

Depósito Legal Digital N° 2024-0886
Depósito Legal Digital N° 2016-12693

ISSN (en línea): 2664 - 3960
ISSN (impreso): 2664 - 3952



Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Norte de la Universidad Peruana"



Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas

Revista

quaestio iuris

Revista de investigación jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC

N° 14: Enero - Julio 2025
Versión electrónica



quaestio iuris

Editada y publicada por:

© Universidad Nacional de Cajamarca

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Av. Atahualpa 1050, Pabellón 4 F, Ciudad Universitaria

Cajamarca, Perú

Teléfono: +51 976 480 408

Web: <https://www.unc.edu.pe/>

Email: jsalazars@unc.edu.pe

Revista digital disponible en: <https://revistas.unc.edu.pe/index.php/Quaestio-iuris>

Diseño y diagramación: Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional
UNC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-12693

ISSN electrónico: 2664-3960

ISSN impreso: 2664-3952

Prohibida la reproducción parcial o total sin autorización de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Equipo editorial

Editor en Jefe

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3038-9956>

Consejo Editorial

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8983-2978>

Dra. María Isabel Pimentel Tello

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7010-4305>

MCs. Yorcka Uliana Torres Torres

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1393-3793>

MCs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Nacional de Cajamarca

Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6884-2261>

Comité científico

Dra. Cyntia Raquel Rudas Murga

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima- Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7777-5646>

Mg. Bruno Alberto Novoa Campos

Academia de la Magistratura

Lima - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>

Mg. Dael Carlos Dávila Elguera

Consulado General del Perú en Londres

Londres - Inglaterra

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1731-8301>

Dra. Karla Pamela Jiménez Erazo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Morelos - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0534-801X>

Dra. Rommy Álvarez Escudero

Facultad de Derecho
Universidad de Valparaíso
Valparaíso - Chile

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>

Dra. Esmeralda Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6964-7326>

Dr. Miguel Ángel Hernández Hernández

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Guerrero
Guerrero - México

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2779-1119>

Apoyo técnico

M.Cs. Gilmer Cayotopa Jara

Dirección de la Unidad Técnica de Biblioteca
Universidad Nacional de Cajamarca
Cajamarca - Perú

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0778-7224>

Índice

6

Presentación

Jorge Luis Salazar Soplapuco

9

Visión ius jurídica y ambiental de las comunidades campesinas y tribales como paradigma alternativo de sostenibilidad integral frente a los modelos occidentales basados en el desarrollo sostenible extractivo

Legal and environmental vision of peasant and tribal communities as an alternative paradigm of integral sustainability in contrast to western models based on extractivist sustainable development.

MENDOZA COBA, Alcides

39

Trata de personas y derechos humanos: retos de actualidad

Human Trafficking and Human Rights: Current Challenges

FIGUEROA GUTARRA, Edwin

67

La complejidad de la aplicación jurisdiccional del principio *iura Novit Curia*

The complexity of the jurisdictional application of the principle of *iura Novit Curia*

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier

78

Bicameralidad en el Perú: análisis y efectividad

Bicamerality in Peru: analysis and effectiveness

QUITO CORONADO, Lorena

103

Fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en Perú

Legal foundations to regulate the express prohibition of subrogated maternity onerous in Peru

QUINTEROS EDQUÉN, Orlando

120

La aplicación de presunciones legales e inversión de la carga de la prueba: ¿constituye en una limitante para la argumentación probatoria en la decisión judicial de los procesos laborales?

The application of legal presumptions and reversal of the burden of proof: Does it constitute a limitation for evidentiary argumentation in the judicial decision of labor proceedings?

ARAUJO CACHAY, Carmen Nancy

133

El “funcionario de hecho” en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano

The “de facto” official in crimes against public administration in peruvian criminal law

PERALTA PÉREZ, Anita Mabel

150

El pacto de retroventa en el Perú: ¿libertad contractual o abuso del derecho?

The repurchase agreement in Peru: contractual freedom or abuse of right?

ROMERO MENDOZA, Joel

181

La teoría del caso en el proceso judicial bajo un sistema de audiencias: herramienta vital en la litigación oral

The theory of the case in the judicial process under a system of hearings: vital tool in oral litigation

COLORADO HUAMÁN, William

Presentación



7

PRESENTACIÓN

La edición No. 14 de **quaestio iuris**, Revista de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, se realiza en un contexto interno y externo muy particular, que influye decididamente en su elaboración y publicación.

En el ámbito interno de la Facultad de Derecho y CCPP, se tornan con bastante expectativa los cambios curriculares que la Facultad está proponiendo a partir del trabajo propositivo de los docentes que han participado en el proceso de evaluación curricular y actualización de los cursos y contenidos.

No cabe duda que en este debate que hemos tenido sobre los cambios curriculares ha tenido presencia primordial los impactos de la tecnología digital en la operatividad del derecho y la reflexión sobre el mejoramiento de la gestión pública justamente para mejorar la administración de justicia, las vías de resolución de conflictos y asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales. Preocupación que incumbe a la Facultad pues asumimos la corresponsabilidad en la formación de abogados que, finalmente se convierten en gestores y asesores del aparato público y de los ciudadanos que requieren justicia pronta y de calidad. Es saludable el esfuerzo de los responsables de estos cambios, la propuesta de fortalecer la formación deontológica del abogado teniendo en frente grandes retos en el ámbito de la ética del ejercicio profesional de la abogacía.

Considero que este análisis que, seguramente se verá plasmado en la actualización del plan de estudios, también tendrá repercusión en la formulación de políticas institucionales para el adecuado ejercicio de la responsabilidad social universitaria, a partir de la actuación de los consultorios jurídicos gratuitos y las clínicas jurídicas. Además, del establecimiento de cursos y estrategias pedagógicas para fortalecer y promover la investigación en las ciencias jurídicas.

En el ámbito externo a la Facultad, evidentemente, la situación de inestabilidad jurídica que sufre el país, agravada con la actuación de la Junta Nacional de Justicia y su intervención en la “designación de la Fiscal de la Nación”, ha generado una fuerte preocupación en la academia universitaria, pues expresa un síntoma más de esta suerte de inviabilidad institucional que el Perú, como Estado Constitucional, viene atravesando y que pone de manifiesto el uso arbitrario e irracional de la estructura estatal por parte de poderes e intereses fácticos, antes que



8

el respeto a las reglas mínimas fundamentales que hemos establecido, justamente para evitar la anarquía, el abuso y el desgobierno: la ley fundamental.

Agradezco a todos aquellos que colaboraron y brindaron su apoyo a la edición de este número 14 de nuestra revista de investigación jurídica.

Cajamarca, Perú, julio 2025

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Editor en Jefe de la *quaestio iuris*.

Visión ius jurídica y ambiental de las comunidades campesinas y tribales como paradigma alternativo de sostenibilidad integral frente a los modelos occidentales basados en el desarrollo sostenible extractivo

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.1>



Visión ius jurídica y ambiental de las comunidades campesinas y tribales como paradigma alternativo de sostenibilidad integral frente a los modelos occidentales basados en el desarrollo sostenible extractivo

Legal and environmental vision of peasant and tribal communities as an alternative paradigm of integral sustainability in contrast to western models based on extractivist sustainable development.

MENDOZA COBA, Alcides¹

Recibido: 28.05.2025

Evaluado: 22.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas utilizadas. **III.** Cosmovisión, energía vital y trascendencia: el paradigma ecológico de las comunidades campesinas. **IV.** Fundamentos del derecho ambiental occidental y su enfoque extractivista. **V.** Cosmovisión indígena y campesina del derecho ambiental desde su territorio, naturaleza y espiritualidad. **VI.** Pluralismo jurídico y reconocimiento de sistemas normativos comunitarios. **VII.** Filosofía de la relacionalidad como superación del cosmocentrismo jurídico y la preponderancia del vínculo ancestral hombre naturaleza. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo desarrolla una propuesta jurídica y filosófica que reconoce la visión ambiental de las comunidades campesinas y tribales como un paradigma alternativo de sostenibilidad integral, frente a los modelos occidentales sustentados en

¹Profesor en Ciencias. Abogado. Estudios concluidos en Investigación y Docencia Universitaria en la Universidad Católica de Trujillo. Maestro en Derecho Penal y Criminología, Doctor en Ciencias Mención Derecho por la UNC. Docente de EBR, y docente invitado de Pregrado de la UNC. Docente invitado de la Escuela de Posgrado de UNC. Gerente del Estudio Jurídico. Investigaciones Científicas y Jurídicas DALHY SAC. Código ORCID: 0000-0002-6361-8065



11

un enfoque extractivista del desarrollo sostenible. Desde un enfoque crítico del derecho ambiental positivista, se examinan las limitaciones del paradigma cosmocéntrico para responder a la crisis ecológica contemporánea, y se plantea la necesidad de superar dicho modelo mediante la filosofía de la relacionalidad. Esta filosofía, propia de las cosmovisiones originarias, reconoce la conexión espiritual, simbólica y normativa entre el ser humano y la naturaleza, comprendiendo el territorio no solo como un recurso, sino como un espacio sagrado, comunitario y normativamente estructurado.

El objetivo central del artículo es demostrar que el derecho comunal, inspirado en la reciprocidad, el cuidado y el equilibrio natural, representa una vía legítima, autónoma y eficaz de regulación ecológica, que ha sido históricamente ignorada o subordinada por los sistemas jurídicos estatales. A través del análisis del caso ocurrido en el valle de San Silvestre de Cochán, donde se vulneró el vínculo relacional con el entorno por decisiones amparadas en el desarrollo económico estatal, se evidencia la necesidad de fortalecer el pluralismo jurídico, reconociendo a las comunidades como sujetos normativos capaces de proteger su ambiente desde sus propias prácticas ancestrales. El artículo concluye que el reconocimiento constitucional y legal de la justicia ambiental comunal, así como la incorporación de la relacionalidad como principio jurídico estructurante, son pasos esenciales para la construcción de un modelo de sostenibilidad verdaderamente integral, intercultural y respetuoso de los derechos colectivos y del equilibrio de la vida.

Palabras claves: Derecho ambiental, pluralismo jurídico, justicia comunal, cosmovisión indígena, relacionalidad, sostenibilidad integral, extractivismo, territorio ancestral, normatividad comunitaria, dignidad ontológica.

Abstract

This article develops a legal and philosophical proposal that recognizes the environmental worldview of peasant and tribal communities as an alternative paradigm of integral sustainability, in contrast to Western models grounded in an extractivist approach to sustainable development. From a critical perspective of positivist environmental law, it examines the limitations of the cosmocentric paradigm in responding to the contemporary ecological crisis and argues for the need to transcend such a model through the philosophy of relationality. This philosophy, inherent to Indigenous worldviews, acknowledges the spiritual, symbolic, and normative connection between human beings and nature, conceiving territory not merely as a resource but as a



sacred, communal, and normatively structured space.

The central aim of the article is to demonstrate that communal law, rooted in reciprocity, care, and natural balance, constitutes a legitimate, autonomous, and effective pathway for ecological regulation that has been historically ignored or subordinated by state legal systems. Through the analysis of the case that occurred in the San Silvestre de Cochán valley, where the relational bond with the environment was disrupted due to decisions justified by state-driven economic development, this article reveals the urgent need to strengthen legal pluralism by recognizing communities as normative subjects capable of protecting their environments through ancestral practices. The article concludes that the constitutional and legal recognition of communal environmental justice, along with the incorporation of relationality as a structuring legal principle, are essential steps toward building a model of sustainability that is truly integral, intercultural, and respectful of collective rights and the balance of life.

Key words: *Environmental law, legal pluralism, communal justice, Indigenous worldview, relationality, integral sustainability, extractivism, ancestral territory, community-based normativity, ontological dignity.*

I. Introducción

En el contexto actual de una evidente producción de normas ambientales, así como de la preocupación de muchas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales han trascendido fronteras con la finalidad de promover acciones en bien de la conservación del medio ambiente; sin embargo, la protección del medio ambiente siempre, aunque las normas regulen prioridad a las comunidades campesinas y nativas, siempre tiene una visión estatista e influenciado por el derecho positivo occidental.

Se evidencia una regulación ambiental que se forja desde que el hombre asumió que por sus acciones está dañando el medio ambiente y de eso es reflejo la regulación de enfoque antropocéntrico, que luego se fue tornando a un paradigma ecocéntrico y luego el cosmocéntrico, que más allá de aceptar que tienen un buen propósito, se sigue maltratando la naturaleza con fines extractivos, que serían beneficiosos si no alterarían la dinámica del medio ambiente y el flujo de la materia y energía. También se evidencia que, gracias a consolidados fundamentos jurídicos, antropológicos y filosóficos, la justicia va declarando sujetos de derecho a animales en peligro de extinción o representativos, a ríos y otros elementos de la naturaleza; sin



13

embargo, sigue siendo una protección que va desde el Estado, y si bien es cierto tiene en cuenta la dinámica de las comunidades, no se hace desde una visión andina, comunitaria o desde la visión-conexión antropológica hombre-naturaleza.

En este contexto, cuando uno visita una comunidad donde la naturaleza es apreciada desde su impacto de paisaje hasta las oportunidades de vida que ofrece, sin nada a cambio, pero con la obligación de cambiarla, al escuchar a sus pobladores, uno se da cuenta que sin decirnos de normas, principios o leyes, la vivencia diaria se desarrolla dentro de ello, porque han logrado entender que la dinámica del medio ambiente responde a flujos de materia y energía perfectamente conectados y sistematizados, que el hombre de la comunidad campesina o tribal ha logrado comprender como práctica en su vida diaria.

Por ello, Pulgar y Rivera (2024), contextualizando al derecho ambiental visto desde la perspectiva indígena o de medio ambiente, señalan una realidad y manifiestan que los diversos enfoques críticos han evidenciado que el principio de desarrollo sostenible, promovido en las últimas décadas por modelos occidentales, ha sido insuficiente para abordar las complejidades de la crisis climática y ecológica, aún más cuando estas crisis afectan los ecosistemas de las comunidades campesinas o tribales lejos y libres de industrialización. Su carácter antropocéntrico y su desnaturalización como herramienta jurídico-política han limitado su eficacia, haciendo evidente la necesidad de transitar hacia un paradigma de justicia ecológica que incorpore los valores intrínsecos de la naturaleza, y reconozca que el conflicto ambiental no se reduce a una mera distribución de cargas, sino que compromete dimensiones ecológicas, simbólicas y espirituales que requieren nuevas ontologías jurídicas y relacionales.

Por otro lado, contextualizando a Sánchez, Arciniegas (2023), se evidencia que, desde la cosmovisión indígena, el territorio no es solo una posesión física, sino un espacio natural de vida, una unidad ecológica fundamental donde se desarrollan múltiples formas de vida. Este territorio está ligado a prácticas sociales, económicas, culturales y espirituales que permiten la reproducción de la identidad y el conocimiento ancestral. Por ello, la tierra no debe verse como una mercancía, sino como parte del cosmos que fundamenta la existencia misma de las comunidades, lo cual justifica la necesidad de su protección jurídica no solo como propiedad colectiva, sino como un derecho humano ligado al respeto por la naturaleza y la vida en armonía con ella.



14

Sin embargo, a la luz de los dos párrafos anteriores sobre el derecho ambiental indígena, o el de las comunidades campesinas y nativas, resulta evidente que, en la actualidad, existe un notorio contraste entre los reconocimientos normativos y la efectiva implementación de la regulación ambiental indígena en América Latina. Aunque los pueblos indígenas gozan de múltiples normas de protección debido a que habitan territorios de alta biodiversidad, la realidad demuestra que sus derechos ambientales se enfrentan a obstáculos estructurales persistentes, como la exclusión política, el extractivismo impulsado tanto por el Estado como por actores privados, y la violencia dirigida al despojo territorial. A ello se suma la utilización de la consulta previa como una formalidad vacía, carente de contenido intercultural real, que sirve para legitimar la explotación de recursos naturales y la consecuente degradación ambiental.

Por tanto, el problema no radica en la ausencia de normas, sino en la necesidad de que estas sean coherentes con la dinámica ambiental propia de las comunidades. En otras palabras, las normas que regulan la gestión del entorno deben respetar la conexión entre el ser humano y la naturaleza desde las vivencias y cosmovisiones de los pueblos originarios, y no desde la perspectiva del Estado o del sector privado. Mientras que estos últimos suelen priorizar el aprovechamiento de los recursos naturales, para las comunidades indígenas y campesinas lo esencial es preservar la armonía y el equilibrio con su entorno, más allá de una lógica meramente utilitaria.

En ese sentido, el presente artículo tiene como objetivo principal exponer la visión jurídico-ambiental de las comunidades campesinas y tribales como un paradigma alternativo de sostenibilidad integral frente a los modelos occidentales sustentados en un enfoque extractivista del desarrollo sostenible. Se propone demostrar cómo la justicia comunal, inspirada en la cosmovisión andina, la reciprocidad y la armonía con la naturaleza, ofrece una respuesta más coherente y contextualizada a los desafíos ecológicos que enfrentan dichas comunidades, en contraposición con los modelos jurídicos estatales, muchas veces desvinculados de sus realidades culturales y territoriales.

Como objetivos específicos, se plantea, por un lado, analizar críticamente las limitaciones del derecho ambiental positivo occidental en su intento de reconocer los derechos de la naturaleza, sin incorporar el enfoque relacional y holístico que caracteriza a las comunidades originarias; y por otro, identificar los principios jurídicos, filosóficos y antropológicos que fundamentan al derecho comunal como una vía legítima y eficaz para la protección ecológica, superando así los marcos



normativos estatales tradicionales y el discurso utilitario del desarrollo sostenible.

A lo largo del artículo se abordarán, en primer lugar, las tensiones estructurales entre el derecho ambiental positivo y las prácticas normativas comunitarias de protección del entorno; en segundo lugar, la concepción del territorio como espacio de vida, espiritualidad e identidad, según las cosmovisiones indígenas; y, finalmente, los aportes de la justicia comunal como paradigma alternativo, no solo orientado a la defensa de derechos colectivos, sino también a la construcción de una relación ética y espiritual con la naturaleza.

Esta reflexión se enriquece con el análisis del pluralismo jurídico y el reconocimiento de los sistemas normativos comunitarios, el contraste entre sostenibilidad integral y sostenibilidad extractiva, la conexión antropológica entre ser humano, naturaleza y cultura, así como el desarrollo de un derecho ambiental comunitario como nuevo paradigma normativo. Asimismo, se propone superar las limitaciones del enfoque cosmocéntrico mediante una filosofía de la relacionalidad que integre, la visión indígena del derecho ambiental, las dimensiones ecológicas, espirituales y culturales en el debate jurídico-ambiental contemporáneo.

La motivación de este artículo nace de un hecho concreto ocurrido en el valle del distrito de San Silvestre de Cochán, San Miguel, Cajamarca, que evidencia de forma nítida la tensión entre el modelo estatal de desarrollo sostenible, sustentado en parámetros extractivos y productivos, y la visión jurídico-ambiental ancestral de las comunidades campesinas. En dicho caso, un talador de árboles, autorizado por las autoridades estatales bajo el supuesto del desarrollo comunal y la racionalización productiva del suelo, procedió a derribar árboles ubicados en terrenos familiares que, si bien no estaban titulados formalmente, formaban parte del patrimonio ecológico, espiritual y productivo del propietario campesino y de su linaje.

El afectado explicó que dichos árboles cumplían funciones esenciales: preservaban la humedad del terreno, permitían el desarrollo de aves y especies florales nativas, y sostenían el hábitat de abejas, cuya producción de miel era no solo fuente de subsistencia, sino también parte de un conocimiento ancestral transmitido de generación en generación. Asimismo, señaló que la permanencia de esos árboles constituía una práctica de respeto intergeneracional al entorno natural, con base en una cosmovisión en la que el árbol no es solo un recurso, sino un sujeto relacional que garantiza la continuidad de la vida en armonía.



16

A pesar de ello, el talador, amparado en criterios técnicos de productividad económica y en autorizaciones estatales, derribó los árboles con el argumento de que el terreno debía ser optimizado para fines agrícolas intensivos. Hoy, esa zona ha perdido su humedad natural, se ha erosionado la capa fértil, desaparecieron las aves, las flores y las abejas, y con ello, la base biocultural que sostenía la vida de la familia campesina ha sido desestructurada sin que el sistema jurídico haya reconocido el valor normativo de ese vínculo ancestral con el territorio.

Este hecho revela una profunda insuficiencia del modelo jurídico ambiental occidental, que, aunque adopta discursos de sostenibilidad y desarrollo verde, sigue priorizando el rendimiento económico y el dominio tecnocrático del entorno, en lugar de reconocer las formas comunitarias, espirituales y prácticas de conservación territorial que las comunidades aplican desde hace siglos. Jurídicamente, ello pone en evidencia la necesidad de construir un nuevo paradigma: uno basado no en la gestión externa del ecosistema, sino en la relacionalidad normativa del vínculo hombre-naturaleza, que reconoce el territorio como sujeto de derecho y a las comunidades como sus legítimos guardianes normativos.

Este artículo, si bien en publicaciones anteriores defendía el cosmocentrismo como paradigma ético útil para desplazar el antropocentrismo, propone ahora superarlo mediante la filosofía de la relacionalidad, que no universaliza la naturaleza como objeto de respeto general, sino que la vincula concretamente al ser humano a través de una normatividad comunitaria, espiritual, vivencial y ecológica, como puede observarse en la experiencia de San Silvestre de Cochán. Así, se abre camino a una visión ius jurídica y ambiental arraigada, alternativa y plural, capaz de ofrecer respuestas más integrales y justas frente a los desafíos actuales del derecho ambiental.

II.- Métodos y técnicas utilizadas

Se ha recurrido a un método cualitativo de carácter jurídico y filosófico, sustentado en técnicas de análisis normativo, hermenéutico e interpretativo. El enfoque empleado permite comprender críticamente el conflicto entre el derecho estatal y las normatividades comunitarias, no solo desde lo legal, sino también desde la experiencia vivida de las comunidades en su relación con la naturaleza.

El principal método utilizado ha sido el hermenéutico-jurídico, que ha permitido interpretar normas constitucionales, principios del derecho ambiental, y tratados internacionales sobre pluralismo jurídico y pueblos originarios, en contraste con los sistemas



consuetudinarios comunales. Este método se complementó con el análisis crítico de fuentes doctrinarias y casos concretos, especialmente el ocurrido en el valle de San Silvestre de Cochán, lo que permitió contextualizar la tensión entre desarrollo extractivo y sostenibilidad ancestral.

Como técnicas, se emplearon la revisión documental de literatura científica y jurídica publicada a partir del 2021 en español e inglés, así como la interpretación fenomenológica de relatos comunitarios, lo cual permitió identificar la filosofía de la relacionalidad como eje estructurante de la justicia ambiental comunal. Esta combinación metodológica facilitó desarrollar un marco conceptual que sustente jurídicamente la necesidad de reconocer al derecho comunal como una vía legítima y eficaz de sostenibilidad integral.

III. Cosmovisión, energía vital y trascendencia: el paradigma ecológico de las comunidades campesinas

Desarrollar el contenido del derecho ambiental desde una perspectiva basada en la naturaleza y en la regulación propia de las comunidades implica, en el marco de este artículo, asumir una relación continua, viva, espiritual y relacional entre el ser humano y su entorno. Esta concepción reconoce que la naturaleza es sagrada y que puede ser fuente de vida, pero no objeto de dominio ni explotación. De este modo, se propone superar las visiones antropocéntricas, ecocéntrica y cosmocéntrica tradicionales, orientando las normas ambientales hacia un paradigma de la filosofía relacional y comunitario, en el que el equilibrio con el entorno prevalece sobre cualquier lógica extractiva o instrumental.

En coherencia con el enfoque propuesto en el presente artículo, Ladio (2025) sostiene que una gobernanza transformadora basada en el conocimiento ecológico local resulta inviable si no se incluye de manera genuina y activa la cosmovisión de los pueblos indígenas y comunidades locales. Este planteamiento permite profundizar críticamente en la postura de que el conocimiento ambiental, incluso el de carácter científico, resulta insuficiente si se disocia de las prácticas culturales, espirituales y territoriales que sostienen los vínculos recíprocos entre las comunidades y su entorno natural. Es decir, no basta con integrar datos técnicos o sistemas de gestión ambiental desarrollados desde la racionalidad occidental; es necesario incorporar, en el diseño normativo y en las políticas públicas, los saberes encarnados en las formas de vida, en la memoria ambiental colectiva, y en las prácticas sostenibles de manejo del territorio que han sido históricamente desarrolladas por las comunidades campesinas y tribales.



18

Esta observación adquiere especial relevancia en el marco del paradigma alternativo que se propone en el artículo, el cual se aparta de los modelos occidentales hegemónicos basados en un desarrollo sostenible de carácter extractivo y tecnocrático, para reivindicar una visión ius jurídica y ambiental centrada en la sostenibilidad integral desde la cosmovisión comunal. Esta visión no solo contempla el equilibrio ecológico y la resiliencia de los ecosistemas, sino también el reconocimiento jurídico de los sistemas normativos comunales, pero como mecanismo de vida, la defensa del territorio como espacio de vida, y el respeto a la espiritualidad y racionalidad ambiental propias de cada comunidad.

Por ello, la advertencia de Ladio (2025) permite consolidar la idea de que el conocimiento ecológico local no debe ser instrumentalizado ni reducido a una mera fuente de datos útiles para el sistema dominante, sino comprendido como expresión legítima de una racionalidad ambiental distinta, profundamente situada, relacional y cargada de sentido jurídico, ético y político. En consecuencia, cualquier intento de construir una regulación ambiental verdaderamente transformadora debe partir del reconocimiento del derecho de las comunidades a definir sus propias formas de relación con la naturaleza, a participar activamente en la toma de decisiones ambientales, y a ejercer su autodeterminación ecológica desde un enfoque de pluralismo jurídico y justicia ambiental.

La exclusión de la cosmovisión ancestral de los pueblos indígenas en la formulación de políticas ambientales no solo representa una omisión técnica, sino también una ruptura epistémica que debilita la eficacia y legitimidad de dichas regulaciones. Tal como señala el informe de la UNESCO (2025), “los impactos del cambio climático ya están afectando la vida, los medios de subsistencia y los derechos humanos de más de 370 millones de pueblos indígenas en todo el mundo”; no obstante, estos pueblos, pese a enfrentar múltiples formas de vulnerabilidad, siguen persistiendo y resistiendo, preservando sus formas propias de habitar y relacionarse con el entorno natural.

Es evidente que la resistencia, de las comunidades para mantener su medio ambiente, no se explica únicamente en términos materiales o de resiliencia adaptativa, sino en una profunda matriz cultural y espiritual, específicamente su cosmovisión. Para estos pueblos, la naturaleza no es un recurso, sino una totalidad viviente, sagrada, que se comunica con el ser humano a través de signos, ciclos y energías. Su relación con la tierra no está mediada por la explotación o la rentabilidad, sino por la reciprocidad y el respeto, lo que ha permitido históricamente



mantener en equilibrio las cadenas alimenticias y los flujos vitales de energía, siendo las normas ambientales las que están y se desprenden de su vinculación y respecto a su entorno.

Esta conexión espiritual con la naturaleza, expresada en rituales, calendarios ecológicos, prácticas agroecológicas y normas consuetudinarias, constituye un paradigma alternativo de sostenibilidad integral, donde el derecho no impone, sino que armoniza. Por ello, cualquier intento de regulación ambiental que aspire a ser justa, eficaz y duradera debe partir del reconocimiento vinculante de esta visión ancestral. En otras palabras, la normativa con una cosmovisión propia de las comunidades se trata de asumir una relación viva, espiritual y continua del ser humano con la naturaleza, superando la lógica de dominación antropocéntrica, incluso más allá de los enfoques ecocéntricos y cosmocéntricos que aún fragmentan lo sagrado de lo viviente.

IV. Fundamentos del derecho ambiental occidental y su enfoque extractivista

Es importante iniciar esta sección señalando que, en Latinoamérica, en un estudio realizado a la Cosmovisión Totonaca, Medel-Ramírez (2024), afirma que el desarrollo de políticas de desarrollo sostenible a impactado negativamente en las comunidades, generando conflicto y contrariedad con la visión tradicional de armonía. De ello se puede deducir que es evidente cómo la energía vital del territorio comunal entra en conflicto con las dinámicas extractivas del desarrollo sostenible occidental, subrayando la necesidad de articular un marco jurídico y ambiental que respete los saberes ancestrales.

Ante ello, es importante señalar que el derecho ambiental occidental se fundamenta en la noción de desarrollo sostenible, la cual, desde la década de 1980, busca armonizar el crecimiento económico con el uso racional de los recursos naturales, garantizando al mismo tiempo la justicia social y la conservación del medio ambiente. Por ello, bajo el análisis crítico de Kotzé (2022), la noción contemporánea de desarrollo sostenible ha dejado de ser un instrumento orientado a equilibrar la relación entre crecimiento económico, equidad social y protección ambiental, para convertirse en una estrategia ideológica funcional al neoliberalismo. En este nuevo contexto, el desarrollo sostenible ya no representa un límite real a la explotación de los ecosistemas, sino que actúa como una retórica legitimadora de políticas extractivas promovidas por actores estatales y corporativos. Aunque discursivamente se sostiene que la sostenibilidad busca armonizar los intereses del ser humano con los de la naturaleza, en la práctica se ha convertido en un “paliativo ideológico” que



20

disfraza el extractivismo bajo etiquetas de responsabilidad ambiental y justicia social. De este modo, el derecho ambiental positivista, lejos de frenar la depredación ecológica, opera como un mecanismo normativo de racionalización del saqueo ambiental, articulando marcos legales que permiten explotar los recursos naturales mientras se mantiene una fachada de cumplimiento ético y ambiental.

Ante esta situación, desde una perspectiva crítica del derecho, es necesario reconocer que la configuración normativa del derecho ambiental occidental no ha logrado desvincularse de las estructuras económicas que lo condicionan. En efecto, la crítica al extractivismo surge precisamente por la contradicción inherente entre la aparente defensa de un medio ambiente sostenible y la continuidad de modelos capitalistas que lo degradan. Como advierte Foster y Suwandi (2024), el extractivismo no es un fenómeno aislado ni accidental, sino un pilar estructural del capitalismo global contemporáneo, que transforma la naturaleza en fuente inagotable de materias primas, desconociendo sus límites ecológicos y su valor intrínseco. Este modelo de acumulación, basado en la explotación intensiva de los recursos naturales, ha sido validado y facilitado por marcos jurídicos ambientales que, si bien aparentan regular, en realidad normalizan y legalizan la depredación. De este modo, el derecho ambiental occidental se ha desarrollado como una herramienta funcional a las lógicas productivas del capital, priorizando la seguridad jurídica de las inversiones por encima de los principios de justicia ecológica.

Esta relación revela que, más que limitar el extractivismo, el derecho lo integra como parte de un orden normativo que sacrifica ecosistemas y territorios en nombre del crecimiento económico. Ante esta situación, desde una perspectiva crítica del derecho, es necesario reconocer que la configuración normativa del derecho ambiental occidental no ha logrado desvincularse de las estructuras económicas que lo condicionan. En efecto, la crítica al extractivismo surge precisamente por la contradicción inherente entre la aparente defensa de un medio ambiente sostenible y la continuidad de modelos capitalistas que lo degradan. Como advierte la *Monthly Review* (2024), el extractivismo no es un fenómeno aislado ni accidental, sino un pilar estructural del capitalismo global contemporáneo, que transforma la naturaleza en fuente inagotable de materias primas, desconociendo sus límites ecológicos y su valor intrínseco. Este modelo de acumulación, basado en la explotación intensiva de los recursos naturales, ha sido validado y facilitado por marcos jurídicos ambientales que, si bien aparentan regular, en realidad normalizan y legalizan la depredación. De este modo, el derecho



21

ambiental occidental se ha desarrollado como una herramienta funcional a las lógicas productivas del capital, priorizando la seguridad jurídica de las inversiones por encima de los principios de justicia ecológica. Esta relación revela que, más que limitar el extractivismo, el derecho lo integra como parte de un orden normativo que sacrifica ecosistemas y territorios en nombre del crecimiento económico.

A ello se suma el aporte de Allison (2023), quien sostiene que resulta imprescindible otorgar prioridad al cuidado ambiental desarrollado por las comunidades indígenas, tradicionales y rurales. Este cuidado no solo forma parte de sus prácticas ancestrales, sino que constituye una condición necesaria para el ejercicio de su autodeterminación en la gestión de los recursos naturales. En consecuencia, no se trata únicamente de reconocer su derecho a participar, sino de permitir que la regulación ambiental surja desde su propio contexto y vínculo con la naturaleza. Desde la perspectiva jurídica, este reconocimiento implica una obligación normativa que articula la soberanía indígena con la resiliencia ecológica, elevando ambas como objetivos colectivos jurídicamente protegibles. En este marco, la justicia comunal no puede reducirse a una expresión cultural, sino que adquiere una dimensión normativa, estructural y vinculante, ya que incorpora sistemas consuetudinarios, rituales de reciprocidad con la naturaleza y formas colectivas de gestión territorial como mecanismos legítimos de regulación. Así, las prácticas comunales de cuidado ambiental, fundamentadas en la sabiduría ancestral, emergen como pilares de un orden jurídico propio, eficaz y autónomo, que no solo garantiza justicia ambiental desde una perspectiva relacional, sino que también constituye una respuesta crítica al derecho ambiental positivista, tecnocrático y centralizado.

Por eso, aunque el principio del desarrollo sostenible se presentó inicialmente como una estrategia equilibrada entre crecimiento económico, bienestar social y protección ambiental en espacios con abundantes recursos naturales y poca población humana, estudios recientes muestran que su práctica real dista mucho de su formulación conceptual; en ese contexto, Kotzé y Adelman (2022) señalan que la sostenibilidad se ha convertido en un principio “cooptado por el neoliberalismo” para legitimar proyectos extractivos, funcionando como una ideología que permite presentar como sostenibles actividades que en la práctica degradan ecosistemas; además, según Foster y Suwandi (2024), identifican al extractivismo como la “razón estructural” del capitalismo contemporáneo, que transforma la sostenibilidad en una estrategia para mantener la explotación ilimitada mediante marcos jurídicos aparentemente respetuosos al medio



ambiente, que en la práctica se han convertido en silenciadores de la biodiversidad, ya sea por impacto directo de la zona de aprovechamiento de los recursos naturales o porque son los impactos y efectos colaterales propios de la actividad extractiva de recursos. Por ello, el principio del desarrollo sostenible, lejos de establecer límites reales, promueve el expansionismo económico, convirtiendo al derecho ambiental en un instrumento que regula sin proteger realmente.

V. Cosmovisión indígena y campesina del derecho ambiental desde su territorio, naturaleza y espiritualidad

Es importante destacar, tal como lo plantea Heelan Powell (2023), que los territorios de las comunidades indígenas no pueden ser entendidos simplemente como una porción de espacio geográfico o de tierra donde se asientan. En realidad, dichos territorios representan una totalidad viviente que encarna la vitalidad, la espiritualidad, el carácter sagrado y el sentido comunitario que estructura su existencia. En este sentido, el territorio no solo provee recursos naturales indispensables para la subsistencia, sino que constituye una conexión antropológica fundamental, pues es fuente de su conducta, identidad cultural, lengua, sistemas tradicionales de vida y espiritualidad colectiva. Desde una perspectiva jurídico-ambiental, esto implica reconocer derechos territoriales que exceden el concepto de propiedad, incorporando formas de gobernanza autónoma, así como mecanismos simbólicos y rituales de protección del entorno. Sin embargo, las regulaciones estatales suelen ignorar esta dimensión integral, al no considerar el territorio como un sujeto viviente y espiritual jurídicamente protegido, lo que evidencia una profunda tensión normativa entre el derecho occidental positivista y los principios de pleno reconocimiento territorial que sostienen las cosmovisiones originarias.

Desde la perspectiva del pensamiento indígena, el espacio geográfico no se concibe como una simple extensión territorial, sino como una realidad ontológica viva que articula existencia, espiritualidad y normatividad. En este marco, la relacionalidad ontológica se configura como el fundamento filosófico que sostiene dicha cosmovisión, en la que la relación entre el ser humano y la naturaleza no se limita a una conexión utilitaria para la supervivencia, sino que expresa una interdependencia constitutiva y normativa. Como lo explican Gould, Martínez y Hoelting (2023), *“We summarize three tenets of Indigenous thinking strongly related to sustainability science’s relational turn: a centering of natural law, ethics and protocols...”*. Esta concepción reconoce a la naturaleza como un sistema normativo autónomo, con el que se interactúa bajo principios de cuidado, reciprocidad, ética y conexión espiritual.



23

Desde el plano del derecho ambiental, esta visión exige superar el paradigma antropocéntrico y positivista, incorporando en el diseño normativo protocolos consuetudinarios y ontológicos que emanan de la propia dinámica del territorio y de su vínculo con la comunidad. No se trata de imponer reglas sobre la naturaleza, sino de reconocer que el propio entorno posee agencia normativa, es decir, que regula la conducta humana desde su sacralidad y equilibrio interno. Así, la justicia ambiental deja de ser un instrumento estatal para convertirse en un proceso relacional, donde la legalidad emerge del diálogo entre la comunidad y el entorno natural. En esta lógica, el espacio se transforma primero en santuario sagrado, luego en eje cultural y normativo, y solo después, como resultado del respeto a dicha relación, en fuente legítima de sustento alimentario. Esta comprensión jurídica y filosófica replantea la noción misma de regulación, al centrarla en el respeto a la vida en todas sus formas y a la cosmovisión que la sustenta.

Pero si se afirma que existe una conexión hombre-naturaleza y vista en primer lugar como espacio sagrado, y luego como espacio de desarrollo cultural, espiritual, comunitario y de supervivencia, implica que esto es gracias a los saberes ancestrales que se fundamentan y proponen en la sostenibilidad integral en las prácticas comunales. En otras palabras, los saberes ancestrales en su práctica de vida diaria les han permitido a las comunidades acumular conocimiento ecológico que integra dimensiones materiales, culturales y espirituales. Por ello, en un informe de la ONU (2024), en una publicación titulada: “Volver a nuestra raíz: el valor del conocimiento ancestral frente a los desafíos futuros”, en pocas palabras señala que:

El conocimiento ancestral no solo se traduce en prácticas, sino en una conexión simbólica y espiritual con la naturaleza. Desde la interpretación de los signos de los animales hasta la observación de los ciclos de la luna y el comportamiento del clima, los pueblos indígenas han desarrollado sistemas de alerta temprana que ahora deben dialogar con los sistemas de monitoreo científico. (ONU, 2024).

El conocimiento ancestral no se reduce a un conjunto de prácticas empíricas, sino que constituye un sistema complejo de relación simbólica, espiritual y normativa con la naturaleza. Este saber se manifiesta en la interpretación de signos naturales, como el comportamiento de los animales, los ciclos lunares o las variaciones climáticas, que han permitido a los pueblos indígenas desarrollar sistemas propios de alerta temprana para la gestión ambiental y la prevención de riesgos. Como señala la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2024), “los pueblos



24

indígenas han desarrollado sistemas de alerta temprana que ahora deben dialogar con los sistemas de monitoreo científico”. Esta afirmación reconoce que dichos saberes no son vestigios del pasado, sino herramientas vigentes de observación, adaptación y sostenibilidad, cuyo valor científico y cultural debe ser plenamente reconocido por el derecho.

Desde una perspectiva jurídica, este reconocimiento requiere trascender el mero respeto formal, para avanzar hacia la integración activa de estos saberes ancestrales en los procesos normativos de gestión territorial y ambiental. No se trata únicamente de proteger su transmisión intergeneracional, sino de consagrarlos como criterios jurídicamente válidos en la evaluación de impactos, la consulta previa, la planificación ecológica y la resolución de conflictos socioambientales. Esta incorporación exige reconfigurar los estándares técnicos del derecho ambiental desde un pluralismo epistemológico y normativo, que considere el conocimiento ancestral como fuente de derecho en contextos territoriales específicos.

Además, resulta esencial comprender que el eje de la administración de justicia ambiental en contextos indígenas no se estructura bajo una lógica sancionatoria, como sucede en el modelo occidental, sino bajo una cultura del cuidado y la reciprocidad. El desequilibrio con la naturaleza no se castiga únicamente como una infracción, sino que se interpreta como una ruptura del orden relacional, que exige reparación, reconciliación y restauración. En este sentido, la justicia no se impone, sino que emerge del consenso comunitario y del restablecimiento armónico entre el ser humano y su entorno. Esta visión implica reconocer que la regulación jurídica debe responder no a patrones homogéneos de control, sino a la dinámica vivencial y espiritual que organiza la vida comunal.

Por ello, integrar estos sistemas normativos propios en los marcos legales nacionales e internacionales no solo es un imperativo jurídico, conforme a los principios del Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también una necesidad ética y ecológica frente a la crisis ambiental global. Reconocer y articular estos saberes no es una concesión cultural, sino una ampliación legítima de los horizontes del derecho hacia modelos más humanos, integrales y sostenibles.

La ética del cuidado y la reciprocidad constituye un principio estructural en las cosmovisiones indígenas y campesinas, especialmente en lo que respecta a la administración comunal de justicia ambiental. Como señala el Bulletin of the Ecological Society (2024), *“In many cultures, reciprocity is understood as an*



interpersonal and communal responsibility to ensure the welfare of the community and the environment...”. Esta afirmación revela que la reciprocidad no solo crea obligaciones interpersonales, sino que establece una normatividad social compleja, en la cual el uso de los recursos naturales está intrínsecamente vinculado a rituales de agradecimiento, equilibrio y reparación con el entorno. En estos contextos, la relación con la naturaleza no es de apropiación, sino de corresponsabilidad ética.

Desde una perspectiva jurídica, este principio implica una transformación en el enfoque del derecho ambiental. La justicia comunal no se limita a sancionar infracciones, sino que configura un sistema de responsabilidad colectiva, basado en el respeto a los ciclos naturales y en la armonización de la vida humana con el entorno. Las reglas no son impuestas de forma vertical, sino que emergen del consenso comunitario, enraizado en prácticas ancestrales, donde el daño ambiental exige no solo castigo, sino también reconciliación y restablecimiento del equilibrio espiritual y ecológico.

En este marco, el derecho ambiental podría trascender sus métodos predominantemente punitivos y positivistas si integra la reciprocidad como principio de legitimidad normativa y de justicia ecológica. Esto implicaría reconocer el cuidado, entendido como práctica, valor y deber relacional, como uno de los fundamentos esenciales de un orden normativo verdaderamente sostenible. En lugar de centrarse únicamente en prohibiciones o autorizaciones estatales, se trataría de tejer marcos jurídicos donde el respeto, la restitución y el equilibrio ecológico y social sean pilares del derecho, integrando sistemas normativos comunitarios como fuentes legítimas de regulación ambiental.

VI. Pluralismo jurídico y reconocimiento de sistemas normativos comunitarios

Comprender el pluralismo jurídico y el reconocimiento de los sistemas normativos comunitarios, en este caso, específicamente en materia integral de la comunidad, no implica empoderar a la comunidad para que ante cualquier conflicto o deterioro ambientales, sean ellos quienes tienen la prioridad para aplicar las normas ambientales consuetudinarias, sino que sean respetadas y priorizadas sus normas de vivencia ambiental para que su medio ambiente sea una integridad en el tiempo; por eso, si bien es cierto el artículo 149 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho consuetudinario, ello no es suficiente para comprender que el medio ambiente es una dinámica sagrada en su desarrollo; sin embargo, es importante realizar las siguientes observaciones:



26

En primer lugar, el artículo exige que la jurisdicción comunal coordine con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial, lo cual convierte su autonomía en subordinada. Esta disposición impide que las comunidades ejerzan control pleno sobre sus territorios y recursos, dificultando así la consolidación de un modelo jurídico y ambiental alternativo al extractivismo occidental.

En segundo lugar, el artículo 149 limita la jurisdicción comunal al ámbito de funciones jurisdiccionales (es decir, resolución de conflictos), pero no reconoce la dimensión ambiental, espiritual y desde el enfoque de la filosofía relacional del derecho consuetudinario. La visión filosófica ambiental indígena y campesina no solo administra justicia, sino que regula el uso armónico de la tierra, el agua, el bosque y el territorio, lo cual no está contemplado en esta norma.

En tercer lugar, el artículo no otorga a las comunidades herramientas jurídicas efectivas para defender sus territorios frente a proyectos extractivos promovidos o autorizados por el propio Estado, aunque siendo parte del entorno sagrado, tampoco debe suceder. Por eso, si bien las comunidades poseen derecho consuetudinario, este no puede detener concesiones mineras, de hidrocarburos o forestales, pues el marco constitucional prioriza la seguridad jurídica de las inversiones, perpetuando así el modelo de desarrollo sostenible extractivo en lugar de dar cabida a un paradigma de sostenibilidad integral desde la comunidad.

Por ello, aunque el artículo 149 reconoce formalmente el pluralismo jurídico, su formulación e implementación restringen la capacidad de las comunidades campesinas y tribales para ejercer una justicia ambiental autónoma, fundada en su cosmovisión, normatividad propia y ética del cuidado. Para optimizar verdaderamente esta visión alternativa, sería necesario fortalecer constitucionalmente el reconocimiento del territorio como sujeto de derechos, la autorregulación ambiental comunal y la coexistencia no subordinada de los sistemas normativos indígenas y estatales.

Entonces, el pluralismo jurídico tiene sustento no en el reconocimiento de diversos sistemas normativos en un determinado territorio regido por un Estado, sino que se fundamenta en la coexistencia de estos desde la vivencia ancestral que les ha permitido vivir en armonía con su entorno y han considerado que la naturaleza es más que un espacio para la supervivencia. Ante eso, es importante considerar la necesidad de sobreponerse al monismo jurídico, dado que el pluralismo jurídico según REDALC (2025) se fundamenta principalmente



en el reconocimiento de sistemas normativos colectivos, como el de las comunidades que han trascendido en el tiempo y que su entorno natural se ha convertido en una fuente de inspiración práctica llena de valores éticos y morales, donde talar un árbol pasa por la autorización de la comunidad y esta de sus dioses incluso. Por ello, desde una perspectiva jurídica, se promueve la validez normativa de reglamentos comunales en materias desde territoriales hasta ambientales, transformando su aplicación de cultural a jurídica. Además, establece la necesidad de articular espacios de justicia intercultural, donde la legitimidad comunitaria no sea subordinada, sino reconocida. Esto abre camino a un sistema plural que permite a comunidades campesinas y tribales ejercer su autoridad normativa, especialmente en gestión de recursos y protección del territorio.

En este contexto, se evidencia la urgente necesidad de normar desde las propias comunidades campesinas y tribales, a fin de consolidar en el marco del pluralismo jurídico una verdadera visión *ius* jurídica y ambiental que se erija como paradigma alternativo de sostenibilidad integral, en contraposición a los modelos occidentales centrados en el desarrollo sostenible de carácter extractivo. Ello supone trascender el discurso político meramente declarativo que, si bien reconoce el derecho consuetudinario en conflictos ambientales, raramente se traduce en acciones normativas efectivas o institucionales desde el aparato estatal. De hecho, son escasos, si no inexistentes, los esfuerzos desde el espacio de la gobernanza por garantizar un reconocimiento constitucional y legal explícito de la justicia ambiental comunal, basada en una visión relacional y espiritual del vínculo hombre-naturaleza, como base normativa legítima y autónoma. Estas dimensiones, esenciales para los pueblos originarios, no se encuentran expresamente contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, ni siquiera permiten una interpretación extensiva que habilite su reconocimiento jurídico pleno.

Por ello, retomando el planteamiento de Rodríguez (2023), resulta evidente que el pluralismo jurídico no debe reducirse a una cláusula constitucional de tolerancia normativa, sino que debe comprenderse como una estructura legal compleja, que integra el derecho consuetudinario como una expresión legítima y vinculante de las relaciones ancestrales entre el ser humano y la naturaleza. En efecto, la relacionalidad antropológica y espiritual con el entorno constituye el núcleo de la normatividad comunal, en la cual los principios de reciprocidad, respeto al equilibrio natural y gestión colectiva del territorio se configuran como fundamentos sustantivos de una justicia ecológica propia, profundamente distinta al modelo estatal positivista.



28

Desde una perspectiva jurídica, esto implica reconocer que las prácticas normativas comunitarias, incluidas aquellas orientadas a la resolución de conflictos territoriales y ambientales, deben gozar de autonomía y carácter vinculante, siempre que se respete el núcleo de los derechos fundamentales. En este sentido, el derecho comunal no es subsidiario, sino complementario y legítimo frente al orden estatal, lo cual exige una reconfiguración del principio de soberanía para incluir formas de jurisdicción y legislación compartidas, arraigadas en la diversidad cultural y territorial del país.

Filosóficamente, estas formas de justicia no son meras expresiones culturales, sino manifestaciones normativas integrales, fundadas en cosmovisiones que valoran la tierra como entidad viva, dotada de agencia moral y jurídica. Los procedimientos comunitarios, basados en el diálogo, el consenso, la reparación y el restablecimiento del equilibrio, redefinen la idea de justicia no como sanción, sino como armonización de relaciones en un ecosistema normativo relacional. Así, el reconocimiento efectivo del derecho comunal no solo robustece la justicia intercultural, sino que amplía los horizontes del derecho ambiental, incorporando epistemologías y prácticas que garantizan una sostenibilidad verdadera, arraigada en el respeto a la vida y al territorio como totalidad viviente.

Mientras no exista un reconocimiento normativo y vivencial del derecho ambiental comunitario, seguirán presentándose tensiones estructurales entre la justicia estatal y los sistemas normativos consuetudinarios. Esta tensión no se limita a un conflicto de competencias, sino que expresa una ruptura ontológica y epistemológica entre dos concepciones distintas de justicia: por un lado, el derecho estatal, positivista, centralizado y orientado al aprovechamiento económico de los recursos; y por otro, el derecho comunal, que se funda en la relacionalidad espiritual y ecológica entre el ser humano y su territorio. Aunque las normas consuetudinarias existen y se practican dentro de las comunidades campesinas y tribales, la explotación de los recursos naturales responde a imposiciones políticas y económicas del Estado, que prioriza la inversión y el crecimiento por sobre la sostenibilidad vivida.

En este sentido, la DPLF (2025) señala con claridad: *“las reformas jurídicas han dejado fuera del poder judicial federal la representación directa de jueces indígenas, generando un limbo en la aplicación del derecho comunitario”*. Esta afirmación pone en evidencia una contradicción jurídica estructural: el pluralismo jurídico es reconocido constitucionalmente en varios países latinoamericanos, pero su aplicación efectiva está subordinada



a los aparatos estatales, especialmente al Poder Judicial, que continúa operando bajo parámetros monoculturales y jerárquicos. Así, los pueblos originarios pueden acceder a la justicia, pero no gestionar ni ejercer su propia justicia ambiental y territorial en condiciones de igualdad, lo que vulnera su autonomía y su derecho al autogobierno normativo.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica, esta situación refleja una profunda tensión entre la soberanía estatal y la autonomía normativa comunitaria. El Estado-nación moderno, fundado sobre principios de unidad, centralismo y codificación, entra en conflicto con una ontología jurídica plural, que reconoce múltiples fuentes de derecho, múltiples formas de autoridad y múltiples vínculos con la tierra. Esta tensión no solo es legal, sino ontológica: el Estado concibe el territorio como un espacio de explotación y dominio, mientras que las comunidades lo viven como un sujeto espiritual y normativo, dotado de voz y de memoria.

Por tanto, superar esta contradicción exige repensar el pluralismo jurídico no como tolerancia formal, sino como reconocimiento efectivo de soberanías comunitarias diferenciadas, especialmente en materia ambiental. Solo entonces se podrá hablar de una justicia ambiental plural e intercultural, donde las comunidades campesinas y tribales no solo participen en los procesos, sino que coorganicen el sistema de justicia desde sus propios marcos normativos, con autonomía, equidad y legitimidad.

VII. Filosofía de la relacionalidad como superación del cosmocentrismo jurídico y la preponderancia del vínculo ancestral hombre naturaleza.

El enfoque cosmocéntrico representó, en su momento, un avance respecto al paradigma antropocéntrico, al desplazar al ser humano del centro del universo para otorgar valor intrínseco a la totalidad del cosmos. Sin embargo, desde una visión jurídica y filosófica anclada en las cosmovisiones indígenas y campesinas, este enfoque sigue siendo insuficiente. El cosmocentrismo tiende a una universalización abstracta de la naturaleza como totalidad, sin considerar las relaciones concretas, simbólicas y normativas que los pueblos originarios establecen con sus territorios. El derecho ambiental no puede limitarse a proteger a “la naturaleza en general”, sino que debe reconocer los vínculos ontológicos específicos entre comunidades y sus espacios vitales, en los cuales la espiritualidad, la memoria y la normatividad se configuran territorialmente.

La filosofía de la relacionalidad no concibe al ser humano como un ente separado del entorno natural, sino como parte constitutiva de un sistema vivo e interdependiente. Desde esta perspectiva, el derecho deja de ser un conjunto de normas externas impuestas sobre la naturaleza, y se convierte en una



30

expresión de los vínculos históricos, espirituales y comunitarios entre los seres vivos y su entorno. Esta visión no solo transforma la fundamentación del derecho ambiental, sino que cuestiona los fundamentos del positivismo jurídico occidental, el cual disocia norma, sujeto y territorio. En cambio, las comunidades campesinas y tribales configuran el derecho como una experiencia vivida de reciprocidad, donde la ley emerge de la práctica comunal y del respeto profundo a los equilibrios de la vida.

En las cosmovisiones originarias, el vínculo entre el ser humano y la naturaleza no es instrumental, sino fundacional y normativo. Este vínculo ancestral se manifiesta en los ritos, en la organización comunitaria, en los ciclos agrícolas y en las formas de justicia local. A diferencia del derecho estatal, que reconoce derechos a la naturaleza desde una lógica externa, las comunidades originarias viven el territorio como sujeto y fuente de normas. Esta relacionalidad no se construye desde la abstracción filosófica, sino desde la práctica cotidiana: sembrar, agradecer, proteger, sancionar y curar el entorno natural son formas de ejercer un derecho que reconoce a la tierra como madre, a los ríos como hermanos, y al bosque como casa. En este sentido, el derecho relacional supera el cosmocentrismo, porque no universaliza ni abstrae, sino que enraíza el derecho en la experiencia territorial concreta.

El modelo de desarrollo sostenible, en su versión institucionalizada por los organismos internacionales y los Estados, ha sido ampliamente criticado por su carácter instrumental y extractivo, que prioriza el crecimiento económico y reduce la sostenibilidad a indicadores técnicos. Desde la filosofía de la relacionalidad, este modelo es incompatible con una verdadera ética del cuidado, porque sigue tratando a la naturaleza como un “recurso” que debe ser gestionado para maximizar su utilidad. Las comunidades campesinas y tribales no conciben la sostenibilidad como una ecuación técnica, sino como una práctica moral de equilibrio con el entorno. Por ello, el desarrollo, tal como está formulado en el marco jurídico estatal, entra en conflicto con la normatividad relacional comunitaria, que no persigue el progreso económico, sino la continuidad armónica de la vida.

La adopción de una filosofía jurídica de la relacionalidad exige un cambio estructural en la concepción del derecho. Ya no se trata de integrar el derecho consuetudinario como un subsistema menor dentro del orden estatal, sino de reconocer su autoridad normativa originaria, basada en un sistema relacional de convivencia y respeto ambiental. Esto supone reconocer que las normas jurídicas comunitarias, derivadas del vínculo ancestral con el territorio, tienen la misma legitimidad y eficacia que las leyes



31

estatales. La justicia comunal ambiental no debe depender de su validación por parte del Estado, sino ser reconocida como una expresión legítima de un paradigma jurídico alternativo, fundado en la ética de la interdependencia.

El derecho relacional no impone, sino que teje relaciones de cuidado, reciprocidad y responsabilidad. A diferencia del derecho occidental, centrado en la coerción y en la propiedad, el derecho indígena y campesino establece límites éticos al uso de la tierra, no por mandato externo, sino por consciencia ancestral de interconexión. La filosofía de la relacionalidad reemplaza la noción de soberanía absoluta sobre la naturaleza por una ética de custodia, donde cada acción humana debe contemplar sus efectos sobre las generaciones futuras, los espíritus del territorio y los equilibrios cósmicos. Esta ética no es meramente moral: es normativa, vinculante y estructural en los sistemas jurídicos comunitarios.

La justicia ambiental comunal, cuando es ejercida desde el paradigma relacional, no busca simplemente castigar el daño, sino restaurar el equilibrio perdido. Esta justicia se manifiesta en acciones comunitarias de reforestación, en sanciones rituales, en ofrendas de reconciliación con la tierra y en mecanismos colectivos de protección de fuentes de agua y suelos sagrados. Estas prácticas no pueden ser entendidas desde una lógica punitiva estatal, sino desde una ontología normativa diferente, en la que el bien jurídico protegido no es un objeto, sino una relación viva. Por ello, la justicia ambiental comunal no debe ser asimilada ni corregida por el Estado, sino respetada como forma legítima de gobierno del territorio y de su equilibrio natural.

Superar el cosmocentrismo en el derecho implica no universalizar una visión abstracta del entorno natural, sino reconocer la diversidad de relaciones normativas que las comunidades establecen con sus territorios. La filosofía de la relacionalidad, tal como la viven y norman las comunidades campesinas y tribales, representa un paradigma jurídico ambiental alternativo, que no solo cuestiona el modelo de desarrollo sostenible extractivo, sino que propone una nueva base ética y normativa para la sostenibilidad: una sostenibilidad integral, enraizada, espiritual y comunitaria. Esta visión exige un giro profundo en el derecho, que pase de la regulación técnica a la reconstrucción de vínculos vivientes, desde la justicia, el respeto y la interdependencia entre todos los seres.

Si bien es cierto que en los últimos años se ha avanzado en el reconocimiento jurídico de ciertos elementos de la naturaleza, como animales, ríos, montañas y ecosistemas, como sujetos de derecho, dicho reconocimiento suele estar motivado por la necesidad de proteger su integridad frente a riesgos ecológicos



32

concretos, muchas veces derivados de actividades extractivas o de desarrollos económicos agresivos. Esta evolución normativa, aunque valiosa, permanece inscrita dentro de una lógica cosmocéntrica de protección abstracta, que reconoce valor intrínseco a la naturaleza en su conjunto, pero sin atender a la relacionalidad concreta, vivencial y normativamente estructurante que las comunidades campesinas y tribales mantienen con sus territorios.

Frente a ello, la filosofía de la relacionalidad propone una superación tanto del antropocentrismo como del cosmocentrismo, al ubicar el eje del derecho no en la centralidad del ser humano ni en la naturaleza como totalidad genérica, sino en el vínculo ancestral, espiritual y normativo entre el ser humano y su entorno vivo, configurado históricamente a través de la experiencia comunal. Esta filosofía jurídica permite construir un paradigma normativo que no se limita a proteger, sino que restaura, conserva y proyecta una forma de relación respetuosa con el entorno, reconociendo que la tierra, el agua, los árboles y los animales no solo son entidades con valor jurídico, sino miembros de una comunidad ontológica compartida.

Desde el punto de vista jurídico, esto exige abandonar el modelo de normas ambientales centradas exclusivamente en la mitigación del daño o la compensación, y transitar hacia un derecho relacional, que reconozca la existencia de obligaciones comunitarias, rituales, territoriales y espirituales vinculadas al entorno. En este marco, la tierra no es únicamente un objeto de regulación o propiedad, sino un sujeto de vínculo normativo, cuyo respeto implica no solo límites al uso, sino el mantenimiento de prácticas, símbolos y saberes ancestrales que garantizan la continuidad cultural, económica y ecológica de las comunidades.

Además, la filosofía de la relacionalidad permite que las normas jurídicas se funden en una ética de la conservación dinámica, donde el entorno es sagrado no por su utilidad o su fragilidad, sino por su carácter constitutivo de la identidad colectiva. Así, antes de ser espacio para la explotación económica o la planificación territorial estatal, el territorio es comprendido como un espacio sagrado de vida, cuyo reconocimiento jurídico no puede desligarse del derecho a la identidad cultural, al autogobierno normativo, y a la existencia espiritual de los pueblos originarios.

En consecuencia, el desarrollo normativo debe partir del reconocimiento de que la naturaleza no se protege por separado de las comunidades que la habitan, sino que el vínculo mismo entre comunidad y naturaleza es el que debe ser normativamente tutelado. De este modo, la filosofía de la relacionalidad no solo



33

amplía el horizonte del derecho ambiental, sino que propone una reconfiguración estructural del pluralismo jurídico, en la que el derecho comunal adquiere rango de fuente legítima y necesaria de regulación ecológica y de sostenibilidad integral.

Si bien es cierto que en los últimos años se ha avanzado en el reconocimiento jurídico de ciertos elementos de la naturaleza, como animales, ríos, montañas y ecosistemas, como sujetos de derecho, dicho reconocimiento suele estar motivado por la necesidad de proteger su integridad frente a riesgos ecológicos concretos, muchas veces derivados de actividades extractivas o de desarrollos económicos agresivos. Esta evolución normativa, aunque valiosa, permanece inscrita dentro de una lógica cosmocéntrica de protección abstracta, que reconoce valor intrínseco a la naturaleza en su conjunto, pero sin atender a la relacionalidad concreta, vivencial y normativamente estructurante que las comunidades campesinas y tribales mantienen con sus territorios.

Frente a ello, la filosofía de la relacionalidad propone una superación tanto del antropocentrismo como del cosmocentrismo, al ubicar el eje del derecho no en la centralidad del ser humano ni en la naturaleza como totalidad genérica, sino en el vínculo ancestral, espiritual y normativo entre el ser humano y su entorno vivo, configurado históricamente a través de la experiencia comunal. Esta filosofía jurídica permite construir un paradigma normativo que no se limita a proteger, sino que restaura, conserva y proyecta una forma de relación respetuosa con el entorno, reconociendo que la tierra, el agua, los árboles y los animales no solo son entidades con valor jurídico, sino miembros de una comunidad ontológica compartida.

Desde el punto de vista jurídico, esto exige abandonar el modelo de normas ambientales centradas exclusivamente en la mitigación del daño o la compensación, y transitar hacia un derecho relacional, que reconozca la existencia de obligaciones comunitarias, rituales, territoriales y espirituales vinculadas al entorno. En este marco, la tierra no es únicamente un objeto de regulación o propiedad, sino un sujeto de vínculo normativo, cuyo respeto implica no solo límites al uso, sino el mantenimiento de prácticas, símbolos y saberes ancestrales que garantizan la continuidad cultural, económica y ecológica de las comunidades.

Además, la filosofía de la relacionalidad permite que las normas jurídicas se funden en una ética de la conservación dinámica, donde el entorno es sagrado no por su utilidad o su fragilidad, sino por su carácter constitutivo de la identidad colectiva. Así, antes de ser espacio para la explotación económica o la planificación



34

territorial estatal, el territorio es comprendido como un espacio sagrado de vida, cuyo reconocimiento jurídico no puede desligarse del derecho a la identidad cultural, al autogobierno normativo, y a la existencia espiritual de los pueblos originarios. En consecuencia, el desarrollo normativo debe partir del reconocimiento de que la naturaleza no se protege por separado de las comunidades que la habitan, sino que el vínculo mismo entre comunidad y naturaleza es el que debe ser normativamente tutelado. De este modo, la filosofía de la relacionalidad no solo amplía el horizonte del derecho ambiental, sino que propone una reconfiguración estructural del pluralismo jurídico, en la que el derecho comunal adquiere rango de fuente legítima y necesaria de regulación ecológica y de sostenibilidad integral.

A esto se suma que el reconocimiento de la dignidad ontológica del ser humano, en tanto ser racional capaz de autorreflexión y autolimitación, impone la necesidad de establecer límites normativos claros al uso del ecosistema. Esta concepción dignifica no solo al sujeto humano como regulador consciente, sino que convierte a la naturaleza en una realidad que merece respeto por la propia autoconciencia del ser humano sobre su rol relacional. Desde la filosofía de la relacionalidad, este principio supera la lógica cosmocéntrica, pues no basta con reconocer el valor intrínseco del cosmos, sino que es indispensable establecer una ética normativa vinculada a la acción humana responsable, en diálogo con los sistemas normativos ancestrales que ya establecían tales límites desde su cosmovisión integral del territorio.

Asimismo, desde el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la dignidad deontológica obliga a que las normas ambientales no solo limiten, sino orienten éticamente la conducta humana hacia la sostenibilidad y la equidad intergeneracional. La filosofía de la relacionalidad recoge este deber, pero lo proyecta hacia una forma de derecho más cercana a los valores comunales: la reciprocidad. A diferencia del cosmocentrismo jurídico, que permanece en un plano de reconocimiento simbólico de la naturaleza, el derecho relacional construye obligaciones concretas del ser humano con su entorno, bajo formas jurídicas no extractivas, sino protectoras y restaurativas, como las que practican históricamente las comunidades campesinas y tribales. La reciprocidad, como categoría normativa ancestral, debe ser elevada a principio jurídico rector de la sostenibilidad integral. Desde el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la dignidad deontológica obliga a que las normas ambientales no solo limiten, sino orienten éticamente la conducta humana hacia la sostenibilidad y la equidad intergeneracional. La filosofía de la relacionalidad recoge este deber, pero lo proyecta hacia una



forma de derecho más cercana a los valores comunales, vale decir la reciprocidad. A diferencia del cosmocentrismo jurídico, que permanece en un plano de reconocimiento simbólico de la naturaleza, el derecho relacional construye obligaciones concretas del ser humano con su entorno, bajo formas jurídicas no extractivas, sino protectoras y restaurativas, como las que practican históricamente las comunidades campesinas y tribales. La reciprocidad, como categoría normativa ancestral, debe ser elevada a principio jurídico rector de la sostenibilidad integral.

El paradigma cosmocéntrico reconoce la interdependencia entre todos los elementos del ecosistema, pero lo hace desde un punto de vista externo y abstracto. La filosofía de la relacionalidad, en cambio, traduce esta interdependencia en relaciones jurídicas concretas, vinculadas al territorio, a las prácticas agrícolas, rituales, hídricas y de gestión comunitaria. En ese sentido, el derecho ambiental estatal debe reconocer que los sistemas normativos comunales ya establecen normas que regulan el flujo de materia y energía en su entorno, y que esta normatividad relacional posee eficacia jurídica legítima. Incorporar esa mirada implica dejar de considerar a la naturaleza como objeto de protección del Estado y reconocer que las propias comunidades han sido históricamente los garantes efectivos del equilibrio ecosistémico a través de sus normas consuetudinarias.

A esto se suma que las sanciones comunitarias no se orientan a la punición, sino a la reparación del equilibrio roto con la naturaleza, lo cual responde a una visión filosófica profundamente relacional. Esta justicia no se limita al castigo del infractor, sino que involucra a la colectividad en un proceso de restauración ética y ecológica. Por ello, el derecho sancionador occidental debe complementarse con una perspectiva jurídica relacional, reconociendo la eficacia de las prácticas comunales como fuentes legítimas de protección ambiental, más allá del cosmocentrismo y del formalismo normativo estatal.

VIII. Conclusiones

a. La filosofía de la relacionalidad permite superar los límites del cosmocentrismo jurídico, al proponer un paradigma normativo donde la conexión espiritual, simbólica y normativa entre el ser humano y la naturaleza se convierte en fundamento estructural del derecho ambiental. Esta visión, basada en el respeto y la reciprocidad, refleja con mayor coherencia las prácticas normativas de las comunidades campesinas y tribales.



b. El derecho comunal, lejos de ser una forma secundaria de justicia, constituye una vía legítima, autónoma y eficaz para la regulación ecológica, al estar profundamente enraizado en cosmovisiones que comprenden el territorio como sujeto sagrado y normativo. Su fortalecimiento jurídico implica un reconocimiento real del pluralismo legal, más allá de un marco declarativo y subordinado al sistema estatal.

c. La imposición de modelos de desarrollo sostenible extractivo vulnera la normatividad comunitaria y rompe el equilibrio ecológico que las comunidades han protegido históricamente. Esto demuestra que sin el reconocimiento legal del vínculo relacional hombre-naturaleza, no es posible alcanzar una sostenibilidad verdaderamente integral ni garantizar derechos colectivos ambientales desde una perspectiva intercultural.

d. El caso de San Silvestre de Cochán evidencia que las decisiones estatales, amparadas en criterios de productividad, desatienden el valor jurídico de la tradición, el territorio y el conocimiento ancestral. Esta omisión reproduce una visión colonial del derecho y refuerza la exclusión de las comunidades como sujetos normativos con capacidad de autogestión ambiental.

e. La justicia comunal no debe ser interpretada únicamente como una expresión cultural, sino como un sistema normativo legítimo que regula el entorno desde principios de equilibrio, ritualidad y responsabilidad colectiva. Incorporarla en el orden jurídico nacional implica reconfigurar el concepto de justicia ambiental y ampliar las fuentes de validez jurídica.

f. Construir un modelo de sostenibilidad integral exige reconocer la dignidad ontológica y deontológica del ser humano en su relación con el territorio. Esto demanda un giro epistemológico y normativo que incorpore la relacionalidad como principio jurídico estructurante, capaz de articular una justicia ecológica plural, inclusiva y profundamente coherente con las cosmovisiones originarias.

IX. Lista de Referencias

- Allison, E. (2023). Collective responsibility and environmental caretaking: Toward an ecological care ethic with evidence from Bhutan. *Ecology and Society*, 28(1).



- Due Process of Law Foundation (DPLF). (2025). Pluralismo jurídico y elecciones judiciales en México.
- Foster, J. B., & Suwandi, I. (2024). Extractivism and the Crisis of Planetary Civilization. *Monthly Review*, 75(1).
- Gould, R. K., Martinez, D. E., & Hoelting, K. R. (2023). Exploring Indigenous relationality to inform the relational turn in sustainability science. *Ecosystems and People*. Volume 19.
- Heelan Powell, B. (2023). The intersection of enviromental law and idigenous rights. Environmental Law Centre.
- Kotzé, L. J., & Adelman, S. (2022). Environmental Law and the Unsustainability of Sustainable Development: A Tale of Disenchantment and of Hope. *A Tale of Disenchantment and of Hope*. *Law and Critique*, 27(2).
- Ladio, A. H. (2025). Transformative governance based on local ecological knowledge is impossible inclusion of indigenous peoples and local communities in NW Patagonia. *Journal of Ethnobiology and Ethnomedicine*. Obtenido de <https://doi.org/10.1186/s13002-024-00751-3>
- Medel-Ramírez, C. (2024). Raíces Ancestrales y Futuro Sostenible. *La Cosmovisión Totonaca en la búsqueda de armonía y justicia social*.
- Pulgar Martínez, A., & Rivera Berkhoff, S. (2024). Justicia ecológica como nuevo paradigma de la conflictividad ambiental. *Justicia Ambiental*. *Revista de derecho ambiental de la ONG FIMA*.
- REDALC. (2025). Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina. I Seminario Permanente del Grupo de Investigación de Derecho Indígena.
- Rodríguez Caguana, A. (2023). Exploración del pluralismo jurídico intercultural en Ecuador. Quito, Ecuador: UASB.
- Sánchez Sarmiento, M. P., & Arciniegas Castro, C. L. (2023). Fundamentos Éticos de la Cosmovisión de los Pueblos Indígenas Ecuatorianos sobre su Territorio Ancestral. Artículo Revisión bibliográfica. *Revista Killkana Sociales*. Vol. 7, No. Especial.
- Teixidor-Toneu, I. F.-L., Alvarez Abel, R., Batdelger, G., Bell, E. C., & Cantor, M. e. (2025). Human–nature relationships through



38

the lens of reciprocity: Insights from Indigenous and local knowledge systems. *People and Nature*, 7(5).

UNESCO. (2025). Sistemas de conocimiento locales e indígenas y cambio climático. Obtenido de <https://www.unesco.org/en/climate-change/links>

quaestio iuris

Trata de personas y derechos
humanos: retos de actualidad

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.2>



Trata de personas y derechos humanos: retos de actualidad

Human Trafficking and Human Rights: Current Challenges

FIGUEROA GUTARRA, Edwin¹

Recibido: 17.05.2025

Evaluado: 27.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. II. Métodos y técnicas. III. Cuestiones conceptuales. IV. Retos y cuestiones problemáticas. V. Conclusiones. VI. Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo aborda la trata de personas desde un enfoque multidimensional y esboza algunos retos que la trata de personas en la actualidad plantea, así como a algunas situaciones problemáticas a considerar para una mejor comprensión de esta figura. El razonamiento principal de los argumentos esbozados gira en torno a cuatro ejes. El primero, la redefinición del concepto de diligencia debida al considerarla como un conjunto de tareas necesarias, a cargo del Estado, para entender un accionar positivo frente a la trata, poniendo énfasis a las políticas públicas para establecer normas para enfrentar el problema de trata, además para su materialización efectiva, ante los ciudadanos, en ese sentido, la diligencia debida se vincula estrechamente a los derechos humanos. Como segundo eje, el cambio de paradigma sobre la sanción criminal de la trata, lo cual exige reevaluar, respecto a esta cuestión, la promoción de los derechos humanos. En tercer lugar, se propone un necesario rol activo del Estado, no solo de la Policía Nacional y Ministerio Público, sino del juez al cual se debe proporcionar las herramientas necesarias para supere problemas de configuración de los tipos penales de trata, esto es, que la argumentación jurídica a emplear

¹Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>



41

para reprimir esta figura de trata, no adolezca de problemas de justificación por causa de la construcción inidónea de tipos penales vinculados a la trata por parte del legislador. En cuarto lugar, se proponen exigencias que se formulan a los organismos internacionales en materia de trata, en el sentido de construir herramientas reguladoras en la lucha contra la trata y, en segundo lugar, ese rol regulador debe verse complementado por informes de visitas ordinarias y extraordinarias a los Estados, a propósito del cumplimiento de deberes en el combate a la trata. Finalmente se elaboran las conclusiones pertinentes.

Palabras clave: trata de personas, derechos humanos, políticas públicas, diligencia debida.

Abstract

This article addresses human trafficking from a multidimensional approach and outlines some of the challenges that human trafficking currently poses, as well as some problematic situations to consider for a better understanding of this figure. The main reasoning of the arguments outlined revolves around four axes. The first, the redefinition of the concept of due diligence by considering it as a set of necessary tasks, in charge of the State, to understand a positive action against trafficking, emphasizing public policies to establish norms to face the problem of trafficking, in addition to its effective materialization, before citizens, in this sense, Due diligence is closely linked to human rights. As a second axis, the paradigm shift on the criminal punishment of trafficking, which requires a reevaluation, with respect to this issue, of the promotion of human rights. Thirdly, a necessary active role of the State is proposed, not only of the National Police and the Public Prosecutor's Office, but also of the judge who must be provided with the necessary tools to overcome problems of configuration of the criminal types of trafficking, that is, that the legal arguments to be used to repress this figure of trafficking, does not suffer from problems of justification due to the inappropriate construction of criminal types linked to trafficking by the legislator. Fourthly, it proposes demands that are made to international organizations in the area of trafficking, in the sense of building regulatory tools in the fight against trafficking and, secondly, this regulatory role must be complemented by reports of ordinary and extraordinary visits to States, with regard to the fulfilment of duties in the fight against trafficking. Finally, the pertinent conclusions are elaborated.

Keywords: human trafficking, human rights, public policies, due diligence.



42

I. Introducción

El abordaje de la trata de personas denota un obstáculo de entrada que puede ser categorizado como la multidimensionalidad de sus componentes: son múltiples sus causas, son numerosas sus consecuencias, y son quizá varias las soluciones previsibles que esta cuestión contrapone al tiempo que, del mismo modo, se suscitan complejos elementos que su estructura material proyecta. Desde esa perspectiva, pretendemos en este breve estudio, orientar nuestro análisis hacia una faceta que sirve de conexión de escenarios y nos referimos, con esfuerzo objetivo, al esbozo de algunos retos que la trata de personas en la actualidad plantea, así como a algunas situaciones problemáticas a considerar para una mejor comprensión de esta figura en diversos niveles.

La trata de personas, como señalamos, es una cuestión multidimensional que exige el tratamiento de diversas problemáticas que la caracterizan. Por razones de espacio, nuestro examen de retos y problemas no aspira a ser categóricamente exhaustivo ni excesivamente riguroso respecto al problema de la trata y su vinculación con los derechos humanos, pero sí procura un propósito de aproximación a este tema cuya antigüedad, como cuestión social, se remonta a la misma esclavitud del hombre, una práctica antaño aceptada.

Dadas las precisiones anteriores, luego de examinar un tema de entrada relevante como es un esbozo del concepto de trata, entramos al tema de fondo, en el cual gira nuestro razonamiento sobre cuatro ejes. En primer lugar, consideramos necesaria una redefinición del concepto de *diligencia debida*, justificando nuestra propuesta en que debe identificarse, de mejor forma, al conjunto de tareas necesarias, a cargo del Estado, para entender un accionar positivo frente a la trata. Aquí aludimos al énfasis de las políticas públicas no solo en abordar mejoras normativas para enfrentar el problema de trata, sino a la materialización efectiva, ante los demás actores ciudadanos, de ese rol directriz que le corresponde al ente estatal.

Lo reseñado supra de esa condición especial de diligencia debida se vincula estrechamente a los derechos humanos, los cuales se insertan dentro del campo de *deber especial de protección* – *besondere Schutzverpflichtung*– que le incumbe al Estado. Con ello aludimos a que no se trata de un deber ordinario, que simplemente emana como compromiso exigible respecto de la norma, sino a una exigencia que asume la condición de especial por aludir a los derechos humanos mismos.



43

Del mismo modo, y como segundo eje, el cambio de paradigma es fundamental: la sanción criminal es solo una parte del problema de la trata, lo cual exige reevaluar, respecto a esta cuestión, la promoción de los derechos humanos, como cuestión vinculada estrechamente a la trata. Si se tratara solo de un tema de Derecho penal, seguramente sería suficiente organizar un esquema represivo del delito de trata con acciones eficaces que, a decir de Jakobs, implicaría un equilibrio entre el Derecho penal del enemigo – *Strafrecht des Feindes*- y el Derecho penal del ciudadano – *Strafrecht des Bürgers*- pero no, aludimos a mucho más.

La promoción de los derechos humanos en el problema de trata implica, a juicio nuestro, anteponer enfoques de derechos humanos en esta figura, pues la naturaleza multidimensional de este problema precisamente incide en la afectación simultánea de diversos derechos humanos. A su vez, esta forma de promoción le otorga un rostro verdaderamente humano al problema, en el sentido de que deja de ser la trata una controversia de exclusivo orden penal, para exigir la suma de abordajes desde los derechos humanos, que a su vez impregnen de contenidos éticos y morales a este problema.

Más aún, estas dificultades no pueden resolverse, en razonamiento que tomamos prestado del pensador español Peces Barba, solo bajo contenidos de juridicidad, propios de los derechos en sentido formal, sino cuando justamente, junto a ese contenido de juridicidad reconocemos, con énfasis, un contenido de moralidad, tan propio del enfoque actual de los derechos humanos.

En un siguiente rango de ideas, en tercer lugar, proponemos un necesario rol activo de las jurisdicciones nacionales frente a la trata. Aquí el asunto es de ribetes mayúsculos. En la línea estatal de confrontación contra la trata, el Estado no solo tiene a su Policía Nacional y Ministerio Público, sino a aquel ente decisor- el juez- al cual debemos premunirlo de las herramientas necesarias para que sean superados problemas de configuración de los tipos penales de trata, esto es, que la argumentación jurídica a emplear para reprimir esta figura de trata, no adolezca de problemas de justificación por causa de la construcción inidónea de tipos penales vinculados a la trata por parte del legislador. Y, si a ello sumamos adecuados enfoques de género, lo cual parte, también, de un programa de capacitación y formación de los propios juzgadores, entonces la lucha frente a la trata puede reclamar resultados de éxito. Por tanto, este segmento es de la mayor importancia, en tanto los jueces, a través de sus decisiones, inclinan los resultados del caso en el combate frontal frente a la trata.



Por último, en cuarto lugar, hay exigencias que formular a los organismos internacionales en materia de trata, y ello consiste en dos caminos objetivos: uno primero que implica que el esfuerzo por construir herramientas reguladoras en la lucha contra la trata y, en segundo lugar, ese rol regulador debe verse complementado por informes de visitas ordinarias y extraordinarias a los Estados, a propósito del cumplimiento de deberes en el combate a la trata. Esto último es ya práctica regular de las Relatorías de Naciones Unidas sobre la materia y lo aplican, en distinto grado, otros organismos técnicos de apoyo, pero debe intensificarse esa tarea de supervisión.

En balance de lo expuesto, entonces, estos son solo algunos segmentos de la trata de personas, la misma que, entendida en su acepción usual, representa el *human trafficking* o tráfico de personas con fines de explotación, reduciendo la condición de los afectados al nivel de objetos y no de sujetos de derechos. En esa lógica, el combate a la trata representa un perfil fundamental de rescate de la condición de individuos titulares de derechos. En ese propósito los derechos humanos, desde su condición moral, representan un valor de lucha sustantiva frente a la trata.

II. Métodos y técnicas

En el presente artículo acudimos a métodos cualitativos de naturaleza jurídica sustentado en métodos propios del derecho, tales como la hermenéutica y argumentativo jurídica para situar en primer lugar la problemática conceptual de la trata de personas, realizar precisiones sobre su interpretación normativa y construir los grandes retos epistemológicos y prácticos que posee la trata de personas, no solo considerado como delito, sino como un gran desafío que enfrenta el Estado y la sociedad.

Como técnicas, se emplearon la revisión documental de literatura científica y jurídica publicada, así como la normativa nacional e internacional sobre la trata de personas.

III. Cuestiones conceptuales

Definir la trata de personas implica tener en cuenta algunas consideraciones colaterales de relevancia y, en esa lógica, es importante destacar que establecer una noción de la trata de personas se asocia, insoslayablemente, a sus efectos respecto a la concepción misma del Estado. De esa forma, debemos tener en cuenta que “la victimización por trata de personas se constituye en uno de los peligros que amenaza al Estado de derecho, al vulnerar la libertad, la integridad física y psicológica, y la dignidad económica y social de los ciudadanos.” (Ministerio del Interior,



2021, p. 11) En efecto, no puede existir consolidación del *Stato di diritto* o Estado de derecho si las libertades de la persona, y fundamentalmente su dignidad, se afectan a través de la trata.

Esa consolidación progresiva de la noción de Estado de derecho, sin embargo, ha transitado por épocas difíciles, pues a lo largo de la historia humana, los colectivos de personas vulnerables han merecido un trato de mercancías, objetivadas y explotadas en beneficio de otros. El ejemplo histórico más evidente respecto a esta afirmación es la esclavitud (Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2012, p. 6) Esa sujeción agravante tuvo distintos matices y la trata de personas, ya como problema de orden social, comenzó a reconocerse a finales del siglo XIX e inicios del XX. La figura de la “trata de blancas”, representó, en ese período histórico, ya una expresión más objetiva de trata, en referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, con objeto de explotarlas sexualmente. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2012, p. 6)

Hoy, la trata de personas, especialmente aquella que concierne a mujeres y niños, debe ser entendida como una violación flagrante de los derechos humanos, a lo que se suma la alta lucratividad de la trata, la cual se aproxima a unos 150.200 millones de dólares al año, beneficios objetivamente teñidos de ilegalidad. (Naciones Unidas, 2015, p. 2) En efecto, estudios autorizados indican que la trata se constituye en la tercera forma delictiva más rentable en el mundo, después del narcotráfico y el tráfico ilícito de armas. (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 5)

Definir la trata de personas nos conduce al Protocolo de Palermo (Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños) cuyo artículo tercero nos proporciona una definición sobre trata de personas que ha sido internacionalmente aceptada:

La trata de personas significa el reclutamiento, transporte, transferencia, albergue o recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o de dar o recibir pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tiene control sobre otra persona, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos humanos. (UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2019, p. 4)



46

La definición es amplia, observamos, e incluye un conjunto de conductas que serán relevantes para la comprensión de la figura de trata. Conceptualmente “por trata de personas se entiende el proceso por el cual se somete y mantiene a un individuo a una situación de explotación con ánimo de extraer de él un beneficio económico”. (Naciones Unidas, Derechos Humanos, 2014. p. 1) De aquí debemos extraer que el grupo afectado puede residir en hombres, mujeres y niños, a quienes se somete a trabajo forzoso, explotación laboral, explotación sexual o matrimonio forzado, entre otras conductas posibles.

Naciones Unidas (2014, p. 3) precisa en un estudio algunos rasgos importantes de la definición de trata y acota, respecto a esos matices que:

a) la trata afecta a las mujeres, los hombres y los niños, y entraña toda una serie de prácticas de explotación; b) la trata no requiere necesariamente que se atraviese una frontera internacional; c) la trata no es lo mismo que el tráfico ilícito de migrantes; d) la trata no siempre requiere un traslado; y e) no existe la trata “consentida”.

Los caracteres que anteceden dan cuenta de la complejidad de la trata de personas, en la medida que la multidimensionalidad de esta figura revela diferencias ostensibles con otros tipos penales. De ahí que sostengamos la necesidad de afinar herramientas legislativas para distinguir, comparativamente, cuándo nos encontramos frente a un delito de trata de personas, y cuándo es necesario el abordaje de una figura de estricto contenido penal.

La afirmación que antecede nos lleva a puntualizar una diferencia ostensible: los delitos afectan bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal y, en adición a ello, los delitos vinculados a la trata de personas, además de constituir un problema de Derecho penal en sentido estricto, también implican una vulneración ostensible a los derechos humanos. De ahí que sea premisa de conclusión de este estudio que la trata de personas constituye una verdadera, manifiesta y ostensible vulneración de los derechos humanos, dadas las vertientes diversas que abarca este grave ilícito.

Es hacia fines de los años noventa (Naciones Unidas (2014, p. 5) que los Estados emprenden la tarea de separar la trata de otras figuras a las cuales se encontraba vinculada. De esa forma, en el año 2000 se adopta el acotado Protocolo de Palermo. Las cuestiones conceptuales que planteamos inciden en una vinculación con los derechos humanos. Naciones Unidas desarrolla una descripción de los derechos humanos más afectados por la trata:



- *La prohibición de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*
- *El derecho a la vida*
- *El derecho a la libertad y la seguridad*
- *El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre por deudas*
- *El derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*
- *El derecho a no sufrir violencia de género*
- *El derecho a la libertad de asociación*
- *El derecho a la libertad de circulación*
- *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*
- *El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*
- *El derecho a un nivel de vida adecuado*
- *El derecho a la seguridad social*
- *El derecho del niño a una protección especial*

La relación que antecede nos plantea tres temas de importancia, (Naciones Unidas, 2014, p. 6) cuyos ejes debemos abordar: en primer lugar, la trata de personas representa una flagrante violación de los derechos humanos, y ahí el carácter especialmente grave que se le confiere a la trata, en cuanto trasciende los meros tipos penales que solo asumen una consecuencia represiva respecto al delito.

En segundo lugar, los derechos humanos de las víctimas de trata nos recuerdan el carácter de universalidad de los derechos humanos, materializados en la Carta de las Naciones Unidas, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En tercer y último lugar, es importante aplicar a la trata un enfoque basado en derechos humanos, en razón a que, de esta forma, la trata “queda anclada en los derechos y obligaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos.” (Naciones Unidas, 2014, p. 9)

Ese enfoque de derechos humanos logra, igualmente, tres propósitos de valor: (Naciones Unidas, 2014, p. 10) por un lado, la formulación de políticas y programas de desarrollo considera la promoción y protección de los derechos humanos; por otro lado, un enfoque de derechos humanos identifica, de mejor forma, a los titulares de los derechos, las cuales “deben verse como (personas) portadoras de derechos humanos y no solo como parte del proceso de justicia penal” (UNODC, Enfoque de la trata, 2019, p. 3); por último, los principios y las normas fundamentales



de los tratados internacionales de derechos humanos orientan todos los aspectos de las respuestas en todas sus etapas.

Junto a esa descripción de los derechos humanos afectados, es necesario precisar una serie de daños graves, (UNODC, Enfoque de la trata, 2019, p. 3) a tener en cuenta respecto a la trata:

- Lesiones físicas.
- Trastorno por estrés postraumático, depresión y otros trastornos mentales o emocionales.
- Enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA.
- Abuso de sustancias y adicción.
- Daño relacional, incluida la ruptura de relaciones con padres, cónyuges e hijos.
- Vergüenza, estigmatización y rechazo de su familia y comunidad.

Corresponde, entonces, una estructuración de instrumentos normativos y políticas públicas para combatir con eficacia la trata. De ello podemos inferir que “la legislación contra la trata debe tener como objetivo proteger a las víctimas y ayudarlas a obtener acceso a sus derechos, así como el apoyo necesario. Los Estados también deben promover un enfoque centrado, colaborativo y transfronterizo para combatir este delito.” (UNODC, Definición del concepto de trata de personas, 2019, p. 5)

Creemos que, en adición a esos instrumentos normativos y políticas públicas, se suman un conjunto de factores que a continuación desarrollamos, a partir de los cuales podemos dejar, en marco de perspectiva, un poco más graficada la trata de personas y solo algunos de sus problemas cruciales. Por esa razón, la base de análisis parte, precisamente, de un marco normativo adecuado, a partir del cual sumamos otros elementos de reflexión.

IV. Retos y cuestiones problemáticas

Partiendo de un enfoque de multidimensionalidad de la trata de personas, hemos de plantear algunos retos o compromisos de enfoque de este fenómeno, así como de diversas cuestiones que atañen a esa exigencia de mirada variada a las diversas cuestiones fácticas que este fenómeno plantea. Nuestra lista es tan solo enunciativa, en tanto muchos otros problemas atañen a esta compleja realidad, pero nuestro esbozo puede considerarse un punto de partida. Abordemos los mismos desde una óptica pragmática.



4.1. Hacia una redefinición del concepto de diligencia debida

La *diligencia* debida o *devoir de diligence* alude a una exigencia de hacer de los Estados frente a fenómenos que, como la trata de personas, recusan, en muchos ámbitos, las conductas omisivas de los países. La *diligencia*, en sentido lato, revela una preocupación material de la autoridad frente a patologías fácticas que, como la trata, distorsionan, muchas veces gravemente, el quehacer exigible de los Estados con relación al tráfico de personas.

Afectados diversos derechos humanos por esta cuestión, deviene exigible un deber de *diligencia* al Estado para reprimir esas conductas contrarias al orden jurídico, mas no se trata de cualquier deber, sino de un necesario nivel elevado de actuación, y he aquí que concurre el segundo elemento, pues para esa forma de diligencia estatal no basta con que un Estado confíe en que el legislador penal simplemente construyó el deber de reprimir la trata, sino que debe realizarse esa exigencia de actuación en un nivel debido, esto es, de modo que pueda considerarse razonablemente válida esa actuación.

Con relación a la *diligencia* debida en la investigación de los casos de trata de personas, Naciones Unidas construye conceptualmente esta noción a partir de un aporte jurisprudencial de relevancia. De ese modo, es de verse que en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*: (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tenían la obligación de investigar los casos de trata. El Tribunal recalcó la necesidad de que las investigaciones fueran completas y efectivas y abarcaran todos los aspectos de las acusaciones de trata, desde la captación hasta la explotación. También señaló que estas obligaciones positivas incumben a todos los Estados potencialmente implicados en la trata: los Estados de origen, los de tránsito y los de destino. El Tribunal afirmó que los Estados “deben abordar las actuaciones necesarias y a su alcance para asegurar que se practican las pruebas relevantes, estén o no ubicadas en el territorio del Estado que investiga” y que “además de la obligación de llevar a cabo una investigación interna sobre los hechos ocurridos en sus propios territorios, los Estados miembros están también sujetos, en delitos de trata transfronterizos, a la obligación de cooperar eficientemente con las autoridades relevantes del otro Estado involucrado, en la investigación



de hechos que ocurrieron fuera de sus territorios.” (Naciones Unidas, 2014, p. 44)

La idea de *diligencia debida*, la cual se puede también entender como un principio, (Naciones Unidas, 2015, p. 2) es aquí definida desde la visión de la responsabilidad de los Estados intervinientes en esta materia de tráfico, desde el lugar de origen de la trata, hasta la misma responsabilidad que les compete a los Estados que sirven de tránsito hasta los Estados de destino.

En estos casos, es importante construir el esquema legal de respuesta frente a la trata, pues el nivel de responsabilidad estatal no puede verse soslayado por la sola condición, digamos, de territorio de solo tránsito de un Estado. La trata de personas suele ser transfronteriza, esto es, no abarca restrictivamente el ámbito territorial y responsabilidad de un solo Estado, en la medida que la propia trata suele proyectarse, desde el espacio de Estados con menores índices en calidad de vida, hacia Estados más prósperos. Sin embargo, no olvidemos que esta no es una idea cerrada: hay formas de trata internas a nivel del mismo Estado, en cuanto el transporte y traslado de personas puede también tener lugar entre diferentes zonas territoriales de un mismo país.

Sin perjuicio de lo expresado y desde otro ámbito, las actividades de captación y explotación asumen, igualmente, naturaleza transfronteriza en la trata de personas, en cuanto la captación se suele vincular a países con menores estándares de vida, en tanto que la explotación suele proyectarse hacia países con mayor calidad de vida. En ambos casos, la exigencia de pruebas relevantes para el procesamiento de los responsables de estas actividades es una dimensión del concepto de *diligencia debida*, concepto en el cual podemos ya apreciar un carácter dinámico respecto a este deber estatal.

De otro lado, la idea de *diligencia debida* debe ampliarse al espacio de responsabilidad pasiva de los sujetos perseguibles. Aludimos, con esta aseveración, a que no solo será un ámbito de persecución el de aquellos responsables activos- delincuentes vinculados al delito de trata- sino también incluye el rango de sujetos activos, pero en rango de condición pasiva de actuación, esto es, si se trata de funcionarios públicos que incurren en actos de corrupción a propósito de esta figura.

Naciones Unidas (2014, p. 57) alude a que la *diligencia debida* exige al Estado “poder demostrar que ha adoptado y está adoptando toda disposición razonable para prevenir estas prácticas (de trata de personas), detectarlas y tomar medidas al respecto.” En desarrollo de este planteamiento, la misma



51

institución considera que son medidas adicionales para cumplir la norma de *diligencia debida*:

- *Velar por que el marco jurídico proporcione los medios para la detección, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos relacionados con la trata, incluidos los cometidos por funcionarios públicos o con la complicidad de estos.*
- *Velar por que la participación de funcionarios públicos en la trata de personas y otros delitos conexos constituya una circunstancia agravante que conlleve penas más duras.*
- *Velar por la existencia de procedimientos para la investigación efectiva de las denuncias de trata que involucren a funcionarios públicos. Estos procedimientos deben servir al propósito de la rendición de cuentas, mantener la confianza del público y disipar las inquietudes legítimas. Por consiguiente, la investigación debe comenzar rápidamente y llevarse a cabo de forma expedita. No puede ser una mera formalidad, sino que ha de poder conducir a la identificación y el castigo de los culpables. La investigación debe ser independiente y pública. Tienen que adoptarse medidas eficaces que permitan comprobar la veracidad de las afirmaciones de la víctima u obtener pruebas que las corroboren. (Naciones Unidas, 2014, p. 58)*

Es notorio que las premisas que anteceden han sido adoptadas, y así lo explaya Naciones Unidas, dentro del marco de lucha contra la corrupción y, ciertamente, lo aseverado es un buen punto de partida, en tanto la trata de personas no es un fenómeno que se configura *per se*, de modo aislado, sino atiende, en muchos casos primordialmente, a un no hacer suficiente por parte del Estado, casos en los cuales parte de esa inacción adecuada tiene su punto de partida, sin que esto sea excluyente, en actos de corrupción.

Es de observarse, en consecuencia, que la noción de *diligencia debida* es una premisa en construcción en diversos niveles, uno de los cuales, en las circunstancias más complejas que podemos prever, implica al Estado a través de sus propios funcionarios públicos, lo cual le añade un margen de gravedad al problema que nos ocupa.

En proyección tentativa de nuestras premisas antes esbozadas, deberíamos argüir que la trata de personas, en condiciones regulares, constituye un modo de *no hacer* suficiente por parte del Estado. Aquí incide el factor de orden común que tiene lugar una vez declarado el problema de trata y que, en ese tránsito, sea corroborable que el Estado no adopta las medidas necesarias para el propósito necesario de evitar la trata de personas. Esto



constituye un contexto de relevancia *prima facie*. Y, sin embargo, el problema es aún más complejo cuando el agente encargado de reprimir las conductas vulneratorias de los derechos humanos anclados en la trata, es quien, desde adentro, rompe el equilibrio de la acción estatal misma y es quien, premunido incluso de su condición de agente estatal, dinamita, desde dentro del mismo Estado, los deberes de este en la tutela de los derechos humanos vinculados a la trata.

Sobre el eje de ideas esbozado, nuestra aseveración de la necesidad de reconstruir la idea de *diligencia debida* recibe el aval de la doctrina de progresividad de los derechos humanos, en cuanto la idea que abordamos define el sentido histórico de estos derechos, los cuales pretenden siempre sumar mayores aristas de tutela a favor de dichos derechos, pues así lo demanda el devenir de la humanidad.

4.2. Cambio de paradigma: de la sanción criminal hacia la promoción de los derechos humanos

Un paradigma implica un patrón, diseño o modelo, y en el campo del Derecho asume una connotación especial, en tanto implica una forma de pensar arquetípica. Un cambio de esos baremos implica una nueva asunción de caracteres. La trata de personas demanda algo similar: de un enfoque basado en la sanción criminal, exige hoy una visión de promoción de los derechos humanos. (Alianza Global contra la Trata de Mujeres, 2003, p. 4)

La trata de personas suele tener un abordaje de orden penal y, *prima facie*, este enfoque es correcto, en cuanto son lesionados diversos bienes jurídicos cuya vulneración reclama un resarcimiento a ser ordenado por parte de las autoridades del Estado. Cobra así validez y vigencia la propuesta de Durkheim, al identificar una faceta represiva del Derecho, como condición necesaria de realización de este. Más aún, a determinada causa- lesión de bienes jurídicos diversos- corresponde un efecto- incluso necesario e individualizado en la acción estatal de combate al crimen. Se trata, pues, de un ejercicio de lógica insoslayable en el Derecho.

Sin perjuicio de lo acotado líneas arriba, una interrogante es muy propia respecto a este tema, y ella ancla en la incógnita de si acaso basta con esa persecución penal relevante del Estado para combatir la trata de personas y, en definitiva, la respuesta es negativa, desde todos los puntos de vista posibles: dogmáticos, sociales e institucionales. Por tanto, en enfoque de la trata hacia la promoción de los derechos humanos deviene una tarea impostergerable.



53

Desde un enfoque dogmático, la trata de personas ha dejado de ser un problema exclusivamente de orden penal, pues el Derecho penal implica, en esa arista que le imprime el Derecho alemán, esa noción de multa, de sanción, de respuesta frente a la conducta agresora. Así, si descomponemos el Derecho penal en su acepción teutona de *Strafrecht*, estamos ante el Derecho de las multas o las sanciones, y ello implica que, a la trata de personas como delito, le corresponde una sanción por parte de la jurisdicción penal.

Así, producida una conducta típica, antijurídica y culpable, dogmáticamente se produce una subsunción de la conducta fáctica dentro del tipo penal. A su vez, la sociedad reprobará, dentro del rango de antijuridicidad, esa flagrante vulneración a la dignidad de la persona que representa la trata. Por último, el agente es consciente de su conducta como tratante y satisfecho este tercer requisito, procede la acción de forma y fondo del Derecho penal.

Pues bien, a pesar de los engarces lógicos que acotamos *supra*, la trata de personas ha dejado de ser un problema exclusivamente penal, dado que reclama, ya hace varios lustros, un enfoque de derechos humanos que complementa la integralidad de la respuesta penal. Eso nos lleva a afirmar que el enfoque de los derechos humanos va a resultar un valioso complemento de utilidad para la acción del Derecho penal.

De esa forma, a modo de ejemplo, el juez no solo verificará la imposición de la sanción penal al tratante, sino que advertirá la importancia de un enfoque de derechos humanos respecto a las víctimas de trata. Los derechos humanos forman parte, hoy, del componente de moralidad de las decisiones jurisdiccionales, y ese contexto no puede ser soslayado, más aún si hoy los parámetros de las decisiones de los tribunales suprarregionales, como la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) y el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), prevalentemente, forman parte de los Derechos nacionales.

El efecto de transversalidad de los derechos humanos coadyuva a este propósito, y ya no hay juez nacional que puede enfocarse, exclusivamente, en una sola mirada del problema, digamos de trata de personas solo desde el Derecho penal. Esto no significa restar espacios de acción al Derecho penal mismo, el cual va a seguir conservando sus campos de acción. La justicia penal de cada país cumplirá su rol de imposición de las consecuencias legales pertinentes, ello se mantendrá. Y sin perjuicio de ello, el enfoque de derechos humanos permitirá atender a los estándares que fijan las Cortes supranacionales, lo cual redundará en



54

una mirada más amplia a los problemas de trata, en cuanto, dogmáticamente, al abordaje penal del problema, se sumará una variante de apreciación de los problemas de trata, también, desde los derechos humanos.

Desde un enfoque social igualmente se exige entender la trata de personas como un problema de derechos humanos, por la misma complejidad del tema. La trata afecta a la sociedad en diversos niveles de interacción: desde el núcleo familiar mismo hasta los colectivos sociales que resultan víctimas de la trata. De esa manera, la trata presenta un problema de inicio a nivel del núcleo familiar, cuando una mujer migra a otro país con expectativas de mejora económica, deja su entorno familiar inmediato, y pasa a formar parte de un colectivo de víctimas de trata en su variante de prostitución forzada.

Los ámbitos sociales afectados son múltiples: la familia de origen puede ver restringido su ámbito de comunicación con la víctima, dada la tendencia de cosificación de la mujer que representa este tipo de prostitución obligada y, a su vez, los colectivos sociales en el país de destino pasan a categorizar, también, a un conjunto de personas que ven sus derechos a la dignidad, a la libertad sexual, y a la integridad corporal, seriamente vulnerados por los sujetos activos de trata.

En adición a lo señalado, hemos de sumar un ámbito institucional de relevancia de la trata como problema de derechos humanos y no solo penal, en el sentido del rol que hoy se exige a las instituciones del Estado para la promoción de los derechos humanos. De esa forma, al Estado le es exigible el diseño de políticas públicas que ponga énfasis en las actuaciones a entidades como la Policía Nacional, el Ministerio Público, los Poderes Judiciales, los órganos de defensa pública, etc. A ese rol podemos sumar el accionar de otras instituciones como los Parlamentos, para el reforzamiento de instrumentos legislativos en su lucha contra los problemas de trata, actuación necesaria dada la complejidad en diversos ámbitos de represión del mismo conflicto.

Ajuicio nuestro, todas las instituciones señaladas con anterioridad pueden desempeñar un rol más eficaz, si los ordenamientos diferencian adecuadamente las controversias de trata de personas de aquellas figuras que se les acercan y no constituyen trata. Cumplidas esas premisas el rol de la policía, los fiscales y los jueces ha de ser más fructífero en resultados frente a la trata.

En desarrollo de alguna de las premisas anteriores, compete al legislador, por ejemplo, el diseño de los elementos configurativos



de la trata de personas, para que esta figura no sea confundida con la explotación sexual de un colectivo de mujeres; o en caso, el Parlamento tendrá que estructurar con eficacia el problema de trata, a fin de marcar las diferencias correspondientes con problemas de explotación laboral. Si nos fijamos en estos ejemplos puntuales acotados – explotación sexual y explotación laboral- nos percatamos de que la aproximación de esos matices al delito de trata es manifiesta, lo cual exige una adecuada diferenciación.

Lo expuesto líneas arriba nos dice, con claridad, que el reforzamiento de las instituciones es relevante, en atención a que tanto las instituciones acotadas, como otras que desempeñan roles de aproximación- ONGs, otras formas de asociación, etc.- tienen un alto rol de responsabilidad respecto a los derechos humanos, cuya característica de derechos expandibles en modo continuo, demanda una tarea cada vez más organizada de las instituciones. Así, en el ámbito de los derechos humanos, la realidad demanda actuaciones cada vez más complejas a los actores institucionales, y ello es una tarea inacabable

4.3. Necesario rol activo de las jurisdicciones nacionales frente a la trata.

Si nos permite la licencia académica respectiva, este aspecto constituye la línea de mayor relevancia respecto a los problemas que enunciamos en este estudio, para cuyo abordaje, si bien hemos aludido a retos y cuestiones problemáticas, enfocándonos en ese tránsito conceptual hacia dos puntos- una redefinición del concepto de diligencia debida, y lo que hemos denominado un cambio de paradigmas, esto es, de la sanción criminal hacia la promoción de los derechos humanos- es de remarcar, con énfasis, que es sobre las jurisdicciones nacionales y, con insistencia, sobre los hombros de los jueces, sobre quienes recae la enorme responsabilidad de entender la trata de personas, como un problema central de derechos humanos.

En ese sentido, es de destacar que bien puede construirse un sistema de políticas públicas adecuadas para la adecuada represión de la trata de personas, bien puede el legislador perfilar normas con un horizonte represivo idóneo frente al delito de trata, y bien puede la institucionalidad del Estado apuntar a que la figura de la trata reduzca ostensiblemente sus efectos lesivos en diversos bienes jurídicos que la trata afecta y, sin perjuicio de lo acotado, sin embargo, si esas miradas de acción no son eficazmente manejadas por las judicaturas, entonces poco podrá tener de efectividad el camino a avanzar frente a la criminalidad organizada que muchas veces la trata representa.



56

Ya decía Víctor Abramovich, ex comisionado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en alguna clase hace años en la American University, que resulta necesario que los estándares del sistema interamericano vayan a las “cabezas de los jueces”, en vez de que los asuntos nacionales vayan al sistema interamericano. La premisa es clara y significativa: muchos asuntos vinculados a los derechos humanos bien podrían concluir en el ámbito de los Derechos nacionales, en vez de producirse la onerosa figura de que esos temas tengan que ser vistos, examinados y resueltos por el sistema supranacional.

El efecto de la afirmación anterior es significativo: una mejor formación de los jueces respecto al sistema interamericano lograría el efecto útil de que más controversias concluyan a nivel del Derecho nacional y, en rigor, la satisfacción de una controversia dentro del Derecho del Estado parte permitiría, como consecuencia valedera, la restitución del derecho humano lesionado dentro del mismo Estado que conoce la afectación. Incluso, bajo esta premisa, muchas más controversias se verían restituidas por parte de los jueces del Estado nacional, atendiendo a un estándar de enfoque que ya maneja el sistema interamericano.

En efecto de lógica *modus ponens*, entonces, restituido y satisfecho el derecho vulnerado a nivel país, menos casos y solo de orden excepcional, habrían de ser dirigidos al sistema interamericano de derechos humanos. Al referirnos a casos, la reflexión es inclusiva tanto respecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con las diferencias atinentes, pues la primera recibe un considerable número de denuncias, en tanto que la segunda, en su labor filtro, expide pocas decisiones al año. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual 2023) Sin embargo, el efecto es similar en ambos casos: una mejor apreciación de los jueces respecto del sistema interamericano en los casos que conozcan, dándoles solución dentro del Derecho nacional, ineluctablemente nos conduce a un probable menor número de causas a ser conocidas ante la CIDH, así como probablemente sería más bajo el número de casos a ser resueltos por la Corte IDH.

En adición a lo expresado, corresponde anotar, sumilladamente, cuáles son las manifestaciones y exigencias del problema atinente respecto a que los jueces se ocupen de la trata de personas. Apuntemos los más importantes entre el universo de materias enunciables.



57

Diversas cuestiones se han planteado al interior de los Estados a propósito de la trata, entre ellas, ¿cómo se diferencian las conductas neutrales de los actos que constituyen favorecimiento, facilitación, promoción y financiamiento a la trata de personas? (Poder Judicial del Perú, 2012, p. 3)

Aquí el ejercicio de justificación es de suma importancia, pues una inadecuada construcción del tipo de trata puede acarrear, inconvenientemente, incluso casos de absolución, a pesar de la existencia del delito como tal. Ello no es sino una deficiencia en el enfoque técnico por parte del juez, más aún si la trata presenta ciertas conductas sumamente complejas.

Más aún, puede haberse construido el tipo, pero si el juez no distingue, adecuadamente, una condición de vulnerabilidad de la víctima, entonces se producirá una indebida absolución. Por ejemplo, ¿qué sucede si una joven menor de edad es víctima de trata en un bar y el juez evalúa que no hay mayor afectación física a su persona pues no hay abuso sexual manifiesto? ¿Es esa conducta un delito de trata? Habrá que optar por un enfoque de afectación existente, en cuanto se obliga a esa joven, aún contra su voluntad, a permanecer en un lugar, aunque no haya evidencias de abuso sexual continuo y manifiesto.

Por otra parte, la interpretación de los jueces, en los casos de trata, exige una concordancia con el principio *pro homine*, en su calidad de criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Organización Internacional para las Migraciones, 2017, p. 10) Resulta exigible, en esa secuencia, acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. A su vez, en situaciones diferentes u opuestas, habrá de acudirse a la norma o a la interpretación más restringida, si aludimos a restricciones continuas en el ejercicio de los derechos o, de ser el caso, en su suspensión extraordinaria.

Hemos anotado que los jueces enfrentan varios desafíos frente a la trata. En primer lugar, existen problemas argumentativos (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 4) respecto a la motivación del tema de la trata, justamente por las características complejas de esta figura. En efecto, la argumentación jurídica requiere cumplir, en general, condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el ámbito de la idoneidad, es exigible que la argumentación de los jueces cumpla un estándar de idoneidad, en tanto debe cumplirse en la argumentación, más aún si ella versa sobre derechos humanos, un fin de relevancia constitucional, esto



58

es, la norma debería tutelar de manera adecuada los derechos humanos que conciernen al problema materia de enfoque.

De otro lado, esa argumentación requiere ser estrictamente necesaria en el sentido de la decisión que se adopta, es decir, no debe ser la justificación excesivamente gravosa, esto es, debe optarse por la fundamentación que menor gravosidad, daño o consecuencias negativas produzca frente al problema. De este modo, la justificación del juez sería aquella que corresponde en justicia al caso concreto sin crear condiciones de severa onerosidad a las partes. La argumentación implica, de suyo, encontrar la ruta más eficaz en la solución del problema, y que aquella no opte por la solución más gravosa si existe una que, siendo igualmente eficaz, es a su vez menos dañina.

Por último, hay un requisito de proporcionalidad en la argumentación, en cuanto deviene necesario entender aquí una relación de estricta concordancia entre los derechos humanos a los cuales se vincula el conflicto. Si una norma sobre trata de personas es demasiado extensa y sin contenidos específicos, nos puede crear problemas de lagunas, y será necesario colmar esos vacíos con una interpretación acorde con los derechos humanos.

De la misma forma, si una norma es demasiado escueta en su contenido, habrá que realizar una tarea de integración respecto a aquella regla que dice muy poco. Pero adicionalmente, por encima de esta cuestión, la proporcionalidad nos ilustra sobre una exigencia de concordancia entre los derechos vinculados al contexto del problema que ocupa la cuestión a resolver.

La importancia de los ítems aludidos líneas *supra*, tiene un direccionamiento definido: la trata de personas, como figura penal y como tema de derechos humanos, ofrece múltiples problemas de motivación, en el sentido de que resulta aún un tema muy complejo la debida diferenciación de este problema de aquellos otros campos de acción que conciernen a otros delitos similares.

En la idea de no abrir excesivamente estas diferencias, tomaremos dos ejemplos que anteriormente hemos denunciado y que ya concitan problemas de motivación. Y lo planteamos, de manera sencilla, a modo de pregunta: ¿cuándo estamos frente a un problema de explotación sexual y cuándo estamos frente a un problema de trata de personas, en este caso, de mujeres forzadas a prostituirse? De igual forma y en lógica similar: ¿cuándo estamos frente a un problema de explotación laboral y cuándo estamos frente a un problema de trata de personas que acarrea servidumbre laboral?



59

Obviamente no se trata de figuras similares sino aproximadas, pero reviste mayúscula importancia diferenciar sus contenidos, en la medida que corresponden esas figuras a distintos campos de acción. Aquellos campos que correspondan al tipo penal de explotación sexual o laboral deberán ser resueltos desde un enfoque del Derecho penal. Sin perjuicio de lo expuesto, la trata de personas, si bien también concierne al Derecho penal, conlleva un problema que va mucho más allá del Derecho penal, por las variantes añadidas que conciernen a los derechos humanos. Entonces, el juzgamiento de los casos de trata de personas sumará varios elementos más de carácter diferenciador. Es aquí donde reside la relevancia de la justificación del juez, tarea para la cual debe verse premunido de las herramientas de motivación adecuadas.

Una segunda categoría que concierne a este ámbito de los jueces es la exigencia de aplicación de los enfoques de género y de derechos humanos. (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 4) Ciertamente el Derecho ha evolucionado en los últimos decenios y más aún, desde la adopción, en términos cronológicos, de instrumentos suprarregionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos² y la Convención Americana de Derechos Humanos,³ instrumentos a los que habría que sumar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁴

Los enfoques de género y de derechos humanos le confieren transversalidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la medida que suman una vertiente de relevancia respecto al principio de dignidad de la persona humana, directriz ancla para comprender la evolución de los derechos humanos en la escena contemporánea.

Por su lado, el enfoque de género logra el efecto de reducir el efecto pernicioso de los sesgos y los prejuicios a la hora de resolver conflictos, tan perjudiciales al analizarse cuestiones atinentes al tema de género. Y si a ese ítem, sumamos el respeto por la diversidad de los derechos, entonces nos percatamos de la evolución significativa del concepto de democracia, la cual en el mundo griego representaba ineluctablemente el peso de las mayorías sobre las minorías, en la definición clásica de democracia que conocemos en sentido formal.

² Adoptado por el Consejo de Europa el 04 de noviembre de 1950. Entró en vigor en 1953

³ Fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica. Entró en vigor el 18 de julio de 1978

⁴ Vigente desde el 21 de octubre de 1986. En conmemoración de esa fecha, el 21 de octubre representa el Día de los Derechos Humanos en África



60

Junto a esa concepción clásica, el pensamiento contemporáneo de pensadores como Norberto Bobbio y Giovanni Sartori nos refiere una concepción material, diferente en matices de números, pues la democracia moderna es, por el contrario, el respeto de los derechos de las minorías por parte de las mayorías, esto es, la mayoría ya no ejerce esa función avasalladora del número, sino se atiene a no aplanar las minorías y, por el contrario, opta por respetar su derechos a pesar de constituir estas grupos menores.

En secuencia de lo expuesto, la normatividad supranacional en materia jurisdiccional cumple no solo una función saneadora del conflicto per se, sino una tarea de integración de los Derechos nacionales sumando, en el enfoque de género, una importante acotación para entender la reducción ostensible de aquella discrecionalidad de rasgo negativo que muchas veces afectó la justicia de género. Hoy, el derecho a la igualdad entre los sexos es una máxima de consolidación del respeto por la dignidad de la persona humana, y no solamente la posición igualitarista per se de equilibrio entre sexos.

Por su lado, el enfoque de derechos humanos, como hemos señalado supra, no solo adhiere a una noción de promoción de estos, sino es exigible aquí a los juzgadores imbuirse en los estándares de relaciones entre género y derechos humanos y, de ese modo, resolver en mayor justicia los complejos problemas de trata.

4.4. Exigencias a los organismos internacionales en materia de trata

Podríamos dividir, en este acápite, dos aspectos relevantes. En un primer orden de ideas, constituye una exigencia a los órganos jurisdiccionales supranacionales continuar una línea de reflexión respecto a estándares ya asumidos. En una segunda categoría, es una tarea del resto de organismos internacionales no jurisdiccionales- *ergo* cuasi jurisdiccionales o de desarrollo de los principios de Naciones Unidas- seguir una intensa actividad de resolución de conflictos en materia de trata, por ejemplo, en cuanto concierne al rol cuasi jurisdiccional del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁵ y, por otro lado, en lo relativo al resto de instituciones supranacionales, seguir una intensa línea de adopción de instrumentos internacionales en materia de trata de personas, entre herramientas principales y complementarias, en cuanto ellas representan un importante

⁵ Oficialmente el Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Parte. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ccpr>



61

fortalecimiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En el ámbito interamericano, la línea de interpretación jurisdiccional de los derechos humanos en materia de trata de personas debe seguir consolidándose, a juicio nuestro, con estándares interpretativos como los vertidos en el caso *Hacienda Verde vs Brasil*.⁶ A su vez, respecto al escenario europeo es de destacar el caso *Rantsev vs Chipre y Rusia*, ya antes referido, caso a partir del cual se construye un criterio de exigencia de deberes estatales frente a la trata de personas.

El caso *Hacienda Verde* merece un comentario destacado:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó en 2016 al Estado de Brasil por esclavitud contemporánea y trata de personas, al hallarlo internacionalmente responsable por no garantizar la protección de trabajadores sometidos a formas de esclavitud contemporánea y trata de personas. Esta sentencia constituyó un hito histórico al ser la primera vez que la prohibición del trabajo esclavo fue aplicada en un caso concreto en el continente, considerando como responsabilidad y deber de un Estado el enfrentar la esclavitud moderna y la trata de personas (CEJIL, 2016, p. 1) (Defensoría del Pueblo, 2020, p.84)

El caso en comento reviste suma importancia. No solo constituye esta decisión un estándar de la Corte IDH que vincula a los Estados parte del sistema interamericano en materia de derechos laborales y su incompatibilidad con la esclavitud, sino constituye un parámetro de referencia para el diseño de políticas públicas, en tareas que le competen al Poder Ejecutivo, además de un deber de configuración de las legislaciones interamericanas. A ello hay que sumar, obviamente, el baremo que representa este fallo para los jueces nacionales. Sumamos así, una vez más, un nuevo parámetro contra la trata.

En esta línea de suma de estándares, no podemos dejar de lado la importante tarea antes acotada del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el cual ha cumplido una importante función orientadora en materia de trata de personas. Así, podemos destacar, entre otros casos, la Observación General Nro. 27 (1999) (Naciones Unidas. 2014, p. 62) sobre la libertad de circulación de las personas y las afectaciones que aquella recibe por la trata de personas.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)



En esta misma secuencia de reseñas, resulta importante destacar la categorización de 930 casos sobre trata de personas, entre 2010 y 2021, descritos por UNODC, (United Nations, 2024, p. 1) con relación a todos los países del mundo. Un resumen de este tipo resulta muy valioso en cuanto identifica no solo casos específicos, sino tendencias y corrientes de trata en los cinco continentes. Entonces, constituye este estudio una valiosa herramienta de campo que desarrolla un ente no jurisdiccional como Naciones Unidas a través de sus oficinas especializadas como UNODC.

Por último, en lo referido a los demás organismos internacionales que no cumplen, en estricto, ni función jurisdiccional ni cuasi jurisdiccional, es de destacarse que los Estados parte deben seguir incentivando el debate intercontinental, a efectos de continuar el fortalecimiento de Relatorías, (Naciones Unidas, 2015. p. 1) así como seguir el incentivo de la línea de aprobación de Declaraciones y Convenciones a propósito de la trata de personas. Y si bien las Declaraciones tienen un efecto de *soft law* y las Convenciones de *hard law*, es decir, derecho no vinculante y vinculante, respectivamente, ambos elementos suman para la lucha contra el complejo fenómeno de la trata, cuya multidimensionalidad, como ha quedado antes enunciado, exige más de los Estados parte para aminorar los efectos de este poder salvaje, como diría Luigi Ferrajoli, que amenaza sin pausa las sociedades contemporáneas.

V.- Conclusiones

El presente estudio ha pretendido, a partir del esbozo de algunas cuestiones conceptuales respecto a la trata de personas, desarrollar, a modo de diagnóstico algunos retos y desafíos de actualidad e interés respecto a esta figura. En ese sentido hemos arribado a las conclusiones siguientes:

- a. Desarrollamos, en abordaje de inicio, un intento de redefinición del concepto de *diligencia debida*, exigible a los Estados, con relación a la trata de personas, estándar de necesaria reinterpretación a partir de la complejidad misma de la trata y, por tanto, derivándose que hay que hacer mucho más respecto a la trata. Es cierto que hay un avance normativo de interés, pero siendo la trata una flagrante violación a los derechos humanos, cuanto hacen los Estados parece ser notoriamente insuficiente. Entonces, el reforzamiento de la noción de *diligencia debida* comprende un mayor activismo de los Estados frente a la trata.



b. Concluimos, de igual modo, en la importancia del cambio de paradigma, esto es, aludimos a una evolución a destacar, en referencia a la trata, del tránsito de la sanción criminal, como concepto exclusivo del Derecho penal, hacia una visión omnicomprensiva de la promoción de los derechos humanos, los cuales amplían, sin óbice, el campo de la trata. El nuevo paradigma exige, también, una visión de moralidad de los derechos humanos, la cual se suma a la visión de mera juridicidad de los bienes jurídicos tutelados desde un enfoque solo penalista de la trata.

c. Destacamos, de igual forma, como uno de los segmentos más importantes de este estudio, la relevancia del rol activo de las jurisdicciones nacionales frente a la trata. De esa forma, es exigible a los jueces no solo una mayor capacitación en los temas de trata de personas, sino una visión más amplia de este fenómeno, pues su creciente complejidad en la correcta definición de las conductas de trata demanda, también, un enfoque de derechos humanos, dado el carácter de transversalidad de estos derechos.

d. Esa irradiación de los derechos humanos, a propósito de la trata, nos pone en el rol de necesaria comprensión de que la trata de personas demanda de los jueces una visión amplia de este fenómeno. Lo contrario implicaría, muy a nuestro pesar, un examen limitado de los casos de trata, acaso legalista y, por tanto, notoriamente insuficiente.

e. Con relación a las exigencias a los organismos internacionales en materia de trata de personas, igualmente sustentamos una exigencia de rol activo de las entidades jurisdiccionales, cuasi jurisdiccionales y no jurisdiccionales. La tarea es conjunta y, sin duda, altos tribunales suprarregionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Africana de Derechos Humanos, juegan un rol destacado en la fijación de estándares en materia de trata. Ahí debemos sumar el rol activo de otras entidades.

f. En suma, la trata de personas demanda comprometer todos nuestros esfuerzos para aminorar sus gravosas consecuencias respecto a un bien jurídico clave: la dignidad de la persona humana, bien que es lesionado reiteradamente en diversos niveles, dada la naturaleza pluriofensiva de la trata. Y esos compromisos de acción de los Estados, a través de sus entes representativos, son de un “aquí y ahora” enfáticos.



g. Las sociedades no pueden darse el lujo de ostentar, frente a la trata, la paciencia bíblica de Job, quien a pesar de perderlo todo, siguió confiando en que su destino, como en efecto sucedió, podría cambiar favorablemente. La sociedad no puede esperar, como Job, que las buenas intenciones sean recompensadas por el azar del destino; es moralmente exigible a los Estados, por el contrario, un combate sumamente activo frente a la trata de personas.

h. Y si otra alegoría es válida sobre la trata, diríamos que, a propósito de ella, las sociedades no se pueden dar el lujo de caminar sobre la cinta de Moebius cuando a trata nos referimos, es decir, a desplazarse en forma infinita, continua y sin pausa, sobre nociones a propósito de que la trata apenas es un solo tema de Derecho penal. Hemos podido argumentar, a lo largo de estas digresiones, que la trata de personas comprende, en forma relevante, muchos de los contenidos de los derechos humanos en el *corsi e ricorsi* de la historia, es decir, siempre será un tema de suma actualidad moral humanística, en tiempos pretéritos y de hogaño.

VI.- Lista de Referencias

Alianza Global contra la Trata de Mujeres. Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas. (2003) Colombia. En: https://publications.iom.int/system/files/pdf/manual_derechos_humanos.pdf

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. La trata de personas. (2012). En: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/8_cartilla_trata.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024) Informe anual 2023. En: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2023/espanol.pdf>

Defensoría del Pueblo. Capital Humano y Social Alternativo. USAID. (2020) Abordaje judicial de la trata de personas. Serie Informes de Adjuntía. (2020) . En: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/INFORME-TRATA-DE-PERSONAS.pdf>

Ministerio del Interior (2021) Comisión Multisectorial. Organización Internacional del Trabajo. Bicentenario Perú 2021. Política Nacional frente a la trata de personas y sus



- formas de explotación al 2030. En: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2442716/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20frente%20a%20la%20Trata%20de%20Personas%202021..pdf>
- Naciones Unidas. Asamblea General. (2015) Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. María Grazia Giammarinaro. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10155.pdf>
- Naciones Unidas, Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. (2014) Los derechos humanos y la trata de personas. Folleto Informativo N.º 36. En: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS36_sp.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. IDEHPCUP. PUCP. (2017) Guía de procedimientos para la actuación de policías y fiscales en la investigación y juzgamiento del delito de trata de personas. En: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33289.pdf>
- Poder Judicial del Perú. Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. (2021) Trata de personas y sus formas de explotación. En: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4689730049c123eead60fd9026c349a4/boletin+trata+de+personas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4689730049c123eead60fd9026c349a4>
- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (2003). En: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_prev_repri_y_sanci_trata_pers_espe_muje_y_ni%C3%B1o_compl_conve_nu_contr_deli_org_trans.pdf
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2010) Asunto Rantsev c. Chipre y Rusia. (Demanda no. 25965/04). Sentencia Estrasburgo, 7 enero 2010. En: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/CASE-OF-RANTSEV-v.-CYPRUS-AND-RUSSIA-LPDerecho.pdf>
- United Nations. Office on Drugs and Crime. (2024) Global Report on TRAFFICKING IN PERSONS 2024. Collection of court case summaries. En: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_Court_cases_summaries.pdf



66

UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Educación para la justicia. (2019) Definición del concepto de trata de personas. En: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Educación para la justicia. (2019) Enfoque de la trata de personas basado en los derechos humanos. En: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_8_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

quaestio iuris

La complejidad de la aplicación —
jurisdiccional del principio lura Novit Curia

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.3>



La complejidad de la aplicación jurisdiccional del principio *Iura Novit Curia*

The complexity of the jurisdictional application of the principle of *Iura Novit Curia*

CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier ¹

Recibido: 30.05.2025

Evaluado: 27.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. II. Métodos y técnicas. III. El proceso judicial como mecanismo de decisiones justificativas. IV. La complejidad de la aplicación jurisdiccional del principio *iura novit curia*. V. Conclusión. VI. Lista de Referencias.

Resumen

En el presente artículo muestra la complejidad del problema de relevancia en la justificación normativa de las decisiones judiciales; por cuanto, la aplicación del Derecho que corresponde al caso concreto no solo implica una operación de lógica formal deductiva, a partir de la determinación de una norma–regla; sino que, en ciertas situaciones, resulta imperativo la identificación de otras categorías normativas pertinentes, en cuyo caso debe seguirse procedimientos o técnicas distintas a la subsunción, además del uso de teorías y métodos de interpretación adecuados que sustenten racionalmente la decisión.

Palabras clave: Proceso judicial, justificación normativa, categorías normativas, *iura novit curia*.

Abstract

This paper demonstrates the complexity of the problem of relevance in the normative justification of judicial decisions. The application of the law appropriate to a specific case not only

¹ Abogado. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Civil y Comercial. Dr. Cs. Mención en Derecho. Docente de pregrado y posgrado – Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. Correo electrónico: ncastillo@unc.edu.pe Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3898-3543>



involves formal deductive logic, based on the determination of a norm- rule; in certain situations, it is imperative to identify other relevant normative categories. In this case, procedures or techniques other than subsumption must be followed, in addition to the use of appropriate theories and methods of interpretation that rationally support the decision

Key words. *Judicial process, normative justification, normative categories, iura novit curia.*

I. Introducción

Si bien existen directrices constitucionales y legales que guían la actuación del juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional; no obstante, ello, en la práctica se presentan situaciones relacionadas a problemas, no solo de relevancia e identificación, sino también de interpretación de las distintas categorías normativas vinculadas a la solución del caso, además de la concurrencia de instituciones jurídicas que requieren un análisis objetivo y razonable.

Esto implica que la decisión que debe adoptar el juzgador no solo responde a un proceso subjuntivo; sino que, en determinadas circunstancias, involucra una exigencia de mayor complejidad, dado que el caso concreto puede ameritar la necesidad de recurrir a justificaciones constitucionales, uso de instituciones de Teoría General del Derecho e incluso de comprensión filosófica, dado que existen relaciones entre el Derecho y la Moral, ya sea de carácter identificativo, interpretativo, justificativo, funcional, de contenido, de reenvío, entre otras; además, podrían presentarse situaciones de indeterminación lingüística y lógica, problemas de relevancia, de interpretación (como proceso previo a la aplicación) derivadas de situaciones de infra inclusión o supra inclusión; derrotabilidad y otras instituciones que conlleven a repensar seriamente la solución jurídica del caso.

Es preciso señalar que, en el presente trabajo, no se aborda en estricto la justificación interna, ni la justificación externa de las decisiones judiciales, a partir de las concepciones de la teoría de la argumentación jurídica, sino que se las invoca únicamente de manera referencial; siendo así, se tiene que la finalidad específica es mostrar la amplitud que puede significar el decidir conforme a Derecho; esto es, en aplicación del principio del *iura novit curia*.

II. Métodos y técnicas

En la elaboración del presente artículo he utilizado métodos y técnicas de investigación propias del derecho. Así, he



recurrido a la interpretación jurídica para el análisis de las normas constitucionales concernientes al Proceso Judicial y sus garantías, así también a la argumentación jurídica para desarrollar y justificar los métodos de cómo los jueces deberían resolver casos, aplicando el principio de *iura novit curia*. En relación a las técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental, no solo para sistematizar contenidos doctrinales sobre los aspectos tratados, además para acudir a las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente referencial esencial para el desarrollo de este artículo.

III. El proceso judicial como mecanismo de decisiones justificativas

El artículo 138 de la Constitución señala que corresponde al Poder Judicial, a través de los jueces en sus distintas categorías, resolver los conflictos jurídicamente relevantes. Es claro que dicha función se efectúa mediante un mecanismo institucionalizado llamado Proceso Judicial, todo ello en el marco de una serie de garantías procesales previstas en el artículo 139 de la referida fuente normativa; pues, el Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N.º 04811-2009-PA/TC ICA (07 de diciembre de 2009), ha precisado que, “cuando el órgano jurisdiccional administra justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas”; por lo tanto, en su cotidiana labor, el Juez se encuentra sometido de manera absoluta a la Constitución, la cual *“es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo- estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º)”* (Tribunal Constitucional, 2006, Exp. N.º 0047-2004-AI/TC), así como al bloque de Convencionalidad, ambos como fuentes parámetro; y de manera relativa, a la Ley, dado que podría inaplicarla en caso de incompatibilidad constitucional, a través del mecanismo de control difuso, el cual “implica que los jueces o las juezas declaren la existencia de una antinomia, es decir, de una contradicción o incompatibilidad normativa, por lo cual se encuentran en la obligación de inaplicar la ley acreditada como inconstitucional” (EXP. N.º 01217- 2019-PA/TC LIMA, 10 de diciembre de 2020).

Ahora bien, se accede al proceso judicial a través del ejercicio del derecho de acción, el mismo que implica la “facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva” (EXP. N.º 01113-2022- PA/TC TACNA, 29 de agosto de 2023), materializando una pretensión, conformada por el *petitum* y la *causa petendi*, respectivamente; y, sobre la cual, y en clara contrastación con la planteada por la parte contraria, el



juez debe emitir una decisión justificada, respetando el principio de congruencia procesal, el cual “exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no altere o se exceda en las peticiones” (EXP. N.º 02675-2017- PA/TC LIMA NORTE, 13 de noviembre de 2019); pues, “dicho principio prohíbe a los jueces cometer desviaciones que supongan una alteración del debate procesal, o el dejar incontestadas las pretensiones” (EXP. N.º 00728-2008- PHC/TC, 13 de octubre de 2008).

Asimismo, desde el momento en que se determina lo que es objeto de debate en el proceso, el juez asume una función de relevancia constitucional, dado que su decisión debe ser motivada, desde el punto de vista jurídico y fáctico; pues, según Segura Ortega (2011) “la justificación de las decisiones jurídicas tiene dos dimensiones básicas que conviene diferenciar (..): por un lado, está la dimensión normativa y, por otro, la relativa a los hechos” (p.239), dando respuesta razonada sobre todos los puntos controvertidos sobre los que giran los medios probatorios y respecto de los cuales debe emitirse una decisión no solo motivada, sino fundada en Derecho, dado que ambos institutos jurídicos son distintos, por cuanto:

“el primero de ellos, que es de naturaleza formal o procesal, está referido al derecho que tienen las partes a que la decisión judicial precise o exprese mínimamente los motivos o las razones que le permitan conocer los criterios jurídicos que sustentan la decisión judicial; mientras que el segundo de ellos, que es naturaleza material o sustancial, se refiere al derecho que les asiste a las partes a que la resolución se funde en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes, válidas y pertinentes, del orden jurídico para la solución razonable del caso concreto” (EXP. N°03238-2013-PA/TC LIMA, 23 de junio de 2014).

Para una mejor comprensión, debe distinguirse entre justificación interna y justificación externa de las decisiones judiciales, dada su importancia en la determinación de los defectos de la motivación; precisando que “la justificación interna hace alusión a un procedimiento de tipo deductivo, en el cual se parte de una premisa mayor, una premisa menor y se obtiene una conclusión, lo cual implica que la premisa mayor viene a coincidir con una norma jurídica, la premisa menor con los hechos, y la conclusión con la sentencia judicial” (Zuluaga, 2012, p. 93); es decir, “hay que fijarse únicamente en la validez lógica de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión” (Moreso, 2004, p.177); en tanto que la justificación externa, se encarga de la corrección y solidez de dichas premisas.



Es razonable que cada caso concreto corresponde ser analizado en atención a sus propias particularidades, de tal forma que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento que no solo se encuentre fundado en Derecho, sino que sea, sobre todo justo, dado que es la justicia el valor que interesa a las partes en conflicto y también a la comunidad jurídicamente organizada; por lo tanto, “El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la Justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal”, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional (Exp. N° 00728-2008-PHC/TC LIMA, 13 de octubre de 2008); y ello es así, por cuanto “El primer nivel de protección de los derechos fundamentales, le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de procesos judiciales ordinarios” (Exp. N° 03191-2011-PA/TC LIMA Norte, 19 de setiembre de 2011); pues, “en un Estado Constitucional los jueces y juezas no solo se sujetan a la ley, sino que, primordialmente, se encuentran encargados de defender y concretizar el parámetro constitucional, desde sus diversas especialidades y conforme a lo que les corresponda en cada caso concreto” (Exp. N° 02534-2019-PHC/TC LIMA, 28 de noviembre de 2019).

Por lo tanto, si argumentar es dar razones, entonces “un argumento es un enunciado que contiene una razón con la que se quiere justificar una afirmación, decisión o propuesta” (García Amado, 2017, p. 84). Por su parte, Ferrer (2016) indica que “una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican” (p. 25); por lo que siendo ello así, es claro que, a través del proceso judicial se resuelven definitivamente los conflictos de intereses o se eliminan las incertidumbres jurídicas relevantes, bajo una decisión debidamente justificada, tanto interna como externamente.

IV. La complejidad de la aplicación jurisdiccional del principio iura novit curia

Siguiendo a Romero Martínez (2019) “El razonamiento judicial se conecta con la idea de motivar las resoluciones, lo cual es un deber exigente” (p. 28), por cuanto —como se dijo anteriormente— desde el enfoque de la justificación de las premisas normativas, existe un abanico de opciones a las que se puede recurrir, dependiendo de la naturaleza que ostente lo que es objeto de pronunciamiento, y ello es así, dado que “el Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas” (Atienza, 2013, p. 19), situación que genera la necesidad de entender que “la relación entre aquel enunciado normativo general y el enunciado fáctico podremos calificarla



de una manera u otra según la teoría a la que nos acogamos en cuanto a la lógica aplicable a las normas o a las relaciones entre normas y hechos” (García Amado, 2017, p. 26). Cabe anotar que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano prescribe que “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente...”, lo que corresponde al enunciado del clásico principio *iura novit curia*. A partir de ello, se genera una responsabilidad justificativa en el ámbito jurídico, por cuanto no siempre se trata de casos fáciles que se resuelven a través de la subsunción, en la que el proceso de elección de la norma aplicable corresponde esencialmente a una regla; sino que existe la posibilidad que la solución se circunscriba a otras fuentes distintas, como normas-principio, valores, directrices y principios constitucionales, precedentes vinculantes, entre otras; e incluso, podemos encontrarnos en situaciones de antinomias (reales o aparentes, totales o parciales), de indeterminación lingüística (semántica, sintáctica o pragmática), o de indeterminación lógica del Derecho (lagunas normativas, axiológicas o de reconocimiento), en cuyo caso el juzgador debe aportar necesariamente la solución que corresponda.

La teoría de la argumentación jurídica ha señalado la existencia de casos fáciles, casos difíciles e incluso casos trágicos, cuya solución tiene especial vinculación con la justificación normativa, mostrándose especial cuidado en los problemas de relevancia, de interpretación e incluso de discrecionalidad judicial; culminando con la justificación externa de las decisiones; pues, según Romero Martínez (2017) “Después de justificar desde el aspecto interno surge ahora la cuestión de justificar la elección de una u otra norma general, lo que da lugar a la justificación externa” (p. 83).

Atienza (2003) señala que en los casos fáciles “si bien se utiliza por excelencia la justificación interna o deductiva, la concepción material y dialéctica no deja de estar presente; sin embargo, tratándose de casos difíciles, ya sea por razones normativas o de hecho, no basta con la justificación interna, sino que hay que añadir la justificación externa; esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o fáctica, razones que no pueden tener un carácter sólo formal” (p. 265); agrega en otra fuente que:

“la cuestión del peso de las premisas no se plantea en relación con los casos fáciles, esto es, aquellos casos en los que existe una única regla aplicable (o un conglomerado de reglas) cuyo sentido no es dudoso (no hay un problema de interpretación) y no plantea tampoco ninguna cuestión de validez (...) La cuestión del peso se plantea en relación



con los casos difíciles, esto es, cuando hay un vacío en el nivel de las reglas del sistema (una laguna normativa), o bien el caso no está adecuadamente resuelto en ese nivel (hay una laguna “axiológica”), porque hay un desajuste entre el aspecto directivo y el justificativo de las reglas. En esos supuestos se necesita recurrir a los principios (que son razones no perentorias), esto es, se necesita ponderar, sopesar, las diversas razones concurrentes para determinar cuál (qué conjunto) tiene un mayor peso” (Atienza, 2013, p. 284)

Asimismo, para Atienza (2013) “hay casos trágicos: aquellos en los que no es que haya más de una respuesta correcta, sino que no hay ninguna; en los que es imposible realizar la justicia a través del Derecho” (p. 812), situación que genera una mayor complejidad a la hora de adoptar la decisión sobre el caso sometido a la competencia del juez y sobre lo cual no cabe excusa alguna, ello en mérito al principio del *nom liquet*, previsto en el artículo 139, numeral 8) de la Constitución, por cuanto no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso “... deben aplicarse los principios generales del Derecho y el derecho consuetudinario”; esto es, recurrir a los métodos de autointegración y, de ser necesario, a los de heterointegración.

En tal sentido, al momento de solicitar tutela jurisdiccional efectiva, las partes pueden obviar la invocación del Derecho o hacerlo erróneamente; sin embargo, el juzgador tiene la obligación de aplicar la fuente y/o categoría normativa pertinente y relevante, sea que se encuentre expresamente prevista en el sistema jurídico o de manera implícita y derivada de principios y valores constitucionales, haciendo uso de las teorías de la interpretación (cognoscitiva o formalista, escéptica, intermedia, constructivista, entre otras), así como los respectivos métodos, según la necesidad de su aplicación, con la finalidad de cumplir con la justificación normativa que resulta exigible en cada decisión; y, si bien el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia se efectúa de conformidad con la Constitución y las leyes, ello sin duda resulta insuficiente, aun cuando se haga uso de la supra interpretación constitucional, dado que existen otras fuentes trascendentes como el derecho consuetudinario e incluso espacios intersticiales que posibilitan una solución discrecional por parte del juez; es decir, “la facultad que tiene el juez de elegir entre varias posibilidades, cada una de ellas lícitas en el contexto del sistema” (Barak, 2021, p.135), con lo cual se da solución al conflicto de intereses. Entonces, queda claro que la complejidad del caso (fácil, difícil o trágico) determinará la identificación y aplicación de la solución jurídica



que corresponda; no existiendo mayor dificultad en los primeros (casos fáciles), los cuales –en esencia- se resuelve por medio de reglas, y de existir conflictos entre ellas, éstas –siguiendo a Alexy- se pueden solucionar de dos formas: sea introduciendo una excepción en (al menos) una de las reglas, o bien, dejando sin validez (al menos) una de las reglas; en tanto que la colisión de principios se resuelven en mérito a la dimensión del peso en el caso concreto, sin que ninguno de ellos pierda validez, claro está si se sigue los presupuestos de la teoría conflictivista de los derechos fundamentales, dado que la teoría armonizadora proporciona una forma distinta en su tratamiento.

Para concluir esta breve referencia de posibilidades jurídicas en la solución de casos concretos, merece especial atención el procedimiento de la derrotabilidad, el cual está siendo usado por el Tribunal Constitucional peruano, quien en el EXP. N° 01217-2019-PALIMA (10 de diciembre de 2020), ha señalad que:

“en los supuestos de derrotabilidad no se considera que la disposición ‘derrotada’ sea inconstitucional en abstracto (como sí ocurre con el control difuso), sino que su aplicación, tan solo para un supuesto concreto en específico, es incompatible con otras cláusulas –por lo general, principios o valores constitucionales– que no fueron considerados de manera expresa por la regulación, pero que es necesario tomar en cuenta para que la controversia concreta sea resuelta conforme a Derecho, o más específicamente, conforme al ordenamiento jurídico constitucional. Ya que en este caso no se trata de un ejercicio judicial del “control difuso” (es decir, de establecer la inconstitucionalidad de una norma legal), la ‘derrotabilidad’ (es decir, la aplicación excepcional de un principio para apartarse del contenido de una regla que, en un supuesto concreto, genera efectos perniciosos) puede ser empleada por cualquier operador –incluyendo los no jurisdiccionales–, pues dicha persona o funcionario siempre estaría resolviendo conforme al ordenamiento jurídico, y además, porque implica, además, el respeto a la preeminencia de las cláusulas constitucionales”

Pero aclara el máximo intérprete de la Constitución que “esta operación no implica un acto arbitrario, de quien simplemente quiere incumplir una regla y para ello toma, como mera excusa, la existencia de algunos principios sustantivos involucrados en el caso”, sin que debe tener cuidado en el análisis de los supuestos de infra inclusión, en donde las prescripciones dicen menos de lo que justifican sus razones subyacentes; o, en el caso de las regulaciones o prescripciones supra incluyentes, donde existen



76

regulaciones de supuestos que no deberían estar contenidos en las disposiciones normativas, dado que no responde a las mismas razones o valores justificativos.

En fin, como puede observarse, el principio *iura novit curia* tiene un amplio ámbito de aplicación en la práctica jurisdiccional, motivo por el cual el juzgador debe ser consciente de la enorme responsabilidad justificativa en la dimensión jurídica de sus decisiones.

V. Conclusión

En la concepción del Estado Constitucional de Derecho, los casos sometidos al Poder Judicial no solo se resuelven aplicando e interpretando normas-reglas, por cuando el Derecho no solo está conformado por dichas categorías; sino que suele hacerse uso de otras fuentes que resultan relevantes para casos difíciles o trágicos, como los valores, principios, derechos fundamentales, directrices, reglas normativas contenidas en precedentes vinculantes, derecho consuetudinario, e incluso haciendo uso de la discrecionalidad judicial, con el propósito de brindar una solución que contenga no solo razones necesarias, sino suficientes, a efecto de resolver los conflictos de intereses de manera permanente y lograr la paz social en justicia.

VI. Lista de Referencias

- Atienza Rodríguez, Manuel:
(2003). El sentido del Derecho. 2a.ed. Barcelona: Ariel
- (2013). Curso de Argumentación. Madrid: Editorial Trotta.
- Barak, Aharon (2021). Discrecionalidad judicial. Lima: Palestra Editores.
- Ferrer Beltran, Jordi (2016). Motivación y racionalidad de la prueba. Lima: Edit. Grijley.
- García Amado, Antonio
(2017). Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias. Lima: Zela Grupo Editorial.
- (2017). Decidir y argumentar sobre derechos. México: Tirant lo Blanch.
- Gascón Abellán, Marina, García Figueroa, Alfonso. (2003) La argumentación en el Derecho. Lima: Palestra Editores.



Lozada Prado, Alí y Catherine Ricaurte Herrera (2015). Manual de Argumentación Constitucional Propuesta de un Método. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Moresos, Juan José y José M. Vilajosana. (2004) Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons.

Romero Martínez, Juan Manuel:
(2017). Estudios sobre la argumentación principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales. México: UNAM

(2019). Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas. UNAM. México: UNAM

Zavaleta Rodríguez, Roger E. (2014) Los problemas de justificación externa como problemas del caso; en Argumentación Jurídica, Fisonomía desde una óptica forense. México: UNAM

Zuluaga Jaramillo, Andrés F. (2012). La justificación interna en la argumentación jurídica de la Corte Constitucional en la acción de tutela contra sentencia judicial por defecto fáctico; en Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012). UNAULA

Jurisprudencia consultada

STC emitida en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC

STC emitida en el Expediente N.° 00728-2008-PHC/TC

STC emitida en el Expediente N° 04811-2009-PA/TC

STC emitida en el Expediente N° 03191-2011-PA/TC

STC emitida en el Expediente N° 03238-2013-PA/TC19.

STC emitida en el Expediente N.° 02675-2017-PA/TC.

STC emitida en el Expediente N° 02534-2019-PHC/TC.

STC emitida en el Expediente N.° 01217-2019-PA/TC

STC emitida en el Expediente N.° 01113-2022-PA/TC

quaestio iuris

Bicameralidad en el Perú: análisis
y efectividad

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.4>



Bicameralidad en el Perú: análisis y efectividad

Bicamerality in Peru: analysis and effectiveness

QUITO CORONADO, Lorena ¹

Recibido: 27.05.2025

Evaluado: 23.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción **II.** Métodos y técnicas. **III.** Antecedentes históricos de la Bicameralidad en Perú **IV.** Estructura y Funcionamiento del Sistema Bicameral **V.** Análisis de la Efectividad del Sistema Bicameral. **VI.** Desafíos y críticas al Sistema Bicameral en Perú. **VII.** Conclusiones **VIII.** Lista de Referencias.

Resumen

Este artículo ofrece un análisis sobre el sistema bicameral en el contexto peruano. Se aborda la importancia histórica de la bicameralidad, la estructura y funciones de la Cámara de Diputados y el Senado, así como los mecanismos de interacción entre ambas cámaras y con los demás poderes del Estado. Se destaca la necesidad de alcanzar consensos, la calidad de los debates legislativos y el cumplimiento de plazos para una efectiva toma de decisiones desde el poder legislativo. Se mencionan propuestas de reforma para restablecer la bicameralidad en el Congreso peruano, resaltando la evolución de su estructura a lo largo de la historia constitucional del país. Se concluye que la eficacia del sistema bicameral depende de su capacidad para representar los intereses de la sociedad y responder a sus necesidades de manera oportuna y adecuada.

Palabras Clave: bicameralidad, cámara de diputados, cámara de senado, representatividad

Abstract

This article offers an exhaustive analysis of the bicameral system in the Peruvian context. The historical importance of bicameralism,

¹ Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestra en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Conciliadora Extrajudicial. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. Culminación de los estudios del Doctorado en Derecho en la Escuela de Posgrado de la UNC. ORCID: 0000-0002-2060-9652 Correo electrónico lorenaqc23@gmail.com



the structure and functions of the Chamber of Deputies and the Senate, as well as the mechanisms of interaction between both chambers and with the other powers of the State, are addressed. The need to reach consensus, the quality of legislative debates and compliance with deadlines for effective decision-making are highlighted. Reform proposals are mentioned to reestablish bicameralism in the Peruvian Congress, highlighting the evolution of its structure throughout the country's constitutional history. It is concluded that the effectiveness of the bicameral system depends on its ability to represent the interests of society and respond to its needs in a timely and adequate manner.

Keywords: *bicameralism, chamber of deputies, senate chamber, representativeness*

I. Introducción

La bicameralidad ha sido una característica constante en la historia constitucional del Perú, con excepción de la Constitución de 1867 y la actual de 1993, la bicameralidad siempre ha estado presente en el sistema de gobierno peruano. Este sistema se implementó bajo el supuesto de generar un equilibrio de poderes, representar los intereses regionales y sectoriales y mejorar la calidad de la legislación a través del debate y de su revisión por ambas cámaras. Reestablecer la bicameralidad en el contexto peruano del Siglo XXI, busca contribuir a una mayor estabilidad política, representación de la diversidad de intereses, fomentando el consenso político y mejorar de la calidad democrática. Sin embargo, se reconoce que su implementación no es una solución automática a los desafíos políticos, sociales y económicos del país, por el contrario, requiere de un análisis detallado, alcanzar consenso social y político para asegurar su viabilidad y beneficios dentro del contexto actual de nuestro país.

En ese orden de ideas, el propósito del presente artículo es realizar un análisis sobre la bicameralidad en el Perú y examinar la efectividad de este sistema en el contexto político, económico y social del país. Se busca evaluar los beneficios, desafíos y posibles mejoras que la bicameralidad debe aportar al sistema legislativo peruano. La importancia de este tema radica en su relevancia para el funcionamiento de las instituciones democráticas, la representatividad de los ciudadanos en el proceso legislativo, la calidad de las leyes producidas y la estabilidad política. Analizar la bicameralidad en el Perú permite identificar oportunidades de mejora en el sistema político y contribuir al fortalecimiento de la democracia en el país.



II.- Métodos y técnicas

En el desarrollo de este artículo se ha utilizado métodos y técnicas de investigación de naturaleza cualitativa, centrándome en los métodos propios del derecho tales como la interpretación jurídica, especialmente utilizando un enfoque histórico para realizar un análisis y comparación de los modelos constitucionales sobre la bicameralidad que el Estado peruano ha positivizado a la largo de su existencia. Asimismo, he utilizado el método argumentativo para realizar el análisis y evaluación de la efectividad del modelo bicameral y aportar también a precisar los desafíos que enfrenta su aplicación.

Como técnicas de investigación se ha utilizado el análisis documental para analizar y sistematizar la doctrina y la interpretación de los cambios de las normas constitucionales con respecto a la bicameralidad, asimismo el registro de fuentes de información y consulta correspondiente.

III. Antecedentes Históricos de la Bicameralidad en el Perú

3.1. Origen de la Bicameralidad

A lo largo de la historia, el parlamento u órganos legislativos han ido adoptando diferentes formas de organización en relación al número de cámaras que lo componen. Por consiguiente, se distinguen sistemas parlamentarios unicamerales o bicamerales cuya aplicación va a diferir en cada país. El primero en surgir fue el sistema unicameral, que luego dio paso al bicameralismo. Este último tuvo su origen en Inglaterra medieval del Siglo XIII, cuando se estableció el parlamento compuesto por una Cámara de Lores y una Cámara de los Comunes.

Para contextualizar el tema que aborda el presente artículo, es importante comenzar por definir el concepto de unicameralismo, ya que este constituye el punto de partida para comprender el Sistema Bicameral. Por consiguiente, el unicameralismo, es entendido como el sistema parlamentario que consta de una sola cámara legislativa y este a su vez se subdivide en: Unicameralismo Perfecto, referido al sistema parlamentario que plantea la existencia de una sola cámara la misma que desarrolla sus funciones de manera integral a través de comisiones especializadas. En nuestro caso fue la Constitución Política de 1867 que adoptó este sistema. Luego tenemos el Unicameralismo Imperfecto, sistema parlamentario que consta de una sola Cámara con la diferencia que el parlamento no desarrolla funciones de manera integral, en otras palabras, se produce una fragmentación en su organización interna existiendo un órgano



82

que funge como una pequeña Cámara. Ejemplo de este sistema, lo tenemos en la Constitución Política de 1823 con la presencia de un Senado Conservador y en nuestra Constitución actual con la Comisión Permanente.²

Por otro lado, el bicameralismo es entendido como la división del poder legislativo en dos Cámaras, una Cámara conformada por senadores, considerados como representantes selectos. En ese sentido, Cabanellas (2002) se refiere al senado como una “Junta, asamblea o reunión de las personas más distinguidas de una República, cuyas leyes forman, modifican o anulan” (p.291) y la Cámara de Diputados, considerados como representantes comunes:

Representante de un cuerpo u organismo. Persona elegida por sufragio para representar a los ciudadanos ante un organismo administrativo provincial o de distrito, con la doble finalidad de defender los intereses del territorio que lo elige y de las fuerzas políticas que lo apoyan. (Cabanellas de Torres, 2002, p.106)

Conforme al Informe de Investigación de setiembre de 2018 del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria – Congreso de la República del Perú, el bicameralismo se clasifica en: Bicameralismo perfecto, el cual esta referido a la existencia de dos Cámaras que realizan funciones políticas y legislativas. Ejemplo de ello en nuestro país, estuvo en la Constitución Política de 1933, así como en la de 1979. Y el Bicameralismo imperfecto, si bien este sistema también alude a dos Cámaras, la diferencia radica en las funciones que desempeñan cada una de ellas, una primera Cámara desarrolla las funciones políticas y gran parte de las funciones legislativas, y una segunda Cámara más deliberativa, reflexiva y técnica, es decir con poderes parlamentarios limitados, como son legislativos y de control político.

Dentro de este contexto, Constant señalaba que, “Hay que dividir al Parlamento para salvar su autonomía” pues la bicameralidad es mucho más reflexiva y prudente. Asimismo, George Washington, en el debate con Thomas Jefferson sobre sistemas parlamentarios, vertió una taza de café sobre un plato y dijo que, “Así como el plato enfría el café, la segunda cámara enfría a la primera” (Quintanilla Young, 1989, p.22)

² Reglamento del Congreso de la República del Perú. Artículo 42. La Comisión Permanente del Congreso se instala a más tardar dentro de los 25 días útiles posteriores a la instalación del primer periodo ordinario de sesiones. Ejerce sus funciones constitucionales durante el funcionamiento ordinario del Congreso, durante su receso e inclusive en el interregno parlamentario derivado de la disolución del Congreso.



Finalmente, si nos basamos en la historia constitucional de nuestro país podemos observar que desde 1822 ambos sistemas parlamentarios han estado presentes en las diferentes Constituciones Políticas, predominando el sistema bicameral conforme se puede observar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 01
Congreso de la República del Perú a través de la historia

CONSTITUCIÓN	TEXTO CONSTITUCIONAL	SISTEMA PARLAMENTARIO	NUMERO DE REPRESENTANTES
Constitución Política de 1923	El artículo 51: establece que, en el Perú, el poder legislativo reside exclusivamente en el Congreso, el cual está compuesto por todos los representantes elegidos por las provincias del país.	Unicameral	Cada diputado representa a una base de doce mil ciudadanos. Las provincias que no alcanzan este número, pero superan la mitad eligen un diputado, mientras que las que tienen más de doce mil eligen dos diputados, y este número aumenta progresivamente conforme aumenta la población.
Constitución Bolivariana 1826	Artículo 27: El poder legislativo proviene directamente de los cuerpos electorales designados por el pueblo y se ejerce a través de tres cámaras: la de tribunos, la de senadores y la de censores.	Tricameral	25 miembros por cada Cámara en los primeros 20 años (Cámara de Diputados, Cámara de senadores y Cámara de Censores).
Constitución Política de 1828	Artículo 10. El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto de dos Cámaras: una de Diputados y otra de Senadores.	Bicameral	En la Cámara de Diputados, los miembros son elegidos por colegios electorales, uno por cada veinte mil habitantes o fracción mayor de diez mil. En la Cámara de Senadores, cada departamento elige tres senadores y dos senadores suplentes, seleccionados por la junta departamental a partir de listas previas de dos individuos por cada senador.
Constitución Política de 1834	Artículo 10. El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto de dos Cámaras	Bicameral	Los diputados eran elegidos a través de colegios electorales de parroquias y provincias. Por otro lado, la Cámara de Senadores estaba formada por cinco senadores por cada departamento.



Constitución Política de 1837	Artículo VIII. El Poder Legislativo general se ejercerá por un Congreso dividido en dos Cámaras, una de Senadores y otra de representantes	Bicameral	Artículo IX, la Cámara de Senadores estará compuesta por 15 miembros, con 5 representantes por cada una de las repúblicas confederadas. Artículo XVI, la Cámara de Representantes estará compuesta por 21 individuos, con 7 representantes por cada una de las repúblicas confederadas, todos elegidos por el Congreso general de la Confederación.
Constitución Política de 1839	Artículo 15. El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto de dos Cámaras: una de Diputados y otra de Senadores.	Bicameral	Los diputados se eligen por medio de colegios electorales designados por ley (por cada 30 mil o por una fracción que pase de 15 mil, un diputado) 21 Senadores, elegidos por departamento
Constitución Política de 1856	Artículo 43. Ejercen el Poder Legislativo los Representantes de la Nación reunidos en Congreso, compuesto de dos Cámaras, una de Senadores y otra de Diputados.	Bicameral	Congreso elegido en una base única, luego separada por sorteo en las dos Cámaras
Constitución Política de 1860	El artículo 44 establece que el Poder Legislativo es ejercido por el Congreso, compuesto por dos cámaras: la de Senadores y la de Diputados, de acuerdo con lo que establece la Constitución.		Se elige un diputado propietario y uno suplente por cada treinta mil habitantes, o fracción mayor de quince mil, y por cada provincia, incluso si su población no alcanza este número. El número de diputados asignado a cada provincia será determinado por ley. Se eligen cuatro senadores propietarios y cuatro suplentes por cada departamento que tenga más de ocho provincias.
Constitución Política de 1867	Artículo 45. El Poder Legislativo se ejerce por el Congreso en una sola Cámara y en la forma que esta Constitución establece.	Unicameral	Tuvo muy poca vigencia
Constitución Política de 1920	Artículo 72. El Poder Legislativo constará de un Senado compuesto de treinta y cinco Senadores, y de una Cámara compuesta de ciento diez Diputados.	Bicameral	Cámara de Diputados conformada por 110 Diputados. Cámara de Senadores conformada por 35 Senadores.
Constitución Política de 1933	Artículo 89. El Congreso se compone de una Cámara de Diputados, elegida por sufragio directo, y de un Senado Funcional.	Bicameral	El número de diputados y senadores será fijado por ley.



Constitución Política de 1979	Artículo 164. El Congreso se compone de dos Cámaras: El Senado y de Diputados. Durante el receso funciona la Comisión Permanente.	Bicameral	Cámara de Senadores integrada por 60 Senadores Cámara de Diputados integrada por 180 Diputados Constitución
Constitución Política de 1993	Artículo 90. El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República el cual consta de Cámara Única	Unicameral	Cámara Única conformada por 120 Congresista

Fuente: Portal del Congreso de la República

Elaboración: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria.

3.2. Descripción de los cambios y reformas de la estructura del congreso peruano

Desde la independencia del Perú el funcionamiento del Poder Legislativo como órgano político colegiado que representa a la ciudadanía ha dependido en gran medida de la forma como este se encuentre organizado y de la estructura que posea. El Parlamento, como ya se lo señaló, está conformado por cuerpos orgánicos denominados cámaras legislativas, y son de dos tipos: unicamerales o bicamerales.

Sin embargo, cabe mencionar que a lo largo de la historia han existido parlamentos con incluso con tres cámaras legislativas. En el caso peruano, fue Simón Bolívar quien estableció en la Constitución Vitalicia de 1826, la estructura del Poder Legislativo, el cual se dividía en tres cámaras: Tribunales, Senadores y Censores, con 24 miembros cada una.

Por otro lado, Pedro Planas considera que:

Los órganos parlamentarios son de dos clases: los órganos de dirección (también llamados órganos de gobierno) y los órganos de producción. Entre los órganos de gobierno están el presidente, la Mesa Directiva y la Junta de Portavoces. Entre los órganos de producción, el pleno, las comisiones y la Comisión o Diputación permanente. (Planas Silva, 1997. p. 5)

Siguiendo a este autor, en el contexto del Congreso peruano, los órganos directivos no solo tienen responsabilidades de dirección, sino también de coordinación y representación dentro del parlamento. Asimismo, los órganos de producción comprenden el pleno, las comisiones y la comisión o Diputación Permanente, encargadas de elaborar, debatir y la aprobación de normativas, así como de llevar a cabo las labores legislativas y



86

el control parlamentario. Adicional a ello, a lo largo de la historia constitucional del Perú, la estructura del Poder Legislativo ha variado en función de las diferentes constituciones que ha tenido el país, tal como se aprecia en el cuadro N° 01.

Finalmente, se puede afirmar que el Congreso peruano a lo largo de su historia, ha tenido diversos cambios en cuanto a su estructura y funcionamiento. Por ejemplo, la Constitución Política de 1920 estableció un Senado compuesto por treinta y cinco Senadores y una Cámara compuesta por ciento diez Diputados. Posteriormente, la Constitución Política de 1979 estableció un Senado con 60 Senadores y una Cámara de Diputados con 180 Diputados.

Asimismo, se han presentado propuestas de reforma en diferentes momentos con el fin de restablecer el sistema bicameral en el Congreso. Así, en el año 2004 se emitió un dictamen favorable para la implementación de un sistema parlamentario bicameral. En años posteriores, se presentaron proyectos de ley con la finalidad de restablecer la bicameralidad en el Parlamento nacional. También, se han formado comisiones de estudio para analizar las bases de la reforma constitucional y evaluar la posibilidad de retornar al sistema bicameral. Estas comisiones han trabajado en la elaboración de propuestas y dictámenes favorables a la implementación del bicameralismo en el Congreso.

El 6 de marzo del 2024 el Pleno del Congreso aprobó, en segunda votación, la reforma constitucional reestableciendo el modelo bicameral del Parlamento Nacional. La decisión se adoptó por 91 votos a favor, 31 en contra y tres abstenciones. En las próximas elecciones, los peruanos elegiremos dos cámaras legislativas: diputados y senadores. La cámara de diputados contará 130 representantes y mantendrá las facultades de aprobar leyes que luego podrán ser ratificadas, revisadas o rechazadas por el Senado; mientras que la cámara de senadores tendrá 60 miembros y no sólo revisará las leyes aprobadas por los diputados, sino que juzgará a los altos funcionarios públicos acusados por la otra cámara. Estas son algunas de las funciones de ambas cámaras, se retomará las funciones que tiene cada una de las cámaras en el siguiente punto.

IV. Estructura y Funcionamiento del Sistema Bicameral

4.1. Descripción de la composición y funciones de la Cámara de Diputados

La Cámara de Diputados, como una de las dos cámaras legislativas en un sistema bicameral, desempeña un papel



87

fundamental en el proceso legislativo y en la representación de los ciudadanos. A continuación, se describe la composición y algunas de las funciones típicas de la Cámara de Diputados: (Cevallos Scudin, 2018)

Composición:

- a. La Cámara de Diputados está compuesta por representantes del pueblo elegidos mediante sufragio directo y proporcional.
- b. Los diputados suelen ser elegidos por un período determinado, que puede variar según la legislación de cada país.
- c. La cantidad de diputados en la Cámara puede variar dependiendo del tamaño de la población y de la división territorial del país.

Funciones:

- a. **Representación del pueblo:** Los diputados representan directamente a los ciudadanos que los han elegido en sus respectivas circunscripciones. Su función principal es la de representar los intereses y preocupaciones de la población en el proceso legislativo.
- b. **Elaboración de leyes:** La Cámara de Diputados tiene la responsabilidad de participar en la elaboración, discusión y aprobación de leyes. Los diputados pueden presentar proyectos de ley, debatir su contenido y votar su aprobación o rechazo.
- c. **Control del Poder Ejecutivo:** Los diputados tienen la facultad de ejercer el control político sobre el Poder Ejecutivo. Pueden interpelar a los ministros, realizar preguntas y solicitar informes sobre la gestión gubernamental.
- d. **Presupuesto y fiscalización:** La Cámara de Diputados participa en la aprobación del presupuesto nacional y en el control de las finanzas públicas. También puede llevar a cabo labores de fiscalización sobre el uso de los recursos del Estado.
- e. **Juicio político:** En algunos sistemas parlamentarios, la Cámara de Diputados puede tener la facultad de iniciar un proceso de juicio político contra altos funcionarios del Estado, como el presidente de la República, en caso de cometer faltas graves.



88

La Ley N° 31988, publicada 20 de marzo de este año, establece que las funciones de los diputados son: aprobar las propuestas normativas a ser remitidas al Senado, interpelar y censurar a los ministros, otorgar o rehusar la confianza planteada por iniciativa ministerial, conformar comisiones investigadoras con la finalidad de iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Además, los diputados tienen todas las atribuciones que le confiere la Constitución y las que son propias de su función. Como podemos observar las funciones son similares a las descritas por Cevallos Scudin.

4.2. Descripción de la composición y funciones del Senado

El Senado, como la otra cámara legislativa en un sistema bicameral, desempeña un papel importante en el proceso legislativo y en la representación de intereses específicos. A continuación, se describe la composición y algunas de las funciones típicas del Senado: (Cevallos Scudin, 2018)

Composición:

- a. El Senado está compuesto por representantes de las regiones o entidades subnacionales del país, como estados, provincias o departamentos. De acuerdo con la Ley N° 31988 el número mínimo de senadores es de sesenta, elegidos por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral conforme a la ley. No obstante, este número puede ser incrementado únicamente mediante una ley orgánica.
- b. Los senadores suelen ser elegidos de manera diferente a los diputados, a menudo representando a las entidades subnacionales en lugar de circunscripciones electorales. Para el caso peruano según la Ley N° 31988, para ser elegido senador se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 45 años al momento de la postulación o haber sido congresista o diputado, y gozar del derecho de sufragio.
- c. La cantidad de senadores por entidad subnacional puede variar dependiendo de la población, la extensión territorial u otros criterios establecidos en la legislación. La recién aprobada reforma constitucional establece que este número puede ser incrementado mediante una ley orgánica.

Funciones:

- a. **Representación de las entidades subnacionales:** Una de las funciones principales del Senado es representar los intereses de las regiones o entidades subnacionales en el



proceso legislativo. Los senadores actúan como voceros de las particularidades y necesidades de sus respectivas jurisdicciones.

b. Revisión y deliberación: El Senado suele desempeñar un papel de revisión y deliberación de las leyes aprobadas por la Cámara de Diputados. Puede analizar en detalle los proyectos de ley, proponer modificaciones y enriquecer el debate legislativo.

c. Control del Poder Ejecutivo: Al igual que la Cámara de Diputados, el Senado puede ejercer funciones de control político sobre el Poder Ejecutivo. Puede interpelar a ministros, solicitar informes y participar en la aprobación de ciertos nombramientos.

d. Participación en la aprobación de leyes: El Senado tiene la facultad de participar en la aprobación de leyes, junto con la Cámara de Diputados. En algunos sistemas parlamentarios, ciertas leyes deben ser aprobadas por ambas cámaras para entrar en vigor.

e. Representación de minorías: En algunos casos, el Senado puede estar diseñado para garantizar la representación de minorías políticas, étnicas o regionales. Esto contribuye a la inclusión y diversidad en el proceso legislativo.

Si bien es cierto el Senado cumple un rol fundamental en la representación de las entidades subnacionales, la revisión y deliberación de leyes, el control del Poder Ejecutivo y la participación en la aprobación de normativas. Para el caso peruano difiere un poco de las funciones descritas porque básicamente el Senado tiene funciones de acusación, suspensión o destitución de funcionarios acusados, conforme al artículo 102 –A de la Ley N° 31988.

4.3. Mecanismos de interacción entre ambas cámaras y su relación con otros poderes del Estado

En un sistema bicameral, las dos cámaras legislativas suelen interactuar de diversas formas para garantizar un equilibrio de poderes y un proceso legislativo eficiente. Además, la relación entre ambas cámaras y los otros poderes del Estado es fundamental para el funcionamiento democrático de un país. A continuación, se describen algunos mecanismos de interacción entre ambas cámaras y su relación con los otros poderes del Estado de manera general:



a. Proceso legislativo conjunto: Ambas cámaras participan en el proceso legislativo, lo que implica que un proyecto de ley debe ser aprobado por ambas cámaras para convertirse en ley. Esto fomenta la deliberación, el debate y la revisión de las propuestas legislativas.

b. Comités conjuntos: Las cámaras suelen contar con comités conjuntos o conferencias para abordar temas específicos o resolver discrepancias entre versiones de un proyecto de ley. Estos comités permiten llegar a acuerdos y consensos entre ambas cámaras.

c. Conciliación de diferencias: En caso de que existan diferencias sustanciales entre las versiones de un proyecto de ley aprobadas por cada cámara, se puede recurrir a mecanismos de conciliación para llegar a un texto final que sea aceptable para ambas partes.

d. Relación con el Poder Ejecutivo: Las cámaras legislativas interactúan con el Poder Ejecutivo en diversos aspectos, como la aprobación de leyes, la fiscalización de la gestión gubernamental, la aprobación del presupuesto y la ratificación de tratados internacionales. Esta relación es fundamental para el equilibrio de poderes y el control político.

e. Relación con el Poder Judicial: Aunque el Poder Judicial suele ser independiente de las cámaras legislativas, estas pueden tener competencias relacionadas con la designación de jueces, la aprobación de leyes que afecten al sistema judicial y la fiscalización del cumplimiento de las sentencias judiciales.

Ahora bien, en el caso peruano y de acuerdo con la Ley N° 31988, Ley de Reforma Constitucional que Restablece la Bicameralidad en el Congreso de la República del Perú, se establece entre los mecanismos de interacción los siguientes:

a. Comisión Permanente: Durante el receso del Congreso, funciona la Comisión Permanente, conformada por igual número de senadores y diputados elegidos por sus respectivas cámaras. Esta comisión tiene la función de ejercer las atribuciones que la Constitución y el Reglamento del Congreso le otorgan.

b. Elaboración y aprobación de reglamentos: El Congreso de la República, el Senado y la Cámara de Diputados elaboran y aprueban sus respectivos reglamentos, que tienen naturaleza de ley orgánica. Estos reglamentos establecen la organización,



atribuciones y funcionamiento de las cámaras, así como la elección de representantes en la Comisión Permanente y en otras comisiones.

c. Nombramiento de funcionarios y empleados: Las cámaras del Congreso nombran y remueven a sus funcionarios y empleados, otorgándoles los beneficios correspondientes de acuerdo a ley. Esto contribuye a la coordinación administrativa y operativa entre ambas cámaras.

d. Delegación de facultades legislativas: El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre una materia específica y por un plazo determinado mediante decretos legislativos. El presidente de la República debe dar cuenta al Senado o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo emitido.

e. Revisión y promulgación de leyes: Una vez aprobada una propuesta de ley por la Cámara de Diputados, esta se remite al Senado para su revisión. El Senado puede aprobar o modificar la propuesta legislativa y remitir la autógrafa de ley al presidente de la República para su promulgación. Este proceso garantiza la participación del Poder Ejecutivo en la aprobación de leyes.

f. Decretos de urgencia: En caso de necesidad, el Poder Ejecutivo puede legislar mediante decretos de urgencia, los cuales deben estar vinculados al normal funcionamiento del Estado o a materias de política general del Gobierno. Estos decretos son revisados por el Senado conforme a lo dispuesto en la Constitución.

g. Principios y derechos de la función jurisdiccional: La Constitución establece que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es la independencia en su ejercicio. Esto implica que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

h. Limitaciones a la revisión judicial: La Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las de la Junta Nacional de Justicia en materia de evaluación y ratificación de jueces. Esto garantiza la autonomía y la independencia de dichos organismos.

De los mecanismos de interacción entre ambas cámaras del Congreso y los demás poderes del Estado, se puede inferir que,



aunque estos permiten una colaboración y coordinación entre las cámaras y los otros poderes, aún está por verse si realmente el retorno a la bicameralidad va hacer efectiva en el contexto actual del Perú.

V. Análisis de la Efectividad del Sistema Bicameral

5.1 Análisis de los beneficios de la bicameralidad

Dentro del contexto descrito, se puede evidenciar que la bicameralidad ha sido la forma predominante de la organización del poder legislativo en el Perú a lo largo de su historia constitucional, con la excepción de dos constituciones la de 1867 y la actual de 1993. Entonces, surge la interrogante de saber ¿cuál de los dos sistemas es más eficaz si la unicameralidad o la bicameralidad? Como se puede apreciar ambos sistemas tienen ventajas y desventajas. Por un lado, la cámara única respira un ambiente de onnipotencia e irresponsabilidad planteando un sin número de proyectos de ley insustanciales para la población peruana alejada de su perspectiva funcional que es legislar para el bienestar de la sociedad, porque lo importante es generar buenas leyes, tal como lo señala Rodríguez (2000) al indicar que “la producción legislativa debe contribuir a un cambio institucional, adecuándose a una determinada realidad, y siendo pertinente para solucionar los problemas respecto a la oferta de bienes y servicios públicos, a pesar de las restricciones económicas y políticas” (p.26). Por otro lado, en el sistema bicameral se llevan a cabo una serie de procedimientos para la aprobación de una ley, en donde, inicialmente los ciudadanos expresan su apoyo o rechazo. Posteriormente, el Senado decide si el proyecto se convierte en ley, lo que implica un proceso de toma de decisiones más reflexivo. Sin embargo, abordaremos las ventajas y desventajas más adelante.

Ahora bien, analicemos la representatividad del sistema bicameral en la legislatura peruana, el cual es un aspecto fundamental a considerar al evaluar la viabilidad y eficacia de este modelo legislativo, por ejemplo entre los puntos más relevantes se tiene a la diversidad de perspectivas, es decir, al contar con dos cámaras legislativas con funciones y composiciones diferentes el sistema bicameral puede permitir una representación más amplia y diversa de los intereses y necesidades de la sociedad, por ende puede contribuir a una toma de decisiones más equilibrada. Empero:

Este proceso no evita totalmente de cometer errores voluntarios o involuntarios a menos que esta cámara esté conformada por miembros que cumplan ciertos requisitos



técnicos y jurídicos, en otras palabras, este sistema realiza un control minucioso y atento originando estabilidad en el gobierno. (Giménez Martínez, 2016, p.6)

Por otro lado, la existencia de dos cámaras con roles y/o funciones específicas, como una cámara baja y una cámara alta, puede garantizar un sistema de control y equilibrio en la toma de decisiones legislativas. Esto puede evitar la concentración excesiva de poder en una sola instancia y promover una representación más equitativa de los diferentes sectores de la población.

Otro aspecto a resaltar, es que en un sistema bicameral bien diseñado puede facilitar la participación ciudadana en el proceso legislativo al ofrecer diferentes espacios para la representación y la expresión de demandas de la ciudadanía, esto conllevaría a fortalecer la legitimidad que tanto nos hace falta en el Perú. Sin embargo, la aprobación del retorno a la bicameralidad por parte del Congreso peruano se ha realizado a espaldas de la democracia. Aunque la ley se aprobó conforme al procedimiento establecido en la Constitución, la función esencial del Congreso es representar los intereses y necesidades del pueblo. En el referéndum del año 2018, la población desaprobó el retorno a la bicameralidad, lo que demuestra que el Congreso desatendió el mandato popular expresado en ese proceso de consulta ciudadana.

Por su parte, Álvarez Miranda (2018, p. 1) “analizaron la postura institucional del congreso de la república en el sistema constitucional peruano, pasando por explicar el funcionamiento de la democracia representativa y las principales características en los procedimientos de representación unicameral y bicameral del parlamento peruano”. En donde se destacó que el modelo unicameral del actual congreso de la república no contribuyó a mejorar la democracia representativa y resaltan que es necesario el retorno a la bicameralidad para recuperar la representatividad. En ese mismo sentido, Gamper (2018, p.8) indicó que “las segundas cámaras territoriales pueden fortalecer los valores constitucionales no territoriales, como la separación de poderes y la democracia multinivel”.

Que, si bien es cierto, la existencia de dos cámaras con funciones específicas puede contribuir a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, al permitir un mayor escrutinio y debate sobre las leyes. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que también es necesario un equilibrio entre los poderes del Estado. La reforma constitucional aprobada reduce la potestad excepcional del presidente de la República



de disolver el poder legislativo, conforme lo estipulaba el artículo 134 de la Constitución. La Ley de reforma estable la disolución únicamente para la cámara de diputados, pero no para la cámara de senadores. Por lo tanto, sería necesario rediseñar el sistema actual de pesos y contrapesos, abarcando no solo la potestad excepcional de disolver el congreso, sino también la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, la censura ministerial, entre otros aspectos relevantes. Por ende, la eficacia del del sistema bicameral radicaría en su capacidad para reflejar de manera equitativa y diversa los intereses y necesidades de la sociedad, así como en su habilidad para garantizar un sistema de control y equilibrio con los otros poderes.

5.2. Análisis de la capacidad del sistema para generar un equilibrio de poderes

El equilibrio de poderes es un principio fundamental en cualquier sistema político que busca evitar la concentración excesiva de poder en una sola persona o un grupo de personas. En el sistema legislativo peruano, su marco normativo se encuentra establecido en el artículo 43 de la Constitución.³

Ahora bien, analicemos la capacidad de generar un equilibrio de poderes. La existencia de dos cámaras legislativas puede contribuir significativamente a este equilibrio, ya que establece un sistema de control y contrapeso entre ambas cámaras. Esto ayudaría a evitar la concentración excesiva de poder en una sola institución. Asimismo, conforme a lo ya anteriormente mencionado para aprobar una ley intervienen las dos cámaras, es decir, se efectúa una toma de decisiones más reflexiva. No obstante, no se trata únicamente de legislar, como lo hace el actual Congreso, el cual a menudo legisla sin someter los proyectos de ley a un análisis exhaustivo, lo que resulta en aprobaciones precipitadas. Esto resulta en la promulgación de leyes que pueden ser declaradas inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional, como sucedió con la Ley N° 31083 que dispone entregar hasta S/. 4, 300 soles a aportantes y ex aportantes de la Oficina de Normalización Previsional – ONP, declarado inconstitucional mediante la sentencia N° 151/2021 del 04 de febrero del 2021; asimismo, el caso de la Ley N° 31018 que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local, declarado inconstitucional a través de la sentencia N° 210/2021 de fecha 19 de febrero del 2020; o la Ley N° 31039, que ordena el ascenso automático y contrato a plazo indeterminado

3 Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.



a profesionales de salud, declarado inconstitucional a través de la sentencia N° 1041/2020.

En ese orden de ideas, según refiere la Ley N° 31988 aprobada por el Congreso, que restablece la bicameralidad, desde mi perspectiva, no existe un equilibrio adecuado de poderes. Esto se debe a que el Ejecutivo solo tiene la facultad de disolver a la cámara de Diputados, pero no el senado. En situaciones de urgencia, solo se le permite legislar mediante decretos de urgencia, los cuales deben ser revisados por el Senado. Además, la delegación de facultades legislativas se otorga únicamente en materias específicas y por un periodo determinado. El presidente de la República está obligado a rendir cuentas al Senado o la comisión permanente de cada decreto legislativo.

Por otra parte, tanto en un sistema unicameral como bicameral, es importante que el parlamento ejerza funciones de control político efectivas sobre el ejecutivo para garantizar un equilibrio de poderes. La capacidad de la legislatura peruana para llevar a cabo este control político de manera independiente y efectiva es crucial para mantener dicho equilibrio. Adicional a ello, si analizamos la función de control político la unicameralidad y bicameralidad se encuentran en las mismas condiciones. Porque en ambas existen mecanismos de control político que deben ser utilizados para vigilar el accionar del poder ejecutivo.

Ahora en lo referente a la legitimidad y representatividad del sistema legislativo también son aspectos clave para mantener un equilibrio de poderes. Es fundamental que el parlamento peruano refleje de manera adecuada los intereses y necesidades de la sociedad para evitar la concentración de poder en manos de pocos. Pero, en los últimos años la crisis institucional y política del parlamento peruano ha generado una serie de cuestionamientos por parte de población y una baja aprobación de su accionar, evidencia una clara deslegitimación. Esto se debe a los constantes conflictos entre el ejecutivo y el legislativo, que han llevado entre otros hechos, a la renuncia del presidente de la República Pedro pablo Kuczynski, la disolución del congreso y la destitución del presidente Martín Vizcarra. Por su parte, Chirinos señala:

El parlamento se ha visto seriamente afectado en su credibilidad por su manera de actuar al anteponer el interés partidario o personal y dejar de lado las necesidades de los ciudadanos generando desconfianza, malestar e insatisfacción, porque a ellos les concierne resolver los problemas existentes en torno a la corrupción. (Chirinos, 2015, p. 4)



Además, Landa Arroyo (2008), nos señala que “la crisis de legitimidad del congreso de la república nace de la superioridad manifestada a través de la solución de la crisis democrática, pues es aquí donde se origina la problemática de legitimidad del parlamento”. Se puede afirmar entonces que el sistema político peruano enfrenta serias deficiencias estructurales. Estas deficiencias requieren de reformas profundas para evitar futuros conflictos de poder y así poder restaurar la confianza y legitimidad de las instituciones democráticas.

Finalmente, el equilibrio de poderes también implica la independencia del poder judicial. La capacidad del sistema judicial peruano para actuar de manera independiente y garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales es fundamental para mantener un equilibrio de poderes efectivo. Concluyendo, la capacidad del sistema legislativo peruano para generar un equilibrio de poderes dependerá de diversos factores, como la estructura del parlamento, la independencia de sus poderes, la representatividad de sus decisiones y de su capacidad para ejercer un control político efectivo sobre el poder ejecutivo.

5.3. Examen de la eficacia del sistema en la toma de decisiones legislativas

La eficacia del sistema legislativo peruano en la toma de decisiones legislativas es un aspecto crucial para evaluar su funcionamiento y su capacidad para representar y servir a la ciudadanía. Veamos algunos puntos relevantes para examinar la eficacia:

- a.** La eficacia del sistema en la toma de decisiones legislativa puede evaluarse considerando la eficacia y transparencia del proceso legislativo. Siendo importante analizar si el sistema cuenta con mecanismos claros y ágiles para la presentación, discusión, modificación y aprobación de leyes.
- b.** La capacidad del sistema para alcanzar consensos y acuerdos entre las diferentes fuerzas políticas y actores sociales es fundamental para la toma de decisiones legislativas efectivas. La habilidad para negociar y llegar a compromisos puede ser un indicador de la eficacia del sistema en este aspecto.
- c.** La calidad de los debates y análisis de los proyectos de ley en el parlamento es otro aspecto importante a considerar. Un sistema legislativo eficaz debe garantizar un debate informado y profundo sobre las propuestas legislativas, permitiendo la participación de todos los sectores involucrados.



d. La capacidad del sistema para cumplir con los plazos establecidos para la tramitación de las leyes también es un factor relevante. Un sistema legislativo eficaz debería ser capaz de gestionar de manera oportuna y eficiente el proceso legislativo, evitando retrasos innecesarios en la toma de decisiones.

En definitiva, es imperativo considerar estos elementos, ya que son esenciales para asegurar que el sistema bicameral propuesto por el Congreso represente efectivamente los intereses de la sociedad y responda a sus necesidades de manera oportuna y adecuada.

5.4. Ventajas y Desventajas de la Bicameralidad

La bicameralidad, al igual que la unicameralidad, presenta tanto ventajas como desventajas. Veamos a continuación algunas de las principales ventajas y desventajas de un sistema bicameral:

Ventajas

a. Control y equilibrio: al contar con dos cámaras legislativas, se puede establecer un sistema de control y equilibrio entre ambas, lo que puede contribuir a una mayor calidad en la elaboración de leyes y a evitar decisiones precipitadas.

b. Representación diversa: La bicameralidad puede permitir una representación más diversa de los intereses de la sociedad al tener dos cámaras con diferentes formas de elección y representación, lo que puede enriquecer el debate legislativo.

c. Mayor revisión y análisis: Al tener dos cámaras que revisan y discuten los proyectos de ley, se puede garantizar un mayor escrutinio y análisis de las propuestas legislativas, lo que puede resultar en leyes más sólidas y bien fundamentadas.

Desventajas

a. Duplicación de funciones: La existencia de dos cámaras puede llevar a una duplicación de funciones y a un proceso legislativo más lento, lo que podría dificultar la toma de decisiones rápidas en situaciones de urgencia.

b. Costos adicionales: Mantener dos cámaras legislativas implica costos adicionales para el Estado, como salarios de legisladores, infraestructura, personal, entre otros, lo que puede representar una carga económica mayor.



c. Posible conflicto y estancamiento: En ocasiones, las diferencias entre ambas cámaras pueden generar conflictos y estancamientos en la aprobación de leyes, lo que podría obstaculizar el funcionamiento eficiente del sistema legislativo.

En última instancia, la elección entre un sistema bicameral o unicameral dependerá de las necesidades y contextos específicos de cada país, así como de los objetivos que se busquen alcanzar en términos de representatividad, eficiencia legislativa y equilibrio de poderes. Solo nos queda confiar en que la ley propuesta por los congresistas logre abordar estos tres aspectos fundamentales para una sociedad democrática como es la nuestra.

VI. Desafíos y Críticas al Sistema Bicameral en el Perú

La aplicación de la bicameralidad en el contexto social y político del Perú es un tema que genera debate y reflexión, es por ello, que se tiene considerar en primer lugar si su implementación podría contribuir a una mayor estabilidad política al establecer un sistema de control y contrapeso entre ambas cámaras legislativas. Esto podría evitar situaciones de conflicto y facilitar la toma de decisiones. En segundo lugar, si la bicameralidad podría permitir una verdadera representación de los intereses y necesidades de la población peruana al contar con dos cámaras con funciones y composiciones diferentes. Esto daría lugar a una mayor legitimidad. En tercer lugar, la implementación de un sistema bicameral podría fomentar la capacidad de consenso y diálogo entre las diferentes fuerzas políticas, lo cual es fundamental en un contexto político tan polarizado como el nuestro. Por último, la transición hacia un sistema bicameral podría ser parte de un proceso más amplio de fortalecimiento institucional y mejora de la calidad democrática en el país.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la implementación de la bicameralidad no sería una solución única o automática para los desafíos políticos y sociales que enfrenta el Perú. Desde mi perspectiva se necesita de un análisis detallado y un amplio consenso social y político para evaluar si este cambio institucional será beneficioso y viable en el contexto actual del país.

6.1. Identificación de los principales desafíos y obstáculos que enfrenta el sistema bicameral

Entre los principales desafíos y obstáculos que pueden afectar la eficacia y funcionamiento del sistema bicameral se encuentran los siguientes: La duplicación de funciones, es decir, la existencia de dos cámaras conlleva una duplicación de funciones y una mayor complejidad en el proceso legislativo, lo que puede



generar conflictos y retrasos. Las diferencias en las atribuciones y competencias de ambas cámaras pueden dar lugar a conflictos sobre qué cámara tiene la autoridad final. La división del poder legislativo en dos cámaras puede exacerbar la polarización política, ya que cada cámara puede representar intereses y posturas políticas diferentes, dificultando así el llegar a consensos y acuerdos. Esta situación de desacuerdo produce un bloqueo legislativo e impide la adopción de decisiones importantes, lo que afectaría la gobernabilidad del país. Siguiendo esa misma línea la necesidad de coordinar y negociar entre las dos cámaras puede ralentizar el proceso legislativo y generar burocracia, lo que dificulta la capacidad de respuesta del sistema político ante las demandas de la población. Como ya se lo menciono anteriormente también acarrearía costos adicionales lo cual puede resultar oneroso para el Estado. Por último, existe el desafío de garantizar que ambas cámaras sean representativas de la diversidad de la sociedad y que sus decisiones reflejen los intereses y necesidades de la población en su conjunto.

6.2. Análisis de las críticas y controversias relacionadas con su funcionamiento y utilidad

La bicameralidad ha sido objeto de críticas y controversias en diversos contextos debido a sus características y funcionamiento. Algunas de las críticas y controversias más comunes relacionadas con el sistema bicameral son las siguientes:

a. Costos adicionales: Una crítica frecuente es que mantener dos cámaras legislativas implica costos adicionales para el Estado, lo que puede resultar ineficiente y poco económico, especialmente en países con recursos limitados como es en el caso peruano.

b. Duplicación de funciones: Se argumenta que la existencia de dos cámaras puede llevar a una duplicación de funciones y a una mayor complejidad en el proceso legislativo, lo que puede generar ineficiencias y retrasos en la toma de decisiones.

c. Bloqueo legislativo: La posibilidad de que ambas cámaras no lleguen a acuerdos puede conducir a un bloqueo legislativo, impidiendo la adopción de decisiones importantes y afectando la gobernabilidad del país.

d. Polarización política: Al representar intereses y posturas políticas diferentes, las dos cámaras pueden exacerbar la polarización política y dificultar la búsqueda de consensos y acuerdos, lo que puede obstaculizar la adopción de políticas públicas efectivas.



e. Conflictos de competencia: Las diferencias en las atribuciones y competencias de ambas cámaras pueden dar lugar a conflictos sobre qué cámara tiene la autoridad final en ciertos asuntos, lo que puede generar incertidumbre y dificultar la toma de decisiones.

f. Representatividad: Existe la crítica de que las dos cámaras pueden no ser igualmente representativas de la diversidad de la sociedad, lo que puede afectar la legitimidad de las decisiones tomadas y la calidad de la representación política.

A pesar de estas críticas y controversias, algunos defensores del sistema bicameral argumentan que la existencia de dos cámaras puede aportar beneficios como un mayor control y equilibrio de poderes, una mayor representatividad de los intereses regionales o sectoriales, y una mayor calidad en la elaboración de leyes a través del debate y la revisión en ambas cámaras. En definitiva, la evaluación de la utilidad y eficacia del sistema bicameral dependerá del contexto político, social y económico de cada país, así como de la capacidad de las instituciones para superar los desafíos y obstáculos que puedan surgir en su funcionamiento. Asimismo, independientemente de si se aplica el sistema unicameral o bicameral, lo importante es garantizar una verdadera representación y velar por el bienestar de la sociedad peruana.

VII. Conclusiones

a. La bicameralidad ha sido una característica predominante en la historia constitucional del Perú, con excepción de dos constituciones. Asimismo, ha sido objeto de críticas y controversias debido a sus costos adicionales, la posible duplicación de funciones, el riesgo de bloqueo legislativo, la polarización política y los conflictos de competencia.

b. La eficacia del sistema bicameral radica en su capacidad para reflejar de manera equitativa y diversa los intereses y necesidades de la sociedad, así como en su habilidad para garantizar un sistema de control y equilibrio con los otros poderes. La evaluación de su utilidad y eficacia va a depender del contexto político, social y económico de cada país, así como de la capacidad de las instituciones para superar los desafíos y obstáculos que puedan surgir en su funcionamiento.

c. La implementación de un sistema bicameral, si bien es cierto podría fomentar la capacidad de consenso y diálogo entre las diferentes fuerzas políticas, lo cual es necesario en un contexto político polarizado como el nuestro. No obstante,



es necesario realizar un análisis detallado y lograr un amplio consenso social y político para evaluar si el cambio institucional hacia la bicameralidad sería realmente beneficioso y viable.

d. Por último, la Ley N° 31988, que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú, constituye un esfuerzo del poder legislativo por mejorar la representatividad, la calidad de las leyes y la estabilidad política. Sin embargo, es imperativo evaluar si dicha reforma resultará beneficiosa y viable en el contexto actual del país, considerando factores cruciales como el equilibrio de poderes. Cabe destacar que, desde una perspectiva preliminar, se advierte una ausencia de un auténtico equilibrio de poderes en la presente ley.

VIII. Lista de Referencias

- Álvarez Miranda, E. y U. M. R. (2018). Reforma Política en la organización del Congreso de la República: ¿es necesario restituir el sistema bicameral? 35, 145–152.
- Cabanellas de Torres, G. (2002). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Cevallos Scudin, J. A. (2018). Antecedentes Históricos y Normativos del Bicameralismo en Perú y Legislación Comparada. 2. Lima.
- Chirinos, M. P. (2015). La función de representación: nuevas perspectivas y estrategias. 1–190. Lima
- Gamper, A. (2018). Representing Regions, Challenging Bicameralism: An Introducción. 10.
- Giménez Martínez, M. Á. (2016). El dilema unicameralismo-bicameralismo en la Segunda República española. Hispania - Revista Española de Historia, Vol. 76. <https://doi.org/10.3989/hispania.2016.021>
- Landa Arroyo, C. (2008). Desafíos y Perspectivas para la representatividad Parlamentaria en el contexto de la Sociedad Global. Derecho & Sociedad 31.
- Peruano, E. (2024). Publicación Oficial - Diario Oficial El Peruano.
- Planas Silva, P. (1997). Derecho Parlamentario. Lima: Ediciones Forences.



Quintanilla Young, V. y C. de Q. Vilma. (1989). Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados. Lima.

Rodríguez, R. (2000). El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional. 191–204.

quaestio iuris

Fundamentos jurídicos para regular la
prohibición expresa de la maternidad
subrogada onerosa en Perú

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.5>



Fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en Perú

Legal foundations to regulate the express prohibition of subrogated maternity onerous in Peru

QUINTEROS EDQUÉN, Orlando¹

Recibido: 12.05.2025

Evaluado: 28.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas. **III.** Argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada. **IV.** Desarrollo convencional y constitucional de la maternidad subrogada. **V.** Regulación de la maternidad subrogada en la legislación comparada. **VI.** La maternidad subrogada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú. **VII.** Regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso **VIII.** Garantía de la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante. **IX.** Límites a la libre disposición del cuerpo humano. **X.** Garantía del uso adecuado de las TRHA en relación con la maternidad subrogada **XI.** Conclusiones **XII.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo, aborda la problemática de la falta de regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú; toda vez que la misma como TRHA² ha adquirido relevancia a nivel mundial producto del desarrollo de la ciencia médica, al servir como una opción para parejas que adolecen de problemas de infertilidad y anhelan tener prole. Esto ha generado que se vea superado el artículo 7 de la Ley General de Salud, único dispositivo legal que regula sucintamente a las

¹Abogado, Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro con Mención en Derecho Registral y Notarial por la Universidad Señor de Sipán, Miembro de la Red Nacional de Capacitadores Registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Email: oquinterosius@gmail.com, oquinterose_epg2023@unc.edu.pe; ORCID 0009-0008-9007-6127

²TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.



TRHA en el Perú. Por esa razón, desarrollamos los fundamentos jurídicos para regularla dentro del Código Civil, partiendo por estudiar el positivismo jurídico, por tratarse de un hecho jurídico no regulado en nuestro ordenamiento, posteriormente arribamos al análisis de los derechos fundamentales involucrados; luego tratamos a la libre disposición del cuerpo humano, la bioética, las técnicas de reproducción humana asistida, la tipología de la maternidad subrogada; examinamos los pronunciamientos judiciales relevantes y finalmente estudiamos a la legislación comparada.

Propongo resolver el problema con la incorporación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el artículo 415-E del Código Civil, adicionalmente a ello la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

Palabras Clave: Fundamentos jurídicos, maternidad subrogada, onerosa, prohibición expresa.

Abstract

This article addresses the problem of the lack of regulation of the express prohibition of burdensome surrogacy in Peru. Since the same as TRHA has acquired relevance worldwide as a result of the development of medical science, by serving as an option for couples who suffer from infertility problems and yearn to have children. This has led to the passing of Article 7 of the General Health Law, the only legal device that succinctly regulates TRHA in Peru. For that reason, we developed the legal foundations to regulate it within the Civil Code, starting by studying legal positivism, since it is a legal fact not regulated in our system, later we arrive at the analysis of the fundamental rights involved; then we deal with the free disposition of the human body, bioethics, assisted human reproduction techniques, the typology of surrogacy; We examine the relevant judicial pronouncements and finally we study the comparative legislation. I propose to solve the problem with the incorporation of the express prohibition of onerous surrogacy in article 415-E of the Civil Code, in addition to the modification of article 7 of the General Health Law.

Keywords: Legal grounds, surrogacy, burdensome, express prohibition.

I.- Introducción

Los avances de la ciencia médica a partir de la década de los setenta, han dado lugar al nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como son la fecundación



in vitro, la transferencia de gametos, la inseminación artificial, la donación de gametos y la maternidad subrogada, ello como alternativas de solución para parejas con problemas de infertilidad. Estos adelantos en materia genética han generado en la sociedad argumentos a favor y en contra, siendo uno de los argumentos más asertivos a favor de la maternidad subrogada, el que indica que esta técnica contribuye a la solución médica y por ende psicológica de aquellas personas que padecen enfermedades reproductivas poco comunes que no les permiten procrear naturalmente, en ese sentido, la maternidad subrogada debe ser considerada como una opción para los problemas de infertilidad.

II. Métodos y técnicas

Se ha recurrido a métodos cualitativos de naturaleza jurídica tales como la hermenéutica jurídica, la dogmática civil y la argumentación, precisamente para analizar las normas jurídicas que establece la maternidad subrogada y someterla a una crítica y construir, en base a la argumentación jurídica, argumentos jurídicos que se exponen.

Como técnicas de investigación he utilizado el análisis documental y el registro de documentos, tales como la literatura doctrinal jurídica que aborda esta materia.

III. Argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada

Los argumentos en contra señalan que la maternidad subrogada contribuye a la mercantilización del ser humano, en especial a la cosificación de la mujer, y la explotación de la misma, al desconocer los derechos de la madre sustituta, incentivando y promoviendo el ánimo de lucro, como si se tratara de una especie de mercado negro que promueve el contrato de compraventa oculto de recién nacidos para su tráfico comercial, resultando de esta manera reprochable por atentar contra normas éticas, morales y sobre todo de derechos fundamentales.

La posición que se asume en el presente artículo es a favor de la maternidad subrogada de carácter altruista, lo cual estaría dentro de los alcances del artículo 6 del Código Civil peruano, norma jurídica que regula que los actos de disposición del propio cuerpo son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios.



IV. Desarrollo convencional y constitucional de la maternidad subrogada

La razón de ser de las TRHA y en especial de la maternidad subrogada, es el derecho a formar una familia, derecho que se encuentra regulado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe mencionar que la Constitución Política del Perú no contempla taxativamente el derecho a formar familia, dentro de los derechos de la persona prescritos en el artículo 2, sin embargo lo desarrolla en virtud de lo señalado en el artículo 3, al mencionar que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona, permitiendo la constitucionalización del citado derecho.

En el ordenamiento jurídico peruano existe un vacío legal respecto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, es por esta razón que no se ha desarrollado una posición con relación a estas técnicas, a pesar de las pronunciamientos judiciales que existen con relación a la maternidad subrogada, lo poco con lo que se cuenta en materia legislativa es el artículo 7° de la Ley General de Salud, norma jurídica que entró en vigencia a fines de julio de 1997 y reconoce el derecho a recurrir a un tratamiento para la infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, el problema surge debido a que dicha norma no hace visible su carácter imperativo, al no atribuirle sanción alguna a su incumplimiento.

Frente a esta coyuntura, el derecho como regulador de conductas humanas no se debe mostrar ajeno a estas situaciones novedosas y más aún cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha considerado a la infertilidad como la quinta mayor discapacidad, entonces nos enfrentamos a un problema mayúsculo de salud pública, que atañe a los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la salud, al libre desarrollo y a la autodeterminación reproductiva.

Respecto a los intentos de llenar ese vacío legal con alguna normativa, se han presentado varios proyectos de ley, a propuesta de las diversas bancadas del Congreso a lo largo de los últimos diez años, siendo los que más destacan el N.° 2003/2012-CR, N.° 1722-2012-CR y el N.° 2839-2013-CR, proyectos que buscan regular de manera general a las técnicas de reproducción humana asistida, sin regular los alcances de la maternidad subrogada de



índole filantrópico, ni muchos menos establecer sanciones para las personas que consientan o promuevan los vientres de alquiler.

V. Regulación de la maternidad subrogada en la legislación comparada

La casuística en el mundo con relación a la problemática que genera la maternidad subrogada, ha dado lugar a diversas posturas, en el sentido de que existen países que la prohíben, como es el caso de Alemania que penaliza en su legislación la utilización abusiva de las técnicas de reproducción humana en la Ley de Protección del Embrión N.º 745/90, Francia también asume una postura de prohibición al considerar. en el inc. 7 del artículo 16 del Código Civil Francés, que todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo; y España también adopta la misma postura, a través del artículo 10 de la Ley 14/2006, dispositivo legal que regula las técnicas de reproducción humana asistida, señalando que todo contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio será nulo.

En cuanto a los países que permiten la maternidad subrogada, tenemos a Brasil que cuenta con la Resolución del CFM N.º1957/2010, la cual establece que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana asistida pueden usar estas técnicas siempre que exista un problema médico que impida la gestación. El Reino Unido también regula las TRHA en el artículo 30 de Ley de Fertilización Humana y Embriológica. A nivel de Sudamérica, Brasil y Uruguay son los únicos países que cuentan con regulación expresa.

VI. La maternidad subrogada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

En cuanto a la jurisprudencia, en el Perú a pesar de no estar regulada la maternidad subrogada, se han dado casos que han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia, como fue con la Casación N.º 563-2011-Lima, según la sentencia, el matrimonio de DFPQ y GS, encargaron a IZCM la gestación de su futuro hijo, acordando que sería entregado al matrimonio después de nacido, el matrimonio pagó a la madre gestante la suma de U\$ 18,900 dólares. La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior del niño a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad. Asimismo, el colegiado se basó en el comportamiento de la gestante y su pareja, quienes mostraron la intención de renunciar al bebé a cambio de dinero, en ese sentido decidieron que primaba el interés superior de la niña y que por lo tanto continuara viviendo con el matrimonio DFPQ y G.S. debido a la carencia moral de la gestante.



VII. Regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso

En virtud de lo expuesto, lo que se plantea es la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada de carácter oneroso en el Código Civil, debido a que la propuesta contenida en el inciso 4 del artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil que prescribe: “Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial”, ,no constituye, en nuestra opinión, una norma imperativa que desincentive la práctica de los llamados contratos de “vientre de alquiler”, los cuales devendrían en nulos, puesto que la suscripción de estos contratos implica la pérdida de la autonomía personal durante la gestación, traduciéndose en la pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante al aceptar una serie de condiciones que minan su autonomía, al someterla a un control de terceras personas con un fin lucrativo. Por ello, en el presente artículo pretendemos formular fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú.

VIII. Garantía de la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante

Respecto al análisis del primer fundamento que garantiza la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la mujer gestante, implica que los acuerdos de maternidad subrogada onerosa contravienen el valor-principio superior previsto en el artículo 1 de la Constitución, el cual prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Cabe resaltar que la vida del ser humano es inseparable de su dignidad, no se puede aceptar a la vida humana sin que esté ligada a la dignidad, pues ella responde a la posición especial que ostenta la persona respecto a los demás seres irracionales. Es por ello que el ser humano dotado de dignidad, es el único ser vivo consciente de su existencia, capaz de reflexionar sobre sí mismo y sobre los demás seres de su misma especie, esta constatación del sentido común que gozamos como seres humanos nos lleva a señalar que la vida humana encarnada en un sujeto digno, es el valor sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico y la existencia del Estado. Lo aseverado nos lleva a concebir que el concepto de persona humana contenido en el artículo 1 de la Constitución, es un valor institucionalizado que nutre a todo el ordenamiento jurídico y a todas aquellas disposiciones jurídicas que regulen a la persona humana, las mismas que deben respetar su posición de sujeto de derecho con dignidad.



110

En la Constitución Política del Perú de 1993, se concibe a la dignidad como un valor supremo, como un valor privilegiado, pues en la dignidad humana se refuerza el carácter de la Constitución como documento estatutario de la vida en comunidad (...), de este modo, se funda como una meta norma que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesa a manera de ratio legis, todo el contenido de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico. Dichas normas deben respetar, defender y valorar en todo momento a la persona humana, en especial a la mujer gestante, este es el camino que debe seguir el legislador al momento de aprobar las normas que tengan que ver con ella. (Lalupú, 2013, p.132). Por esta razón la dignidad humana, se transforma en el límite esencial para analizar y valorar las conductas de los particulares, como debe ocurrir con los acuerdos de maternidad subrogada, los mismos que tienen que analizarse conforme al valor humano comúnmente compartido que nos hace reconocernos entre humanos. En ese sentido, la dignidad humana se convierte en la génesis de nuevos derechos, que fundamenta a todo el ordenamiento jurídico, así lo entendió el poder constituyente al haber definido a la dignidad, como un concepto amplio que lo abarca todo, en pocas palabras la dignidad lo es todo.

El referido trato en lugar de enaltecer la vida humana como valor supremo, conlleva a que se afecte, se envilezca, se deje de lado lo humano y se desconozcan los más básicos derechos de la mujer gestante. A tal efecto los contratos de maternidad subrogada tienden a degradar y a deshumanizar a la mujer portadora, debido a que se le reduce a una “incubadora humana”, cuyo embarazo se concibe como un acto mecánico dejando de lado vínculos afectivos que se generan entre madre e hijo por naturaleza. Lo expuesto se acentúa, en la actualidad por el consumismo lo que en palabras del jurista Varsi sería el industrialismo procreativo, donde todo se vende y la vida humana con los contratos de alquiler de vientre parece tener un precio en el mercado, donde la mujer que hace de incubadora humana recibe una suma de dinero a cambio de arrendar su vientre, al igual que en la venta de órganos humanos en el mercado negro, es preciso hacer recordar a la comunidad jurídica que la persona humana es un fin en sí mismo, en definitiva, el hombre es persona, es decir realidad viva, por lo tanto hay que protegerlo y promoverlo en todo acto contrario a su dignidad humana. En esa misma línea no resulta armónico con su naturaleza que se encargue la gestación de un menor a un vientre ajeno para que una vez que nazca, sea entregado a los padres intencionales, a cambio de una suma de dinero, estamos en presencia de la venta de una vida, siendo a todas luces algo repudiable puesto que se estaría lucrando con la vida de un ser humano.



La maternidad subrogada se ha convertido en una “industria” de la explotación reproductiva a escala mundial, debido a que, desde el punto de vista de la oferta, las clínicas de fertilidad, las agencias intermediarias y bufetes de abogados, junto a empresas aseguradoras y entidades de crédito articulan el negocio de la explotación reproductiva de bebés recién nacidos. En un informe de la Relatora Especial sobre la Venta y la Explotación de Niños la Asamblea General de Naciones Unidas, establece que los intermediarios son los responsables de establecer los mercados de explotación reproductiva, percibiendo ingentes ganancias. El negocio está liderado por la clínicas de fertilidad que suelen pertenecer a grupos médicos internacionales y que en algunos países, además de realizar los tratamientos de reproducción humana asistida, el seguimiento de las madres de alquiler y la atención del parto; se encargan de las funciones que suelen realizar las agencias intermediarias proporcionando el catálogo de madres de alquiler y proveedoras de óvulos; prestando servicios de traducción, pediatría o guardería, acompañamiento y asesoramiento legal a los compradores y vigilado a las madres durante el proceso. (Trejo, 2021, p.15). Lo preocupante es que la explotación de mujeres con fines reproductivos ha ido incrementándose, producto de la demanda que tiene en la actualidad la maternidad subrogada onerosa. Según las estimaciones del informe The Global Surrogacy Market Report en 2018, la venta de bebés nacidos por subrogación generó unos ingresos que alcanzaron los 6.000 millones de dólares. Se prevé que en 2025 la cifra de negocios de baby business llegue a los 27.500 millones de dólares, lo que supone una tasa de crecimiento anual compuesta de 24,5 por ciento para el periodo 2019-2025. De estos 27.500 millones de dólares, 17.700 millones serán ingresos generados exclusivamente por clínicas de fertilidad, lo que equivale al 64 por ciento del total; el resto, un 36 por ciento se lo reparten entre comercializadoras, servicios jurídicos y empresas satélites. Del total de la cifra de negocio a nivel mundial, las mujeres solo percibirían el 0.9 por ciento de los ingresos generados, por este motivo la politóloga y activista feminista califica esta práctica como “proxenetismo reproductivo”. (Trejo, 2021, p.20)

La autora Ana Trejo Pulido, revela que en el mismo estudio de mercado que las principales compañías dedicadas al negocio de la explotación reproductiva a través de la subrogación estarían New Hope Fertility Center (EEUU), Ovation Fertility (EEUU), AVA Clinic Scanfert (Rusia), Extraordinary Conceptions (EEUU), Bangkok IVF Center (Tailandia) y Nova IVF Fertility (España) e IVI-RMA Global (España). Estas dos últimas empresas pertenecen al grupo español IVI-Instituto Valenciano de Infertilidad, pionero y líder en España en servicios privados de reproducción asistida y tratamiento de fertilidad desde los años 90 y cuyo valor a finales de 2019 era de



entre 1.000 y 1.200 millones de euros (Trejo, 2021). Lo llamativo es la estructura con la que operan en el mercado estas compañías, llegándose a comparar con compañías transnacionales, debido a que introducen la anatomía y fisiología femenina, su capacidad de reproducción, en el modo de producción liberal a escala mundial, en el contexto de una economía global, y subsidiaria de importantes beneficios económicos, tal es el caso de Nova IVF Fertility (NIF), que es una joint venture con el que el Instituto Valenciano de Fertilidad entra en la India en el 2012. Ese año representó el punto cúspide del negocio de la subrogación en la India, momento en que operaban en el país más de 3.000 clínicas de fertilidad, que solo en ese año ingresaron más de 400 millones de dólares.

De lo expuesto, se advierte que la maternidad subrogada onerosa en la actualidad representa un gran mercado que mueve millones de dólares a nivel mundial, lo que llama la atención y a su vez resulta peligroso, es la manera en que se organizan y operan las compañías de fertilidad que se equiparan con empresas transnacionales, ello debido a que han pasado de operar en Europa a tener presencia en Asia, eso se ve reflejado con el caso de Nova IVF Fertility (NIF), compañía que opera en la India, país catalogado mundialmente como paraíso del turismo reproductivo. Estas compañías se valen del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran muchas mujeres para captarlas y someterlas a esta praxis médica que es la maternidad por encargo, lo cual representa a todas luces una explotación puesto que según el informe The Global Surrogacy Report, las mujeres que ceden su vientre solo perciben el 0.9% por ciento de los ingresos generados, el resto de ingresos va a las arcas de las compañías citadas.

Casos de maternidad subrogada ocurren también en países de Sudamérica, siendo uno de ellos el Perú, puesto que solamente Brasil y Uruguay regulan la gestación subrogada en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero siempre y cuando se realicen entre familiares de hasta segundo grado de consanguinidad. En el caso de Brasil, la maternidad subrogada debe ser altruista. Es decir, la mujer gestante no debe recibir contraprestación alguna por ceder su vientre. La postura adoptaba por su ordenamiento va acorde con la Constitución de Brasil, la cual prohíbe la comercialización con órganos y tejidos. Entre otros requisitos interesantes, también prescriben que la madre gestante no debe superar los 50 años y tampoco tener un problema médico que ponga en riesgo su vida. En el caso de Uruguay, los gametos deben pertenecer a alguno de los padres intencionales y debe presentar un déficit de fertilidad anterior.

Como se puede observar, existen vacíos en los ordenamientos jurídicos de los países de Sudamérica, permitiendo que se realicen



contratos de vientre de alquiler, sacando ventaja de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que prestan su vientre, las cuales en su mayoría presentan una pobre formación académica, además de una difícil situación económica, trayendo como consecuencia la afectación de su dignidad con la celebración de estos contratos. En el Perú existe un vacío legal, el cual permite a las clínicas de fertilidad que pertenecen a organizaciones orientadas al “industrialismo procreativo” de la maternidad subrogada onerosa, difundan sus anuncios por la web, generándose una especie de mercado negro de bebés, en ese sentido resulta urgente la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en nuestro ordenamiento jurídico, ello con el fin de desincentivar este tipo de conductas que con el tiempo amenazan con convertir al Perú en un paraíso de la gestación subrogada. Lo expuesto cobra fuerza en la realidad con el caso que dio mérito a la Casación N.º 563-2011-Lima, mediante el cual la pareja de esposos conformada por GS. y DFPQ encargaron a ICM. que gestara a su hijo, pagándole la suma de US\$ 18,900.00 dólares, como ayuda económica, acordando que, al nacimiento del niño, ella se lo entregaría. Cabe mencionar que este es uno del sinnúmero de casos que a diario se realizan en nuestro país y de los que jamás sabremos porque no han llegado a los oídos de la prensa, lo que muestra el lado oscuro de la maternidad subrogada, haciendo imperiosa la necesidad de legislar en contra la maternidad subrogada de índole onerosa, a efectos de disuadir conductas como la narrada.

Se concluye que los acuerdos de maternidad subrogada, fomentan la instrumentalización de la mujer, toda vez que alquila su vientre para concebir un hijo sin responsabilidad a cambio de una suma de dinero, contraviniendo de esta manera a la dignidad humana, en ese sentido la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, garantizaría la protección de la dignidad humana, puesto que su efecto disuasivo para la celebración de estos acuerdos, contribuiría al irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la mujer.

IX. Límites a la libre disposición del cuerpo humano

Respecto a los límites a libre disposición del cuerpo humano, cabe señalar que para el derecho civil, el cuerpo humano es un bien extracomercium, es decir se encuentra fuera del comercio de los hombres y por lo tanto no es susceptible de ser transmitido ni le se puede asignar un valor comercial; esto implica que el cuerpo humano no puede ser propiedad de otros, por lo tanto, la configuración actual del derecho de propiedad por parte del derecho positivo no tiene una respuesta respecto al cuerpo. Si bien es cierto la prostitución, entendida como la venta de servicios



sexuales, se une a la disposición del cuerpo en relación con la donación de órganos, la investigación biomédica a través de tejidos humanos y la maternidad subrogada onerosa. Es cierto que estas conductas generan el desprecio de la sociedad al comercio del cuerpo humano, sin embargo, existe una cierta aceptación de situaciones en las que se realizan intercambios con el cuerpo o con sus partes.

Es por esta razón que se habla de una flexibilización de la propiedad del cuerpo, entonces se admite que la relación entre el ser humano y su cuerpo se caracterice por cierto sentido de la propiedad que nos da derecho a disponer del mismo en ciertos aspectos, entonces debería ser posible asumir que ese uso debe estar sometido a límites y sujeto al respeto de los derechos fundamentales. En virtud de lo expuesto se plantea en la tesis, la necesidad de una intervención pública, por medio del Poder Legislativo que regule y limite el empleo de las TRHA, especialmente la maternidad subrogada, restringiendo su empleo en última ratio y solo con fines estrictamente altruistas, proscribiendo conductas de índole lucrativo, ello con el fin de evitar que compañías de fertilidad operen en nuestro país y generen una “industria” de explotación reproductiva tal como se ve en países como México, India y Ucrania.

Un análisis de la legislación peruana, nos lleva a afirmar que la normativa civil en el Perú no está diseñada para ser aplicable al cuerpo humano, ello debido a que su contenido se circunscribe en tres facultades: uso-disfrute, disposición y reivindicación. De lo que nuestro Código Civil, se remonta al Siglo XVII, encuadrándose a normas de derecho positivo desde una concepción netamente materialista y externa del cuerpo humano, ello en virtud a que el desarrollo normativo de ese entonces se ceñía a un contexto en donde los avances científicos no existían y por ende no podía aceptar la posible transmisión de partes del cuerpo humano, verbigracia donación de órganos, tejidos biológicos y células humanas. Un sector de la doctrina asevera que el cuerpo humano en su conjunto no es materia de transferencia, pero los avances en medicina si permiten la transmisión de partes del cuerpo humano. (Redondo, 2017).

Coincido con la postura del profesor Espinoza, cuando manifiesta que la utilización de las TRHA a título gratuito, debe ser por pura generosidad, es decir dejando de ser un contrato para ser netamente un acto altruista y de liberalidad, ello guarda coherencia con lo regulado en el artículo 6 del Código Civil, puesto que no hay mejor acto humanitario que el permitir, a una pareja cumplir con su proyecto de vida de ser progenitores, sin embargo éste acto carecería de sentido si se le coloca un precio. (Espinoza, 2012),



toda vez que el recurrir a las TRHA y en especial a la maternidad subrogada debe estar revestida por un sentimiento de filantropía y alejado de cualquier interés lucrativo que vaya en contra de los límites de la disposición del cuerpo humano.

Se concluye que la prohibición de disponer del cuerpo humano, se justifica a partir de la óptica de los derechos fundamentales para fundarse en la salvaguarda de la dignidad humana y de la protección de la integridad del ser humano. Sin embargo, considero que los avances de la ciencia médica en esta área han permitido que el derecho positivo se flexibilice, mediante los acuerdos de maternidad subrogada de carácter altruista, ello debido a que los seres humanos como seres libres tienen un proyecto de vida que cumplir, como es el privilegio de ser padres. En ese sentido con la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil y su respectiva regulación mediante una norma especial, representaría el establecimiento de los límites a la libre disposición del cuerpo humano, siendo que dicha normativa guardaría concordancia con lo dispuesto con el artículo 6 del Código Civil, el cual prescribe que los actos de disposición del cuerpo humano están permitidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad.

X. Garantía del uso adecuado de las TRHA en relación con la maternidad subrogada

Esta garantía se fundamenta en los derechos reproductivos, entendidos como el reconocimiento básico a todas las personas o individuos, para que decidan libre y responsablemente el número, espaciamiento, la ocasión de tener hijos y de acceder a la información y a todos aquellos medios para hacer posible ello, así como el derecho a gozar de una adecuada salud sexual y reproductiva posible. En ese contexto, al hablar de derechos reproductivos, se hace imprescindible desarrollar a la voluntad procreacional, entendida como la intención de querer tener prole, brindarle afecto y asumir la responsabilidad de la formación integral de los hijos, ello resulta de vital importancia, puesto que significa que los hijos concebidos mediante las TRHA, son también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos, o sea el material genético.

Si bien es cierto que el desarrollo de la ciencia médica respecto a la procreación humana, ha permitido a las personas o parejas que ostenten voluntad procreacional, el acceso a las TRHA, ello a efectos de perpetuar su especie, no obstante, en los últimos veinte años el uso indiscriminado de estas técnicas guiadas por el *animus lucrando*, ha puesto en aprietos a la dignidad humana y a



los demás derechos fundamentales reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales. Es por ello, que en la actualidad las TRHA han sido aplicadas con regulación o sin ella, con muchísimo éxito, por ello se dice que desde 1978 hasta 2006, más de tres millones nacieron en el mundo a partir de estas técnicas, específicamente en España durante los años treinta, han sido alumbrados, luego del recurso de la ciencia, 90000 niños. En Francia, la extensión de la procreación médica es superior, pues en el año 2006 se reportó el nacimiento de 2042 niños. En el Perú, no se cuenta con cifras oficiales que muestren la extensión de la aplicación de las TRHA, del estado de su desarrollo, así como del número de nacimientos a consecuencia de la medicalización de la procreación. (Lalupú, 2013)

La citada omisión de la que adolece nuestro ordenamiento jurídico, nos impide conocer la cifra real de los nacidos bajo estas técnicas de reproducción humana asistida, su acogida en los últimos años y quienes son las personas que recurren a ellas, esto pone al descubierto que en el Perú no existe una política de control por parte del Estado sobre este sector médico orientado a la procreación, siendo en su mayoría clínicas de fertilidad que operan en las provincias más populosas del país, lo advertido no puede dejarse de lado, debido a que el empleo de las TRHA, tienen repercusiones éticas y jurídicas sobre la vida humana, lo cual contribuye a la mercantilización de la gestación en la mujer y el tráfico de niños.

La Ley General de Salud, Ley No. 26842, vigente desde julio de 1997, regula sucintamente a la inseminación artificial en su artículo 7. No obstante, a pesar de ser el único artículo de todo nuestro ordenamiento jurídico que hace mención a las TRHA, considero que el espíritu de la norma fue establecer como condición sine qua non para recurrir a las TRHA, el haber seguido previamente un tratamiento de fertilidad, puesto que estas técnicas son procesos supletorios de la infertilidad que exige la ley, imponiendo el deber de demostrar el agotamiento de los tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida.

El artículo 7 de la Ley General de Salud, reconoce expresamente la dignidad del embrión in vitro, partiendo del supuesto que las técnicas de reproducción humana asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios en el sentido que buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como praxis médicas estas técnicas fortalecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede estar



supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio de beneficencia de la Bioética. (Varsi, 2000). Lo aseverado guarda concordancia con lo dispuesto en la Declaración de Mónaco,³ el cual fue un coloquio internacional en el que se puso de manifiesto la problemática que se plantea en la zona de convergencia entre la bioética y los derechos del niño y que culminó con la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”.

Se concluye que nuestro ordenamiento jurídico está desprovisto de una legislación que desarrolle a las TRHA, especialmente a la maternidad subrogada, dado que el artículo 7 de la LGS, es de carácter genérico y desfasado, debido a que en la época en que entró en vigencia, el empleo de las TRHA era poco recurrible en la sociedad peruana. A pesar de ello, son rescatables las modificaciones que ha considerado el Anteproyecto de reforma del Código Civil, en torno a las TRHA, sin embargo considero que la atribución de carácter no patrimonial que se le otorga a los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no es suficiente, siendo necesaria la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, permitiendo recurrir a la maternidad subrogada filantrópica de manera supletoria y no alternativa, garantizando con ello el uso adecuado de las TRHA.

XI. Conclusiones

- a. Los acuerdos de maternidad subrogada de carácter oneroso, atentan contra la dignidad humana, reconocida en nuestra Constitución como un meta principio que sirve de fundamento para los otros derechos fundamentales, en ese sentido su protección se hace necesaria para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y así garantizar el uso adecuado de las TRHA, ello mediante la regulación de la prohibición expresa de dichos acuerdos en el Código Civil.
- b. La maternidad subrogada como TRHA, se encuentra vinculada con una gama de derechos fundamentales, como son la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud, el derecho a la autodeterminación reproductiva, los derechos reproductivos, el interés superior del niño y el derecho a la procreación; los cuales

³En cumplimiento de la Resolución 30 C/24, del 28 al 30 de abril de 2000 se celebró en Mónaco un coloquio internacional sobre “Bioética y Derechos del Niño”. Participaron más de 200 personas procedentes de 45 países. S.A.R. la Princesa de Hannover, Presidenta de la AMADE, y la Sra. Jaroslava Moserova, Presidenta de la Conferencia General, honraron con su presencia la ceremonia de apertura, y S.A.S. el Príncipe heredero Alberto, Presidente Honorario de la AMADE, la ceremonia de clausura. Esta reunión dio como resultado la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”



son necesarios para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y de esta manera garantizar el uso adecuado a las TRHA.

c. La bioética como disciplina, surge como respuesta a los conflictos suscitados por el rápido avance de la ciencia médica, orientando las conductas de los profesionales de la biomedicina al cumplimiento de sus principios; como son, el principio de respeto por las personas, el principio de beneficencia, el principio de justicia y el principio de solidaridad. En ese sentido, la bioética promueve la práctica filantrópica de las TRHA, garantizando de esta manera la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

d. Las TRHA son aquellos métodos que sirven de solución para problemas de infertilidad en la persona y las parejas que anhelan procrear, confiriéndoles la posibilidad de tener prole. Las clases más comunes en el Perú son: Inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad subrogada, transferencia de gametos y donación de gametos. En ese sentido, se hace necesaria la regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de dichas técnicas, ello a efectos de garantizar su uso adecuado, acorde con la dignidad humana y los derechos fundamentales.

e. Los actos de libre disposición del cuerpo humano, tienen como limite el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, ello con el fin de garantizar el uso adecuado de las TRHA, a pesar de ello se encuentran permitidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que correspondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, conforme a lo estipulado en el artículo 6 del Código Civil, en ese sentido los acuerdos de maternidad subrogada de carácter filantrópico estarían justificados.

f. En el Perú existe un vacío legal acerca de la regulación de la maternidad subrogada de índole oneroso, la cual es regulada de manera genérica en el artículo 7 de la Ley General de Salud, no obstante dicho dispositivo legal, ha sido superado por los avances de la genética y la biotecnología en los últimos veinte años; asimismo, el inciso 4 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, le atribuye a los acuerdos de procreación por cuenta de otro, contenido no patrimonial, empero, dicha norma no tienen carácter imperativo, por lo tanto se hace necesaria la regulación jurídica a manera de prohibición en el Código Civil y la consecuente modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.



XII. Lista de Referencias

- Espinoza, J. (2012). Derecho de las Personas. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Lalupú, L. (2013). Las Técnicas de Reproducción Artificial: Maternidad subrogada y dignidad Humana. Lima: Editorial San Marcos.
- Redondo, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: La posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. Revista Eunomía. ISSM 2253-6655. N.º 12, abril-setiembre.
- Trejo, A. (2021). En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Alamandralejo, España: Plataforma Stop Vientres de Alquiler.
- Varsi, E. (2000). Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad. Revista Ius Et Veritas. Núm. 21. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15975>

La aplicación de presunciones legales e inversión de la carga de la prueba: ¿constituye en una limitante para la argumentación probatoria en la decisión judicial de los procesos laborales?

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.6>



La aplicación de presunciones legales e inversión de la carga de la prueba: ¿constituye en una limitante para la argumentación probatoria en la decisión judicial de los procesos laborales?

The application of legal presumptions and reversal of the burden of proof: Does it constitute a limitation for evidentiary argumentation in the judicial decision of labor proceedings?

ARAUJO CACHAY, Carmen Nancy¹

Recibido: 17.05.2025

Evaluado: 15.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. II. Métodos y técnicas. III. Argumentación y motivación de la decisión judicial. IV. Inversión de la carga de la prueba y principio de aportación de parte. V. Presunciones legales en el proceso laboral. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad determinar si la regla de inversión de la carga de la prueba y aplicación de presunciones legales, que caracteriza primordialmente la actuación probatoria en materia laboral, limita una correcta argumentación probatoria en la decisión judicial, para lo cual se incidirá en el análisis de la tipología de presunciones y regla de la carga de la prueba regulada en la Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 29497.

Palabras clave: Inversión de la carga de la prueba, argumentación jurídica, proceso laboral, presunciones legales.

Abstract

The purpose of this essay is to determine if the rule of reversal of the burden of proof and application of legal presumptions,

¹Abogada. Jueza del Primer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.



which primarily characterizes the evidentiary action in labor matters, limits a correct evidentiary argumentation in the judicial decision, for which it will affect in the analysis of the typology of presumptions and the rule of the burden of proof regulated in the Labor Procedural Law - Law 29497.

Keywords: *Reversal of the burden of proof, legal argumentation, labor process, legal presumptions*

I. Introducción

En nuestro país, la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 29497, publicada el 15 de enero del 2010, aplica la regla de la inversión de la carga de la prueba, disposición que se encuentra regulada en el artículo 23.4 de la ley antes citada, la cual establece lo siguiente, *“incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad. b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado. c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido”*.

Asimismo, se regulan presunciones legales en los artículos siguientes:

Artículo 23

Inciso segundo

Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Inciso quinto

En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe dar lo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Artículo 29°.- Presunciones legales derivadas de la conducta de las partes. *El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.*



123

En el caso particular, de los procesos en los que se solicita reconocimiento de vínculo laboral, es necesario verificar en primer lugar, la concurrencia de los elementos que caracterizan un contrato laboral, y con ello, la eventual desnaturalización de contratos civiles, modales o contratación administrativa de servicios suscrita entre las partes, caducidad de la acción, etc. Asimismo, la actividad probatoria es aún más exigente, en los supuestos de reposición laboral por despido incausado o despido fraudulento, por cuanto debe analizarse causa justa de despido, existencia de fabricación de pruebas, vicios de voluntad, animadversión del empleador, entre otros supuestos.

La situación problemática que surge a consecuencia de la circunstancia antes descrita, es que muchas veces la parte accionante asume que solo tiene un deber mínimo de probar, en mérito a la inversión de la carga de la prueba y a la existencia de presunciones legales a su favor, circunstancia que a priori podría perjudicar la actividad probatoria y la determinación de los hechos.

Esta deficiencia procesal advertida, es palpable de manera recurrente y general en la administración de justicia. Tanto así, que, por ejemplo, en la Casación Laboral 14440- 2013 LIMA, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, exhortó y puntualizó lo siguiente: (...), *si bien el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo 29497, señala que, si la parte demandante acredita la existencia de una prestación personal de servicios, consecuentemente el juzgador debe presumir la concurrencia de los otros elementos (remuneración y subordinación) para la configuración de una relación laboral salvo prueba en contrario; cierto es que dicha facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios razonables del carácter laboral de la relación bajo discusión. En ese sentido y, atendiendo a la nueva estructura del proceso judicial laboral prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo es necesario que los jueces actúen sesudamente en la aplicación de la presunción de laboralidad, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante, sino solamente facilitarle dicha actividad (...).*

Ante tal problemática, el presente trabajo tendrá por finalidad determinar si la regla de la inversión de la carga de la prueba y existencia de presunciones legales a favor del trabajador, que caracteriza la actuación probatoria en materia laboral, limita el análisis de fundabilidad y argumentación jurídica en general de la decisión judicial definitiva que resuelve una controversia.



II. Métodos y técnicas utilizadas

Para la presente investigación que se plasma en este artículo se utilizó la interpretación jurídica para analizar e interpretar la normatividad laboral concerniente a la nueva Ley Procesal de Trabajo. Asimismo, hemos acudido al análisis de jurisprudencia del tribunal constitucional que se han pronunciado sobre la materia que hemos abordado. De igual modo hemos recurrido al análisis de la doctrina laboral de fuente nacional y comparado. Asimismo, he recurrido al método argumentativo, precisamente para el análisis de la debida motivación de las resoluciones y para elaborar las conclusiones.

Como técnicas de investigación se ha recurrido al análisis documental tanto de las sentencias como de los aportes doctrinarios y el registro de las fuentes respectivas.

III.- Argumentación y motivación de la decisión judicial

La constitucionalización del Derecho, entendido como una irradiación de la Constitución en todos los rincones del Derecho, importa un cambio de paradigma respecto del antiguo Estado legal de derecho, cambio que se caracteriza por la existencia de una Constitución capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (Guastini, 2003, p.49). Por tanto, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, implica que este se 'impregne' de la norma constitucional" circunstancia que ocurre en forma gradual, por lo cual un sistema jurídico puede estar más o menos constitucionalizado en la medida en que presente, con mayor o menor intensidad, ciertos rasgos o condiciones de constitucionalización tales como: (i) una constitución rígida; (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) la fuerza vinculante de la Constitución; (iv) la sobre interpretación de la Constitución; (v) la aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) la interpretación conforme de las leyes; (vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Así, dentro de un Estado Constitucional, el deber de motivación de las decisiones judiciales, no sólo es una garantía procesal, sino primordialmente un deber de todo juzgador, y es por ello, que, conforme lo prevé nuestra Constitución Política de 1993 en el inciso quinto del artículo 139º, son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) "*La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*"². Asimismo,



de conformidad con lo establecido en el Título Preliminar de la Ley No. 29497, Ley Procesal del Trabajo, en todo proceso laboral al resolver los conflictos jurídicos, los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Lo anterior se justifica, por cuanto, para el caso particular del proceso laboral, el trabajo humano subordinado, se constituye en una actividad en la que se encuentran importantes valores jurídicos – sociales reconocidos en nuestra Constitución y normas supranacionales, y por ello, es necesario garantizar plenamente una oportuna administración de justicia, en donde el deber de motivación encuentre consenso con la finalidad y naturaleza tuitiva del proceso laboral.

Siendo así, una correcta motivación debe consistir en un conjunto de argumentos justificativos lógicamente estructurados en grado de formar una justificación racional de la decisión, se puede entonces observar que la motivación también posee una función esencialmente racionalizante. De hecho, esta lleva a que el juez realice un ejercicio racional y no sólo se base en intuiciones subjetivas no justificables. Si el juez “inteligente” sabe que deberá justificar racionalmente su decisión, se puede intuir que para llegar a su fallo haga uso de criterios lógicos y racionales, que finalmente deberá plasmar en la motivación de la sentencia (Taruffo, 2016).

Por otra parte, y en relación al tema Atienza afirma que el concepto de argumentación es un concepto complejo, como inevitablemente ocurre con las nociones más básicas que se usan en cualquier disciplina, agregando:

“Con frecuencia, lo primero que se encuentra (y que se busca) en un libro de argumentación es alguna aclaración conceptual que suele consistir en mostrar que existen diversas maneras de usar esta expresión y en justificar por qué se elige uno (o más de uno) de esos sentidos. Además, no es difícil darse cuenta de que esa pluralidad

² En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de este principio, el cual se constituyen una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...), y justamente los criterios adoptados se recogen de manera conjunta en la sentencia emitida en el expediente N.º 00728-2008-PHC/TC- LIMA caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes.



de significados tiene que ver con algo que antes se ha señalado: con la existencia de diversas disciplinas o de diversos campos vinculados con la argumentación. En los libros de lógica, la noción de argumento se presenta como un encadenamiento de enunciados; argumentar consiste en pasar de unos enunciados a otros, respetando ciertas reglas. Pero ése es un concepto que resulta insatisfactorio (o quizás mejor, insuficiente) para quienes se interesan por la argumentación desde el campo de las ciencias de la comunicación, de la psicología cognitiva, de la lingüística, de la retórica o del derecho.” (Atienza, 2008, p. 37).

De manera conclusiva, sin ánimo de profundizar en el tema, y para efectos de nuestro estudio analítico, entenderemos por argumentación a la construcción de premisas y razonamiento jurídico, que será ejecutado por el juzgador en base a las pruebas aportadas por las partes y que le permitirá arribar a una conclusión, que se convertirá en la resolución o sentencia relacionada con el caso controvertido.

IV. Inversión de la carga de la prueba y principio de aportación de parte

La expresión carga de la prueba, proviene del latín *Onus Probandi*, y la regla básica (pero no única) de la carga de la prueba, se conoce desde la época Justiniana, la cual consiste en que a cada cual le corresponde probar lo que alega vía acción o excepción. En sentido netamente procesal, la carga de la prueba se refiere a la conducta impuesta a uno o más litigantes para que acrediten la veracidad o falsedad de los hechos enunciados por ellos.

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables (Devis, 2019).

Se asume la existencia de una carga probatoria, cuando el ejercicio de una facultad es puesto como condición para obtener cierta ventaja. Por eso carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés (Buzaid, 1989, p. 29).

Por su parte, Taruffo sostiene “En efecto, parece razonable sostener que la regla de la carga de la prueba se aplique como criterio de decisión cuando ninguna de las hipótesis disponibles



sobre el hecho sea apta si se la pone en relación con los elementos de prueba que la afectan para constituir una versión aceptable del hecho en cuestión” (Taruffo, 2005, p. 46).

Como puede apreciarse, la carga de la prueba está en función a la naturaleza del hecho objeto de prueba y constituye el mecanismo a través del cual la ley o la autoridad, atribuyen la responsabilidad de presentar las pruebas relacionadas con el objeto probatorio a los sujetos procesales; de tal manera que por medio de dichas actuaciones la verdad salga a la luz; contrario sensu, ante el incumplimiento de quien debía presentarla, este corre el riesgo que se resuelva el caso en su contra, si es que ya no es posible actuar otro medio probatorio, que incluso podría ser decretada su actuación de oficio, por el juzgador.

En materia laboral, opera la regla de la inversión de la carga de la prueba y ello se justifica por aplicación del principio protector, en tanto, suele suceder que existe una necesidad de proteger al trabajador frente a la superioridad del empleador, dado que muchas veces, la prueba se encuentra en poder de éste. Por ello, este principio se encuentra plasmado en el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo 27427, dispositivo que prevé lo siguiente: *“En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso...”*.

Justamente, en atención a esta circunstancia, es que se asume que la expresión del *“in dubio”* sobre hechos, es la inversión o redistribución de la carga de la prueba en el proceso laboral” (Neves, 1989). Por ello, es que el proceso laboral está estructurado para lograr un trámite equilibrado, mediante la protección o tutela del más débil.

No obstante, lo expuesto, no debe perderse de vista que hay algo esencial en la noción antes esbozada: la carga de la prueba solo opera en los casos en los que no se encuentre en el proceso los medios de prueba respecto de un hecho. De este modo, no es una regla necesaria, sino contingente. Es por ello que la carga de la prueba no puede comprenderse solo respecto de la posición que las partes tengan frente a ella, sino fundamentalmente, frente al rol que cumple como regla de juicio al momento de expedir sentencia (Priori, 2009, pág. 336).

Queda claro entonces, que todo juez laboral, debe garantizar la aplicación del principio protector en el trámite procesal, sin embargo, ésta no puede constituirse en una regla general, sino que, solamente debe aplicarse en aquellos supuestos en donde efectivamente exista desequilibrio de la relación contractual y/o



indefensión del trabajador. Téngase presente en este punto que muchas veces, el trabajador tiene a su alcance la prueba necesaria pero simplemente, por estrategia no lo ofrece y espera que el empleador lo haga.

No obstante, el proceso laboral, no se encuentra exento de la aplicación del principio de aportación de la prueba, el cual tiene por finalidad “establecer la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, ya que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso” (Fernandez, 2011). Por tanto, se debe entender que en mérito a este principio y una vez que se ha agotado la posibilidad que las partes aporten las pruebas, es que el juzgador recién decidirá, si aplica o no la regla de la inversión de la carga de la prueba.

V.- Presunciones legales en el proceso laboral

Como idea general, cuando se hace mención a presumir, explica Alvarado Velloso, se está admitiendo la certeza de algo sin que esté probado o sin que le conste a quien presume. Por tanto, presumir es igual a ausencia de necesidad de prueba, lo que tiene estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones los hechos presumidos, dado que no hay carga de probarlos (Alvarado, 2009)

La presunción consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos (Montero, 2011).

Lo característico de las presunciones es que con ellas obtenemos ciertas conclusiones a partir de una determinada información fáctica y a falta de otros datos, con la posibilidad de que modifiquemos esa conclusión si nueva información nos es proporcionada.

Es importante establecer, los elementos que se presentan en la estructura de toda presunción: a) uno o más hechos base o indicios, que una parte afirma en el proceso y que luego deben ser confirmados con cualquier medio de prueba (hecho indicador conocido); b) un hecho presumido, que opera como conclusión y que debe ser afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide (hecho investigado desconocido) y, finalmente, c) un nexo o enlace lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, la cual, puede estar establecida directamente por el legislador o ser establecida por el juez en cada caso.



En verdad, las presunciones legales son, si se las considera en abstracto, normas de imputación de consecuencias, en tanto, prestan su auxilio en ciertas situaciones específicas en que, en la práctica, es difícil o complicada la producción de la prueba para la parte que tiene la carga, según la regla general.

Conforme a lo expuesto, la aplicación de presunciones legales, implica realizar una inferencia inductiva, entendiendo 'inducción' en sentido lato en el que son inducciones todas las inferencias no deductivas; o sea cualesquiera inferencias en las que la conclusión se extrae de la presencia, o previa admisión, de las premisas más algo más adicional, que puede ser el cumplimiento de ciertas condiciones. Por tanto, si una presunción está bien elegida, la mayoría de las inferencias será correcta. Para el análisis en cuestión, resulta oportuno precisar el comentario realizado por Aguiló Regla (2018) a las conclusiones asumidas por Daniel Mendonca.

Las presunciones cumplen un papel fundamental en el derecho, su función básica es posibilitar la superación de situaciones de impasse del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición. De este modo, la incorporación de presunciones constituye un mecanismo del que se vale el Derecho para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias. (...)

Las presunciones, suele decirse, son «vencibles», «superables», «derrotables», etc. La tradición jurídica distingue entre presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*, es decir, entre presunciones que no admiten prueba en contrario y las que sí admiten tales pruebas, con o sin limitaciones. Hay que advertir que afirmar que no se admite prueba en contrario, no quiere decir que no pueda aportarse prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido) o que no es el que específicamente requiere la ley. El efecto directo de la presunción legal es liberar a la parte a la que se beneficia de la carga que entraña la prueba de la proposición presumida, pero no de la proposición base. Y en cuanto la ley admita tal prueba y ella destruya el supuesto base, la presunción deja de surtir efecto.



Concluye precisando que las presunciones en sentido estricto, se dan tres elementos esenciales: un hecho base o indicio, un hecho presunto o presumido y una relación o nexo causal entre ellos. Así, si se acredita mediante prueba directa el hecho base, se tiene por cierto el hecho presunto. Estas presunciones implican, más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *thema probandi*, dado que la distribución de la carga de la prueba no afecta al quién tiene que probar, pero sí a los hechos que se tienen que probar: el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base. La parte contraria, remata cuando éste último haya sido probado, tendrá bien que atacar la prueba del hecho base, bien que atacar el hecho presumido (Aguiló, 1999).

Asimismo, es necesario distinguir entre las llamadas presunciones hominis (del hombre) de las presunciones establecidas por las «normas de presunción».

En base a la consideración que precede, no cabe duda alguna que la presunción de laboralidad contenida en el inciso segundo del artículo 23 de la nueva ley procesal laboral, se constituye en una presunción en sentido estricto, por cuanto facilitan la prueba al trabajador al exigirle que mínimamente tenga que acreditar la prestación personal de servicios (debe probar el hecho base); es decir, no se lo exonera de probar. Por el contrario, la presunción prevista en el artículo 29 de la ley procesal citada, la cual faculta al juez que *pueda extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso*, es indiscutible que, si se constituye en una presunción aparente, dado que, la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno: queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presunto.

Aquí, si hay un reparto de la carga de la prueba directo, porque se graba a la parte que sea renuente o entorpezca la presentación de prueba que obra en su poder.

VI.- Conclusiones

- a. La regla de inversión de la carga de la prueba en materia laboral, no se constituye en una limitante para la argumentación a realizar en la decisión judicial, siempre y cuando se advierta de manera efectiva la indefensión o desventaja del trabajador y por ello, su aplicación es residual y excepcional.
- b. El juzgador, siempre debe cumplir con su deber de motivar su decisión, lo que implica desde luego, justificar la aplicación o no de la regla de inversión de la carga de la prueba.



c. Ante la falta de suficiencia probatoria en el análisis de la fundabilidad de una pretensión laboral, no es correcto aplicar indiscriminadamente el principio protector, inversión de la carga de la prueba y presunciones, dado que siempre mediar la razonabilidad del jugador al argumentar y sustentar su decisión final.

d. Las presunciones legales en sentido estricto no generan una modificación del tema o necesidad de prueba, como si lo hacen las presunciones aparentes, razón por la cual, corresponde que el juzgador las aplique razonablemente a fin de no desvirtuar la actividad probatoria y su deber de argumentar y motivar su decisión final.

VII. Lista de Referencias

- Aguiló, J. (1999). Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendouca. Madrid: Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho (22), 652.
- (2018), Las presunciones en el Derecho, AFD, pp. 201-228, ISSN: 0518-0872
- Alvarado, R. (2009). Sistema Procesal. Garantía de la Libertad (Vol. Tomo I). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Atienza, M. (2008). El derecho como argumentación. Barcelona, España: Ariel.
- Buzaid, Alfredo (1989). La Carga de la Prueba, Colección Monografías Jurídicas No. 1. Caracas: Corsi&Govea Editores.
- Fernández, R. (2011). Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Vol. 2 (No 2), págs. 37 - 53.
- Guastini, R. (2003) La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En varios autores, Neoconstitucionalismo, Madrid: Trotta.
- Montero, J. (2011). La prueba en el proceso civil (Sexta edición ed.). Pamplona, Madrid: Civitas.
- Peña Lorenzo y Ausin Txetxu (2001) La Inferencia de Hechos Presuntos en la Argumentación Probatoria, Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII (2001), pp. 95-125 ISSN 0518-0872.



Priori, Giovanni y Pérez-Prieto R. (2012), La carga de la prueba en el proceso laboral, Revista IUS ET VERITAS, N° 45, Diciembre 2012 / ISSN 1995-2929

Taruffo, M.

(2005). La prueba de los hechos. (J. F. Beltrán, Trad.) Madrid: Trotta.

(2016). Argumentación Jurídica y motivación de las resoluciones Judiciales. Lima: Palestra.

quaestio iuris

El “funcionario de hecho” en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.7>



El “funcionario de hecho” en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano

The “de facto” official in crimes against public administration in peruvian criminal law

PERALTA PÉREZ, Anita Mabel¹

Recibido: 19.05.2025

Evaluado: 21.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. II. Métodos y técnicas. III. Diferencia entre el funcionario de hecho y el funcionario público en el derecho penal peruano. IV. El principio de legalidad como parte del programa penal constitucional V. La proscripción de la arbitrariedad. VI. La seguridad jurídica en su manifestación de predictibilidad de las resoluciones judiciales. VII. Conclusiones VIII. Lista de Referencias

Resumen

El presente artículo pretende mostrar cómo la práctica jurisdiccional vigente, viene aplicando la figura del funcionario de hecho, pese a no estar regulada como tal en el Código Penal, lo que ha implicado menoscabo principalmente en los principios de legalidad y proscripción de arbitrariedad contenidos fundamentales del programa penal constitucional, así como ha generado inseguridad jurídica al resolver sin los parámetros de estricta legalidad, tan necesario en el derecho penal.

Palabras clave: funcionario de hecho, programa penal constitucional, principio de legalidad y proscripción de arbitrariedad; y predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Abstract

This scientific paper aims to show how current judicial practice, has been applying the figure of the “de facto official”, despite

¹ Abogada. Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, estudios doctorales concluidos por la misma casa de estudios. Email: anperaltadj@mpfn.gob



not being regulated as such in the Criminal Code. This has led to a deterioration, primarily in the principles of legality and the prohibition of arbitrariness, which are part of the constitutional criminal law program. This has also led to the legal uncertainty caused by rulings without the parameters of strict legality, which are so necessary in the field of criminal law.

Key words: “*de facto official*”, *constitutional criminal program, principle of legality and prohibition of arbitrariness; predictability of judicial decisions.*

I. Introducción

La corrupción de funcionarios se mantiene como uno de los problemas más críticos que afronta el Estado peruano, afectando la legitimidad de sus instituciones, especialmente la referida a la administración de justicia, por lo que no causa extrañeza que en las últimas dos décadas se haya dictaminado mayor cantidad de sentencias condenatorias por la comisión de ilícitos contra la administración pública, delitos cometidos mayormente por funcionarios públicos. Sin embargo, llama la atención que como parte de la potestad punitiva del Estado para sancionar estos delitos, emplee figuras como la del funcionario de hecho, figura o actor que no se encuentra establecido dentro de los sujetos activos de los comisión delictual contemplados en el artículo 425 del Código Penal.

Por lo tanto, resulta necesario conocer cómo es que la práctica jurisdiccional penal, viene empleando la figura en mención y desarrollar la implicancia de aquella práctica respecto a los principios rectores del derecho penal como el de legalidad y el de proscripción de arbitrariedad, cuya interpretación del primero, por mandato constitucional, debe ser restrictiva.

II. Métodos y técnicas

Para el desarrollo de este artículo se ha recurrido a métodos cualitativos de carácter jurídico, sustentado en el análisis normativo, hermenéutico e interpretativo, que ha permitido interpretar la legislación positiva penal y los principios del programa penal constitucional. Como técnicas, se emplearon la revisión documental, específicamente la referida a la jurisprudencia penal y a la literatura científica y jurídica publicada.

III. Diferencia entre el funcionario de hecho y el funcionario público en el derecho penal peruano

La concepción de funcionario de hecho es importada del derecho administrativo, especialidad donde este término fue acuñado



primigeniamente. No obstante hoy en día, conforme a la doctrina penal nacional, como la desarrollada por Nakasaki (2006), se viene planteando que dicha figura constituye un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa, pese a carecer de un elemento esencial: el título de habilitación ordinario, postulando dos supuestos: el primero de concepción amplia, mediante la cual el particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas y el segundo de concepción restringida, donde el particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas, siendo ésta última postura la de mayor aceptación.

Por otro lado, a nivel de la práctica jurisdiccional, la figura del funcionario de hecho se ha desarrollado en algunas sentencias, como la expedida en el Expediente N°010-2001-Lima, donde se condenó a Vladimiro Montesinos Torres, como autor del delito de peculado al considerar que bastaba que ejerza función pública y que haya tenido dominio del ámbito administrativo, fundándose la invocación de dicha figura, en la protección del patrimonio público.

En el Recurso de Casación N°442-2017 Ica, se postuló como elementos del funcionario de hecho, que el cargo público tenga existencia legal, que concurra la posesión del cargo y la apariencia de legitimidad del título o nombramiento; elementos que se siguen tomando en cuenta en reciente jurisprudencia, como la emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N°3526-2023 Lima, donde a los ya indicados elementos, se ha adicionado el requisito de la anuencia de las autoridades encargadas de impedir esta clase de situaciones que permitan el ejercicio irregular de tal investidura.

Conforme se aprecia, la concepción de funcionario de hecho es variada y no está contenida dentro de nuestro sistema normativo, como sí se encuentra el funcionario público, conforme se aprecia de su regulación expresada en el artículo 425 del Código Penal, que prescribe:

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado,



y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Montoya (2015), postula que en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6, se han incluido en la condición de funcionario público a sujetos que han sido excluidos como tales por normas administrativas, laborales y constitucionales; sumándose en el numeral 4 a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, evidenciando también el interés por imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta.

Precisándose que en el numeral 3 se ha considerado como funcionario público al que mantenga una relación contractual con el Estado, al trabajador de las empresas estatales y sociedades de economía mixta, así mismo, se está incluyendo al que trabaje ad honorem, a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante pre profesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que, conforme Salinas (2018), no tienen una relación laboral formal pero sí un vínculo real-material, con la función pública.

Evidenciándose con ello que, se sigue la orientación brindada por los compromisos internacionales asumidos por el Estado, como son la Convención Interamericana contra la Corrupción, CICC, y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, CNUCC, que otorgan a la condición de funcionario público un panorama de mayor magnitud, respecto a su connotación como sujeto activo, al realizar su calificación en *numerus apertus*. Sin embargo, consideramos que el funcionario de hecho no se encuentra dentro de dicha calificación en atención a que se diferencia del funcionario público, en primer orden, por la evidente falta de tipicidad en el Código Penal, además, su incorporación a la administración pública no se da de la misma manera.



Benavente (2015) postula que para la incorporación a la función pública se utilizan tres títulos de habilitación, tales como la selección, como es de verse de los numerales 1, 3 y 5; designación, numerales 3 y 4; y elección conforme a los numerales 2 y 6; a diferencia del funcionario de hecho que conforme la concepción restringida estaría conformado por el título de habilitación para el ejercicio de la función pública o nombramiento nulo, la apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto, la posesión del cargo de buena fe, la protección de la buena fe del funcionario de facto, entre otros indicados oportunamente.

Por lo tanto, es claro que, en el funcionario de hecho, se reconoce la necesidad dirigida a regular su condición jurídica, a fin de garantizar los derechos de todo investigado, principalmente el de libertad, cuya eventual privación, debe responder a criterios de estricta legalidad, a partir del precepto contenido en el artículo 2 inciso 24, literal d), de la Constitución Política del Perú, el cuál prescribe entre otros que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.

IV. El principio de legalidad como parte del programa penal constitucional

Considero que el programa penal constitucional debe ser entendido como un sistema o diseño de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico penal que obliga al poder público, en este caso a las decisiones jurisdiccionales, a cumplir con los postulados de la Constitución Política del Estado.

Es posible hablar de un diseño constitucional del proceso penal, debido a que la Constitución hace las veces de escudo protector, conformando círculos concéntricos cuyo punto central es la persona en su dimensión completa de su dignidad, siendo que de allí, todas las protecciones que el Estado provee, se encuentran dirigidas a su protección, frente a todos los ejercicios de la fuerza o violencia estatal, y de ellas la más grande y firme protección tiene lugar frente a la coerción penal, por ser ésta de mayor intensidad al relacionarse con el derecho fundamental a la libertad, por lo que la vinculación en su cumplimiento en este ámbito es mayor.

En ese entendido, la existencia de zona exenta de este control constitucional, se torna imposible, debido a que en el ámbito penal extiende su requerimiento garantista a todos los actos que acontecen dentro del proceso, esto es a los actos de legislación,



calificación, investigación y actos de prueba que se realizan interiormente, los cuales deben superar los principios exigidos.

Siendo así, y advirtiendo que la práctica jurisdiccional respecto al funcionario de hecho se ha apartado de esta concepción principista que rodea al derecho penal, resulta de interés conocer los efectos jurídicos generados respecto a uno de sus principios más representativos como es el de legalidad.

Al respecto; corresponde recordar que este principio postula que todo delito se defina sólo por mandato legal, lo que se entiende como reserva de ley, pero no por cualquier mandato con rango de ley, sino sólo por una ley que reúna cuatro condiciones de validez constitucional, reserva absoluta de ley.

El principio de legalidad penal es consecuencia del principio de separación de poderes que reserva la función legislativa sólo al congreso y restringe la enunciación de lo prohibido sólo a la forma de ley; es decir, solamente el parlamento mediante fórmula legal puede configurar mandatos penales, lo que se denomina la primera manifestación del principio de legalidad.

Afirmamos hasta este punto, que, efectivamente el funcionario de hecho conforme a la praxis jurisprudencial vigente contraviene la reserva de ley al no haberse legislado por el ente competente, y en cumplimiento al procedimiento establecido para su validez formal y material, debido a que los jueces carecen de competencia normativa en materia de punición.

De forma más específica, y conforme a lo desarrollado por la Casación N.º 92-2017 Arequipa emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, afirmamos que el funcionario de hecho transgrede el principio de reserva absoluta de ley, al carecer de reconocimiento jurídico a través de la norma fundamental que lo dotaría de validez o legitimidad constitucional.

Así también, en cuanto a las dimensiones de este principio de reserva de ley absoluta, podemos señalar que en la figura de funcionario de hecho no se encuentra la lege certa, debido a que como se viene advirtiendo, existe ausencia de texto normativo que precise expresa e inequívocamente su connotación, como sujeto activo, pasible de la comisión de ilícitos cometidos por funcionarios, restringiendo el derecho de todo justiciable a conocer aquello que se encuentra penalmente proscrito, lo cual no es permitido en un estado constitucional de derecho, donde toda fórmula legal debe estar definida con un lenguaje claro, explícito, sencillo y entendible.



En lo referido a la *lege stricta*, encontramos que el funcionario de hecho, no cumple con el imponer cierto grado de precisión en la formulación de la ley penal, que permita excluir la analogía, determinando de forma suficiente y diferenciada, las conductas punibles y eventuales penas en las que podría recaer este sujeto activo, que como venimos afirmando carece de determinación, contenido y por ende, de consecuencia jurídica, lo que a buena cuenta serían las condiciones objetivas de punibilidad.

En el mismo sentido, el funcionario de hecho carece de *lege praevia*, cuya manifestación es la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que toda conducta sea pasible de sanción delictiva, la misma debe estar prevista como delito, con anterioridad a su realización, es decir la ley penal solo tiene efectos *ex nunc*, otorgando al justiciable que una acción no sancionada como delito al momento de su comisión, no pueda ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta.

Como es ya predecible, en el funcionario de hecho, no concurre la *lege scripta*, debido a que, ante su inexistencia, no podría considerarse que se han cumplido los requisitos para su validez, que según Rubio (2009):

“a) sea emitida por un órgano que tenga facultades normativas otorgadas por el Estado, b) siga el procedimiento exigido por dicho ordenamiento jurídico estatal, c) que respete las normas de mayor jerarquía; y d) que el órgano emisor de la norma o sujeto, tenga competencia suficiente para regular las materias que está regulando” (p.100).

Finalmente, se adiciona a lo ya desarrollado, que la incompatibilidad que presenta el funcionario de hecho es mayor, en tanto amenaza con desvirtuar la teoría del delito, o como lo ha denominado Simaz (2022), las características esenciales constitutivas del delito, partiendo por los serios apuros argumentativos que importarían el pretender hablar de una imputación objetiva, la cual siendo un juicio previo a la imputación subjetiva, requiere la necesidad de dilucidar si su conducta ha excedido los márgenes de lo social y jurídicamente tolerado, o ha infringido un deber derivado de su ámbito de competencia, creando un riesgo penalmente prohibido.

Características que resultan difíciles de determinar en un agente inexistente para el ordenamiento jurídico, al cuál por su *statu quo*, formalmente no podría atribuírsele deberes cognoscibles o determinables, dificultando de esta manera, la conducta o comportamiento como elemento de la estructura del delito; así también la tipicidad se vería comprometida en lo que respecta al sujeto activo, como parte de la configuración del tipo penal, debido



a la ausencia normativa del funcionario de hecho que permita describir los requisitos que debería reunir la persona al momento en que ejecuta la conducta delictiva, que por la naturaleza de los ilícitos, requieren ser cometidos por agente específico, debido a que se exige que dicha conducta sea efectuada por ciertas personas que poseen deberes especiales.

V. El Principio de proscripción de la arbitrariedad

Recordemos que la dimensión subjetiva del derecho penal, atribuye al Estado la facultad punitiva conocida como el *ius puniendi*, siendo así el derecho a castigar se justifica, entre otros, en el Estado social y democrático como fundamento; según este criterio, el derecho penal deberá someterse a una serie de límites por la necesidad de dotarlo de contenido democrático.

Al respecto, Villa Stein (1998) entiende la idea que el Estado social le atribuye al derecho penal una función de prevención limitada por la eficacia en la protección de los ciudadanos, según el principio de máxima utilidad posible; en esa dirección y conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución Política, el Perú es un Estado democrático y social de derecho, organizado por el principio de separación de poderes, entendiendo intrínsecamente la incorporación del principio de interdicción de todo poder ejercido arbitrariamente.

Concepción compartida, en lo resuelto por los Expedientes N.º 6167-2010 Lima y N.º 0090-2004 Lima, donde se desarrolló al principio de interdicción de la arbitrariedad, como inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional y democrático, así como a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

En el mismo sentido, Vignolo (2010) complementa el argumento, señalando que el principio de proscripción de arbitrariedad es inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático de derecho, el mismo que tiene alcance sobre todos los poderes públicos constituidos, no existiendo alguna de sus competencias que pueda ejercerse de cualquier manera, sin la cobertura previa y concurrente del derecho existente en circunstancias puntuales.

En ese entendido, en principio afirmamos que, el funcionario de hecho irrumpe con los límites del *ius puniendi* siendo no compatible al Estado social y democrático de derecho como fundamento, debido a que esta figura viene contraviniendo los principios que la propia Constitución Política del Estado ha incorporado, tales como los principios de legalidad y prohibición



de la analogía, dentro ellos el derecho contenido en el artículo 2, numeral 24, literal d), concordante con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula en su extremo correspondiente, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

Ello implica a su vez, la imposibilidad de cumplimiento de la preponderancia de los derechos de la persona como sujeto de derecho, sobre todo el de la libertad, en pleno cumplimiento con lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución Política, referido a la defensa de la persona humana y respeto a su dignidad como fin supremo, sometiendo a la persona, en palabras de Castillo (2004), a la imposición de consecuencias jurídicas que no están establecidas con antelación al hecho, como es que ha sucedido con el funcionario de hecho, desprotegiendo a la persona del poder punitivo del Estado.

De otro lado, según los Expedientes N.º 6167-2010 Lima y N.º 0006-2003 Lima, como mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad, en el uso de las facultades discrecionales, se exige que toda decisión responda a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Sobre la racionalidad nos apoyamos en los parámetros de Atienza (2004), quien la considera: sí y solo si: 1) se respetan las reglas de la lógica deductiva- racionalidad. Por lógica deductiva hay que entender a la lógica clásica de predicados de primer orden, 2) se respetan los principios de la racionalidad práctica, es decir, cumple con los principios de consistencia, eficiencia coherencia, generalización y sinceridad, 3) se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y 4) no se adopta sobre la base de criterios éticos políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.

En referencia al primer elemento; y el cumplimiento de las reglas de la lógica deductiva, afirmamos que en el funcionario de hecho no se parte de premisas verdaderas que permitan deducción lógica en el mismo sentido, debido a que la sola cercanía o disponibilidad del investigado sobre los bienes del Estado, no son suficientes para deducir su connotación como sujeto activo en la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos, sin tomarse en cuenta mínimamente los requisitos revestidos de legalidad de dicho agente, para posteriormente analizar la tipicidad de los demás elementos del tipo penal.

Así también, en el funcionario de hecho no concurren los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad, debido a carente argumentación jurídica que



permita advertir consistencia en sus premisas y conclusiones; que guarden a su vez coherencia con los principios rectores del derecho penal, y más importante aún con la protección de la persona como fin supremo del Estado, careciendo de todo carácter hegemónico para aplicación general por su inexistencia en el ordenamiento penal; respecto al principio de sinceridad no resultaría objetiva nuestra posición, debido a que no podríamos aseverar que el proceder de la práctica jurídica se realiza a sabiendas de su ilegitimidad.

En lo referido a los requisitos de adoptar una decisión sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante y el no adoptarla sobre la base de criterios éticos políticos no previstos por el ordenamiento jurídico, aseveramos que el funcionario de hecho elude el cumplimiento del carácter vinculante de los principios constitucionales que se vienen alegando, fuente predominante en el derecho penal, debido a su falta de regulación, lo que lógicamente permite deducir que se encuentra fuera de la base de criterios políticos éticos, que en materia criminal conciben a esta rama del derecho como de *ultima ratio*.

De otro lado, luego de haber verificado que el funcionario de hecho no cumple con los estándares de racionalidad, corresponde deslindar si se ajusta a los de razonabilidad, reconocidos en el fundamento doce en la sentencia emitida en el Expediente N°0090-2004 Lima, partiendo de la premisa que este criterio tiene como finalidad justificar el porqué una determinada interpretación o decisión es preferible o es más justificada que otra.

Atienza (2004), postula que una decisión jurídica es razonable si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión, y; 3) es aceptable para la comunidad.

El funcionario de hecho, cumple con el primer requisito debido a que efectivamente no es posible su adopción bajo los parámetros de una decisión estrictamente racional, no obstante no sucede lo mismo con lograr equilibrio entre exigencias contrapuestas, debido a que en primer orden no se ha evidenciado en la praxis judicial, la exposición o colisión de derechos o exigencias, que lo posicionen dentro de los denominados hard cases o casos difíciles, que importen decisiones inaceptables o tengan más de una solución incompatible entre sí.

En lo relacionado a la aceptabilidad para la comunidad, bajo los parámetros del consenso racional, debido a que uno fáctico



podría ponernos en apuros; y teniendo en cuenta que los agentes que cumplen con idoneidad respecto a la racionalidad y suficiencia informativa, serían la doctrina y jurisprudencia, representada por los diversos autores que han rechazado la figura del funcionario de hecho, bajo las reglas y principios del discurso práctico racional; permiten concluir indefectiblemente que la figura en comento, tampoco cumple con los parámetros de razonabilidad en este sentido.

Así las cosas; y siendo la razonabilidad un mecanismo de control de interdicción de la arbitrariedad, que el funcionario público de hecho no ha superado, la consideramos lesiva, carente de fundamentación objetiva y legitimidad; por lo que es urgente demandar del estado garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales, preponderando los de libertad y tutela jurisdiccional inherentes a toda persona; impidiendo su exposición a imputaciones jurídicas arbitrarias, debiendo adoptarse respuestas a partir de políticas criminales, que preponderen su plena realización.

VI. La seguridad jurídica en su manifestación de predictibilidad de las resoluciones judiciales

Gallego (2012), considera al principio de seguridad jurídica como uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad, convirtiendo el estado de incertidumbre, en uno de seguridad. Recasens (2003) atribuye a la seguridad jurídica la condición de valor fundante debido a que condiciona la posibilidad de la realización de otros valores superiores como el de la justicia. En esa misma línea, tenemos a Kruse (1978), quien considera la seguridad como expresión y emanación del concepto de justicia.

En esta dirección, la seguridad jurídica se ha convertido en un presupuesto indispensable en todo Estado de derecho, el cuál conforme a Castillo (2004), a la actualidad es un instrumento jurídico de importancia decisiva, exigiéndose normas que gocen de la vocación de permanencia, exigencia insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo.

Entonces, se advierte que el principio de seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia, que se deriva de un Estado de derecho, conformándose a su vez por varias dimensiones, adhiriéndonos a la tercera propuesta por Leguina Villa (1987), la cual se encuentra referida a la previsibilidad. Previsibilidad, que conforme Laporta (2007), se encuentra conformada a su vez por dimensiones tales como: la objetiva, subjetiva, temporal, las mismas que nos servirán como parámetros de evaluación, respecto a la praxis del funcionario de hecho.



En esa dirección, evidenciamos que el funcionario de hecho no cumple con el primer elemento objetivo de la seguridad jurídica, desarrollado por García (2009), debido a su falta de positividad mediante norma, impidiendo conocer de antemano y con precisión al sujeto activo sobre quien recae la conducta prohibida; así como la consecuencia jurídica establecida y las condiciones para que se generen las mismas.

De otro lado, en el funcionario de hecho tampoco concurre el segundo elemento referente a que el derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del Juez; ya que claramente al no existir derecho positivo, las decisiones jurisdiccionales, han estado a merced de la discreción de cada juez que resolvía la causa, sin que puedan ser susceptibles de verificación, por motivo de su improvisación, no lográndose su estabilidad; con lo que el tercer y cuarto elemento de verificación y estabilidad, tampoco se ven configurados.

En cuanto a la dimensión subjetiva de la seguridad jurídica, propuesta por Laporta (2007), comprobamos que el funcionario de hecho, tampoco permite a los ciudadanos, con especial atención al investigado; poder llevar a cabo las previsiones necesarias, que faciliten su accesibilidad. Accesibilidad; que debe permitir conforme a Pérez Luño (2005), la claridad jurídica del derecho, comprensible al ciudadano, a quien se le permita calcular las consecuencias de sus actos, previendo los beneficios de sus derechos tutelados y la actuación estatal.

Perspectiva que es complementada con lo señalado por Lifante (2013), quien agrega que toda previsibilidad, debe partir de premisas preexistentes y cognoscibles; lo que se logra por medio de reglas jurídicas, más no por otro mecanismo.

Ahora bien; respecto a la dimensión temporal de la previsibilidad, se sigue la misma línea, al no lograr determinarse hasta cuándo puede preverse la práctica del funcionario de hecho; debido a que no se tiene claro desde cuando se inició, mucha menos hasta cuando permanecerá; no permitiéndose la estabilidad que importe ausencia de cambios y un mínimo de perdurabilidad, postulada por Laporta (2007); que impidan problemas de tipicidad, y planificación de conductas en los propios investigados.

En ese sentido; y habiendo dado cuenta del incumplimiento del funcionario de hecho, de todas dimensiones que conforman la predictibilidad jurídica, que a su vez es una dimensión del principio de seguridad jurídica, corresponde otorgarle la importancia debida.



Importancia; que debe permitir entender que, la seguridad jurídica, contiene el derecho humano a la seguridad humana, que emerge en una especial predisposición mental en el ciudadano, de conocer con anterioridad y claridad, la norma jurídica de la cuál es destinatario, a la cual le debe respeto y condicionamiento, al saber qué le está permitido y prohibido.

Estándares que, se han visto mellados con la aplicación del funcionario de hecho; y que, en concordancia con el marco constitucional del estado de derecho peruano, no deben permitirse, debiendo el estado, conforme lo ha indicado Loasing (2002), considerarla como una tarea para su consolidación y respeto de la protección de los ciudadanos frente a su poder.

En suma, con lo vertido por Pérez Luño (2005), en cuanto a las exigencias básicas de los poderes públicos, como la denominada de corrección estructural, que es la garantía de disposición y formulación regular de las normas y la de corrección funcional, se aspira a la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios, y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación, que permita afirmar a su vez, las exigencias de coherencia y regularidad de criterio de los órganos judiciales.

VII. CONCLUSIONES

a. El funcionario público y el funcionario de hecho, son figuras jurídicas con características distintas, siendo solamente el primero el único sujeto activo reconocido como tal por el artículo 425 del Código Penal, pasible de la comisión de los delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras que el segundo por ahora, es una construcción meramente doctrinaria y jurisdiccional.

b. La práctica jurisdiccional del funcionario de hecho contraviene el principio de legalidad, dispuesto en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política, desde su primera manifestación emanada del parlamento, careciendo además de *lege certa*, *stricta* y *praevia* que permita su previsión y formulación con antelación, resultando necesario su incorporación en el artículo 425 del Código Penal.

c. El funcionario de hecho irrumpe los límites del ius puniendi, careciendo además de racionalidad y compatibilidad con el estado social de derecho, cuyo fundamento debe evidenciar la preponderancia del derecho a la libertad de la persona, vulnerando en ese sentido, el principio de proscripción de arbitrariedad.



d. Para consolidar la seguridad jurídica en su dimensión de predictibilidad en las resoluciones judiciales, respecto al funcionario de hecho, es imperante su incorporación en el artículo 425 del Código Penal, a fin de dotarlo de validez jurídica y normativa, que permita racionalizar la intervención punitiva del Estado, y a su vez posibilitar a toda persona prever objetivamente las consecuencias de sus acciones, logrando de esta manera estabilidad, continuidad ante su delimitación específica y homogénea.

VIII. Lista de Referencias

- Atienza, M. (2004). Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación Jurídica. Lima: Palestra Editores SAC.
- Benavente, C.H. (2015). El Funcionario Público. Lima: Gaceta Jurídica S.A. <https://acortar.link/9MM1eJ>
- Castillo, J.L. (2004). Código Penal Comentado. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Chamorro, F. La Tutela judicial efectiva. Barcelona, España: Bosch
- Gallego Marín, C. A. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. Jurídicas, 9(2), 70–90. <https://acortar.link/HtqH7U>
- García, R. (2009). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. Isonomía, (30), 262-263. <https://acortar.link/ixawtu>
- Kruse, H. (1978). Derecho Parte General. Madrid: Olejnik
- Laporta, F. (2007). El imperio de la ley. Una Visión actual. Madrid: Trotta.
- Leguina, J. (1987). Principios Generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública, 34 (114), 25-31. <https://acortar.link/rTOMDp>
- Lifante, I. (2013). Seguridad Jurídica y Previsibilidad. Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Losing, N. (2002). Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (6), 290-295. <https://acortar.link/eg1JOF>



Montoya, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nakazaki, S. (2006). El Derecho Penal Contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Lima: Ara Editores.

Pérez, L. (2005). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos

Recasens, L. (2003). Vida Humana, Sociedad y Derecho. España: Biblioteca virtual universal. <https://acortar.link/IVIYS4>

Rubio, C. (2009). El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salinas, R. (2018). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Iustitia.

Simaz, A. (2022). Principio de legalidad e interpretación en el derecho penal: Algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva. Universidad Nacional de Mar del Plata, III (15), 25-2. <https://acortar.link/JMBcjL>

Villastein, J. (1998). Derecho Penal: Parte General. Lima: San Marcos.

Vignolo, O. (2010). Dos trabajos de Derecho Comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad. Ius Et Veritas, 41, 148-162. <https://acortar.link/tgq3xQ>

Resoluciones y sentencias consultadas

Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal Especial. Proceso N°010-2001; 29 de mayo de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Proceso N.° 92-2017; 08 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia la República. Sala Penal Transitoria. Proceso N°442-2017; 11 de diciembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Proceso N.° 3526-2003; 07 de marzo de 2025.



Tribunal Constitucional. Expediente 0006-2003, 65 congresistas; 01 de diciembre de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente 0090-2004, C.H. Juan Carlos; 05 de julio de 2004.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 6167-2010, C.S. Fernando; 28 de febrero de 2006.

quaestio iuris

El pacto de retroventa en el Perú: ¿libertad contractual o abuso del derecho?

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.8>



El pacto de retroventa en el Perú: ¿libertad contractual o abuso del derecho?

The repurchase agreement in Peru: contractual freedom or abuse of right?

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

Recibido: 30.05.2025

Evaluado: 27.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas. **III.** El pacto de retroventa en la legislación peruana. **IV.** El pacto de retroventa en la legislación comparada. **V.** La libertad contractual en el pacto de retroventa. **VI.** El abuso del derecho. **VII.** La prohibición del pacto de retroventa y el principio de proporcionalidad. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo expone razones jurídicas para prohibir en nuestro país la figura del pacto de retroventa por exceder el límite del derecho a la libertad contractual, al establecer beneficios exclusivos para una de las partes y además, por posibilitar otros acuerdos ocultos bajo esta figura como préstamos dinerarios, también con ventajas exclusivas para una de las partes, lo cual se constituye en un abuso del derecho. No se cuestiona el acuerdo de las partes para recuperar un bien vendido sino el trato desigual y las consecuencias que conlleva condicionar la resolución de un contrato a la decisión del vendedor. Quizá la utilidad del pacto de retroventa se justificaba en algún momento para obtener préstamos dinerarios con garantía de bienes, que luego eran recuperados con el pago de la deuda; sin embargo, hoy en día con facilidades para obtener préstamos dinerarios en el sistema bancario no es razonable mantener dicha figura, más aún si se desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos. En la legislación comparada de Chile,

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho. Docente de pregrado y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. República del Perú. Correo electrónico: jromerom@unc.edu.pe. Código ORCID n.º: 0000-0002-5303-3127.



Ecuador, Colombia, Argentina, México y España podemos advertir que el único país que prohíbe el pacto de retroventa es México, manteniéndose dicha figura en los otros países, pese a la regulación favorable a una de las partes en perjuicio de la otra. A través de la aplicación del principio de proporcionalidad se ha demostrado que se justifica la intervención estatal prohibiendo el pacto de retroventa en el Perú.

Palabras clave: pacto de retroventa, libertad contractual, derecho a la igualdad, abuso del derecho, el contrato de compraventa.

Abstract

This article sets out legal reasons for prohibiting the repurchase agreement in Peru, for exceeding the limit of the right to contractual freedom by establishing exclusive benefits for one of the parties, and other hidden agreement such as monetary loans, which constitutes an abuse of rights. The parties' agreement to recover the thing sold is not questioned, but it is unequal treatment and its consequences by conditioning the termination of contract to the seller. Perhaps the usefulness of the repurchase agreement was justified at one time to obtain monetary loans secured by things, which were later recovered through payment of the debt; however, today, when it is easier to obtain monetary loans in the banking system, it is no longer reasonable to maintain this figure, even more so if it distorts the Law of Obligations and the Law of Contracts. In the comparative legislation of Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, Mexico and Spain we can see that the only country that prohibits the right of repurchase is Mexico, maintaining this figure in the other countries despite the regulation favorable to one of the parties. By applying the principle of proportionality, it has been demonstrated that state intervention prohibiting the right of repurchase agreement in Peru is justified.

Key words: repurchase agreement, freedom of contract, right to equality, abuse of rights, the sales contract.

I. Introducción

Este año se cumplen cuarenta y un años de vigencia del Código Civil peruano, y treinta y dos años de vigencia de nuestra Constitución Política, y aún se mantiene la figura del pacto de retroventa como facultad de una de las partes en un contrato de compraventa de resolver el mismo y recuperar el bien vendido devolviendo el dinero pagado.

Desde su origen el pacto de retroventa fue utilizado como medio para obtener un préstamo dinerario dejando como garantía un



bien; sin embargo, la dificultad para obtener dinero en el sistema bancario y la urgencia para cubrir alguna necesidad obligaba a las personas a aceptar condiciones abusivas en los contratos de compraventa, como el pago de intereses altos ocultos en el precio del bien.

En el contexto social y económico en el que vivimos, el pacto de retroventa no tiene alguna utilidad para las partes, siendo injustificado que se privilegie el derecho a la libertad contractual frente a otros derechos como a la igualdad, a la información, y al desarrollo social y económico de las personas.

Por otro lado, debemos considerar que nuestro Código Civil (1984) vigente no fue elaborado conforme a la Constitución Política de 1993, por lo que cualquier incompatibilidad que se genere debe interpretarse conforme a dicha Constitución. “(...) el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.” (Miranda, 2016, p. 105)

La constitucionalización del derecho civil es importante para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, siendo importante evaluar la figura del pacto de retroventa. La inclusión de este pacto en los contratos de compraventa tiene su sustento en el derecho de las partes a la libertad contractual, sin embargo, tal como está regulada dicha figura se discute en la doctrina si se hace necesaria o no la intervención del Estado al vulnerarse el derecho a la igualdad de las partes.

Existen dos posiciones respecto al control estatal sobre el derecho a la libertad contractual. La primera que prohíbe la intervención estatal dando prioridad a la libertad contractual de las personas; y, la segunda que establece la necesidad de la intervención estatal de manera permanente en protección del interés público. Nosotros nos inclinamos por la segunda posición.

El contrato de compraventa es muy importante para el desarrollo de nuestro país, por su rol económico, al fomentar la circulación de la riqueza en beneficio de las personas; y por su rol social, al proteger los derechos e intereses de ambas partes evitando futuros conflictos. En ese sentido, permitir un pacto que beneficia de manera desigual a las partes, y que además, posibilita otros acuerdos como préstamos dinerarios, desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos.

La libertad contractual no debe significar establecer cláusulas abusivas, por lo que es trascendente tomar atención en el uso



del pacto de retroventa como medio para obtener préstamos dinerarios, que ocasionan cobros altos de interés, condiciones desiguales para las partes, trabas a la circulación de los bienes, perjuicio a terceros e incertidumbre sobre la propiedad de los bienes (de manera temporal).

El presente artículo en primer lugar hace un estudio de la figura del pacto de retroventa en la legislación peruana, sus antecedentes, definición, naturaleza jurídica y características; luego desarrolla la regulación del pacto de retroventa en la legislación comparada, para lo cual se ha considerado la legislación de Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, México y España; haciendo referencia también a lo señalado en el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. Posteriormente, se analiza el derecho a la libertad contractual, su definición, alcance y límites, con relación al pacto de retroventa; así como el abuso del derecho, su definición y posiciones doctrinales. Finalmente, se analiza si la intervención del Estado en la prohibición del pacto de retroventa supera el principio de proporcionalidad.

II. Métodos y técnicas

En el presente artículo se ha utilizado como método general el inductivo-deductivo y el analítico-sintético; y como métodos propios del Derecho, el dogmático, hermenéutico, teleológico y de argumentación jurídica. En particular, se ha utilizado el método comparado, precisamente para identificar categorías y conceptos jurídicos que comparten la legislación internacional sobre el pacto de retroventa.

Asimismo, se utilizó como técnica de recolección de información el análisis de contenido.

III. El pacto de retroventa en la legislación peruana

3.1. Antecedentes

En principio, debemos mencionar que el pacto de retroventa en los contratos de compraventa era un acuerdo ya permitido en la época clásica del derecho romano y se denominaba *pactum de retrovendendo*, y era utilizado para que el vendedor de un bien pueda recuperar el mismo resolviendo el contrato unilateralmente y devolviendo el precio pagado.

Según el lenguaje de los jurisconsultos romanos las partes podían unir al contrato de compraventa una cláusula con condición resolutoria, en donde el vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o aun en cualquier época. (Petit, 1988)



El pacto de retroventa se ha mantenido desde la época clásica del derecho romano hasta la actualidad en las diferentes legislaciones de los países que permiten y regulan el contrato de compraventa, con excepciones como México en donde se prohíbe el citado pacto.

Desde su origen el pacto de retroventa fue utilizado para obtener préstamos dinerarios con garantía de los bienes vendidos, que luego eran recuperados devolviendo el dinero pagado. “El pacto de retro históricamente envolvía un préstamo encubierto.” (Gonzales de la Aleja, 2018, p. 385)

En nuestro país, el pacto de retroventa ha sido regulado en los códigos civiles de 1852, 1936 y 1984. Así tenemos que, el artículo 1448 del Código Civil de 1852 establecía: “La retroventa es una calidad añadida al contrato de venta por la que se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida devolviendo el precio”. Por su parte, el artículo 1431 del Código Civil de 1936, señalaba: “Por la retroventa se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida devolviendo el precio.” (BLOG PUCP)

Actualmente, el artículo 1586 del Código Civil de 1984, prescribe: “Por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.” Asimismo, regula qué estipulaciones son nulas en el pacto de retroventa (artículo 1587), plazos para ejercitar dicho pacto (artículo 1588), la retroventa en bienes indivisos y bienes separados (artículos 1589 y 1590) y oponibilidad de la retroventa (artículo 1591).

3.2. Definición

El pacto de retroventa es un acuerdo de las partes en un contrato de compraventa, por medio del cual el vendedor puede resolver el contrato unilateralmente, sin expresión de causa, en un plazo establecido por ellos o por la ley, y recuperar el bien vendido devolviendo el dinero pagado sin incremento del precio u otro beneficio.

El pacto de retroventa tiene distintas denominaciones, como venta a carta de gracia (Arnau, 2009), retracto convencional o rescate convencional (Arias-Schreiber, 2011), siendo para este último autor la expresión más precisa para la mencionada figura.

El pacto de retroventa “(...) es una compraventa ordinaria a la que se ha añadido el pacto de retro, que es aquel por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida” (Arnau, 2009, p. 277). Al resolverse el contrato tendrá como



efecto que el bien regrese al patrimonio de su propietario original. (Castillo, 2024). “(...) El vendedor tiene el derecho de recuperar el bien vendido, restituyendo al comprador el precio recibido.” (Arias-Schreiber, 2011, p. 110)

Por su parte, Lorenzetti (1999), establece: “La venta con pacto de retroventa es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución.” (p. 311)

Conforme a nuestra legislación el pacto de retroventa puede definirse como aquel derecho de las partes en un contrato de compraventa de incorporar una cláusula por medio de la cual se otorga la facultad al vendedor de resolver el contrato de manera unilateral, sin expresión de causa, en el plazo de dos años (para bienes inmuebles) y de un año (para bienes muebles), con la finalidad de recuperar el bien, devolviendo el precio pagado, sin ninguna suma adicional o ventaja, salvo la destinada a conservar el valor adquisitivo del precio.

3.3. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica del pacto de retroventa en la doctrina se señala que el mismo implica una condición resolutoria (Arias-Schreiber, 2011), una potestad resolutoria del vendedor (Lorenzetti, 1999), o una cláusula resolutoria a favor del vendedor (Castillo, 2024).

“(...) el pacto de retroventa no constituye una condición resolutoria, entendido que la condición consiste en un hecho futuro e incierto cuya ocurrencia es ajena a la voluntad exclusiva de una de las partes.” (Castillo, 2024, p. 746)

El pacto de retroventa implica la facultad de las partes para incluir una cláusula resolutoria a favor del vendedor en un contrato de compraventa.

Por otro lado, debemos aclarar que el pacto de retroventa no significa la existencia de una nueva venta con la resolución del contrato al formar parte de él. Una nueva venta significaría la existencia de un nuevo contrato de compraventa entre las mismas partes, lo que no ocurre con el mencionado pacto.

La doctrina de forma mayoritaria señala que el pacto de retroventa no constituye una nueva venta. Al resolverse el contrato caducan los derechos del comprador, de quien provenían los derechos de terceras personas, lo que no ocurriría si se celebraría una nueva venta. (Arias-Schreiber, 2011)



En conclusión, el pacto de retroventa es un acuerdo que forma parte de una cláusula resolutoria a favor del vendedor en un contrato de compraventa, que le permite recuperar el bien devolviendo el precio pactado inicialmente, no constituyendo una nueva venta al resolverse el contrato.

3.4. Características

De acuerdo a nuestro Código Civil vigente el pacto de retroventa tiene las características siguientes:

a) Es dependiente

El pacto de retroventa no es una figura independiente por medio de la cual las personas pueden establecer acuerdos entre ellos, pues depende de un contrato de compraventa. Dicho pacto puede integrarse al contrato al momento de celebrarse el mismo o de manera posterior.

b) No opera de pleno derecho, requiere expresión de voluntad

Para que el pacto de retroventa tenga efecto jurídico se requiere necesariamente que el vendedor exprese su voluntad de hacer uso de la cláusula resolutoria del contrato de compraventa que contiene dicho acuerdo.

El artículo 1586 del Código Civil establece que el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial, no existiendo alguna disposición legal con un plazo que opere de pleno derecho para su eficacia jurídica. Para Arias-Schreiber: “La resolución a que se refiere el artículo 1586 opera de pleno derecho, esto es, sin necesidad de mandato judicial.” (Arias-Schreiber, 2011, p. 112)

Sin embargo, no compartimos la opinión del jurista Arias-Schreiber, por cuanto, de acuerdo a nuestra legislación se puede resolver el contrato sin decisión judicial, pero es necesario que se exprese la voluntad de hacer uso del pacto de retroventa.

La comunicación al comprador del uso del pacto de retroventa debe ser expresa, haciendo uso de cualquier medio, sin embargo, a nuestro entender el medio más idóneo es una carta notarial indicando la fecha en qué quedará resuelto el contrato.

c) No puede imponerse al vendedor alguna ventaja

En nuestro país no puede imponerse al vendedor que hace uso del pacto de retroventa ninguna obligación de pagar al comprador



158

alguna suma de dinero (diferente a la pactada inicialmente) o ventaja para éste, salvo aquella destinada a conservar el valor adquisitivo del precio, tal como señala el artículo 1587 del Código Civil vigente.

Por lo tanto, es nula toda estipulación en el pacto de retroventa sobre el pago de intereses o alguna ventaja para el comprador, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, con la excepción que indicamos anteriormente.

d) Existe un plazo de caducidad

Existe un plazo máximo para ejercer el derecho de resolución del contrato como consecuencia de aplicarse el pacto de retroventa, que es para el caso de bienes inmuebles de dos años y para bienes muebles de un año, salvo que las partes estipulen un plazo menor; disponiéndose, además, que todo plazo mayor fijado por las partes se reduce al plazo legal, conforme al artículo 1588 del Código Civil.

e) Se puede utilizar para bienes muebles e inmuebles

De la revisión del artículo 1588 del Código Civil, se advierte que se puede utilizar el pacto de retroventa para bienes muebles e inmuebles.

Arias-Schreiber (2011), critica la inclusión del pacto de retroventa en los bienes inmuebles porque se encuentra en abierta contradicción con la legislación comparada y con riesgo de trabar con ello la circulación de esos bienes, que es por su misma naturaleza acelerada.

Para nosotros no debe existir el pacto de retroventa para ningún tipo de bienes por cuanto, dicha regulación permite ocultar otros acuerdos como préstamos dinerarios con posibles intereses usurarios.

f) El comprador tiene el derecho de retener el bien

El comprador tiene el derecho a retener el bien hasta que el vendedor le reembolse las mejoras necesarias y útiles, conforme al artículo 1588, tercer párrafo, del Código Civil.

g) Los vendedores de un bien indiviso y los herederos (del que ha vendido el bien) no pueden usar su derecho separadamente

Las personas que han vendido conjuntamente un bien indiviso y los herederos del que ha vendido el bien, ambos con el pacto de



retroventa, no pueden usar su derecho separadamente, conforme al artículo 1589 del Código Civil.

h) Los copropietarios de un bien indiviso pueden ejercer su derecho de resolución de contrato separadamente

Los copropietarios de un bien indiviso, que hayan vendido separadamente sus cuotas en la copropiedad con pacto de retroventa, cada uno puede ejercer su derecho a la resolución del contrato por su respectiva participación, conforme al artículo 1590 del Código Civil.

i) Es oponible a terceros

El pacto de retroventa es oponible a terceros, siempre y cuando se encuentre inscrito en el registro respectivo, tal como lo establece el artículo 1591 del Código Civil.

En el caso de bienes no inscritos o cuando exista la imposibilidad de inscripción (como el caso de bienes muebles no inscribibles), se puede advertir que el pacto de retroventa no tendría eficacia jurídica.

IV. El pacto de retroventa en la legislación comparada

Ahora procederemos a realizar un análisis comparativo legislativo del pacto de retroventa teniendo como referencia nuestro país con relación a otros países, para lo cual se han considerado algunos países de América del Sur y otro de Europa.

Con la finalidad de llevar a cabo dicho análisis tomaremos en cuenta tres elementos del pacto de retroventa: a) Permiso o prohibición, b) El pago de un interés económico, c) Si comprende bienes muebles e inmuebles o sólo uno de ellos, y d) Plazo para ejercer el derecho de resolución del contrato de compraventa.

4.1. En la legislación chilena

En la legislación chilena sí se permite el uso del pacto de retroventa y se encuentra regulado en el artículo 1881 y siguientes de su Código Civil.¹ Así, el artículo 1881 señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le

¹ El Código Civil de Chile fue aprobado con Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, publicado el 30 de mayo de 2000.



haya costado la compra.” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil)

De otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa, en la legislación chilena se considera a los bienes muebles e inmuebles.

Por último, respecto al plazo del pacto de retroventa el artículo 1885 de su Código Civil, prescribe:

El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuere fructífera, y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil).

Podemos advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años como máximo, tanto para los bienes muebles como inmuebles, incorporándose además, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso de su derecho de resolución del contrato, siendo de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

4.2. En la legislación ecuatoriana

En la legislación ecuatoriana sí se permite el uso del pacto de retroventa y se regula en el artículo 1821 y siguientes de su Código Civil.² Así tenemos que el artículo 1821 del Código Civil de Ecuador, señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra.” (Código Civil, 2022, p. 209)

Por otro lado, respecto a los tipos de bienes que comprende la retroventa, en la legislación ecuatoriana se considera a los bienes muebles e inmuebles.

² El Código Civil vigente de Ecuador fue aprobado mediante Codificación N.º 2005-010, Suplemento del Registro Oficial N.º 46 del 24 de junio de 2005.



Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa el artículo 1825 del Código Civil ecuatoriano, prescribe:

El tiempo para intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas muebles. Y si la cosa fuere fructífera, y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Código Civil, 2022, p. 209)

Se puede advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años como máximo, tanto para los bienes muebles como inmuebles., incorporándose también, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso de su derecho de resolución del contrato, siendo de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

Finalmente, podemos apreciar que de la redacción del artículo 1821 del código civil ecuatoriano se advierte que el pacto de retroventa faculta a que se estipule un precio que no necesariamente debe ser el precio de compra, sin embargo, no se hace referencia a intereses económicos.

Bayona (2019), precisa que en el Ecuador: “ (...) nada obsta para que las partes estipulen que el vendedor reembolsará el precio que recibió. “con intereses”, en caso de resolverse a hacer efectiva la retroventa.” (p. 218)

4.3. En la legislación colombiana

En la legislación colombiana sí se permite el pacto de retroventa y se regula en su Código Civil.³ Que en su artículo 1939, señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra.” (Código Civil, 2023, p. 610)

De la redacción del artículo 1939 del mencionado Código se advierte que mediante el pacto de retroventa se puede establecer un precio distinto al precio de compra, sin embargo, no se hace referencia a intereses económicos.

³ El Código Civil de Colombia fue aprobado por Ley N.º 87 de 1887 (Diario Oficial N.º 7019 del 22 de abril de 1887).



Por otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa en Colombia, es para bienes muebles e inmuebles. Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa, el artículo 1943 del Código Civil colombiano señala:

El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le de noticia anticipada que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuere fructífera y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Código Civil, 2023, págs. 610-611)

Podemos advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años, tanto para bienes muebles como inmuebles, incorporándose también, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso del derecho antes mencionado, que es de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

4.4. En la legislación argentina

En la legislación argentina sí se permite el pacto de retroventa en los contratos de compraventa y se encuentra regulado en su código civil y comercial.⁴ El artículo 1163 del Código Civil y Comercial argentino establece:

El pacto de retroventa es aquel por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos. El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometidas a condición resolutoria. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2022, p. 272)

De la redacción del artículo 1163 del citado Código se advierte que a través del pacto de retroventa el vendedor con el comprador pueden convenir un exceso o disminución del precio en el momento de recuperación del bien por parte del vendedor.

Por otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa se advierte que puede utilizarse el pacto de retroventa en bienes muebles e inmuebles.

⁴ El Código Civil y Comercial de Argentina fue aprobado mediante Ley N.º 26994.



Respecto al plazo de ejecución del pacto de retroventa, el artículo 1167 del código civil y comercial argentino prescribe:

Los pactos regulados en los artículos precedentes pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años si se trata de cosas inmuebles, y dos años si se trata de cosas muebles, contados desde la celebración del contrato. Si las partes convienen un plazo mayor se reduce la máximo legal. El plazo establecido por la ley es perentorio e improrrogable. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2022, p. 273)

Podemos advertir que el plazo para hacer uso del derecho de resolución del contrato de compraventa no puede ser mayor a cinco años si se trata de bienes inmuebles y de dos años si se trata de bienes muebles, contados desde la celebración del contrato.

4.5. En la legislación mexicana

En la legislación mexicana se prohíbe el uso del pacto de retroventa en los contratos de compraventa, tal como se establece en su Código Civil Federal.⁵

El autor Ayala (2017), en referencia a la legislación mexicana señala sobre el pacto de retroventa: “Consiste en estipular en una cláusula que en caso de venta se tendrá que vender al anterior propietario de la cosa, por lo cual, si se llegare a estipular, esta cláusula será nula.” (p. 74)

En efecto, el artículo 2302 del Código Civil Federal de la República de México, prescribe: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes.” (Código Civil Federal, p. 219)

4.6. En Europa

El artículo 230 del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía⁶ se señala:

1. En el momento de la conclusión del contrato, el vendedor puede reservarse el derecho de recuperar la propiedad del bien vendido dentro de un plazo convenido, que no puede superar los tres años, mediante la restitución, al

⁵ El Código Civil Federal vigente de México fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

⁶ Es un proyecto de la Academia de Pavía, integrada por más de ciento cincuenta profesores y magistrados eminentes de distintas disciplinas jurídicas de diversos países del mundo.



comprador, del precio recibido, incrementado, en su caso, por el eventual aumento de valor del bien, sea ello debido a los gastos útiles efectuados por el comprador o a la depreciación experimentada por la moneda (...). (Cores, C. D. Gandolfi, G. y Rogel, C. (Trad.), 2009, p. 162)

Ahora bien, se puede advertir que el artículo 230 Código Europeo de Contratos de la mencionada academia no hace referencia al pago de intereses al comprador al momento de devolver el dinero ni de alguna otra ventaja, evidenciando una desigualdad en el pacto de retroventa entre las partes.

a) En España

En la legislación española sí se permite el pacto de retroventa en los contratos de compraventa, y se regula en su Código Civil vigente.⁷ Así tenemos, que el artículo 1507 de este Código establece: “Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518⁸ y lo demás que se hubiese pactado.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

Por otro lado, sobre el tipo de bienes que comprende el pacto de retroventa, en la legislación española únicamente se comprende a los bienes inmuebles, conforme se advierte del análisis de los artículos correspondientes al pacto de retroventa.⁹

Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa en la legislación española, el artículo 1508, prescribe: “El derecho de que trata el artículo anterior durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

Se puede advertir que en la legislación española para ejecutar el pacto de retroventa, cuando se estipula un plazo el mismo no puede exceder de diez años, sin embargo, cuando no se estipula un plazo éste se reduce a cuatro años.

⁷ El Código Civil de España fue aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁸ Artículo 1518 del Código Civil español, establece: “El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, 2. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida”. (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

⁹ El artículo 1520 del Código Civil español, establece: “El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según costumbre del lugar en que radique.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 263)



V. La libertad contractual en el pacto de retroventa

El contrato de compraventa como acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial, en donde el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, cumple una función económica y social, al facilitar a las personas el intercambio de bienes y servicios, generando riqueza para ellos y sus familias y además, contribuyendo a satisfacer sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

Ahora bien, las personas pueden suscribir contratos de compraventa incluyendo cláusulas como el pacto de retroventa, en mérito al derecho a la libertad contractual; sin embargo, dicha figura puede generar conflictos entre las partes e incluso con terceros debido a la incertidumbre temporal de la titularidad de la propiedad y también, por la posibilidad de ocultar otros acuerdos como los préstamos dinerarios. Es por ello, que consideramos necesaria la intervención del Estado para garantizar la protección de los derechos de las personas.

En nuestro país el derecho a la libertad contractual tiene protección y regulación constitucional y legal, que comprende: a) El derecho a contratar libremente con quien nosotros elijamos y a ofrecer libremente nuestros bienes y/o servicios; y b) El derecho a pactar libremente la forma y contenido del contrato, con las limitaciones constitucionales y legales respectivas.

Aunque el pacto de retroventa es un acuerdo libre entre las partes, el mismo no garantiza la igualdad de trato porque se constituye en una condición para la resolución unilateral de un contrato de compraventa. Por ello, se discute en la doctrina si dicho pacto se justifica en mérito a la libertad contractual o debe intervenir el Estado en su regulación o prohibición.

El autor Landa (2014) señala: "(...) el derecho fundamental a la libertad contractual se asemeja más a los llamados "derechos de la libertad", pues si bien exigen un nivel de promoción por parte del Estado, principalmente exigen que éste se abstenga de intervenir." (p. 315)

Para nosotros en el caso de pactos como el de retroventa la intervención del Estado es necesaria al existir un abuso del derecho permitido por el código civil peruano vigente. No debemos olvidar porque ningún derecho puede ser absoluto.

Respecto a la libertad contractual podemos definirla como aquel derecho fundamental que tienen las partes en base a



su autonomía privada de la voluntad, de elegir libremente con quien quieren contratar, ofreciendo libremente sus bienes y/o servicios, así como a establecer la forma y el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

Dada la finalidad del presente artículo vamos a considerar el segundo aspecto del derecho a la libertad contractual referido a la forma y contenido del contrato. “La *libertad contractual* significa que las partes determinan libremente entre sí, la forma y el contenido del contrato, según las normas vigentes al tiempo de su celebración.” (Torres, 2016, p. 67)

El derecho fundamental a la libertad contractual tiene protección en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993¹⁰, que permite a las personas contratar con fines lícitos sin contravenir leyes de orden público. Asimismo, el artículo 62 del mismo cuerpo normativo permite a las partes contratar libremente y pactar el contenido de un contrato según las normas vigentes, no pudiendo modificarse los términos contractuales por leyes u otras disposiciones.¹¹

Además, debemos considerar que los citados artículos deben interpretarse en armonía con los tratados internacionales suscritos por nuestro país.¹²

Si bien es cierto, el derecho fundamental a la libertad contractual nos permite establecer libremente la forma y el contenido de los contratos, dicha libertad no es absoluta y tiene algunos límites impuestos por la Constitución y la ley.

Es así que, la libertad de las personas para regular sus relaciones privadas que se plasman en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía (Leyva, 2011). “(...) los dos principales límites a la

¹⁰ Numeral 14, artículo 2 de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

¹¹ Artículo 62 de la Constitución Política: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”.

¹² El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha sido ratificado por el Perú, señala: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.” (Naciones Unidas). Por su parte, el artículo 175 del Código de Derecho Internacional Privado, establece: “Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.” (Organization of American States)



libertad contractual son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.” (Landa, 2014, p. 316). “(...) existen otras figuras jurídicas que de una manera u otra también limitan el ejercicio de la libertad de contratación. Estas figuras, a nuestro criterio, son: el principio de la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley (...)” (Soto, 2011, p. 54)

A nuestro parecer, cuando existan algunas disposiciones legales que puedan vulnerar derechos fundamentales debe intervenir el Estado en busca del interés público.

El jurista Torres (2016) establece:

Las limitaciones a la autonomía de voluntad privada no debe ser tales de matar la iniciativa privada, la libre circulación de los bienes y servicios, la inversión privada nacional y extranjera, siempre, claro está, que ante un conflicto entre el interés público y el privado debe prevalecer el público. (p. 66)

No obstante, el uso del pacto de retroventa está regulado en nuestra legislación y puede ser utilizado por las partes libremente, la forma como está regulada esta figura vulnera el derecho a la igualdad de las partes y permite ocultar otros acuerdo como los préstamos dinerarios con beneficios exclusivos para una de las partes. Por ese motivo consideramos que debe intervenir el Estado con respecto al pacto de retroventa en beneficio del interés público ya que su uso constituye un abuso del derecho.

VI. El abuso del derecho

Para definir el abuso del derecho existen dos posiciones en la doctrina: a) una tesis positiva o material, y b) una tesis negativa o formal.

La tesis negativa o formal, “(...) asume la absolutez de los derechos subjetivos, pensando que sólo el legislador los confiere y limita o elimina si lo entiende necesario.” (Ordoqui, 2014, p. 112). El abuso del derecho formal se produce cuando una acción contraviene a una prohibición jurídica de hacer u omitir, aplicando literalmente el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. (Benglio, 2013)

En resumen, según la tesis negativa o formal todo derecho conferido en una ley es lícito y su ejercicio no constituye un abuso del derecho.



Por otro lado, la tesis positiva o material señala que, “(...) el hecho de que la norma reconozca un derecho no excluye que cuando éste se ejerce no pueda actuarse en forma irregular, anormal o contraria a los fines que justificaron esa norma, o los principios generales del derecho.” (Ordoqui, 2014, p. 114). El abuso del derecho material se produce cuando mediante el empleo de actos formalmente ajustados al ordenamiento jurídico, se producen resultados contrarios a los fines, normas y principios del mismo. (Benglio, 2013)

Para la tesis positiva o material cuando una norma jurídica reconozca un derecho y se ejerza de manera irregular o contraria a los fines de la norma o a los principios generales del derecho, constituye un abuso del derecho.

Dada la finalidad de la presente investigación asumiremos una postura positiva o material para definir el abuso del derecho.

En ese sentido, el abuso del derecho puede definirse como el ejercicio de un derecho establecido en la ley pero que es utilizado de forma irregular o contraria a los fines de la misma y a los principios generales del derecho. “En el ámbito de la relación contractual, el abuso de derecho se orienta a preservar el fin o la causa del contrato.” (Ordoqui, 2014, p.170)

El principio de la autonomía de la voluntad privada, por medio de la cual se puede establecer libremente el contenido de los contratos encuentra su límite en el abuso del derecho que no ampara la Constitución Política de 1993¹³ y se encuentra regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente.

Entonces, en caso de incorporar el pacto de retroventa en un contrato de compraventa para disfrazar, por ejemplo, un préstamo con beneficios irrazonables para una de las partes en perjuicio de la otra, constituye sin lugar a dudas un abuso del derecho al transgredirse el deber jurídico de no hacer daño a las personas.

El autor Fernández (2018), señala:

El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial

¹³ Artículo 103 de la Constitución Política: “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho.”



de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. (p. 135)

En conclusión, el pacto de retroventa está regulado en nuestro código civil vigente; sin embargo, pese a ser lícito, constituye un abuso del derecho porque tiene beneficios exclusivos para una de las partes, y además, puede ocultar otros acuerdos como la obtención de un préstamo dinerario con garantía de un bien, con posibles intereses usurarios. El simple hecho de utilizar el mencionado pacto para ocultar otros acuerdos desiguales contraviene su finalidad y atenta contra el interés público.

VII. La prohibición del pacto de retroventa y el principio de proporcionalidad

En nuestra opinión, el Estado debe intervenir en la regulación del contrato de compraventa cuando exista la posibilidad de que se atente contra el interés público, lo que pasa con el pacto de retroventa.

Con el avance de la ciencia y la tecnología, así como el crecimiento económico de los países, se hace imprescindible la actualización de la legislación civil debiendo evaluarse si figuras como el pacto de retroventa deben mantenerse, más aún, si estamos en proceso de constitucionalización de las distintas ramas del Derecho.

Ahora bien, en nuestro país el pacto de retroventa está permitido existiendo en la doctrina posiciones a favor y en contra de dicha figura, siendo nuestra postura en contra del citado acuerdo. En ese sentido, el Estado debe intervenir prohibiendo dicha figura.

Con la finalidad de justificar la intervención estatal en la derogación del artículo 1586 y siguientes del Código Civil vigente, que regulan el pacto de retroventa, se analizará si dicha medida cumple con el principio de proporcionalidad establecido por el jurista alemán Robert Alexy (2017), que constituye un parámetro de control en la restricción de derechos fundamentales.

El mencionado principio nos permitirá saber si la intervención del Estado al restringir el derecho fundamental a la libertad contractual (prohibiendo el pacto de retroventa) es razonable.

El principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios: a) Idoneidad, b) Necesidad, y c) Proporcionalidad en sentido estricto.

Alexy (2017), señala que los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo



a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, siendo este último el campo de la ponderación.

Ahora, la restricción de un derecho fundamental por parte del Estado se produce cuando se prohíbe que el titular del derecho lo ejerza de manera plena conforme al supuesto de hecho que establece la ley. “Sólo cuando la disposición al que restringe el derecho fundamental es proporcional - sólo cuando ella cumple con los requerimientos que establece la cláusula restrictiva - podemos decir que la restricción es válida” (Barack, 2017, p.130)

Por lo tanto, la restricción a un derecho fundamental protegido constitucionalmente y legalmente es válida, siempre y cuando se determine la proporcionalidad de la medida.

El derecho fundamental de una persona debe ser considerado como un ideal que pueda ser realizado en la sociedad, motivo por el cual debe considerarse al interés público cuando se restringe dicho derecho.

A continuación, analizaremos si la prohibición del uso del pacto de retroventa es razonable conforme a los tres subprincipios del principio de proporcionalidad.

7.1. Subprincipio de idoneidad

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, respecto al subprincipio de idoneidad, señala: “(...) la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar.”

Por su parte, Barak (2017), precisa cuándo el fin de una medida que restringe un derecho fundamental debe ser considerado “adecuado”:

(...) requiere el análisis de dos asuntos relacionados. Primero, debemos examinar los tipos de fines que pueden justificar las restricciones que se imponen a los derechos fundamentales. Segundo, debemos analizar el grado de urgencia que se requiere en la realización de aquellos fines adecuados. (p. 283)

En principio debemos mencionar que la restricción al derecho fundamental a la libertad contractual de las partes busca tutelar el derecho a la igualdad de las partes en un contrato, que tiene amparo constitucional.¹⁴



En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N.º 00374-2017-PA/TC, señala sobre la igualdad: “Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes.”

Es así que, las partes en un contrato de compraventa tienen el derecho a que el Estado (cuando regule algún contrato) les brinde un trato en igualdad de condiciones, lo que no ocurre con la regulación del pacto de retroventa que beneficia más a una de las partes.

El profesor Landa (2021), señala que el derecho-principio de igualdad ordena al Estado brindar el mismo tratamiento a todas las personas que reúnan las mismas condiciones o se encuentren de hecho en igual situación, siendo que este mandado se divide a su vez en dos derechos específicos: a) el derecho a ser tratado igual en la ley y en la aplicación de la ley, y b) el derecho a no ser discriminado por ningún motivo (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole).

La prohibición del pacto de retroventa se justifica porque además de evidenciar desigualdad entre las partes, desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos, por cuanto se deja de cumplir una obligación por voluntad unilateral de una de las partes. Además, no se debe amparar el incumplimiento de obligaciones por decisión unilateral de una de las partes, dejando incluso en suspenso la disposición del bien adquirido.

Luego, debemos recordar que desde su origen el pacto de retroventa ha sido utilizado mayormente para encubrir préstamos condicionados a intereses usurarios, por lo que se atenta contra el interés público. “La categoría del interés público no es jamás taxativa. El interés público se desarrolla con los propios avances de la sociedad a través de la historia.” (Barak, 2017, p. 299)

Por lo antes señalado, consideramos urgente la prohibición en el Código Civil peruano del pacto de retroventa al vulnerar el derecho a la igualdad del comprador, al ser evidente que el vendedor se beneficia con recuperar el bien, sin pago de intereses ni otros beneficios. Asimismo, con la resolución del contrato se pueden vulnerar derechos de terceros al quedar resueltos los derechos

14 El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, establece que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”



adquiridos y concedidos por el comprador; así como perjudicar a los acreedores del vendedor del bien, pues tendrían que esperar a que se resuelva el contrato o en el peor de los casos iniciar procesos judiciales en contra del comprador si no se hace uso de dicho pacto.

La regulación del pacto de retroventa en nuestro país permite que una de las partes se beneficie indebidamente ocultando un préstamo de dinero con intereses altos, lo que constituye un abuso del derecho, más aún, si actualmente existen distintos mecanismos para utilizar los bienes muebles e inmuebles como garantía de pago en un préstamo dinerario.

Quizá en algún momento se justificaba asegurar el pago de un préstamo dinerario a través de un contrato de compraventa, que permita recuperar el bien con la figura denominada “pacto de retroventa”, al no existir otros mecanismos que aseguren el pago de obligaciones, lo que no ocurre actualmente.

7.2. Subprincipio de necesidad

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, respecto al subprincipio de necesidad, indica:

Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

Dado que el pacto de retroventa desde su origen fue utilizado para asegurar el pago de préstamos dinerarios con la entrega de algún bien, este mecanismo quizá se justificaba hace varios años atrás.

La sociedad ha evolucionado producto de distintos factores como el cultural, social, político, económico, entre otros, posibilitando que el ser humano hoy en día cuente con distintos beneficios, entre ellos, la facilidad de acceder a préstamos bancarios. A saber, existen medios alternativos al pacto de retroventa para obtener préstamos dinerarios con el uso de bienes muebles e inmuebles que aseguren el cumplimiento de la obligación, como los contratos de anticresis e hipoteca (para el caso de bienes inmuebles) regulados en el código civil vigente; y la constitución de garantía mobiliaria (para el caso de bienes muebles), conforme al Decreto Legislativo N.º 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria.



En ese sentido, la permisión del pacto de retroventa posibilita el mal uso de esta figura facilitando un préstamo dinerario usurario que constituye un abuso del derecho.

Castillo (2015), indica: “En lo personal, creemos que el pacto de retroventa no debió ser considerado un pacto permitido dentro del contrato de compraventa, (...)” (p. 293)

Por lo tanto, al existir medios alternativos seguros en nuestra legislación para obtener préstamos con garantía mobiliaria e inmobiliaria, se justifica la medida de restricción al derecho fundamental a la libertad contractual porque se alcanza el mismo fin. El contrato de compraventa tiene un rol económico al satisfacer las necesidades de las personas, así como el disfrute de la riqueza. Por ello, es importante garantizar el intercambio de bienes en el mercado sin restricciones absurdas como condicionar una compraventa a la decisión unilateral de una de las partes para su resolución, causando incertidumbre temporal sobre la propiedad de los bienes.

7.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, establece: “(...) Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”

Por su parte Barak (2017), indica: “La base del test de proporcionalidad en *sentido estricto* se encuentra en el requisito de la relación adecuada entre el beneficio obtenido por la medida restrictiva y la vulneración que ella causa.” (p. 378)

En primer lugar, la restricción de la libertad contractual prohibiendo el pacto de retroventa contribuye con el interés público, al evitar que se utilice dicha figura ocultando otro acuerdo relacionado al préstamo dinerario con garantía de bienes.

La posibilidad de que se utilice dicho pacto para encubrir préstamos dinerarios en donde exista ventajas irrazonables para una de las partes, ya justifica su prohibición. “Este pacto ha sido frecuentemente utilizado para encubrir operaciones de préstamo usurario, (...)” (Lorenzetti, 1999, p. 314)

Por su parte, Castillo (2015), señala:

(...) no se ha eliminado por completo la posibilidad de que



el pacto de retroventa se emplee para encubrir un mutuo con intereses usurarios, ya sea imponiendo al vendedor la obligación de devolver el precio con un suplemento valorista de dinero, o imponiendo al comprador la obligación de devolver el bien y ejecutar alguna otra prestación en beneficio del vendedor. (p. 296)

En segundo lugar, en la doctrina existen posiciones que justifican el uso del pacto de retroventa con fines de obtener dinero y poder recuperar el bien que fue objeto de compraventa. “(...) la razón práctica del pacto de rescate se ha encontrado en el hecho según el cual el vendedor se despoja de la propiedad de la cosa por momentánea necesidad de dinero (...)” (Palacios, 2006, p. 314). “El retracto persigue una finalidad económica puesto que permite al vendedor adquirir una liquidez inmediata con la esperanza de poder recuperar el bien en un futuro.” (Arnau, 2009, p. 277).

Nosotros no compartimos lo expresado por los autores Arau y Palacios, por cuanto no tiene sentido utilizar la figura del pacto de retroventa como medio para obtener préstamos dinerarios, al existir actualmente diferentes mecanismos formales y seguros para que una persona pueda adquirir dinero, sin el riesgo de pagar interés ocultos que a veces pueden ser excesivos.

El autor Barak (2017), señala: “(...) las consideraciones relativas al interés público deben ser incluidas y tomadas en cuenta dentro de la discusión referente a las reglas de la proporcionalidad, (...) y, en particular, dentro de los elementos de la “finalidad” y la “proporcionalidad en sentido estricto”. (p. 101)

Con la prohibición del pacto de retroventa se busca el bienestar de las personas que contratan como vendedores, compradores y los terceros intervinientes, acreedores, quienes pueden verse perjudicados por una figura que encubre un préstamo de dinero con beneficios exclusivos para una de las partes.

En tercer lugar, debemos considerar que el pacto de retroventa ocasiona que los bienes afectados con dicho pacto no puedan circular libremente en el mercado, ya que se tiene que esperar hasta que se cumpla el plazo legal para que se haga uso de esta figura. “A nadie le va a ser posible comprar un bien con este pacto, porque hay una condición resolutive a favor del vendedor, que no consolida la propiedad adquirida.” (Miranda, 2013, p. 215)

La compraventa es fundamental en el intercambio de bienes en una sociedad ya que mejora las condiciones económicas de las personas, sin embargo, las condiciones que se impongan a ese contrato que impliquen incertidumbre sobre la propiedad del bien afectan al interés público.



El pacto de retroventa desnaturaliza el contrato de compraventa al dejar en suspenso la propiedad del bien, que se encuentra condicionada a la decisión unilateral de una de las partes de resolver el contrato y recuperar el bien.

Finalmente, debemos mencionar que el contrato de compraventa al facilitar el intercambio de bienes se convierte en un medio esencial para la economía, sin embargo, las condiciones resolutorias unilaterales mantienen incertidumbre sobre la propiedad del bien, evitando que dicho contrato cumpla su función. “La compraventa es un contrato traslativo de dominio, con el que se puede adquirir riqueza, es decir, mediante la compra y venta de objetos se pueden obtener ganancias fructíferas, lo cual traerá consigo que los sujetos obtengan una fortuna, (...)” (Ayala, 2017, p. 66)

Hoy en día carece de sentido mantener en nuestra legislación al pacto de retroventa como acuerdo permitido en un contrato de compraventa ya que su uso constituye un abuso del derecho.

VIII. Conclusiones

- a. El pacto de retroventa en nuestro país constituye un abuso del derecho, por cuanto si bien es cierto nuestro código civil vigente reconoce el derecho a su uso, el mismo no se puede ejercer de manera irregular o contraria a los fines de la misma norma jurídica. El derecho a la libertad contractual que permite el uso del pacto de retroventa no puede atentar contra el interés público, ya que vulnera el derecho a la igualdad de las partes, y además, posibilita el ocultamiento de otros acuerdos como la adquisición de préstamos dinerarios con intereses altos.
- b. Consideramos que el pacto de retroventa podría ser un acuerdo razonable, siempre y cuando se regule condiciones con trato igualitario para ambas partes como por ejemplo, beneficiar al comprador con el pago de intereses económicos si el vendedor resuelve el contrato en mérito a dicho pacto. Asimismo, debería prohibirse expresamente el uso del pacto de retroventa para ocultar préstamos dinerarios, sin embargo, sería complicado establecer un control sobre ello. Por tanto, la medida más idónea sería la prohibición del mencionado pacto.
- c. El pacto de retroventa en nuestro país tiene las siguientes características: a) Es dependiente, b) No opera de pleno derecho, c) No puede imponerse al vendedor alguna ventaja, d) Tiene un plazo de caducidad, e) Se puede utilizar para bienes muebles e inmuebles, f) El comprador tiene el derecho a retener el bien hasta que el vendedor le reembolse las mejoras



necesarias y útiles, g) Los vendedores de un bien indiviso y los herederos (del que ha vendido el bien) no pueden usar su derecho separadamente, h) Los copropietarios de un bien indiviso pueden ejercer su derecho de resolución de contrato separadamente, i) Es oponible a terceros, siempre y cuando se encuentre inscrito en el registro respectivo.

d. Luego de un análisis comparativo legislativo, se tiene:

-El pacto de retroventa se permite y regula en las legislaciones de Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Argentina y España, prohibiéndose en México. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía sí se permite y regula dicho pacto.

-En Chile, Ecuador, Colombia y Argentina se puede acordar el incremento del precio de compra del bien, sin embargo, no se hace mención al pago de intereses económicos.

-En todos los países analizados se comprende a los bienes muebles e inmuebles, salvo en España en donde se comprende únicamente a los bienes inmuebles. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se hace referencia general a bienes.

-El plazo para ejercer el derecho de resolución del contrato es de dos años (para bienes inmuebles) y un año (para bienes muebles) en el Perú; cuatro años (para bienes inmuebles y muebles) en Chile, Ecuador y Colombia; cinco años (para bienes inmuebles) y dos años (para bienes muebles) en Argentina; y un plazo de cuatro años (cuando no hay estipulación de plazo), que no excederá de diez años (cuando se estipule un plazo) en España para bienes inmuebles. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se puede convenir un plazo máximo de tres años sin hacer distinción de bienes.

e. La restricción del derecho fundamental a la libertad contractual con la prohibición del pacto de retroventa supera el test de proporcionalidad de Alexy, por lo que es razonable dicha medida. Así tenemos, que se cumple con el principio de idoneidad, ya que las partes del contrato tienen derecho a que Estado les brinde un trato en igualdad de condiciones, lo que no ocurre con el citado pacto; con el principio de necesidad, al existir medios alternativos seguros en nuestra legislación para obtener préstamos con garantía mobiliaria e inmobiliaria en el sistema bancario y se alcanza el mismo fin; y con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la restricción de la libertad contractual contribuye con el interés público, al evitar que se utilice dicha figura ocultando otros acuerdos relacionados con préstamos dinerarios con garantía de bienes.



IX. Lista de Referencias

- Alexy, R. (2017). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional coo teoría de la fundamentación jurídica. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Arias-Schreiber, M (2011). Exégesis del Código Civil de 1984. Contratos nominados. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Arnau, F. (2009). Lecciones de derecho civil II. Obligaciones y contratos. Colecciones Sapientia 7. Castelló de la Plana. Madrid: Editores Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions
- Ayala, M. D. C. (2017). Contratos civiles: (ed.). México, D.F, Mexico: IURE Editores. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/40214?page=66>. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/40214?page=74>.
- Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Bayona, M. A. (2019). Los contratos de permuta, promesa de venta y compraventa, sus pactos accesorios, la lesión enorme y la jurisprudencia: (ed.). Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/171997?page=218>.
- Blengio, J. (2013). Abuso de derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales, su importancia actual como principio general y su incidencia en punto a la lesión calificada. En: Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalles. (pp. 821-842). Tomo II. Lima: Grández Gráficos S.A.C.
- Castillo, M. (2024). Tratado de los contratos típicos. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Castillo, M. (2015). Comentarios al contrato de compraventa. Análisis detallado de los artículos 1529 a 1601 del Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cores, C. D. Gandolfi, G. y Rogel, C. (Trad.) (2009). Código europeo de contratos de la Academia de Pavía: de los contratos en general: de la compraventa: (ed.). Madrid, Spain: Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/85132?page=162>.



- Fernández, C. (2018). *Abuso del Derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Otivenza Editora Jurídica.
- González de la Aleja, J. R. (2018). *La compraventa y los contratos preparatorios*: (2 ed.). Madrid: La Ley Soluciones Legales S.A. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/unc/58389?page=385>.
<https://elibro.net/es/ereader/unc/58389?page=386>.
- Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101. Epub 31 de diciembre de 2021. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200071>
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702>
- Leyva, J. (2011). Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6(6/7), 267-290. Recuperado de: <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.204>
- Lorenzetti, R.L. (1999). *Tratado de los contratos*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Miranda, M.J. (2016). Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 8(10), 99-111. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.231>
- Miranda, M.J. (2013). *Derecho de los contratos. Teoría-Práctica*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de derecho. En civil, comercial, procesal laboral y administrativo*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Palacios, E. (2006). Pacto de retroventa. Definición del pacto de retroventa. Artículo 1586). En: *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. (pp. 311-316). Tomo VIII. Lima: Gaceta Jurídica
- Petit, E. (1988). *Tratado elemental de derecho romano*. Traducido por Fernández, J. Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros.



Soto, A. (2011). Libertad de Contratar y Libertad Contractual. En: Estudios sobre el código europeo de contratos. (pp. 40-85). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez

Torres, A. (2016). Teoría General del Contrato. Tomo I. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Legislación Consultada

BLOG PUCP. Código Civil de 1852. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

BLOG PUCP. Código Civil de 1936. Ley N.º 8305. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

Código Civil y Comercial de la Nación. (2022). Ley N.º 26.994. Tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Di Lalla Ediciones

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil. Última Versión de 14-JUN-2024. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Código Civil, (2023). Concordado, Leyes, Decretos, Resoluciones, Circulares. Bogotá: Grupo Editorial Nueva Legislación SAS

Código Civil. (2022). Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de Junio 2005. Última Reforma: Edición Constitucional del Registro Oficial 15, 14-03-2022. Recuperado de: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3410/1/Código%20Civil%20%28Última%20reforma%2014-03-2022%29.pdf>

Código Civil y Leyes Civiles Generales. (2023). Edición: Eugenio Llamas Pombo. Madrid, España: La Ley Soluciones legales, S.A.

Código Civil Federal. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 17-01-2024. Recuperado de: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/gdoc/>

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Instrumentos de Derechos Humanos. Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Organization of American States. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

Jurisprudencia Consultada

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. n.º 579-2008-PA/TC. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente n.º 00374-2017-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00374-2017-AA.pdf>

La teoría del caso en el proceso judicial bajo un sistema de audiencias: herramienta vital en la litigación oral

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.9>



La teoría del caso en el proceso judicial bajo un sistema de audiencias: herramienta vital en la litigación oral

The theory of the case in the judicial process under a system of hearings: vital tool in oral litigation

COLORADO HUAMÁN, William *

Recibido: 27.05.2025

Evaluado: 25.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas. **III.** Evolución del sistema escrito al sistema por audiencias. **IV.** Reforma del Código Procesal Civil de 1993. **V.** Teoría del Caso en el ámbito civil. **VI.** Conclusiones. **VII.** Lista de Referencias.

Resumen

En el presente artículo se aborda la evolución del sistema de justicia civil en el Perú, destacando la transición del modelo escrito al modelo oral, impulsado por la necesidad de agilizar los procesos judiciales y mejorar la participación activa de abogados y partes. Se analiza la implementación de audiencias como base del proceso civil desde el Plan Piloto de 2018, así como los antecedentes históricos en Europa y América Latina. Además, se introduce la importancia de la Teoría del Caso como herramienta clave en la litigación oral, compuesta por una teoría de hechos, jurídica y probatoria. Finalmente, se subraya el rol del abogado en este nuevo modelo, enfatizando la preparación estratégica, la comunicación efectiva y la planificación desde la entrevista inicial con el cliente.

*Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, UNC, Perú. Ex - Juez Supernumerario del Segundo y Tercer Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca. Docente contratado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con estudios doctorales en Derecho en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, mención Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Conciliador extrajudicial y con especialidad en Derecho de Familia. Correo electrónico: wcoloradoh@unc.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7487-434x>



Palabras claves: Proceso judicial, litigación oral, teoría del caso.

Abstract

This article addresses the evolution of the civil justice system in Peru, highlighting the transition from a written to an oral model, driven by the need to streamline judicial processes and improve the active participation of attorneys and parties. It analyzes the implementation of hearings as the basis of civil proceedings since the 2018 Pilot Plan, as well as the historical precedents in Europe and Latin America. It also introduces the importance of Case Theory as a key tool in oral litigation, comprising a theory of facts, legal theory, and evidence. Finally, it highlights the role of the attorney in this new model, emphasizing strategic preparation, effective communication, and planning from the initial interview with the client.

Key words: Judicial process, oral litigation, case theory.

I. Introducción

En el Perú, desde años recientes, se vienen presentando grandes cambios en los sistemas de justicia tanto en el ámbito penal¹, laboral², constitucional³ y ahora en el espacio civil, donde a partir de la iniciativa de los magistrados, quienes buscan reducir su carga procesal que año tras año se incrementa, han propuesto la reinterpretación de la normatividad procesal a partir de los principios consolidados en el Código Procesal Civil, con ello se busca una mejor administración de justicia y de propia participación del abogado defensor y el justiciable.

Es así, que con la creación del Plan Piloto del Módulo Corporativo Civil de Litigación en la Corte Superior de Justicia de Arequipa a fines del mes de diciembre del año 2018, se inicia la transición del sistema formal a uno basado en audiencias, cuya finalidad es garantizar no sólo el acceso de las personas a los tribunales; sino contar con un órgano jurisdiccional independiente que escuche a las partes y de manera oportuna emita decisiones que solucionen

¹ El Decreto Legislativo N° 957 aprueba el Código Procesal Penal, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004, y entra en vigencia el 1 de julio de 2006, en el Distrito Judicial de Huaura. Con ello se busca que el proceso penal se desarrolle de forma transparente, garantizándose el derecho de los sujetos procesales; sin perjuicio de sincerar el rol de los jueces, fiscales, policía y abogados.

² El 15 de enero de 2010 se promulga la Ley N° 29497, entra en vigencia a partir del 15 de julio del mismo año; se viene aplicando de forma progresiva; sustentada en tres pilares: oralidad, uso intensivo de la tecnología y el rol protagónico del juez.

³ El 24 de julio de 2021, entra en vigor el Nuevo Código Procesal Constitucional, mediante la Ley N° 31307, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía de la Constitución.



el conflicto de intereses, generando con ello la tan ansiada paz social.

En dicho contexto, a la fecha, 34 Cortes Superiores de Justicia se han incorporado a este sistema, donde el Equipo Técnico de Implementación de la Oralidad Civil (en adelante ETII), realiza reuniones de monitoreo, verificación, capacitación y gestión del cambio con los diferentes funcionarios de las sedes judiciales, para la implementación, cumplimiento y adaptación, tanto en la infraestructura como en el ámbito tecnológico. Sin embargo, dicha labor y buena voluntad, no resulta plena, pues está dirigida sólo al órgano jurisdiccional, dejando de lado la preparación y conocimiento que debe tener todo abogado, quién deja de tener un papel pasivo, sumergido en la elaboración de escritos en su oficina, y ahora pasa a desarrollar un rol activo no sólo en el conocimiento del caso que va o está patrocinando, sino también en saber y desarrollar aquellas habilidades referidas a la transmisión de información al órgano jurisdiccional.

Por lo que, el abogado está en la obligación de conocer y ejercitar las destrezas que le permita abordar el conflicto de intereses, con una mirada estratégica, identificando y comprendiendo que un caso antes de ser judicializado puede ser resuelto mediante los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y sólo cuando ellos no funcionen se tomará la decisión de acudir al órgano jurisdiccional. Para tal efecto, tendrá que comprender que la oralidad es una herramienta valiosa que le permitirá presentar de manera ordenada y persuasiva la información necesaria para obtener el éxito de su caso.

II. Métodos y técnicas

Para la presente investigación se ha recurrido a métodos cualitativos propios de las ciencias jurídicas, tales como la hermenéutica jurídica y la argumentación jurídica. La primera para analizar la normatividad procesal correspondiente y plantear los contenidos interpretativos de las disposiciones normativas en relación a la teoría del caso, y el segundo para plantear algunas propuestas en torno a su aplicación procesal. Como técnicas, se emplearon la revisión documental en torno a la doctrina jurídica en materia procesal y los documentos normativos.

III. Evolución del sistema escrito al sistema por audiencias

Las diferentes áreas del derecho nacional (penal, laboral, constitucional), buscan evitar demoras en el trámite del proceso judicial y la emisión oportuna de la sentencia. En ese sentido, se discute si la implementación de la oralidad (como herramienta)



permitirá obtener dichos resultados. Para comprender la disyuntiva, es necesario advertir que existe un proceso escrito y otro de carácter oral, ambos han evolucionado en el tiempo. Así, en los pueblos germanos la solución de los conflictos era esencialmente oral y público, al no conocerse la escritura (Priori, 2010). En cambio, en Roma, se presentaron tres tipos de procedimientos: la *Legis Actiones*, la *Formularia* y la *Cognitio extra ordinem*, los dos primeros de carácter oral; en tanto, la escritura y la lectura, eran técnicas de comunicación que pocos tenían acceso, salvo el pontificado y la aristocracia (Monroy, 2020, p. 380); de esta manera, la autoridad se comunicaba con el pueblo, mediante edictos imperiales que eran leídos a viva voz en las zonas más concurridas de la ciudad (plazas o calles principales); y si bien, en el proceso *per formulas* se introduce algunos aspectos formales -escritos-, se mantiene la oralidad (Priori, 2010, p. 124).

Pero, es a través del proceso de la “*Cognitio extra ordinem*”, la escritura prima, agregándose tanto el desapego del juez con las partes y con la actuación de las pruebas, llegándose incluso a precisar legalmente la valoración del material probatorio (prueba tasada); por lo que, las partes son quienes controlaban el ritmo del proceso, conllevando que este sea extenso (Monroy, 2020). Situación que se fortaleció con la invención de la imprenta; pero, también, dada la crisis de confianza en la actividad procesal de los magistrados, quienes al interactuar con las partes (inmediación), generaban relaciones intersubjetivas que finalmente afectaban la capacidad para decidir el conflicto. En dicho contexto, Monroy (2020) nos explica que [el juez] “al conocer a las partes, actuaba directamente los medios probatorios y establecía relaciones con los protagonistas del proceso -testigos, por ejemplo-, quedando determinado por dicha experiencia al momento de resolver” (p. 384).

Incluso Gustav Medelius, jurista de la época, señalaba que aquel magistrado que no quedase afectado por toda la experiencia vivida en su relación con las partes y con la actuación probatoria, debía tratarse de un hombre excepcional, un gran juez, un *magnus iudex* (como se citó en Monroy, 2020). Aquí, es donde se encuentra el inicio del auge de la escritura, pensado en la necesidad de aislar al magistrado del drama real que contiene el conflicto de intereses. En tal virtud, “el proceso de justiniano fue escrito, así como el proceso ítalo-canónico de la edad media” (Priori, 2010, p. 124).

En las primeras décadas del iluminismo, esto es, hacia fines de la edad Moderna, la escritura siguió primando en el proceso judicial, privilegiándose a la norma escrita, ahora agrupada y clasificada



en conjuntos, llamados “códigos”; esto fue el incentivo para que la actividad del juez se expresará a través de documentos de intercambio entre las partes y viceversa (Monroy, 2020). Tanto el proceso de justiniano y el ítalo-canónico del Medioevo, influenciaron en el proceso romano-canónico de la Europa continental desde el siglo XII hasta fines del siglo XVIII (Priori, 2010), conllevando que este proceso sea escrito, no exista intermediación, siendo difícil que el juez interroge a los testigos, para evitar cualquier subjetividad. Asimismo, las audiencias no eran públicas y el trámite del proceso duraba mucho tiempo dada la presentación de escritos; aunado a que las resoluciones eran impugnables, imposibilitando continuar con el trámite normal y oportuno, aunado al sistema de valoración concerniente a la “tarifa legal”.

La revolución francesa abolió a las jurisdicciones especiales, a la prueba tasada, la que es reemplazada por las reglas de la “sana crítica”; y si bien, en países como Alemania, Austria y Suecia, se producen una revolución procesal, implicando el cambio de la escrituralidad a la oralidad, esta no trascendió debido al extremismo de considerar que toda actividad debería ser oral de lo contrario estaba viciada. Este tipo de pensar absoluto no trascendió a otros países como Italia o Francia; pero, en España en el año de 1853, se buscó que la oralidad trascendiera con la promulgación de la Instrucción del Marqués de Gerona, sin embargo, fue dejada de lado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1955 (Monroy, 2020).

A fines del siglo XIX, en Europa central, existía tres modelos del proceso civil. El primero dominado por los soberanos iluminados y fue plenamente escrito; el segundo catalogado como liberal, donde se reduce considerablemente los procedimientos de la jurisdicción voluntaria y se otorga a las partes la dinámica del proceso, incorporando el procedimiento oral y público; y, el tercero, calificado como autoritario, donde el proceso está a disposición del juez, propiciándose la oralidad y publicidad, dejando de lado, el procedimiento escrito y secreto.

Para Priori (2010), en Alemania de 1848, la Asamblea Nacional de Frankfort, de forma expresa incluye los principios de publicidad y oralidad. En 1850, se dicta el Código de Procedimiento Civil de Hannover y en 1877 se emite la *Zivilprozessordnung* alemana, cuerpo normativo que representan la manifestación de una oralidad rígida. Para 1895, se dicta la *Zivilprozessordnung* austriaco, que permite utilizar la escritura en el estadio preparatorio, siendo central y dominante la fase de sustanciación pública y oral.



Los estudios y discusiones procesales del siglo XX influyen en otros cuerpos normativos europeos, regulándose la oralidad en el proceso civil, el cual trasciende al Código Procesal Civil italiano de 1942, donde el juez toma la dirección del proceso, permitiendo el conocimiento directo de los hechos del conflicto⁴. Esta tendencia busca presentar las deficiencias del proceso escrito; generándose la disyuntiva entre la escritura y la oralidad.

En América latina, producto de la conquista, se impone el derecho castellano que cobijaba el procedimiento romano-canónico, caracterizado por ser escrito. Durante la colonia, las leyes españolas resaltaban un proceso escrito y largo, por lo que la corona, adopta medidas para hacer frente al letargo, como sancionar a los abogados que presentaban demasiados escritos donde no se dijese nada de nuevo o se repitiese un pedido anterior. Pese a ello, el sistema procesal se desarrolla bajo las Siete Partidas del Rey Alfonso X - el Sabio, teniendo como principales características, el ser dispositivo, formalista, excesivamente preclusivo y no existiendo inmediación. De esta manera, todos los actos procesales son escritos, cuya finalidad es la formación del expediente judicial.

En el siglo XX, se gesta los primeros movimientos por la oralidad. En 1970 el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encargó a los profesores Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart, la redacción de las Bases Uniformes para la reforma de la legislación procesal de los países latinoamericanos. Por su parte, en 1976, Brasil adopta la oralidad con el Código Buzaid. Para 1988, el grupo académico latinoamericano elabora el Código Procesal Civil para Iberoamérica, donde se precisa que los actos postulatorios son esencialmente escritos; no obstante, la estructura del proceso se basa en audiencias, siendo piezas claves, la oralidad, la inmediación y la concentración de actos procesales.

En tal virtud, el Código modelo influye en diferentes países latinoamericanos, quienes inician su reforma procesal, entre

⁴ Para Priori (2010), la tendencia tardó en llegar a Italia, país en el que por esa época se gestaba el más importante desarrollo doctrinal que la disciplina procesal haya tenido. Esa situación era vista como absolutamente contradictoria e inconveniente por los más destacados procesalistas italianos de la época. Hacia 1906, Chiovenda escribe sobre esta situación en sus Principii: "Comparando nuestro procedimiento con aquellos de los otros países u que estudié atentamente no solo en las leyes, sino también en sus libros, en las estadísticas, así como en las salas de los tribunales y en los oficios forenses, me he tenido que convencer con dolor que, en Italia, en materia de justicia civil, se encuentra en una vergonzosa condición de inferioridad respecto a la mayor parte de las otras naciones. He investigado las razones de esta inferioridad, era evidente que ella debía atribuirse más que a diferencias de secundaria importancia relativas a particulares instituciones, a una diferencia verdaderamente central, que es que el proceso civil italiano continúa siendo escrito, mientras que las otras naciones, algunas antes que otras, han introducido en los juicios civiles la oralidad, como las leyes de la misma Italia y de todo el mundo civil la habían introducido desde hace tiempo en los juicios penales".



ellas se encuentra nuestro país que hasta ese momento contaba con tres cuerpos normativos de carácter procesal: a) el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852; b) el Código de Procedimientos Civiles de 1912; y, c) el Código Procesal Civil de 1993.

a) Código de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852

Luego de la independencia del Perú, las relaciones privadas seguían siendo reguladas por el Derecho español; de esta manera la Constitución de 1834, ordena la preparación de un Código Civil.

El 9 de octubre de 1845, Ramón Castilla promulga la ley que ordena el establecimiento de una comisión de siete personas designadas por el Gobierno para redactar diversos códigos en el plazo de dos años; comenzando su trabajo el 2 de enero de 1846 y a fines del mismo año entregaron un proyecto de código de enjuiciamiento civil, tras lo cual se dio la tarea de formular el proyecto del Código Civil, el cual fue concluido a mediados de 1847 y editado ese mismo año como proyecto de Código Civil para la República del Perú (Guzmán, 2001).

Este cuerpo normativo fue presentado ante el Congreso Nacional, quien lo discutió entre los años de 1847 y 1849, quedando pendiente su aprobación por el debate sobre el matrimonio civil. Para impulsar la codificación el 21 de diciembre de 1848, se crea una nueva comisión destinada a revisar los proyectos de enjuiciamiento y civil de 1847 y reservar por un plazo de 3 meses, el tema concerniente al matrimonio. De esta manera, el presidente Castilla en 1850 promulga los dos proyectos, el Código de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, rigiendo siete meses después.

En 1851, José Rufino Echeique, como sucesor de Castilla, dispuso la suspensión de los efectos del decreto de promulgación de los códigos, con el objetivo de conformar una comisión parlamentaria dirigida a revisar los dos códigos. El Congreso aprobó el proyecto el 23 de diciembre de 1851, conllevando la emisión solemne del Código Civil y el de Enjuiciamiento Civil, el 28 de julio de 1852, para que rigieran desde el día siguiente.

De esta manera, el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, buscó regular toda la actividad procesal, siendo lo más resaltante que el proceso judicial se inicia con la interposición de la demanda escrita cuando la materia del conflicto excedía los 200 pesos y de palabra, cuando la cantidad era inferior; asimismo, el postulatorio sólo contaba con cuatro requisitos⁵ y debía ser



redactada de manera clara y respetuosa, determinándose el objeto a que se refería; además de permitirse la presentación de documentos o no, en este último supuesto debía ofrecerse la prueba de los hechos en que se fundase.

Por su parte, la citación de la demanda, se hacía de palabra en los juicios verbales y lo realizaba el alguacil o el portero del juzgado, plasmándose a través de papeletas o cédulas de emplazamiento; mientras que en los juicios escritos se realizaba por escrito; en cuanto a la notificación, la realizaba el escribano de la causa y a su falta, por el juez o por dos testigos, dejándose constancia sobre el objeto del pedido y las ordenes o proveídos del juez; plasmándose la fecha y hora en que se realizaba el emplazamiento, consignándose la firma de la persona notificada o un testigo si ella se resistía o no sabía escribir.

Toda persona citada o quien se había conferido traslado de una demanda, se le permitía el poder usar excepciones que le favorezcan de acuerdo a sus intereses; asimismo, el demandado podía contestar la demanda conviniendo en la acción o contradiciéndola; la cual debía ser escrita si sobrepasaba el monto de 200 pesos y verbal dado el monto inferior (aquí bastaba una carta con la firma del poderdante autorizado por un escribano o por un juez de paz o por dos testigos); permitiéndose la posibilidad de reconvenir.

El escrito de contestación era puesto en conocimiento del actor para que replique sobre la demanda y para que conteste la reconvenición, si la hubiere. Toda cuestión sobre los hechos estaba sujeto a probanza; estableciéndose la clasificación de la misma en prueba plena (cuando se persuade eficazmente y convence el ánimo del juez); prueba semiplena (la cual formaba una presunción considerable, pero no una perfecta y de cabal convicción) y la prueba ligera o de poco aprecio (la cual, no tenía otro fundamento que conjeturas o indicios; precisándose que si se presentan una o dos, éstas no probaban nada; solo en caso de superar el número se convertían en pruebas semiplenas).

b) Código de Procedimientos Civiles de 1912

Con el devenir del tiempo, se reconoció la necesidad de una reforma que correspondiera a las realidades sociales y

⁵ Artículo 580. La demanda escrita debe comprender:

1. La designación del juez ante quien se interpone.
2. Los nombres de actor y del reo.
3. La cosa, cuantía o hecho que se exige.
4. La causa, razón o derecho con que se reclama.



económicas del país. De esta manera, en 1904, se constituyó la Comisión de Reforma Procesal, con el objetivo de elaborar un nuevo código que modernizara el proceso civil en el país. Este grupo de trabajo presentó su proyecto al Congreso en 1909, y tras su revisión y aprobación, se promulgó el nuevo código en 1911, entrando en vigor en 1912.

Este cuerpo normativo fue influenciado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881. Su principal objetivo era establecer un procedimiento civil claro y ordenado, que sustituyera a las normas procesales coloniales. Una de sus características más destacadas fue la inclusión de una Exposición de Motivos, documento que explicaba detalladamente los fundamentos y objetivos del código, y que se convirtió en una herramienta esencial para su interpretación y aplicación.

De esta manera, se advierte que el proceso judicial se sujeta a un sistema escrito, el cual no contaba con reglas preclusivas claras, no existía oralidad y por ende, no había inmediación, teniendo poca actividad el juez como director del proceso; en tal virtud, “existía una incertidumbre respecto a la duración de los procesos. Ya que, en gran parte era conducido por el secretario judicial quien, siendo servidor público, actuaba de manera privada, dirigiendo los debates probatorios” (Polanco, 2023, p. 14). Esta situación se produjo por la redacción del artículo 470 del cuerpo legal, al disponerse: “el juez puede encargar al escribano que tome la declaración en el juzgado, si ambas partes están presentes y conscientes de ello”; al respecto Pino (como se citó en Priori, 2010) precisa que la corruptela estaba generada por la propia norma, que habilitaba a que una persona distinta al juez pueda realizar los interrogatorios, ya sea el secretario, su amanuense o el amanuense de este último.

Como apreciamos, la regla es que el juez debe tomar las declaraciones de los testigos y que solo por excepción las reciba el escribano, siempre que ambas partes presentes consientan ello, motivado por la gran cantidad de trabajo que afrontaba el juzgado; pero, la excepción se convirtió en algo general, llegando incluso a permitir que el amanuense del propio escribano pueda realizar el interrogatorio.

Por otro lado, el artículo 414, señalaba: “todo litigante puede formular interrogatorios escritos para los testigos de su contrario, y hacerles por sí mismo, o por su abogado o apoderado preguntas verbales en el acto de declaración”. Justamente, en la exposición de motivos se explica que esta amplia libertad común para ambos litigantes era para examinar a los testigos propios y ajenos, con ello se buscaba generar un saludable temor al testigo para



que este pueda decir la verdad y permitir que los abogados, tengan la posibilidad de orientar sus preguntas en vista de las declaraciones, a veces, inesperadas, de los testigos”.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, aunque fue un avance significativo en su época, presentó diversos problemas a lo largo del tiempo que motivaron reformas parciales y, eventualmente, su reemplazo; siendo sus principales problemas la excesiva formalidad procesal, debido a que el propio Código imponía numerosos requisitos formales para la validez de los actos procesales. Además, cualquier error en la forma -por mínimo que fuera- podía causar la nulidad del acto o incluso del proceso entero; esto llevó a una litigiosidad innecesaria, donde las partes más conocedoras del procedimiento podían usar la formalidad como herramienta dilatoria.

Asimismo, la lentitud en los procesos judiciales, como el procedimiento era largamente escrito, con escasa oralidad, había pocas audiencias y la mayor parte del proceso se desarrollaba mediante escritos entre las partes y el juez, esto provocaba demoras significativas, haciendo que muchos juicios duraran años, incluso décadas.

Por otro lado, la falta de uniformidad y existencia de criterios contradictorios, pues, el código no regulaba con suficiente detalle muchas situaciones concretas del proceso, lo que dejaba amplio margen a la interpretación judicial, esto generó criterios jurisdiccionales dispares sobre una misma materia, generando inseguridad jurídica.

De igual forma, la ausencia de mecanismos eficaces de impulso procesal, al no existir una política clara para asegurar la celeridad ni la eficacia del proceso, conllevó a que el principio de “impulso de parte” predominara, por lo que el avance del proceso dependía casi exclusivamente de las partes, no del juzgado. De igual forma, la rigidez frente a nuevas realidades jurídicas y sociales; pues, el código al haber sido redactado con una visión del siglo XIX, influenciado por el proceso civil español, no contempló y tampoco se adaptó a la nueva realidad de la sociedad peruana, dado sus cambios sociales, económicos y jurídicos (especialmente en el siglo XX); tomando en cuenta los nuevos tipos de conflictos (familiares, agrarios, de consumo) para los que el código no estaba preparado.

Por su parte, existía una escasa regulación sobre las medidas cautelares y ejecución; pues, el código no desarrolló de manera adecuada los mecanismos para garantizar la ejecución de las sentencias. Además, las medidas cautelares (como embargos



preventivos) eran limitadas y poco eficaces; aunado a la insuficiencia doctrinal y falta de actualización, al no recogerse principios como el debido proceso, contradicción, igualdad de armas, ni técnicas modernas de tutela judicial efectiva. Pese a la importancia de su “Exposición de Motivos”, el código quedó desfasado frente a los avances doctrinarios y jurisprudenciales en derecho procesal a nivel mundial.

c) Código Procesal Civil de 1993

Este cuerpo normativo lo fue elaborando el profesor Juan Monroy en solitario desde el año de 1977, enfocado en una reforma de la justicia civil que finalmente sirvió de base para la comisión reformadora en 1990; siendo promulgado⁶ mediante el Decreto Legislativo N° 768, el 4 de abril de 1992 (Polanco, 2023).

Este nuevo cuerpo normativo, contaba con un Título Preliminar, el cual cobijaba cuatro principios: el de dirección del proceso por el juez, de economía, concentración e inmediatez; buscando darle al magistrado un protagonismo que le permita decidir más allá de los aspectos formales, sobre todo con pleno conocimiento de los hechos y de los valores sociales en disputa (Monroy, 2020).

Una de las grandes novedades fue el proceso por audiencias, el cual suponía que luego de presentar por escrito los actos postulatorios se pasaba a los momentos estelares denominados audiencias donde las partes se reunían frente al juez a desarrollar varios actos procesales; de esta manera, las audiencias permitían el contacto directo del juez, las partes, abogados, órganos de auxilio judicial y demás intervinientes en el proceso; donde el medio de comunicación era la oralidad.

De esta forma, el proceso judicial peruano se estructuró en base a diversas audiencias y según la regulación eran las siguientes:

- a) En el proceso de conocimiento, se estableció que luego de presentada la demanda y luego de ser calificada de forma positiva, se notifique al demandado, quien, materializando su derecho de contradicción presente su escrito de contestación de demanda; luego de ello, se ingresaba a tres audiencias: i) la audiencia de saneamiento; ii) la audiencia de conciliación,

⁶ La doctrina nos detalla que el trabajo final del Código Procesal Civil, recibió muchas críticas ya que no contaba con una exposición de motivos; en palabras de Polanco (2023) el oficio de fecha 28 de febrero de 1992, dirigido por el presidente de la Comisión Revisora Alva Orlandini al ministro de justicia de dicha época, se exponía de manera genérica los motivos que llevaron a dar esta norma, sin mayores precisiones, como ejemplo, el Título Preliminar que llevaba los fundamentos filosóficos del Código, pero sin justificación alguna. Asimismo, no precisaba que los operadores de justicia tendrían que cambiar con urgencia, debido al rol más activo que tendrían utilizando la metodología de la oralidad.



fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio; y, iii) la audiencia de pruebas.

b) Para el proceso abreviado, se reguló que presentada la demanda y una vez calificada positivamente, el demandado podía presentar su escrito de contestación; posteriormente se ingresaba a las audiencias: i) la audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio; y, ii) la audiencia de pruebas.

c) En cuanto al proceso sumarísimo, se estableció que luego de presentada la demanda, y al ser calificada de forma positiva, el demandado quedaba habilitado para ejercer su derecho de defensa; pasando luego, a una sola audiencia, denominada “audiencia única”, donde se desarrollaba la actuación de actos procesales para los demás procesos.

d) Sobre el proceso ejecutivo se había previsto la existencia de una audiencia única, solo en casos de existir contradicción al mandato ejecutivo.

Como regla de oro, se dispone que el juez dirija las audiencias, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado; aunándose a dicha regla, lo dispuesto por el artículo 50 del Código Procesal Civil: “El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable”.

Otro aspecto importante tiene que ver con el orden de la actuación de los medios de prueba; además, que el secretario debía anotar todo lo ocurrido en la respectiva acta y las declaraciones de parte como de los testigos debían realizar conforme al pliego interrogatorio que el demandante había adjuntado en su escrito de demanda y una vez concluida la audiencia, los abogados podían presentar sus respectivos alegatos de defensa, quedando el proceso para ser sentenciado.

El diseño del proceso por audiencias lastimosamente no tuvo una regulación que lo complementa, al establecerse reglas del esquema escrito para la actuación de los medios de prueba; aunado a la propia actuación de las partes procesales como de los abogados defensores; pues, no existió un programa de capacitación, ni dialogo con las universidades; generando que una vez convocada la audiencia de saneamiento, los sujetos procesales con los letrados se presenten de forma puntual; llegada la hora el secretario o asistente judicial, se ubicaba en



la puerta del juzgado, realizaba el llamado; oportunidad en la cual los asistentes tenían que advertir su presencia, entregando sus documentos, ingresando al despacho del magistrado (Priori, 2010).

Muchas veces las partes y los abogados tenían que esperar por varios minutos, luego de la entrega de sus documentos; nadie fuera del sabía lo que ocurría dentro; concluida la espera, se invitaba al ingreso, encontrando al magistrado, su asistente y el acta concluida o siendo terminada; pasando a imprimirse y en algunas oportunidades se precisaba lo redactado, detallándose que al no haberse deducido excepciones ni defensa previas se había declarado saneado el proceso.

En caso de haberse propuesto excepciones, los justiciables debían esperar que se consigne en el acta la frase “el juzgado se reserva la facultad de resolver dentro del plazo de ley”; en ocasiones el magistrado preguntaba a los letrados concurrentes si querían decir algo sobre las excepciones, pocos intervenían; de esta manera, la audiencia de saneamiento se convertía en un acto formal, donde se concurría solo a firmar el acta, la cual se realizaba o muchas veces se encontraba hecha antes de la diligencia.

El hecho de que el magistrado se reserve la facultad de emitir la resolución de saneamiento con el objetivo de resolver las excepciones dilataba la citación para la audiencia de conciliación, generando que el proceso judicial se prolongue en el tiempo; conllevando que no se concentren los actos procesales y mucho menos exista inmediación.

De citarse para la audiencia de conciliación, las partes nuevamente acudían acompañados por sus abogados defensores, sujetándose nuevamente al ritualismo del llamado e ingreso al despacho del magistrado, la audiencia comenzaba con una propuesta del juez de llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso judicial, generada en ese momento y ante la respuesta negativa de conciliar, inmediatamente el magistrado dejaba de lado su rol de conciliador y continuaba la audiencia, procediendo a fijar los puntos controvertidos, el cual era copiando de las pretensiones propuestas por el demandante, en caso que algún asistente intervenga, este era silenciado con una frase: “es criterio de este despacho, fijar los puntos controvertidos de esta manera”.

Establecido los puntos en controversia, se procedía a la admisión de los medios de prueba, los cuales eran incorporados en su totalidad sin mayor debate, donde el abogado, solo observaba



que el material probatorio ofrecido sea admitido y en el caso de haberse formulado cuestiones probatorias, estas se reservan para ser resueltas al momento de emitir sentencia; procediéndose a la actuación de los medios de prueba, que ameritaba la convocatoria para la respectiva audiencia.

La audiencia de pruebas se realizaba teniendo en cuenta el orden procesal consagrado en el artículo 408 del Código Procesal Civil; y, en el caso de actuación del interrogatorio de las partes y testigos se procedía a leer las preguntas que habían sido formuladas y adjuntadas en sobre cerrado en la demanda o en la contestación; siendo que a criterio del juez, las respuestas son registradas en su totalidad por el asistente, quien va redactando el acta, o solo se perenniza un resumen de lo que se dice.

De este modo, la declaración no era espontánea; por el contrario, se convertía en un simple dictado, permitiendo al interrogado el poder pensar que va a decir; no importando, si este durante el rol de preguntas se ponía nervioso, si titubeaba en responder; nada de ello importa, lo fundamental es que el acta este bien, ya que ello permitirá ser analizado para la emisión de la respectiva sentencia.

IV. Reforma del Código Procesal Civil de 1993

La deficiencia de las audiencias, en la práctica determinó que el proceso judicial no avance, se generen más retraso en la administración de justicia, aunado a los defectos normativos; conllevando la modificación del Código forense, teniendo el objetivo de emitir un pronunciamiento rápido; para tal efecto, el 29 de junio de 2007, mediante la Ley N° 29057, se modifica el artículo 449 del Código Procesal Civil, precisándose: “Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451”, como puede advertirse de la redacción, desaparece la audiencia de saneamiento, la cual ahora se tendrá que realizar mediante una resolución.

El 28 de junio de 2008, se dictan los Decretos Legislativos N° 1069 y 1070, en el marco de adecuar nuestra legislación a los compromisos del Perú con los Estados Unidos producto de la firma del Tratado de Libre Comercio, dicha reforma trajo consigo la desaparición de la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos y de forma excepcional la instalación de la audiencia de pruebas; pues, lo que ahora se privilegia era el juzgamiento anticipado, representado por la emisión rápida de la sentencia.



Esta forma de administrar justicia civil tuvo muchos adeptos, creyendo que el proceso civil sería uno más ágil y atendería de forma oportuna el conflicto de las personas; sin embargo, los procesos siguieron siendo extensos, debido a la propia carga procesal; por lo que, en el año 2018, por iniciativa de los propios magistrados se buscó un medio más adecuado para la gestión del proceso, optando por la oralidad como un instrumento más adecuado (Polanco, 2023). Lo primero que debe aclararse, es que no existe un proceso judicial oral puro, sino que cuando uno se refiere a la oralidad civil, lo hace al proceso por audiencias, en el que se utiliza la oralidad como una forma de comunicación para obtener información o técnica que genera el sistema de gestión de la información y la toma de decisiones (Polanco, 2023).

En tal virtud, hablar sobre la oralidad, no es otra cosa que reflexionar acerca de una de las formas de comunicación entre las personas, como es “la comunicación oral” (Priori, 2010); asimismo, el Diccionario de la Lengua Española, nos precisa que la “comunicación” no es otra cosa que “la transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”; por lo que, Peña (2019) nos recuerda que “los conflictos se generan, entre otras causas, por una mala comunicación; es decir, cuando una persona malinterpreta lo que la otra ha querido decir y reacciona defendiéndose ante lo que considera una ofensa” (p. 67).

De esta manera, la comunicación se estructura o clasifica en “comunicación verbal”, que no es otra cosa que la expresión o lo que decimos en forma oral, por intermedio de las palabras u oraciones; y la cual transmite información; pero, también existe la “comunicación no verbal”, consistente en cómo decimos las cosas, lo cual tiene que ver con la expresión corporal y las cuales son un complemento de la voz que tiene importancia en la oratoria (Peña, 2019).

En términos sencillos, la comunicación no verbal permite expresarnos a través de los gestos (una mirada penetrante, fría y hostil o una sonrisa cordial), movimientos del cuerpo (cabeza, manos y brazos que sirven para expresar diferentes estados de ánimo o hacer énfasis a un pensamiento o una emoción) y la postura corporal.

V. Teoría del caso en el ámbito civil

a) ¿Qué es la Teoría del Caso?

Es una herramienta central desde la cual los litigantes analizarán, planificarán y desarrollarán su litigio (Lorenzo, 2017). Asimismo, para Polanco (2021) es la forma como una parte presenta al



juzgador su pretensión, estableciendo su posición estratégica, sobre la base de la narración de los hechos de manera ordenada, lógica y persuasiva. Con ello, se permitirá que los abogados identifiquen la controversia de mejor manera y determinen si es viable el proceso judicial o una solución alternativa al conflicto (conciliación, mediación, transacción, etc.); de allí, que la instancia judicial sea el último mecanismo en acudir, donde se discutirá sólo los conflictos que no tienen solución.

Desde la perspectiva del demandante, la teoría del caso es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos afectan o generan el reconocimiento de un derecho el cual debe ser corregido; mientras que, desde la óptica de la defensa, la teoría del caso es la explicación jurídica de por qué no debe ampararse la pretensión postulada o declararse fundada la reconvención formulada.

Según lo verá el órgano jurisdiccional, la teoría del caso es la postulación que cada parte le presenta para que asuma como una verdad jurídica; el magistrado deberá admitir, finalmente una y sólo una teoría de caso, la cual plasmará en su decisión final.

En virtud de lo expuesto diremos que la Teoría del Caso es el resultado de la conjunción de hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, que elaboran los abogados defensores de la parte demandante y demandada respecto de un caso en concreto. Es decir, ese conjunto de hechos que ha obtenido a partir de la información recogida del cliente, el cual se ha reconstruido a través del material probatorio y ha sido subsumido dentro de la norma sustantiva aplicable al caso; este conjunto es el que se defenderá ante el juez.

b) ¿Cuáles son los componentes de la Teoría del Caso?

1.1. Teoría de los hechos

Es la reconstrucción de los hechos que el interesado le ha narrado a su abogado, y con la entrevista que se tenga con el cliente se ira tomando nota de cada uno de los eventos que se han presentado en el problema; sin perjuicio de evaluar la documentación. Con ello, el abogado formará una historia con hechos y personajes que generan acciones, objetos, instrumentos, circunstancia de tiempo, modo y lugar; en esta fase, lo más recomendable es generar una secuencia cronológica, pues, es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que le son comunicadas (Valderrama, p. 14).

Por ello, la tarea o el rol del abogado es escuchar y preguntar para conocer el orden de los hechos, hasta tener una historia creíble,



con secuencias históricas lógicas; en el caso del demandante, su historia estará enfocada advertir la existencia de un derecho que está siendo afectado o no es reconocido; ahora, desde la perspectiva de la defensa del demandado, el abogado debe buscar en la historia del adversario cuales piezas faltan, cuya ausencia hace imposible el hecho, o lo hacen, pero no logran trascender para amparar la pretensión postulada.

Para determinar con exactitud, como se ha de presentar la Teoría del Caso, el abogado debe saber de antemano los hechos, los medios probatorios que utilizará; pero, además deberá conocer las instituciones jurídicas que utilizará, a la hora de presentar su historia; con el propósito de que el juez o tribunal capte que se está presentando una relación de hechos, acreditados y que encuadran dentro de una institución jurídica.

1.2. Teoría jurídica

Dentro de la teoría del caso, el segundo componente, tiene que ver con la teoría jurídica, la cual viene a representar la interpretación del derecho aplicable a los hechos que se alegan en un caso judicial; es decir, se debe responder a la pregunta: ¿Qué normas y principios jurídicos sustentan mi pretensión o defensa?

De esta manera, la teoría jurídica no se trata solo de citar leyes, sino de elegir adecuadamente las normas que aplican y de interpretarlas en función del contexto del caso, muchas veces apelando a principios, jurisprudencia o incluso doctrina.

A partir de un ejemplo, podemos graficar este segundo componente de la Teoría del Caso, imaginemos que una persona quiere demandar a otra por resolución de contrato dado el incumplimiento de la prestación debida.

- Teoría fáctica: El demandado no entregó el inmueble en el plazo acordado.

- Teoría jurídica: Fundamento del artículo 1371 del Código Civil peruano, que permite resolver un contrato por incumplimiento, y doctrina sobre el “pacta sunt servanda” (los contratos se deben cumplir).

La teoría jurídica es importante, porque es el fundamento legal que sostiene tu posición en un proceso judicial. No basta con contar una historia creíble o tener pruebas sólidas; debes demostrar que esos hechos encajan dentro del derecho vigente y justifican lo que pides o defiendes. A partir de ello, se legitima el caso; pues



la teoría jurídica convierte los hechos en una pretensión válida ante el juez; sin ella, el órgano jurisdiccional no puede aplicar el derecho a los hechos, aunque estén bien probados.

Ejemplo: Si alguien causa daño a otro y se prueba el hecho, sin la teoría jurídica no se sabrá si alegar lesiones, tentativa de homicidio o violencia familiar; debiendo de tener en cuenta que cada institución jurídica tiene consecuencias legales distintas.

Por otro lado, la teoría jurídica, nos permite aplicar correctamente el derecho; pues, este se interpreta, argumenta y se aplica al caso en concreto; por lo que, es la guía que tiene el magistrado sobre las normas sustantivas y adjetivas que debe tener presente en el caso en concreto. De igual forma, orienta la estrategia procesal; pues, permite conocer que normas serán aplicadas y por qué define, qué hechos son relevantes, qué pruebas son necesarias, qué pretensiones (o defensas) se van a formular.

Recuerda que una mala teoría jurídica puede hacer que el caso se deseche, aunque tengas razón en los hechos; por ello, para evitar errores procesales, basas tu caso en un fundamento legal incorrecto, el juez puede llegar a rechazar tu demanda por improcedente o infundada; sin perjuicio de ello, se evita también que la parte demandada desacredite la pretensión expuesta en audiencia de forma fácil.

No podemos dejar de mencionar que la teoría jurídica es la base para la argumentación oral y escrita, tanto en las demandas, escritos, como en los alegatos orales, pues con ella, se explica el por qué, desde el derecho, tu parte debe ganar; a partir de ello, se proponen buenas prácticas en la construcción de la teoría jurídica: consistentes en usar normas pertinentes (Constitución, leyes, reglamentos), el poder citar jurisprudencia vinculante (Tribunal Constitucional o Corte Suprema) y a la vez, el apoyarse en doctrina reconocida, sin perjuicio de considerar los principios generales del derecho, como el de la equidad, buena fe y proporcionalidad.

1.3. Teoría probatoria

Es parte esencial dentro de la Teoría del Caso, y se refiere a ¿cómo vas a probar los hechos que afirmas para que el juez los acepte como verdaderos?; por lo que la Teoría del Caso no es sólo un listado de pruebas, sino una estrategia organizada que incluye: los hechos que debo probar, los medios de prueba voy a utilizar, qué busco demostrar con cada prueba y cómo se relacionan mis pruebas entre sí.



De esta manera, la razón de ser de esta composición se debe, a que, si se deja de lado, la base probatoria, lo que tendría el litigante es una simple historia; por lo que, para tener un buen caso, es necesario la prueba; por ello, el sistema jurídico procesal, consagra el principio de que los medios de prueba deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios (art. 189 del CPC); los mismos que tiene por finalidad, acreditar los hechos expuestos, con el objetivo de producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos (art. 188 del CPC).

La prueba es un elemento que permite fundamentar las decisiones del órgano jurisdiccional (art. 188 del CPC); asimismo, los litigantes deben asimilar que quien afirma un hecho debe probarlo (art. 196 del CPC) y en caso de no contar con los elementos probatorios necesarios, los hechos no se tendrán por verdaderos y la demanda o reconvención será declarada infundada (art. 200 del CPC).

Debemos tener presente que, la Teoría del Caso, no se desarrolla en el momento de la audiencia, sino desde la entrevista que el profesional de derecho tiene con su cliente; momento en el cual se va construyendo el borrador de la Teoría del Caso, a partir de los hechos y los medios de prueba que vaya revisando, permitirá perfilar esa idea, tomando forma el cuerpo de su hipótesis.

No hay duda, que, no todos los elementos de la historia son útiles, existirá algunos que no son relevantes; por ello, la construcción de la Teoría del Caso es un continuo ir y venir en los hechos, hasta poder armar el rompecabezas de una historia donde se evidencie la pretensión y que los hechos se dieron o no de cierto modo y por esa razón la prueba de la parte contraria es inconsistente o irrelevante.

Por lo que, en la evaluación del material probatorio, el abogado ira añadiendo y desechando medios de prueba, con el objetivo de quedarse con aquellos elementos pertinentes, conducente y útiles; de lo contrario, los hechos pueden parecer poco creíbles; se puede llevar pruebas inútiles o insuficientes, el juez puede no quedar convencido; por lo que, el caso se puede caer, aunque uno tenga la razón o el derecho a nuestro favor.

Ejemplo: Se está pensando demandar la resolución de un contrato por incumplimiento.

-Teoría fáctica: El demandado no cumplió con entregar un vehículo según el contrato.

-Teoría jurídica: se debe aplicar el artículo 1371 del Código Civil (resolución por incumplimiento).



-Teoría probatoria:

Se debe contar con el contrato de compraventa, para probar el acuerdo.

-Carta notaria o misiva al demandado, donde este admite el incumplimiento.

-Testigo que presenció el pacto de entrega.

-Informe técnico que certifica que el vehículo nunca fue entregado.

A partir de ello, se recomienda que la construcción de una buena teoría probatoria: esta sujeta a relacionar cada hecho con al menos una prueba; se debe eliminar pruebas innecesarias o repetitivas; esto permitirá incluso anticipar objeciones o contradicciones; el ordenar las pruebas según su fuerza y relevancia y asegurarse que cada medio de prueba sea legalmente válido.

c) ¿Cómo debe prepararse el abogado para el manejo de la Teoría del Caso?

El tránsito de un modelo escrito a uno de carácter oral genera un cambio significativo al momento de abordar el conflicto de intereses, el proceso judicial y de forma especial el rol que debe cumplir el abogado litigante.

Con la vigencia del Código Procesal Civil de 1993, se buscó la participación activa del profesional en derecho; sin embargo, dicha situación no ocurrió; siendo poco notoria su presencia; porque luego de escuchar la información proporcionada por su cliente y hacerse cargo de la defensa; procedía a transcribir los hechos en la demanda, invocando algunos artículos de la Constitución y la normatividad infra legal; sin perjuicio de señalar los medios de prueba, tomando en cuenta los presupuestos de admisibilidad señalados por los artículos 424 y 425 del Código adjetivo.

Muchas veces, el profesional dependiendo de la complejidad de la redacción se tomaba unos días más para la redacción del escrito; sucediendo lo mismo en cuanto a la contestación de demanda, donde se invocaba las herramientas procesales habilitadas por el legislador (defensas previas, excepciones y reconvención); sólo cuando el juez declaraba la apertura de la audiencia de pruebas, nuevamente el abogado se ponía en contacto con su cliente para preparar la prueba; ya sea para una inspección judicial, una testimonial o la declaración de la propia parte procesal.



Hoy en día con la implementación del plan piloto de oralidad en el módulo del juzgado civil, la administración de justicia cambia; pues, si bien, “se busca la protección efectiva de los intereses individuales y sociales que el proceso debe tutelar, garantizando una justicia más eficaz, que afiance un clima de confianza entre las partes o sujetos procesales” (Moreyra y Fernández, 2018, p. 48). Por lo que, se exige que el abogado litigante este mejor preparado no sólo en el conocimiento de su caso que está defendiendo, sino también en saber y manejar las técnicas de litigación, que le permita desarrollar las habilidades para tener una mejor visión de los hechos expuestos por las partes; convirtiéndose en un profesional planificador, con mucha estrategia y muy técnico al momento de estar frente al juez; dejando de lado, cualquier tipo de improvisación y desconocimiento en la defensa.

Como lo precisa el profesor Lama (2020), los abogados deben adecuar su actividad profesional al nuevo modelo, pues el patrocinio de la causa a su cargo no será en adelante el del rol pasivo de la simple presentación de escritos; ahora, debe estar preparado en el conocimiento integral del caso y los detalles del mismo, de las posturas de la otra parte y su respectiva defensa, para poder tener respuestas rápidas y convincente ante cualquier eventualidad que se presente en las actuaciones procesales de carácter oral.

Asimismo, el uso de la palabra es importante en los profesionales del Derecho, porque, al expresarse uno de forma adecuada ante el magistrado no sólo este entenderá el mensaje transmitido, sino que además seremos capaces de persuadirlo; en términos sencillos, bajo la forma del litigio oral, las partes procesales tienen la oportunidad de refutar oralmente los hechos, las pruebas, formular alegatos; para ello es indispensable una adecuada y eficaz argumentación.

En tal sentido, todo abogado debe tener la capacidad de expresarse públicamente y de manera oral y tener la virtud de la persuasión con la lógica de sus argumentos, dominio de escena, entonación de voz, reflejos ante cualquier giro inesperado de la litis (Lama, 2020).

Es más, en determinados casos requerirá del trabajo en equipo; es decir, el concurso de dos o más abogados o colaboradores; pues, uno de ellos puede estar bien preparado para la elaboración de escritos, con una buena lógica jurídica y buen estilo argumentativo; pero, no habilitado para sostener su caso en una exposición coherente de forma pública; para ello se requiere de otro abogado, que pueda tener la destreza de comunicación simple y convincente; en tanto, una mala intervención oral o un



descuido en su actuación procesal puede significar el perder el caso de su patrocinado (Lama, 2020).

d) ¿Qué pasos debe seguir para elabora la Teoría del Caso?

De esta manera, el modelo oral exige a los abogados una planificación rigurosa de la defensa que realizaran, la cual inicia con la estrategia antes del proceso, trabajo sumamente importante que comienza con la entrevista al cliente; momento en el cual existe la aproximación a los hechos del caso, bajo la mirada de buscar información que luego será seleccionada.

Para llegar a la misma, se debe utilizar como primera técnica la escucha activa, que consiste en escuchar a las partes poniendo todo nuestro interés, evitando distracciones de cualquier naturaleza y lograr así una atención efectiva, que nos permita ser empáticos y comprender los intereses de nuestro cliente.

Como segunda técnica, se debe realizar preguntas simples, claras, entendibles al cliente y tener en cuenta que las respuestas que se emitan, ante las dudas, deben ser sencillas, con el objetivo de informar con precisión sobre lo que se piensa del caso, cómo se llevará, a fin de otorgar confianza para que siga proporcionando más información (Polanco, 2021); no se debe olvidar que las respuestas también deben ser sinceras y si se desconoce algo o se tiene duda, lo recomendable es expresarlo; en dicho contexto, Nill Fenoll, señala que la expresión: “no lo sé”, es una respuesta válida inicial (como se citó en Polanco, 2021); pero inaceptable en un abogado, que ha estudiado del caso; por otro lado, el profesional en derecho al momento de comunicarse debe evitar utilizar terminología jurídica rebuscada o usar tecnicismos difíciles; pues, el cliente no logrará entenderlo y por ende no habrá la confianza necesaria.

El profesor Polanco (2010) considera que un abogado que conoce el tema no necesita dar respuestas utilizando tecnicismos y puede ayudarse dando ejemplos simples; pero, cuando el profesional no entiende una institución, suele esconderse en el silencio, repetir conceptos o, lo que es peor, pretender demostrar que sabe mucho dando respuestas poco claras que lo hagan ver como un iluminado.

Si bien en la formación del profesional en derecho este tiene que aprender un discurso técnico cuando estudia cada una de las instituciones jurídicas (materiales y procesales); sin embargo, al momento de entrevistarse con su cliente debe utilizar un lenguaje sencillo, el cual siempre debe de poner en práctica; pues, su *marketing* personal se desarrolla de boca – oreja, y, la misma está



en juego; de esta manera, el litigante expresará a sus conocidos lo que sintió en la consulta profesional que realizó (Polanco, 2021).

Ahora, cuando se pacta una cita, el abogado debe estar predispuesto a indagar sobre el tema o problema a tratar durante la entrevista; donde el cliente se expone lo más posible, que se sienta cómodo y dispuesto a conversar de su problema (Polanco, 2020); en tal virtud, debe tener el tiempo necesario para dialogar de lo contrario la entrevista será en vano.

Paso siguiente, debe tomar notas sobre todo lo que le cuenta el cliente; se debe evitar el uso pleno de la memoria, ya que no garantiza luego los detalles importantes que se expresan. “El mejor compañero de un abogado es su cuaderno de notas” (Polanco, 2021, p. 66); herramienta fundamental que se debe utilizar con el objetivo de registrar la información necesaria.

Aquí, en la entrevista inicial el abogado debe realizar preguntas abiertas:

- ¿Cómo sucedió tal cosa?
- ¿Qué hizo su colindante?
- ¿Cómo logró enterarse que no era su hijo?

Con el objetivo de buscar toda la información y cuando desee corroborar, puede utilizarse preguntas cerradas:

- ¿Tiene Usted el contradocumento?
- ¿Ha vuelto a ver a su colindante?

Otra técnica importante a tener en cuenta, para una adecuada comunicación es el uso del parafraseo, que no es repetir lo afirmado por el cliente, sino expresarle de manera clara lo que se ha comprendido de lo que le ha referido.

Ejemplo: El cliente dueño de un hotel, le manifiesta con molestia los problemas que tiene con la bulla del negocio del vecino y el abogado considera que se trata de un caso de ejercicio abusivo de un derecho, ante la información brindada, puede señalarle: “entiendo, le preocupa que el ruido afecte a sus clientes y estos disminuyan en el tiempo”. Si el cliente señala que sí, el parafraseo ha sido el adecuado (Polanco, 2021, p. 67).

Se recomienda que en la entrevista inicial el abogado evite realizar preguntas impertinentes; así como interrumpir a su cliente para decirle lo importante o lo bueno que es como profesional; aspecto innecesario, ya que por alguna razón es consultado; asimismo, debe evitar divagar y que ello le genere una idea



errada o incompleta del caso. “Si el abogado no está preparado y desea preguntar por preguntar, solo generará más confusión” (Polanco, 2021, p. 66).

Lo que no queda claro en la entrevista tiene que ser aclarado en ese momento; para lo cual, debe generarse repreguntas las veces que sean necesarias; es preferible caer mal preguntando que hacer mal las cosas por no preguntar; por ejemplo:

- ¿Me podría reiterar cuando nació el menor?,
- ¿Precísame cuando se dio cuenta que no era su hijo?

Un problema frecuente, es cuando el cliente no dice la verdad, al principio por temor, desconfianza, reserva, etc., ocultando información valiosa para la defensa; por lo que, se recomienda generar la confianza necesaria y expresarle que nos exprese lo sucedido para poder utilizar las respectivas herramientas jurídicas en salvaguarda de sus derechos e intereses; por lo que, “cuando el cliente se siente escuchado, aumenta su confianza en el al abogado” (Polanco, 2020, p. 149).

Asimismo, el profesor Polanco (2021) recomienda, en este escenario evitar el deseo de hablar a cada rato e interrumpir, hay que esperar que el cliente termine su relato y luego formular preguntas, de lo contrario sin la información adecuada, puede generarse dos problemas: el primero, no conocer los hechos del caso y el segundo, relacionado con el anterior, no formular una adecuada teoría del caso.

Una vez concluida la entrevista, es el momento donde el abogado de manera honesta debe reflexionar sobre sus fortalezas y debilidades para enfrentar el caso; aquí, es donde debe analizar si o no puede asumir la defensa; si necesita un colega de interconsulta o alguna situación similar.

e) Consejos para la primera entrevista con el cliente

La profesora Shoschana Zusman, proporciona algunos consejos que como abogados debemos tener en cuenta, para la primera entrevista (como se citó en Polanco, 2020).

1. Conocer la razón de la entrevista del cliente.

Al momento de aplicar la escucha activa, nos convertiremos en un atento oyente, con lo cual podremos identificar y separar el problema principal de aquellos otros problemas no relevantes (u hechos distractores), pero que están vinculados y deben ser analizados y canalizados de forma independiente del tema en consulta.



2. Conocer quién es el cliente para determinar algún posible conflicto de intereses o simplemente conocer sobre su persona. Un punto importante es conocer a nuestro cliente en consulta; para lo cual, podemos apoyarnos de las redes sociales, a fin de hacernos una idea de quien nos visitara y sobre todo advertir algún conflicto de intereses.

3. Conocer la normativa aplicable al caso y/o a la problemática del tema.

El abogado para la entrevista debe tener por lo menos tener un sólido conocimiento en el tema en consulta; de esta manera, podrá obtener mejor información y de mayor calidad de su cliente.

Pero, un hecho frecuente en el profesional de derecho es que este no se prepara, no invierte el tiempo necesario para actualizarse o rastrear los pronunciamientos del órgano jurisdiccional o la doctrina actualizada.

Es de suma importancia que el cliente sienta que su abogado es un profesional actualizado y preparado, que conoce sobre el tema y que no habla por hablar; para lo cual, se debe evitar brindar información imprecisa o errónea.

4. Saber si requerirá el apoyo de otros profesionales.

Todo abogado deberá ser consciente que cada caso en consulta tiene sus propias particularidades; escenario donde habrá la necesidad de requerir incluso el apoyo de otro profesional, como ejemplo, ante la consulta de un proceso de delimitación de áreas y linderos de un predio rural, el profesional no podría formular su estrategia sin tener pleno conocimiento de cada detalle.

5. Evaluar los costos del proceso y profesionales.

Muchas veces los abogados desconocen cómo y cuánto cobrar por su labor en el caso; por lo que, es necesario sincerar ese tema, con el objetivo que el cliente no se forme una idea aproximada de cuanto tendrá que pagar, de lo contrario existirá serios problemas en la cancelación por los servicios que despliegue el letrado.

Para el cálculo de honorarios profesionales existe diferentes fórmulas desde el cobro por el tiempo empleado, el monto de lo pretendido, la complejidad del caso, etc.

6. Motivarse para lograr un ambiente agradable en la entrevista. Implica que el profesional se automotive, esto le permitirá tener una mejor visualización de lo que sucederá; y en la fase de la entrevista, se debe desplegar todas energías para hacer sentir cómodo al cliente y éste pueda expresarse lo más posible sobre su problema.



Una vez obtenida la información necesaria, el abogado deberá tomar la decisión de aceptar o no el caso; en el supuesto de asumir la defensa y llegar a un consenso con el cliente; debe procede a seleccionar la información principal, estudiar el derecho sustantivo aplicable en la litis, visualizar las actuaciones procesales que realizara o procurara en el proceso, filtrar lo medios de prueba que acrediten los hechos que se afirme; oportunidad donde se debe también prever las posibles defensas y/o articulaciones que la parte demandada podría encaminar, con el objetivo de evitar cualquier sorpresa.

f) ¿Cómo realizar y construir nuestra teoría del caso?

Una regla que se debe tener presente en nuestra actividad como litigantes es que no siempre gana un proceso judicial el abogado que sabe más, sino quién mejor se prepara a través de su estudio.

En dicho contexto, cuando evaluamos el caso expuesto por el cliente; podemos calificarlo de fácil o difícil; los primeros tienen la particularidad de no tener ningún problema a la hora de establecer los hechos, saber que norma ha de aplicarse y la conclusión de la misma (silogismo jurídico); pero, a menudo se presentan casos difíciles, donde es posible aplicar más de una disposición legal contraria entre sí; que la norma aplicable permita más de una interpretación o que no exista supuesto legal para el caso en concreto.

Al respecto el profesor MacCornick, detalla cuatro problemas al momento de analizar un caso jurídico:

1. Problemas de interpretación, aquí existe una norma jurídica, la cual presenta varias interpretaciones al caso consultado.
2. Problemas de relevancia, en este supuesto, no es posible saber si hay o no alguna norma relevante que pueda ser aplicado al problema en consulta.
3. Problemas de la prueba, aquí los medios de prueba son insuficientes para acreditar las afirmaciones o desvirtuar los hechos señalados por la parte contraria en su escrito de contestación.
4. Problemas de calificación, existe acuerdo sobre los hechos planteados por el cliente, pero no se sabe si estos cubrirán de manera plena el contenido de la norma jurídica.

Una vez que se ha identificado la o las dificultades del caso en consulta, se debe proceder a determinar porque se produce ello;



al respecto Atienza nos detalla que, si se trata de un problema de interpretación, hay que determinar si el mismo surge por insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí) (como se citó en Polanco, 2020).

Si estamos frente a un problema de relevancia la parte no encuentra una norma que pueda ser aplicada al caso, tiene que seguir investigando o también construir una solución aplicando principios (dignidad humana, libertad, igualdad, integridad, equidad, etc.) consagrados en el ordenamiento jurídico.

En caso de encontrarnos con más de una norma aplicable (antinomia), tendrá que ser desechada una de ellas aplicando los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad.

Cuando nos encontramos con problemas de prueba; por ejemplo, en un proceso de nulidad de acto jurídico por la venta de un inmueble, donde se invoca la causal de simulación absoluta, no solo debe probarse las afirmaciones vertidas por el demandante; sino prever las afirmaciones de la parte contraria; siendo el reto el acreditar mediante indicios (salvo que se tenga el contradocumento) que el acto jurídico simulado no existió en la realidad.

En tal sentido, debemos tener en cuenta, que no existe un proceso fácil que no requiera estudio; por lo que, el abogado debe emplear el tiempo necesario para su preparación.

De esta manera, la actual litigación oral en el ámbito civil, requiere que el profesional en derecho conozca los hechos, los cuales serán obtenidos a partir de la entrevista que realizará con el cliente; paso seguido deberá investigar y contrastar la información brindada, revisando los documentos, procesos judiciales pasados, o examinar la existente en entidades públicas o privadas y demás; pues, el patrocinado no proporciona toda la información requerida al considerarla no relevante por tener una visión diferente.

Muchas veces el abogado debe convertirse en un investigador de campo, conllevando que tenga que salir de su oficina y dirigirse al lugar donde se generó la controversia, con el objetivo de obtener el material probatorio que ayudará a su cliente; por lo que, en determinados casos, no bastará que haga una lista de pruebas o los mencione; sino que será necesario que relacione estos con los hechos.



En el caso que se trabaje de forma asociada y colaborativa, es muy útil el uso de la lluvia de ideas sobre el caso en consulta; aquí los abogados abordarían de manera conjunta cada una de las aristas que presenten los hechos en consulta, con el objetivo de reunir el material probatorio suficiente y depurar el existente por abundancia o redundancia.

Una vez que se cuenta con los hechos claros y el material probatorio que se utilizará (para la defensa y contra defensa), corresponde analizar el derecho aplicable para resolver la controversia.

De esta manera, si un abogado tiene claro los hechos, la prueba pertinente y el derecho aplicable, recién puede sincerar su pretensión y con ello su plan de trabajo o estrategia; procediendo a redactar su demanda marcando en una línea cronológica la historia de la litis, la misma que debe ser sencilla, comprensible y atractiva.

VI. Conclusiones

- a. La oralidad fortalece la eficiencia y transparencia del proceso civil: La implementación del modelo por audiencias permite una justicia más rápida, directa y comprensible, reduciendo la duración de los procesos y facilitando la inmediatez del juez con las partes.
- b. El abogado debe asumir un rol activo y estratégico: En el nuevo sistema, el litigante deja de ser un mero redactor de escritos y se convierte en un profesional dinámico, capaz de planificar su litigio, dominar la teoría del caso y comunicar eficazmente en audiencias.
- c. La teoría del caso es fundamental en la litigación oral: Esta herramienta permite al abogado estructurar su defensa o demanda de forma coherente, articulando hechos, normas y pruebas para persuadir al juez y lograr una resolución favorable.
- d. La formación y capacitación del abogado son imprescindibles: El éxito en el modelo oral depende del dominio de habilidades de comunicación, argumentación jurídica y análisis probatorio, lo que exige una preparación rigurosa y constante.
- e. La reforma del proceso civil responde a una necesidad social: La modernización del sistema procesal busca garantizar el acceso a una justicia efectiva, confiable y centrada en el



ciudadano, en respuesta a la sobrecarga judicial y la lentitud del modelo escrito tradicional.

VII. Lista de Referencias

Guzmán, A. (2001). Historia del Derecho Peruano. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Lama More, E. (2020). Manual de litigación oral civil. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Lorenzo, G. (2017). Teoría del caso en el proceso civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Monroy Gálvez, J. (2020). Manual de Derecho Procesal Civil. Lima: Palestra Editores.

Peña Cabrera Freyre, R. (2019). Oratoria forense. Lima: Editorial San Marcos.

Polanco Layseca, J.
(2020). Técnicas de litigación oral en el proceso civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

(2021). Litigación oral y teoría del caso en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.

Priori Posada, G. (2010). Historia del Proceso Civil. Lima: Palestra Editores.

Valderrama Delgado, J. A. (s.f.). La teoría del caso como técnica de litigación oral. Documento de trabajo inédito.

Autor del cuadro: M.CS. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz



Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Norte de la Universidad Peruana"

