en ello oficiosamente la justicia, sin necesidad

de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato inválido, sus intereses y frutos, el valor de los gastos y mejoras que se hubieren realizado en ellas (Mutis, 2017).

5.4. El reconocimiento del enriquecimiento sin causa

Enfocando lo señalado, la declaración tiene un particular efecto sobre aquella parte que indebidamente se enriqueció, a partir de esta determinación nace un nexo entre enriquecimiento y empobrecimiento, que a su vez generará la obligación de restituir lo injustamente ganado, cabe resaltar que este efecto tiene como objeto restituir, diferente de un objeto resarcitorio (indemnización), el cual versa sobre afectaciones generadas más allá de simplemente volver a poner las circunstancias al estado que tenían antes del contrato.

El enriquecimiento sin causa resultaría plenamente arbitrable en vista de que es una controversia derivada de la nulidad del contrato, la misma que se encuentra bajo el ámbito de aplicación del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo en consideración los principios de competencia de la competencia y separabilidad del convenio arbitral (Lopez, 2013).

La indemnización actuará de una manera semejante, pues se encargará en estrecha relación con el efecto retroactivo de resarcir todo lo que pudo generar una afectación a alguna de las partes producto del contrato nulo, por lo tanto, en su propia naturaleza generará el resarcimiento de todo aquello que no puede regresarse objetivamente.

El principio de reparación integral que gobierna todo el sistema de responsabilidad civil, organizado por nuestro Código —se refiere al argentino, siendo aplicable el concepto al Código peruano—, proporciona un fundamento sólido, así las partes no solo estarían distribuyendo los riesgos de una eventual afectación, sino también estarían evitando los costos de litigar e incluso de enfrentar posibles casos de errores judiciales o arbitrales (Quirós, 1994).

VI. CONCLUSIONES

La declaración de nulidad, opera como aquella sanción judicialmente dada en casos de invalidez de un negocio jurídico inadecuadamente conformado

sin que legalmente se consienta su integración, es prohibido porque lesiona determinados intereses generales. La declaración judicial opera para el orden público, teniendo la nulidad como presupuesto y causal un vicio de invalidez. Este trabajo ha analizado críticamente los efectos dados en el derecho, en virtud de que los contratos que transgreden u omiten los parámetros en cualquier grado generan su propia ineficacia, habiéndose constatado la ilegalidad mediante la declaración judicial, para ello la preexistencia de una norma es vital, protegiendo el orden público, a la vez sus efectos protegen y evitan cualquier tipo de afectación que se pudiera generar en las partes, eliminando todos los contratos que no se encuentren válidamente celebrados, no pudiéndose así conferir fuerza obligatoria que devengan en situaciones comunes de transgresiones.

La defensa del principio de legalidad, como su tutela, se plasma a través de la declaración de nulidad, por la cual un juez, en atención a la problemática de nuestra sociedad donde se celebran múltiples actos jurídicos inobservando todos aquellos requisitos imprescindibles ya mencionados, constituye una defensa para las partes que pudieran verse potencialmente afectadas, a la vez reafirma las normativas establecidas que constituyen y generan el orden social de los contratos, para cada transacción en el día a día, es por ello necesario e imperante un mecanismo como la declaración de nulidad en nuestro sistema de contratos para establecer orden y eficacia.

REFERENCIAS

- Bello, A. (15 de diciembre de 2017). Simulación absoluta y relativa. *El Día* <https://eldia.com.do/simulacion-absoluta-y-relativa/>
- Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Perrot.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2008). *La teoría de los actos propios y la nulidad. ¿Regla o principio del derecho?* Lima: Castillo Freyre.
- Cortez, C. D. (2006). *Memorando de Derecho*. Colombia.
- Coviello, N. (1949). *Doctrina general del derecho civil*. Ciudad de México: Uteha.
- Gabrielli, E. (2013). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Jurista Editores.
- Huancauqui, E., Rivera, C. y Ireijo Mitsuta, C. (2017). *OSCE*. http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m4_prov.pdf
- Lopez, H. (2013). El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo. *Ius et Ratio*, 109-114.

- Morales, R. (22 de Julio de 2007). Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil. *Derecho Civil* [Blog] <http://moraleshervias.blogspot.com/2007/07/las-imperfecciones-normativas-de-la.html>
- Mutis, A. M. (30 de octubre de 2017). *Gerencie.com*. <https://www.gerencie.com/efectos-de-la-declaratoria-de-nulidad.html>
- Ninamanco, F. (2015). *El problema de los efectos del negocio jurídico nulo*. Lima: Legales.
- Quirós, C. C. (1994). Intereses legales e indemnización de daños. *IUS ET VERITAS*, 21-23.
- Ramírez, F. V. (2016). *El acto jurídico*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Revoredo, D. (2015). *Código Civil, exposición de motivos y comentarios* Tomo I. Lima: ECB.
- Roppo, V. (2009). *Il Contratto*. Lima: El Búho.
- Taboada, L. (1992). Causales de nulidad del acto jurídico. *Comentarios al Código civil*, 71-75.
- Torres, A. (2011). *Código Civil*. Lima: Idemsa.
- _____ (2012). *Teoría general del contrato*. Lima: Pacífico editores.
- Vidal, F. (2016). *El acto jurídico*. Lima: Pacífico Editores S. A. C.

LA MUTABILIDAD RELATIVA, VIRUS QUE ATACA AL ORGANISMO DE LA CLÁUSULA PENAL. ¿LA MUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL CAUSA SU DESNATURALIZACIÓN?

**The relative mutability, virus that attacks the body of the
criminal clause. Does the mutability of the criminal clause
cause its denaturation?**

*Shirley Muñico Patilla, José Paz Cano, Queni Rebatta Chirre**
Universidad Continental

Recepción: 5/6/2019

Aceptación: 19/12/2019

Resumen

El artículo 1346 del Código Civil da la posibilidad al juez de reducir la pena, ¿acaso no es este un virus que ataca el organismo de la cláusula penal? Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez advertido el incumplimiento, las partes se ven inmiscuidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores respecto del monto de la cláusula penal?

Palabras clave: Cláusula penal; incumplimiento; mutabilidad; desnaturalización; prueba; daños y perjuicios.

Abstract

Article 1346 of the Civil Code gives the judge the possibility to reduce the sentence. Isn't this a virus that attacks the body of the penal clause? In other words, what would be the point of agreeing on a penalty if, once the breach is noticed, the parties are involved in a cumbersome process in which they would have to show that the damages derived from the breach are indeed greater or less than the amount of the penal clause?

Keywords: Criminal clause; breach, mutability; denaturation; evidence; damages and damages.

* Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental

I. INTRODUCCIÓN

El contrato es la forma ideal de dinamizar el mercado, logra que el patrimonio se desarrolle plenamente en todas sus aristas y sea beneficioso para quien ostente algún derecho sobre el mismo. Sin embargo, con esta dinámica, y ante los ojos de las personas que no reparan en ello, el contrato se asemeja a nuestra respiración, nadie piensa en ella, pero es la principal actividad que realizamos para poder vivir. Ahora, si se piensa en ello con detenimiento, nos genera la idea de que no solo es el movimiento de ciertos músculos, sino que es parte de todo un sistema respiratorio que involucra órganos, tejidos, entre otros.

Algo similar sucede con el contrato, cuando empezamos a reparar en ello, nos damos con la sorpresa de que involucra muchos aspectos, tanto de la vida cotidiana como jurídicos, siendo uno de ellos son las cláusulas penales.

En reiterados casos, nuestros tribunales lograron determinar la naturaleza jurídica de la cláusula penal, dándole la cualidad de ser un pacto accesorio, pacto que tiene como finalidad asegurar la ejecución de la prestación en caso de retardo e incumplimiento (pena convencional). Se habla de una regulación ante la intolerancia de los incumplimientos contractuales, es así, que —en efecto—, ante la ausencia de la misma, el acreedor tendría que demandar al deudor el pago de los daños causados en vía ordinaria, los cuales están ligados al interés positivo, por lo que se diría que el objeto de la cláusula penal es lograr que el acreedor logre una posición similar a la que se encontraría de haberse ejecutado el contrato.

Acordar una cláusula penal, adelantándonos al contenido, es la expresión del rango de riesgo percibido por el acreedor y el rango de seguridad percibido por el deudor.

En el artículo 1346 del Código Civil se otorga al juez la facultad de reducir la pena, ¿acaso no es este un virus que ataca el organismo de la cláusula penal?, dicho en otros términos ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez advertido el incumplimiento, las partes se ven inmiscuidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores respecto del monto de la cláusula penal? En efecto, como sabemos, se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor

puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar —necesariamente— a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza? Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal? Estas dudas serán absueltas en el desarrollo del presente artículo, indicando que la mutabilidad como concepto estipula la acción de que una cosa cambié de estado, es decir, mude a otro estadio, siendo que esta puede ser relativa o absoluta. Si se presenta el primer supuesto, estaríamos dentro de un «cambio parcial». En el segundo supuesto, en el de cambio total, estas ideas preliminares devienen en importantes debido a que la intervención judicial, en cuanto a la modificación de la cláusula, debe regirse por criterios de mutabilidad relativa, puesto que debe respetar la autonomía de la voluntad privada, obviamente sopesando los valores constitucionales que defienda en su jurisdicción, pero jamás tergiversando la esencia contractual.

II. HABLEMOS DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

El *pacta sunt servanda* como principio rector del ámbito contractual (que, relacionándose con los principios ínsitos a esta institución jurídica como son, principio de relatividad, obligatoriedad, buena fe, entre otros) se constituye en el bastión sobre el cual debe regirse la intervención judicial, puesto que este control jurisdiccional tiene finalidades comunes (públicas) *a priori* como erradicar la autotutela satisfaciendo intereses particulares, y, *a posteriori*, garantizar la paz social en justicia. La cláusula penal es definida como «un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente» (Kemelmajer, p.17).

Cuando se acciona la intervención judicial para el cobro de un monto en base a una cláusula penal estipulada en un contrato de forma

desproporcional para cualquiera de los sujetos intervinientes, constituye un factor valedero, a razón de que «la autonomía de la voluntad privada» no puede constituirse en el derrotero de los fines públicos que propugna el Estado, una interpretación distinta a lo aludido denotaría un conflicto de interpretación constitucional.

Ahora bien, bajo el esquema constitucionalista de la función del juez, este debe velar por la ejecución equitativa de las cláusulas penales, que se instauren en los contratos, limitando su injerencia **si y solo si, esta sea irrisoria o excesiva**. Bajo esa premisa, el respeto de la autonomía privada sigue en pie, y la intervención estatal es limitada.

Por otro lado, se afirma que «la autonomía de los privados en establecer una sanción en el ámbito contractual encuentra un límite en lo dispuesto en el artículo 1384 del Código Civil italiano (1346 del Código Civil), inspirado en el respeto de los principios de adecuación y proporcionalidad»². En esta línea de pensamiento, se propugna que la acción indemnizatoria que ínsitamente lleva la cláusula penal sea acorde al perjuicio producido por el incumplimiento de la obligación principal o por las causales establecidas en el pacto privado (Giampieri, p. 424).

Es cierto que el plano concreto supera al ámbito legislado, por ende en no pocos casos se evidencia que los daños o situaciones posteriores (ulteriores) a la celebración del contrato producen efectos anulatorios de lo estipulado en el contrato, siendo que el monto establecido por la cláusula penal, se convierta en irrisorio, por ejemplo, al pactarse como obligación principal el pago de S/ 10,000.00 por concepto de una compraventa, y con cláusula penal de S/ 200.00, ante una posible valorización del bien materia del contrato. Supongamos que por la construcción de vías de acceso (pistas) el bien llega a costar S/ 100,000.00, generando de este modo que la cláusula penal no cubra el perjuicio que se podría suscitar, o también podría suceder una desvalorización, lo cual genere lógicamente los efectos contrarios. Lo importante es destacar que la intervención judicial, concebida como mecanismo de control, **es un mal necesario que el justiciable debe de soportar**.

Igualmente, Savigny manifiesta que «la cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal» (Llambías, p. 419), consideramos que este tipo de coacción psicológica presente desde el inicio de la relación contractual repercute en la determinación para el cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

II. CRITERIOS PARA UNA APLICACIÓN OBJETIVA DE LA CLÁUSULA PENAL

Desde tiempos memorables el dilema planteado de si el acreedor o el deudor deberían responder por el incumplimiento del contrato ha venido siendo materia de análisis para buscarle una solución lógica y justa, aunque algunas ideas planteadas cayeran en desuso conforme la sociedad avanzaba. Un claro ejemplo fueron las ideas sustentadoras de las ordalías y, como consecuencia de aquella, se ha generado que hoy en día aún se siga creyendo en la justicia divina: **por ello el juramento es un derivado de las antiguas ordalías** (Nieva, p. 41-46).

Los criterios teóricos contractuales fueron desarrollándose en el devenir de la historia, partiendo desde el derecho canónico, la teoría del contractualismo (*solus consensus obligat*) y la teoría de la voluntad, cada uno con matices distintos que, por la amplitud del tema, no los desarrollaremos en el presente artículo.

3.1. Cuestiones preliminares sobre la cláusula penal

a) Autonomía y accesoriedad

La cláusula penal tiene la característica de ser autónoma al contrato principal, conexas y más precisamente una cláusula accesorias, ya que su existencia finiquita después de extinguida la obligación principal.

b) Tipos de cláusula penal

Existen dos tipos de cláusulas penales reguladas en nuestro ordenamiento: la cláusula penal compensatoria y la moratoria (Osterling y Castillo, 2008, p. 939).

- De carácter compensatorio: Las penalidades compensatorias se encuentran reguladas en el artículo 1341 del Código Civil y son aquellas que sirven para resarcir los daños causados por el incumplimiento definitivo de una obligación. Son exigibles por el acreedor: (i) cuando la obligación se torna en imposible por causa imputable al deudor; o, (ii) cuando ante un incumplimiento, el acreedor pierde interés en la ejecución de la prestación y decide dejarla sin efecto (resolución), cobrando la penalidad pactada.

- De carácter moratorio: La cláusula penal moratoria se encuentra regulada de la siguiente manera en el artículo 1342 del Código Civil. Dando cuenta de dicho artículo llegamos al hecho que estas penalidades son aquellas que resarcen los daños causados por la mora en el cumplimiento de una obligación, por causa imputable al deudor. Presuponen que el cumplimiento, efectivamente, **se realice, pero con retraso**. En definitiva, las penalidades moratorias son el sustituto de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la prestación. La existencia de este tipo de penalidades, a diferencia de las compensatorias, evidencia que el acreedor **aún tiene interés en la ejecución del contrato** (Talavera, 2016, p. 198). Sin embargo, respecto esta última posición, discrepamos, pues no es del todo correcta por los motivos que expondremos más adelante.
- Pacto de daño ulterior: Regulado en el artículo 1341 del Código Civil. Se presenta cuando el deudor acepta la responsabilidad de pagar daños superiores a los liquidados en la cláusula, como consecuencia de ello la cláusula penal no actúa como un límite auténtico, más bien como un mecanismo que facilitará la liquidación. Dicho de otro modo, si en los hechos o circunstancias los daños causados son mayores a las penalidades que han sido pactadas, existirá la facultad de reclamar la diferencia como daños y perjuicios, por lo que se configura en un mecanismo de celeridad tanto para obtener la cantidad adecuada de pago por daños ulteriores y la capacidad de exigirlo, basándose en una simple operación matemática.

Los dos primeros tipos de penalidades responden a supuestos distintos, por lo que no es posible exigir tanto una penalidad compensatoria como una moratoria por el mismo hecho. Es posible, únicamente, reclamar penalidades para resarcir la mora en el cumplimiento de una prestación o bien para resarcir que esta nunca se haya cumplido en absoluto, incumplimiento definitivo de la obligación. Una y otra son mutuamente excluyentes.

c) La cláusula penal no supone renuncia a la acción resolutoria

Sea el tipo de cláusula penal que se llegue a ejecutar (compensatoria o moratoria), no se debe suponer que la parte que exige el cumplimiento de lo estipulado por causal pierda su derecho a la resolución de contrato.

Parece ser que la resolución y la cláusula penal tienden a tener algo en común, **el que ambas instituciones tienen al incumplimiento de una obligación como causal**, pero en realidad llegan a ser diferentes. Bajo este contexto, es posible que una de las partes pueda ejecutar la cláusula penal y no demandar la resolución del contrato o viceversa. Se debe evitar caer en el error de que la renuncia (a la resolución) será tácita. Si la parte pide la pena y no la resolución en consecuencia, el contrato sigue vigente y por lo tanto serán ejecutables las demás obligaciones que deriven de este.

3.2. Reducción judicial de pena (a propósito de «mutabilidad»)

El artículo 1346 del Código Civil establece que «el juez a solicitud del deudor puede reducir equivalentemente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte irregularmente cumplida». Este artículo faculta al juez a reducir la pena pactada que, **a su criterio, resulte excesiva**, significando que esta reducción no es obligatoria y que se procede a ella con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, obedeciendo entonces la reducción aludida a una **apreciación subjetiva del magistrado**.

En el Perú, este tema es objeto de debate. Una de las características de la cláusula penal es su inmutabilidad, lo que no permite su revisión o modificación. Sin embargo, este principio cedió y ha dado a paso la inmutabilidad relativa, conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

Ahora bien, la mutabilidad relativa implica que se podría reducir el monto de la penalidad, pero no aumentarlo. No obstante, se establece la posibilidad de pactar el daño ulterior como forma de compensar el criterio de «no aumento».

Creemos que el valor agregado que tiene la cláusula penal es el de evitar un debate sobre la existencia de perjuicios y cuantía. Conceder a los jueces la capacidad de modificarla es rechazar dicho valor agregado y otra vez abrir el debate que se quería evitar para determinar lo estipulado anteriormente. Líneas arriba observamos que el pacto de daño ulterior destacaba por la simplicidad de una **operación matemática** para determinar los daños que no fueron determinados en la cláusula penal, logrando una **celeridad**, sin mayor debate. Lo mismo debería suceder respecto a la característica de inmutabilidad de las cláusulas penales.

Con lo establecido en el artículo 1346 no se objeta el pacto y la libertad contractual de las partes para asegurar el cumplimiento de la obligación con dicha cláusula, siendo necesario un juicio en donde se dilucide mediante la decisión racional de un juez el criterio más adecuado para las partes. Teniendo como norte la justicia.

Los jueces tienen la facultad de limitar la autonomía de la voluntad privada, siempre y cuando se presenten circunstancias que ameriten esta intervención.

En el antiguo derecho romano, la inmutabilidad de la cláusula penal estaba limitada a intereses usurarios, por lo que podían ser modificados, sin embargo, ya que, si bien es cierto tradicionalmente se aplicaban estas regulaciones para lograr la disminución de reducción de intereses usurarios y/o ganancias ilícitas, no dejaba de existir un acreedor que se situaba frente a un deudor que sí cumplía con la prestación a cargo; ese es el motivo principal. Por otro lado, en el terreno de la cláusula penal, existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie, sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico (Kemelmajer, pp. 89-90).

Así, este tipo de regulación fue realizado bajo un supuesto erróneo en el cual se cree que el deudor es la parte más débil en la relación jurídica y que, por lo tanto, es merecedor de una tutela especial. Al parecer, los legisladores de 1984 no tuvieron en cuenta que un deudor es también un empresario importante, que se obliga a suministrar mercaderías o el contratista que se obliga a construir una obra o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Aparentemente, **la mejor opción sería darle un carácter de mutabilidad absoluta**, en la cual exista y/o se evidencie la autonomía de la voluntad —otra vez— basándose en un principio de equidad entre acreedor y deudor, indicando en el buen sentido que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla. Sin embargo, esto acarrea como consecuencia un bucle interminable de negación al propio rostro de las cláusulas penales, debido

a que si se le da la posibilidad a las partes de modificar dicha cláusula bajo el principio de equidad, estarían obligados a determinar los daños, la cuantía y la indemnización ideal, resultando así otra vez en un esfuerzo y gasto, descartando otra vez el valor agregado de la cláusula penal, donde la mejor solución que se desarrollará más adelante será la estipulación de una cláusula arbitral o, en su defecto y dependiendo de la cuantía del petitorio, recurrir a la vía judicial.

IV. HABLEMOS DE LOS PROBLEMAS DE LA MUTABILIDAD

Como bien lo menciona el maestro italiano Mazzaresse, «[e]l problema parece destinado a un inextricable quiasma (cruce de palabras): La cláusula penal no resarce para sancionar; pero sanciona para resarcir y, viceversa, no sanciona para resarcir, pero resarce para sancionar» (1999, p. 184). Así se entiende que la cláusula penal es un mecanismo para dirimir conflictos mediante el resarcimiento de un daño. Los criterios a tomar en consideración, desde la perspectiva de los autores de este artículo, parten de la formulación de ciertas preguntas, que se detallan a continuación.

4.1. Imputabilidad ¿el sujeto tiene capacidad para ser responsable por los daños que ocasiona?

Este criterio determina la capacidad para el ejercicio de sus derechos, (directa o indirectamente), y bajo un orden prelatorio su satisfacción es fácil, en base al artículo 140 del Código Civil.

4.2. Ilícitud ¿es justificado el daño que ocasiona?

Análisis basado en cuanto a las causas de justificación, tendientes a eximir de responsabilidad al agente al cual se le atribuye el daño. Analizándose, por ejemplo, los supuestos de caso fortuito (imprevisible) o fuerza mayor (irresistible).

4.3. Factor de atribución ¿a título de qué se es responsable?

La responsabilidad puede atribuirse a un tercero, responsable (representante), partes no signatarias y, lógicamente, a las partes signatarias del contrato.

4.4. Daño ¿cuáles son las consecuencias negativas derivadas de la lesión?

Criterio objetivo de determinación del daño, pérdidas económicas reparable o irreparables (contractual o extracontractual).

4.5. Nexo causal ¿hay relación entre el hecho y el daño?

Criterio basado en el casualismo naturalista que propugna «toda acción tiene una reacción», fijando así la vinculación entre el acto omisivo, comisivo o comisión por omisión.

Ciertamente, los conflictos que se suscitan, luego de haberse efectuado las causales tendientes a la aplicación de la cláusula penal, son los siguientes: la atribución de responsabilidad, el monto reparatorio (en dinero o especies), causales de eximición de responsabilidad por incumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor; Casación N.º 1693-2014, Lima), entre otros factores. Estos criterios sirven de base para que, objetivamente, se pueda atribuir el cumplimiento fidedigno de la cláusula penal.

V. SOLUCIONES DESDE EL ÁMBITO PROCESAL Y ARBITRAL

Teniendo en consideración mediante la complejidad de la incertidumbre jurídica o el conflicto materia de debate, el Código Procesal Civil peruano establece la duración, maximizando o minimizando el contradictorio, siendo la vía sumarísima (la más «expedita»), la abreviada (la «intermedia») y la de conocimiento (la más amplia).

En base a esta premisa, se establece que la intervención judicial en el supuesto estipulado en el artículo 1346 devendría en subsidiaria si solo si **las partes, debido a la magnitud de las prestaciones o quizá a la complejidad de estos u otros factores** (no se puntualiza a razón de que cada caso amerita un cierto grado de valoración en torno a la voluntad de las partes), deciden estipular una cláusula arbitral, donde se dirima cualquier conflicto o incertidumbre en el cumplimiento del contrato.

Es importante considerar que la Constitución política regula, en su artículo 139, que «no existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral», facultando de este modo a las partes, mediante el artículo 62, que «los conflictos derivados de la relación

contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley».

Así, mediante una interpretación sistemática de los citados preceptos se deduce, valederamente, que las partes pueden pactar (someter) sus divergencias a la vía arbitral, en su defecto, serán sometidas a la jurisdicción ordinaria. *A contrario sensu*, si recurren a la vía judicial, los plazos dependerán de la vía procesal a la cual acceden, y esta será determinada en base a los criterios que el Código Procesal Civil peruano determina en sus artículos 475 (procedencia del proceso de conocimiento), 486 (procedencia del proceso abreviado) y 546 (procedencia del proceso sumarísimo).

Así, el artículo 475 del Código Procesal Civil menciona lo siguiente:

«Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los jueces civiles, los asuntos contenciosos que:

1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo;
2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;
3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;
4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho;
5. La ley señale.»

Teniendo en consideración que el trasfondo del artículo 1346, en correlación con el 1341 del Código Civil, es claramente pecuniario, se considera establecer como premisa mayor que el contenido del numeral 2 del artículo 475 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena, tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

El artículo 486 del Código Procesal Civil prescribe lo siguiente:

«Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

1. Retracto
2. Título supletorio, Prescripción adquisitiva y Rectificación de áreas o linderos
3. Responsabilidad civil de los Jueces;
4. Expropiación;
5. Tercería;

6. Impugnación de acto o resolución administrativa;
7. La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de veinte y hasta trescientas Unidades de Referencia Procesal
8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y
9. Los que la ley señale.»

Se ha considerado establecer como **premisa mayor** que el contenido del numeral 7 del artículo 475 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena, tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

El artículo 546 del aludido Código dispone lo siguiente:

«Procedencia.- Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal;
8. Los demás que la ley señale.» .

Se tiene como **premisa mayor** que el contenido del numeral 7 del artículo 546 definirá la vía donde se ventile el proceso judicial instaurado para la reducción judicial de la pena tal como lo concibe el artículo 1346 del Código Civil.

Mediante este orden de ideas, basadas en premisas mayores, se determina una premisa menor: cada vínculo contractual definirá por su propia naturaleza prestacional, la vía de procedencia judicial.

Y, así, se concluye que si las partes, considerando la cuantía pecuniaria propia de su contrato, omiten —por razones que mejor acojan— no estipular una cláusula arbitral y, por ende, dirimir sus controversias o incertidumbres en la vía judicial, deberán de tener en cuenta lo mencionado anteriormente.

Desde un punto de vista más que crítico, real en innumerables ocasiones por máximas de experiencia, y criterios lógicos y racionales, vemos que muchos contratos que tienen como fin lucrativo la obtención de beneficios utilitarios mayores o iguales a las 300 unidades de referencia procesal (S/126,000.00), estipulan (por lo general) una cláusula arbitral, ya que, por el dinamismo económico, al debatirse el conflicto en la vía judicial este se estanca debido a la carga procesal que este poder estatal presenta, dato que no es ajeno a nuestra realidad, y que genera más pérdidas que beneficios, y que una empresa, coherente con sus fines lucrativos, no está dispuesta a acceder.

Valga realizar la atingencia de que la cuantía no puede ser un derrotero para que las empresas o personas naturales que firmen un contrato por una cuantía irrisoria recurran a la vía arbitral. Afirmar esto sería una clara falacia, si tenemos en consideración que la Constitución Política propicia la no discriminación y la igualdad.

VI. CONCLUSIONES

La mutabilidad —como concepto— estipula que la acción de que una cosa cambie de estado, es decir mude a otro estadio, puede ser relativa o absoluta. Si es relativa se evidencia un «cambio parcial»; en caso de ser absoluta, el «cambio es total». Estas ideas preliminares devienen en importantes, debido a que la intervención judicial, en cuanto a la modificación de la cláusula, debe regirse por criterios de mutabilidad relativa, puesto que debe respetar la autonomía de la voluntad privada, obviamente sopesando los valores constitucionales que defiende en su jurisdicción, pero jamás tergiversando la esencia contractual.

Debemos afirmar que nadie mejor que las partes involucradas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Si se opta por una mutabilidad, el sistema no podría solucionar el problema de desnaturalización de la cláusula penal, ya que al darle facultades a las partes de modificarla, induce al tema de probanza de daños, cayendo irremediabilmente en el supuesto que quisieron evitar mediante dicha **liquidación convencional anticipada** de los daños que, de manera

previsible, pudieron derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza? Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal? Creemos que **la mutabilidad de la cláusula penal no atenta contra la seguridad de los contratos.**

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación, ya que —como se mencionó— la cláusula penal es la expresión del rango de riesgo percibido por el acreedor y el rango de seguridad percibido por el deudor.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias, destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato, y permitir su revisión. Para cautelar a los contratantes, se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Y llegamos a la conclusión de que si las partes, considerando la cuantía pecuniaria propia de su contrato, omiten —por razones que mejor acojan no estipular una cláusula arbitral y, por ende, dirimir sus controversias o incertidumbres en la vía judicial— deberán tener en cuenta lo mencionado anteriormente.

REFERENCIAS

- Giampieri, A. (1999). La clausola penale e la caparra. *I contratti in generali*. III. Turín.
- Kemelmajer, A. (1981). *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Llambías, J. (1983). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mazzarese, S. (1999). *Clausola penale Artt. 1382-1384*. Milán: Giuffrè.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2008). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra.
- Talavera, A. (2016). *Regulando la intolerancia ante los cumplimientos contractuales. Ius et veritas*. Lima: PUCP.

LOS SMART-CONTRACTS Y EL ARBITRAJE. UNA INTRODUCCIÓN

Smart-contracts and arbitration. An introduction

Jhoel Chipana Catalán*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 5/6/2019

Aceptación: 13/12/2019

Resumen

El autor otorga una visión adecuada de *smart contract*. No obstante, no se detiene en definir este tipo contractual, pues advierte ciertas características que deberán tenerse en cuenta para afinar su funcionalidad, además de identificar las ventajas del arbitraje en la solución de controversias que nazcan en la ejecución de tales actos jurídicos, siempre que se logre un empalme adecuado con este sistema heterocompositivo.

Palabras clave: *Smart contract, deep web, blockchain, software*, contrato electrónico, consentimiento.

Abstract

The author provides an adequate view of smart contract. However, it does not stop at defining this type of contract, as it warns of certain characteristics that must be taken into account to refine its functionality, in addition to identifying the advantages of arbitration in the resolution of disputes that arise in the execution of such legal acts, provided that a proper splice is achieved with this heterocompositive system.

Keywords: Smart contract, deep web, blockchain, software, electronic contract, consent.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Es socio de Chipana & Moreno Abogados, profesor de Derecho Civil y Arbitraje, árbitro adscrito al RNA-OSCE, y miembro fundador de Arbitration360°. www.chipanamoreno.com

En las últimas décadas la contratación privada ha sufrido profundos cambios en la manera cómo opera y cómo es entendida. Hoy en día, un porcentaje importante de la contratación se produce a través del internet, es decir, con solo un clic ya existe un contrato con todos sus elementos y emergen de él una serie de prestaciones que deben ser ejecutadas por las partes.

Debe señalarse, de manera general, que las normas jurídicas sobre contratación han resistido diversos tipos de contratación que la tecnología ha ido perfilando (piénsese, por ejemplo, en las normas modificadas del Código Civil peruano sobre la manifestación de voluntad por medios electrónicos).

Sin embargo, cabe preguntarse si esa resistencia es sostenible en el tiempo, o es que necesitaremos de un nuevo Código de contratación tecnológico. La pregunta es válida si se tiene en cuenta una serie de supuestos como la contratación electrónica con empresas que están fuera del país, la validez de los contratos celebrados por menores de edad usando tarjetas de crédito de sus representantes, las transacciones que se realizan en la denominada *deep web*,¹ las reglas aplicables a la ejecución de prestaciones en compraventas digitales, etc.

Nótese que la oleada tecnológica puede originar diversas complicaciones y parece ser que nada la va a detener. Un claro ejemplo de este vertiginoso cambio en la contratación se puede apreciar en las plataformas de compras por internet, pues la impresionante cantidad de productos y servicios que ofrecen facilita el comercio y la contratación electrónica, lo cual no significa, en modo alguno, que no surjan conflictos entre las partes contratantes.

Así, dentro de toda la gama de posibilidades de contratación tecnológica que ha surgido en las últimas décadas, han aparecido los así denominados *smart-contracts*.

Ese concepto «fue introducido por Nick Szabo en 1996 (...), pero no fue sino hasta el 2009 cuando la tecnología se desarrolló más, y el *bitcoin* y el *blockchain* emergieron, dando lugar a que los *smart-contracts* se desarrollen»(Utamchandani, 2018, p. 13).

Debe indicarse que estos contratos se basan «en un programa informático que facilita, asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos

1 Una nota periodística muy ilustrativa sobre la *deep web* se puede apreciar en https://elpais.com/elpais/2016/10/17/tentaciones/1476714486_345940.html

o más partes. La singularidad de los *smart-contracts* es que es un acuerdo que tiene como condición la de ser capaz de ejecutarse y hacerse cumplir por sí mismo. El *smart-contract* viene a ser un programa que vive en un sistema no controlado por ninguna de las partes, y que funciona con la lógica *if-then* (si-entonces) de cualquier otro programa de ordenador, con la diferencia de que se realiza de una manera que interactúa con activos reales. Cuando se activa una condición preprogramada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el *smart-contract* ejecuta la cláusula contractual correspondiente» (Muñoz, 2017, pp. 1 y ss).

Cabe anotar que los trabajos que analizan los *smart-contracts* han ido aumentando en los últimos años. Sin embargo, y para empezar, se considera importante señalar que la traducción al español de dicha frase bajo la etiqueta de «contratos inteligentes» no es la mejor. Ello, debido a que un contrato no puede ser llamado inteligente (en todo caso, quien lo redacta podría, si ha elaborado un buen contrato), sino que se trata de un mero acuerdo de voluntades que busca una finalidad permitida por ley a través de la relación obligacional que vinculará a las partes que lo suscriben. De ahí que se prefiera *smart-contract*, que es su denominación original.

Por otro lado, es importante distinguir el acuerdo de voluntades y el *software* o *hardware* que servirá para estar ante un verdadero *smart-contract*. El primero será el contenido jurídico de la figura, mientras que los segundos constituirán los presupuestos técnicos para que aquélla pueda materializarse.

Con estas ideas claras, me parece oportuno tener en cuenta las características de los *smart-contracts*, las cuales, según Tur Faúndez (2019, p. 147), son:

- Son contratos electrónicos, pues se celebran a través de aplicaciones web interconectadas electrónicamente con una cadena de bloques.
- En ellos, la realización de las prestaciones (o, al menos, una parte de ellas) y, por ende, la consumación del contrato, la lleva a efecto el propio *software* desplegado en la cadena de bloques, sin requerir el consentimiento de las partes en fase de ejecución, puesto que dicha fase se desarrolla de forma automática. Aquí se requiere la concurrencia de un doble² consentimiento simultáneo:

2 Reconozco que este «doble consentimiento» puede ser cuestionable, puesto que, en realidad, se trataría de un solo consentimiento que recaerá sobre todo.

1. El consentimiento que determina el perfeccionamiento del contrato.
 2. El consentimiento preconstituido sobre la consumación automática, es decir, que la prestación se ejecutará de manera automática por el *smart-contract* en las condiciones pactadas y sin recabar para ello su autorización.
- Los *smart-contracts* proporcionan la ejecución automática y programada de las contraprestaciones contractuales, por lo que la consumación del contrato no siempre depende de la voluntad de las partes, sino que es el propio *software* el que lleva a efecto si se dan las condiciones pactadas.

Un ejemplo de *smart-contract* se puede apreciar en el caso de la celebración de un contrato de producción y suministro de bienes, en el que la ejecución de cada uno de los eslabones de la cadena de producción y entrega del bien se encuentren automatizados, de tal forma que, conforme se realiza el pago de cada prestación, se produce el pago automático de la contraprestación. Todo esto, necesariamente, debe tener un soporte informático que esté programado para actuar bajo la lógica del «si-entonces» (*if-then*), como, por ejemplo, «si» los bienes ya se entregaron al acreedor, «entonces» el sistema ejecuta automáticamente el pago de la armada correspondiente a través de una transferencia interbancaria.

Se debe tener en cuenta que «a diferencia de los contratos regulares, los *smart-contracts* no se escriben en idiomas naturales como el inglés o el francés, sino que están completamente en código. Otro punto de diferencia es que, como un programa, los *smart-contracts* ejecutan automáticamente o hacen cumplir las obligaciones. Por ejemplo, en un contrato simple para vender un artículo, el *smart-contract* podría codificarse de tal manera que una vez que se reciba el pago, transfiera automáticamente la propiedad del artículo al comprador» (Yeoh, 2018).

En ese sentido, «los *smart-contracts* se encuentran en un amplio espectro que va desde los contratos de máquinas expendedoras hasta los *smart-contracts* ejecutados en cadenas de bloques (o *blockchain*). Un ejemplo reciente de *smart-contract*, totalmente ejecutado por *blockchain*³, es el de una póliza de seguro contra inundaciones, vinculado a los datos de precipitación de la *Meteorological Office*. Una vez que los datos de la *Meteorological Office* ingresan

3 Para entender mejor esta figura, se recomienda leer el artículo [Qué es blockchain: la explicación definitiva para la tecnología más de moda](#).

a la cadena de bloques en los rangos preestablecidos, la póliza se activa automáticamente y se pagan los seguros» (Nour, 2018).

Como se aprecia, el sinnúmero de situaciones que este método de contratación va alcanzando es cada vez mayor. Hoy en día vemos muchísimos supuestos de *smart-contracts*, desde la compra de una gaseosa en un aparato expendedor de bebidas (que, para algunos, es el antecesor de los *smart-contracts*), pasando por el pago del parqueo en un centro comercial ante una máquina, e incluso el débito automático de una tarjeta de crédito para realizar el pago de servicios domésticos.

Sin embargo, ante este fenómeno, surge otra interrogante relacionada con cuál debe ser el nivel de conocimiento sobre programación que debería tener un abogado, y, al revés, ¿qué conocimientos debe tener un programador sobre Derecho? ¿Podría decirse que todo abogado debería conocer, en un futuro no muy lejano, el lenguaje de programación? ¿Quién depende de quién?

Estas son dudas que emergen en vista de los constantes avances tecnológicos que se están produciendo y que son incontrolables. De hecho, se puede afirmar que el grado de coordinación que debe existir entre ambos profesionales es imprescindible, pues los programadores necesitan del conocimiento jurídico para delinear y programar los *smart-contracts*, pero los abogados también necesitan de alguien que codifique en un lenguaje de programación cómo es que se suscribirán y ejecutarán esos contratos. Sin duda, ese análisis da para la elaboración de otro trabajo, dada la complejidad que supone.

Pero qué tienen que ver los *smart-contracts* con el arbitraje. Como se sabe, la existencia de un contrato trae consigo el potencial surgimiento de una controversia. En ese entender, es claro que los *smart-contracts* no son ajenos a esa posibilidad, razón por la cual se tendrá que prever en ellos qué método de solución de controversias van a pactar las partes. Ante este hecho se está ante dos opciones: o entrar a un proceso judicial ordinario o pactar un arbitraje y sustraernos del fuero judicial⁴.

4 No se considera otros mecanismos de solución de controversias, como la conciliación o la mediación, debido a que este trabajo tiene como presupuesto la existencia de un conflicto que debe ser resuelto por un tercero a través de una decisión vinculante.

Si seguimos el camino del arbitraje, las interrogantes que surgen en cuanto al fondo de la controversia podrían versar sobre una serie de cuestiones, entre las que destacan: ¿puede existir un arbitraje que se ejecute de manera automática? ¿Cómo analizaría un *software* conceptos como el de la buena fe, el caso fortuito o fuerza mayor, la debida diligencia, el dolo o la culpa, entre otros? ¿Qué ley se aplica al fondo de la controversia? ¿Se requiere de un marco normativo específico para este tipo de procesos digitales?

Además, surgen otras interrogantes que tienen que ver con el proceso arbitral mismo, como las siguientes: ¿quién notifica a quién sobre el inicio del arbitraje? ¿El incumplimiento importa que de manera automática ya se activa el arbitraje o es que una parte debe comunicarla y solicitarla a la otra? ¿Cómo debe leerse y entenderse ese código alfanumérico que representa el convenio arbitral en el *smart-contract*? ¿Cómo se elige la jurisdicción?

Como se aprecia, diversas son las interrogantes que surgen, pero nos queda claro que la existencia de un *smart-contract* es una gran oportunidad para que el arbitraje se siga utilizando como mecanismo de solución de controversias. No hay razón para pensar algo distinto. En esa línea, se puede afirmar que las ventajas de entrar a un arbitraje en el marco de un *smart-contract* son visibles, máxime si se tiene en cuenta la flexibilidad del proceso, la posibilidad de aplicar de manera directa la Convención de Nueva York (si es que ésta se pacta), la confidencialidad, el nivel de especialidad técnica que pueden tener los árbitros (de hecho, sería necesario contar en el tribunal con un especialista en programación, por ejemplo), entre otros.

Sin duda, esta etapa previa al arbitraje que se presenta en el marco de un *smart-contract* merece un cuidadoso análisis, pues si bien este tipo de contratos funciona bajo el esquema lógico del «si-entonces», resulta claro que la programación siempre será perfectible, pues nos podríamos encontrar con situaciones que no han sido previstas por los programadores, con lo que estaríamos ante verdaderos vacíos que, en el sistema del *civil law*, tendrán que ser cubiertos por las normas supletorias contenidas en los códigos o leyes aplicables al caso (este problema ofrecerá un desafío distinto en el sistema del *common law*, puesto que allí esa supletoriedad normativa tiene otros alcances).

Con todo, es perfectamente posible, hoy en día, que los *smart-contracts* contengan convenios arbitrales para resolver las controversias que

se generen en la ejecución de las prestaciones. Como ya se dijo, lo positivo de ello es que estaríamos ante convenios que, al igual que las prestaciones mismas, se podrían activar de manera automática, pero para que ello ocurra se debería diseñar un mecanismo que prevea todas las etapas previas a la instalación del tribunal arbitral. Naturalmente, este diseño debería obedecer a las necesidades de las partes del contrato, aunque también podría pensarse en la idea de tener un procedimiento estándar de activación del convenio arbitral.

Sin perjuicio de ello, las ventajas de que se incluya un convenio arbitral en un *smart-contract* son evidentemente mayores que las que podría tener un proceso judicial. Al existir prestaciones que ejecutar, el arbitraje podría servir para solucionar los potenciales conflictos que surjan de esas (in) ejecuciones.

REFERENCIAS

- Utamchandani, Tanash. (2018). *Smart contracts from a legal perspective*. [Tesis para optar el grado en Derecho en la Universidad de Alicante]. Alicante.
- Muñoz, Ana. (2017). Criptomonedas, el dinero mágico. Aspectos jurídicos. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*. n.º 21. La Ley.
- Tur, Carlos. (2019). Smart legal contracts. *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*. Moisés Barrio Andrés (Dir.). Madrid: La Ley - Wolters Kluwer.
- Yeoh, Derric. Is online dispute resolution the future of alternative dispute resolution? *Kluwer Arbitration Blog*. Publicado el 29 de marzo de 2018. Disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/29/online-dispute-resolution-future-alternative-dispute-resolution/>
- Nour, Ibrahim. Arbitration of Smart Contracts Part 1 - Introduction to Smart Contracts. *Kluwer Arbitration Blog*. Publicado el 23 de agosto de 2018. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/23/arbitration-smart-contracts-part-1/>

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. Y 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). <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.

