



Universidad Privada de Tacna

Revista

de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Políticas

Año 4 N° 5 2011



Universidad Privada de Tacna

Revista

de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Políticas

Año 4 N° 5 2011

**Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad Privada de Tacna**

Año 4. N° 5. Julio 2011
Tiraje: 500 ejemplares

Es una publicación de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna

Editor responsable:
Jorge Monroy Macuaga
Coordinador del Centro de Investigación FADE

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Campus de Capanique, Pocollay - Tacna - Perú

Contacto y comentarios:
derecho@upt.edu.pe
<http://www.upt.edu.pe/FADE/>
Telf. 243380 - 243381

Las opiniones vertidas en los artículos y ensayos
firmados son de exclusiva responsabilidad de sus
autores.

**Los artículos reproducidos deben indicar
la fuente. Derechos Reservados**



PRESENTACIÓN

Con ocasión de celebrar el 26° Aniversario de la Creación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, sin fines de lucro, hemos considerado importante publicar el quinto número de la Revista de la Facultad como justo homenaje a nuestra Casa Superior de Estudios que se ha dedicado desde su creación única y exclusivamente a la formación de futuros profesionales del Derecho.

Esta Revista Institucional tiene por objeto, en primer lugar, rendir un justo y merecido homenaje a nuestra Institución en su Vigésimo Sexto Aniversario de creación; luego, exponer a nuestros lectores las contribuciones e investigaciones de los profesores de la Facultad sobre los distintos temas abordados y desarrollados y, por último, dar a conocer algunos avances en los que está avocada nuestra Facultad en esta etapa de su desarrollo.

Al rendirle un justo y merecido homenaje a nuestra Facultad en su 26° Aniversario, recordamos con gratitud a los fundadores de la Universidad como el presbítero Luis Mellado Manzano, el Ing. Arnold Berrios Chalco y otras personalidades, pero especialmente a la comunidad tacña por haber apoyado a los fundadores para que Tacna contara con una Universidad y una Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, como la que tiene ahora.

Por eso, también el agradecimiento de esta generación a los Ex-Directores de Escuela: Abog. Víctor Soberón Vélez de Villa, Dr. Juan Carlos Valdivia Cano, Abog. Augusto Franco Delgado y Mag. Saúl Valdez Romero; pero, también a sus Ex-Decanos: Mag. Alberto Zeballos Ale, Abog. Augusto Franco Delgado y Dra. Elva Acevedo Velásquez (ahora rectora de la Universidad), así como a todos sus docentes, personal administrativo y ex-alumnos que nos legaron la cuota de su sacrificio y los esfuerzos por lograr una Facultad de prestigio como la que ahora tenemos.

Esta Revista contiene un conjunto de artículos que sin duda constituyen el aporte intelectual y académico de nuestros docentes que busca mostrar los avances en materia jurídica, exponer ideas y criterios, y aperturar el debate y la discusión sobre los distintos temas propuestos que servirán de apoyo principalmente para estudiantes, abogados y nuestros lectores, de ese modo, quedarán plasmadas sus inquietudes, investigaciones y ansias de superación cultural. Es oportuno entonces volver a invitar a nuestros docentes a compartir estas inquietudes y emular acciones de bien y provecho para nuestra Facultad, sólo así conseguiremos cambiarla y transformarla.

Nuestra preocupación además está cifrada en acciones concretas que significarán el decidido paso para encontrar la calidad y la excelencia no solo en la formación de profesional del derecho, sino también en la investigación jurídica y las tareas relacionadas con la responsabilidad social. La formación profesional se patentiza en la cantidad de abogados que vienen desempeñándose en las diferentes instituciones de la localidad como el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Gobierno Regional, Alcaldías y regidurías, así como profesionales que laboran en diferentes empresas públicas y privadas no sólo del Perú sino también del extranjero.

PRESENTACIÓN

Nuestros esfuerzos y preocupación también están empeñados en hacer realidad el proceso de autoevaluación con miras a la acreditación de nuestra Facultad que ahora camina con paso firme y seguro bajo la Presidencia de la Comisión de Autoevaluación Abog. Augusto Franco Delgado con acciones serias, responsables y eficaces que en breve mostrarán sus primeros frutos. Paralelamente la Comisión de Reestructura Curricular presidida por el Abog. Lincoln Salas Ponce viene realizando acciones concretas, por eso el nuevo Plan de Estudios se encuentra muy avanzado. Dicho proyecto lo estamos elaborando y diseñando bajo nuevos arquetipos; sus parámetros operativos se sustentan en el éxito probado del constructivismo y en el desarrollo de los modelos epistemológicos basados en los más recientes descubrimientos (como el funcionamiento neurofisiológico del cerebro humano). Con el nuevo Plan de Estudios se pretende realizar un trabajo mucho más eficaz y eficiente en la formación de los estudiantes de Derecho para desarrollarse con valores y principios fundamentales, al mismo tiempo, esperamos lograr una mejor capacitación en el desarrollo de habilidades y destrezas de los estudiantes para resolver problemas de naturaleza jurídica, social y humana.

Nuestros esfuerzos van asimismo por la investigación que se ha iniciado con mucha fuerza, por eso el año pasado publicamos los libros siguientes: «*El Estado de coma, Estado vegetativo y la Eutanasia*» del Mgr. Alberto Zeballos Ale; «*Temas de Derecho*» del abog. Javier Neyra Salazar; «*Materiales para la Historia de Tacna*» Tomo VII del Dr. Luis Cavagnaro Orellana; «*Derecho Internacional Privado*» del Dr. Rafael Supo Hallasi y; «*Lecciones de Derecho Procesal Civil*» del Dr. Javier Rolando Peralta Andía.

En cuanto a responsabilidad social el consultorio jurídico de la FADE ha atendido cerca de 4,000 casos judiciales entre civiles, penales y otros; Asimismo, hemos realizado actividades de proyección social en la Cárcel de Pocollay, en el Asilo de Ancianos, en el Hogar de Menores Angélica Recartti y con el programa «abrigando corazones» hemos llegado al Tripartito para atenuar los efectos del friaje haciendo llegar el aporte de profesores y estudiantes, así como otros para mitigar de algún modo los efectos telúricos que sufrió el vecino país de Chile.

En este nuevo aniversario saludamos al personal docente, administrativo y estudiantes de nuestra Facultad y a la vez lo convocamos a renovar con energía nuestro compromiso con los objetivos de la FADE de la UPT, los que apuntan a entregar la mejor formación profesional y valórica a los futuros abogados, para que sirvan a nuestro país y sean capaces de dar oportunidades de defensa, desarrollo y justicia a quienes hoy no las tienen.

DR. JAVIER ROLANDO PERALTA ANDÍA

DOS PALABRAS

Alfred North Whitehead, dijo: «*La Universidad es imaginación o no es nada; su tarea es la creación del futuro*», nuevamente ponemos a consideración de la comunidad universitaria y el pueblo peruano nuestra revista jurídica, producto de las investigaciones normativas y sociales de todos los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna-Perú.

Luis Bustamante Belaúnde, manifestaba públicamente: «*Si una universidad carece de misión, todas sus actividades carecerán de propósito. Su funcionamiento será un activismo chato y le faltará la trascendencia propia de las grandes causas*». Por experiencia todos sabemos que por varios siglos hemos tenido en nuestro país; una universidad medieval, colonialista y escolástica, hoy el mundo grita de diferentes ángulos pidiendo a las universidades, la ciencia, y la tecnología; pero, algunos profesores le temen a los nuevos conocimientos y al tiempo, el sueño continua bajo el manto protector de autonomía.

Elias Castilla Rosas Pérez, en su libro *Decadencia de la Universidad Peruana*, nos recuerda: «*La misión histórica de la Universidad, hoy más que nunca, no es única y estacionaria, varía con el tiempo y las circunstancias internacionales, nacionales, regionales y aun locales*». Hoy la misión de la Universidad es formar profesionales de la más alta calificación, producir conocimientos, formar las élites en los diferentes campos de la actividad humana; las «masas críticas» que el país necesita para su desarrollo. Su gran misión es diseñar el futuro del país o de la región en que se ubica.

Hoy, muchos nos preguntamos ¿Qué clase de Universidad necesitamos? El ex Director de UNESCO, Federico Mayor, nos glosa: «*La universidad debe ser un centro de Educación permanente, para la actualización y reentrenamiento, con sólidas disciplinas fundamentales, pero también con amplia diversificación de programas y estudios, diplomados intermedios y puentes entre los cursos, asignaturas, de suerte que nadie se sienta atrapado o frustrado por sus escogencias previas. Que los estudiantes salgan de la universidad portando no sólo sus diplomas de graduación sino también de conocimiento, conocimiento relevante para vivir en sociedad, junto con las destrezas para aplicarlo y adaptarlo a un mundo en constante cambio*» (cita tomada de F. Farro-2001).

Desde hace algún tiempo, la tradicional segmentación que hacía el mercado entre las Universidades «Tradicionales» y las Universidades «Privadas», prácticamente ya no existe. Hoy hablamos de «Universidades de Excelencia» y lo anterior tiene una fundamentación plausible, toda vez que el mundo avanza en forma vertiginosa. Lo mismo ocurrió, de alguna manera en el mundo empresarial, donde la iniciativa privada sobrepasó ampliamente en eficiencia y tamaño de la industria a las empresas estatales.

Hoy, después de más de 25 años nuestra Universidad, ha sido capaz de sobrepasar ampliamente en tamaño, eficiencia de procesos, infraestructura, medios tecnológicos, calidad en la educación superior y profesionales insertos en la Industria, a la gran mayoría de las universidades llamadas tradicionales. Nuestra Universidad como visión y misión va por el camino de la excelencia en la Región Tacna. Queremos ser una ***Universidad del Desarrollo en general y nuestra Facultad de Derecho en particular, ha participado activamente de este proceso, siendo capaz de posicionarse dentro de la elite intelectual de los estudiantes de nuestro país.***

DOS PALABRAS

En el Proyecto Tuning para América Latina, las facultades de Derecho deben estar alineadas en las competencias específicas siguientes: Demostrar un conocimiento de los principales rasgos del sistema jurídico incluyendo cierta familiaridad, a nivel general, con sus instituciones y procedimientos. Demostrar un conocimiento de los principios y valores jurídicos en una amplia gama de materias más allá del currículum nuclear. Demostrar cierto conocimiento profundo de áreas específicas. Capacidad para identificar y aplicar las fuentes jurídicas básicas. Capacidad para identificar y aplicar todas las fuentes jurídicas de relevancia en una cuestión concreta. Capacidad para identificar las preocupaciones y valores sociales subyacentes en las normas y principios jurídicos. Capacidad para identificar los debates de actualidad y comprometerse en ellos empleando para ello de manera precisa el derecho aplicable. Capacidad para distinguir entre el razonamiento jurídico y los argumentos de índole política. Capacidad para identificar y trabajar con los principales aspectos de un ordenamiento jurídico extranjero. Capacidad para planificar y llevar a cabo tareas jurídicas complejas de modo autónomo. Capacidad para identificar y comprender cuestiones jurídicas. Capacidad para identificar cuestiones jurídicas relevantes partiendo de un conjunto complejo de hechos no estructurado jurídicamente. Capacidad para encontrar soluciones nuevas o imaginativas en el planteamiento de un problema o en la utilización de recursos jurídicos con diversos enfoques.

Capacidad para decidir si las circunstancias de hecho son suficientemente claras para una decisión fundada en derecho. Capacidad para elaborar y presentar una decisión jurídicamente fundamentada. Capacidad para redactar documentos jurídicos (textos legales, contratos...). Capacidad para llevar a cabo investigación científica en el campo del derecho. Capacidad para exponer el conocimiento con un dominio adecuado de las habilidades orales y escritas propias de la profesión jurídica. Capacidad para redactar con fluidez textos jurídicos elaborados, empleando la terminología técnicamente apropiada. Capacidad para leer una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa. Capacidad para trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en derecho y contribuir efectivamente a sus tareas. Capacidad para asesorar sobre las posibles resoluciones de un caso y para diseñar estrategias alternativas conducentes a las distintas soluciones. Capacidad para identificar y seleccionar información estadística o numérica relevante y emplearla en un informe. Destreza en el uso de las herramientas informáticas relevantes por ejemplo, tratamiento de texto, bases de datos standard, recursos web, y capacidad para determinar sus propias necesidades tecnológicas. Capacidad para reflexionar sobre el propio aprendizaje y buscar y usar el feedback. Conciencia de la dimensión ética de las profesiones jurídicas. Capacidad para emplear un lenguaje jurídico extranjero, entre otras. En nuestra Facultad todo miembro de la comunidad universitaria debe impulsar y seguir la senda de las competencias específicas de las facultades de Derecho indicadas.

JORGE MONROY MACUAGA
Coordinador del Centro de Investigación FADE

ÍNDICE

DOCTRINA

DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

El derecho de filiación en el sistema legal peruano: _____ 15
Víctor Hugo Nina Cohalla

Reflexiones acerca de la responsabilidad médica _____ 37
Javier R. Peralta Andía

El embargo ejecutivo en los bienes de dominio _____ 51
privado del estado peruano
Luis Escalante Alay

La contradicción en el proceso único de ejecución _____ 57
Jorge Luis Sosa Quispe

DERECHO COMERCIAL (PROPIEDAD INDUSTRIAL)

Apuntes sobre la distintividad como objeto de protección _____ 67
del nombre comercial
Juan Enrique Sologuren Alvarez

El lema comercial _____ 75
Patricia Vásquez Zubieta / Fernando Acevedo Velásquez

Denominación de origen Pisco _____ 83
Nora Acevedo Velásquez / Abog. Yamile Berrios Manzur

"Consideraciones relevantes sobre la inscripción de marcas notorias _____ 93
en el Perú contenidas en la resolución N° 1283-2010/tpi-INDECOPI
Nidia Valdivia Bermejo / Dante Torres Valverde

Competencia desleal: La actividad empresarial estatal con infracción _____ 99
del artículo 60° de la Constitución
Gina Itala Hernani Espinoza / Lizbeth Ivonne Miranda Villasante

El deber de informar y el deber de idoneidad _____ 107
Julia Herminia Peche Chambe / Ana Poblete Tenorio

Los alimentos transgénicos ¿temor fundado? _____ 111
Mauricio Julio MacLean Cuadros / Alan Christian Fernández Vargas

ÍNDICE

Consumidores a la cima y empresarios a la horca André Castañeda Hidalgo	_____	115
---	-------	-----

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Primera breve aproximación hacia el Derecho Penal del enemigo Juan Alonso Portugal Vega	_____	127
---	-------	-----

La Policía "Holistica" y el Nuevo Modelo Procesal Penal Carlos Alberto Pajuelo Beltrán	_____	133
--	-------	-----

Alcance parcial sobre los delitos de derechos de autor y la receptación aduanera Carlos Alberto Pajuelo Beltrán	_____	141
--	-------	-----

INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La procrastinación universitaria y la investigación jurídica Mario Guillermo Denegri Sosa	_____	149
---	-------	-----

OTROS

Nepotismo Janeth Vargas Vilca	_____	162
---	-------	-----

«Calidad de servicio: Entre la fidelidad y la ruptura» Glomar W. Moscoso Zegarra	_____	168
--	-------	-----

INSTITUCIONAL

Imágenes de eventos	_____	177
---------------------	-------	-----

DOCUMENTOS

Discurso de ex alumno en ceremonia de Bodas de Plata	_____	186
--	-------	-----

CRONICAS

Martirologio de un democrata Déंबर S. Fernández Hernani Aragón	_____	190
--	-------	-----

DOCTRINA

DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

EL DERECHO DE FILIACIÓN EN EL SISTEMA LEGAL PERUANO:

Víctor Hugo Nina Cohaila *

«El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, por lo que se demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen, que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre, tal dato biológico del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho».

* Abogado y docente de la Universidad Privada de Tacna.

I.- DEFINICIÓN DE FILIACIÓN:

Etimológicamente la palabra de filiación deriva de la voz latina *filius* (que los antiguos españoles pronunciaban como *fillo*, *fiio*, *fijo* y, por último hijo), que a su vez se origina de *filium* que significa hijo, procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores. Téngase presente, que la relación paterno filial varía según se contemple desde el lado de los progenitores (paternidad o maternidad) o desde el lado de la progenitura (filiación). Es más, se determina según las circunstancias legales de la unión de los padres.

Para el maestro Guillermo Cabanellas, *"Filiación significa por antonomasia, para el Derecho Civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores"*.⁽¹⁾

En opinión de Luz Monge Talavera la *"filiación representa el vínculo jurídico que une un niño a su madre (filiación materna) o su padre (filiación paterna). Para establecer ese vínculo, que funda el parentesco, el Derecho se apoya en ciertos elementos: la verdad biológica, la verdad sociológica (el hecho de vivir en calidad de hijo), la manifestación de voluntad de los interesados (el reconocimiento)"*.⁽²⁾

En sentido genérico, refiere Cornejo Chávez,⁽³⁾ la filiación es la relación que vincula una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos. Desde

el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, inclusive los niños concebidos por el procedimiento *in vitro* tienen de una manera fatal un padre y una madre, sean éstos conocidos o desconocidos.

También, puede afirmarse que la filiación es una institución del derecho de Familia que consiste en la relación paterno y materno-filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La Filiación, sin embargo debe de ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos. Es preciso recordar que no siempre ese lazo deviene de la unión sexual, ya que puede derivar de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina, de la clonación y de la partenogénesis, donde ya desaparece la cópula sexual.

En otro sentido Juan Iglesias, al respecto manifiesta; *"La familia romana, lo que los romanos llaman familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que define con su propiedad a la familia, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad - manus, poiestas - de un jefe pater familias, señor o soberano de la familia, y no "padre de familia." Esta unidad real de la familia, fundada en la sujeción a la potestad de un paterfamilias viviente, se enciende en época histórica, dando lugar a la formación de otras tantas familias cuantos son los hijos varones"*.⁽⁴⁾

(1) Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliesta. Argentina, 1981

(2) MONGE TALAVERA, Luz. *Código Civil Comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica. 2003.

(3) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium, 1985. Tomo II. P.11.

(4) IGLESIAS, Juan, *"Instituciones de Derecho Romano"*, Barcelona Nro. 1951, Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, Pág. 137.

La familia romana se basaba en un parentesco civil (la *Agnatio*), donde la figura del *paterfamilis* es quien tenía una familia, a cuyo alrededor se podían encontrar los hijos, nietos y bisnietos, esposa, nuera y otros parientes que por alguna razón justificada estaban bajo la autoridad del *paterfamilis*, quien administraba y disponía de la vida de sus agnados.

Los agnados constituyen la familia común *iure dicta*, es decir la familia con un vínculo puramente jurídico, donde al decir de Juan Iglesias: "...cabe suponer que la primitiva familia abrigase en su regazo a todos los agnados, y que razones de orden y de defensa, es decir razones superiores a las simplemente domésticas, impusieran a la que después se llamó familia común *iure* la conservación intacta de su propia unidad política a la muerte del jefe, bajo la potestad de otro jefe designado por el predecesor. Asumidas luego por las civitas las fundamentales funciones políticas de orden y de defensa. La unidad compacta del grupo familiar entra en quiebra: La familia se escinde en tantos grupos cuando son los filiafamilias inmediatamente sujetos a la potestad del jefe muerto, si bien es otorgada a estos la facultad de conservar indiviso el patrimonio familiar, es un régimen de *consortium - consortium Inter. Fratres*. La gradual escisión o disgregación de la familia *communi iure* - que en época posterior es mero residuo histórico de tipo de familias más antiguo - acarrea la formación y vigorización de la familia *propio iure*, de tipo más recientes".⁽⁵⁾

De lo expuesto, se puede evidenciar la evolución que ha tenido la familia actual, que tiene sus principios, obviamente, en la familia romana, en la que actualmente, de acuerdo a nuestra legislación civil vigente, la filiación es una institución del derecho de familia que consiste "en la relación paterno filial existente entre una persona con el padre que lo engendró y con

la madre que lo alumbró"⁽⁶⁾ y que eventualmente son el producto de los genes que aportaron ambos padres.

II. ANTECEDENTES:

Como ya se dijo, la Filiación representa el vínculo jurídico que une un niño a sus progenitores. Para determinar ese vínculo, fundamento del parentesco, el derecho se sustenta en ciertos elementos: la verdad biológica, la verdad sociológica (el hecho de vivir en calidad de hijo), la manifestación de voluntad de los interesados (el reconocimiento).

Clásicamente el derecho distingue la filiación matrimonial de la filiación extramatrimonial. Esta distinción reposa exclusivamente en la situación jurídica de los padres, es decir, la existencia o ausencia de matrimonio entre ellos. Si éstos son casados, el niño es automáticamente matrimonial y su filiación, respecto de sus dos autores, es establecida por el hecho del parto de la madre, el cual desencadena la presunción de paternidad del marido. El fundamento es que por el matrimonio, el hombre y la mujer manifiestan su deseo de formar una familia y aceptan oficialmente asumir las consecuencias que genera su comunidad de vida (artículo 287°). Así, desde su nacimiento, el niño está indivisiblemente unido por el matrimonio a sus dos progenitores. El principio, consagrado en el artículo 361° del Código Civil, proclama que el hijo nacido o concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido.

Un compromiso social de similar naturaleza no existe en la familia extramatrimonial o natural. Los amantes no tienen ninguna obligación entre sí. Si los padres no son casados, el niño es extramatrimonial (natural o ilegítimo), lo que significa que el establecimiento de su

⁽⁵⁾ IGLESIAS, Juan, «Instituciones de Derecho Romano», Barcelona 1951, Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, Pág.140.

⁽⁶⁾ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. «Derecho de Familia», Ideosa, Lima -1993, Pág. 277.

filiación paterna no es automático. En este caso la filiación es divisible. Cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño en forma separada. Cada padre es independiente del otro. De tal forma que la indicación del nombre de la madre, en la partida de nacimiento, no genera consecuencias jurídicas respecto del vínculo paterno. La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, no existe en la filiación extramatrimonial. Para establecer el vínculo de la filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, sea una declaración judicial en ese sentido.⁽⁷⁾

Ahora bien, en cuanto a los antecedentes de la figura en estudio, se encuentra establecida en el Derecho Antiguo, Romano, a través de nuestros dos primeros Códigos Civiles, de 1852 y de 1936, el criterio de regular con marcadas discriminaciones las filiaciones legítima o matrimonial y la ilegítima o extramatrimonial, privilegiando a la primera con el otorgamiento de mayores derechos y prerrogativas, en desmedro de la segunda, que por tales razones devino en una filiación realmente relegada y, en una época, proscrita.

En la legislación nacional, fue la Constitución de 1979 la que, por fin, mediante su Art. 6°, establece que todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, tienen iguales derechos, además de prohibir toda mención respecto al estado civil de los padres y la naturaleza de filiación de los hijos en los Registros del Estado Civil, y en los documentos de identidad, disposición que fue reiterada por el Art. 6° de la Constitución vigente, de 1993, y repetida por el Art. 235, in fine, del C.C. de 1984. Sin embargo, el acercamiento en referencia no ha llegado a la integración de las dos filia-

ciones en una sola, como ha ocurrido en otros países, permitiéndose la subsistencia de profundas diferencias que hacen muy difícil la integración, como las referentes al establecimiento de una y otra filiación, desde cuyo punto de vista la matrimonial continúa siendo una filiación privilegiada, fácil de demostrar, partiendo de un hecho tan preciso como es la celebración del matrimonio más un sistema práctico de presunciones, haciendo muy difícil su cuestionamiento, lo que no ocurre, o no puede ocurrir, con la filiación ilegítima o extramatrimonial, que para su establecimiento requiere del reconocimiento de los padres, que no es fácil de obtenerlo en nuestra realidad, no quedando otra alternativa que recurrir a la declaración judicial de la paternidad o maternidad extramatrimoniales, sometida a la necesidad de acreditar causales taxativas y muy difíciles de demostrar, especialmente en el caso de la primera, a tal punto que da lugar a la posibilidad o existencia de muchos hijos, que por no estar comprendidos en ninguno de los causales previstos en la Ley, no llegan a establecer su filiación paterna. Para ellos, a manera de paliativo, se ha creado la figura del denominado hijo alimentista, el que, según lo dispone el Art. 415 del C.C. vigente, sólo tiene derecho a reclamar alimentos del hombre que tuvo relaciones sexuales con su madre en la época de la concepción.

III. DOCTRINAS JURÍDICAS SOBRE FILIACIÓN:

Revisando la doctrina nacional, tenemos que según el doctor Javier Rolando Peralta Andía, en su obra "El Derecho de Familia en el Código Civil", menciona que actualmente, dentro de la doctrina se advierte que no existe un cabal y ceñido concepto de filiación, en efecto dentro de las doctrinas más conocidas destacan:

⁽⁷⁾ MONGE TALAVERA, Luz. Código Civil Comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima. 2003.

a) Filiación como hecho.- Algunos autores la consideran como un hecho, sin determinar si ese hecho es biológico o jurídico. Arturo Yungano refiere que la filiación es un vínculo biológico que liga a los padres con el hijo. Carbonier, piensa que es un vínculo jurídico entre el padre, la madre y el hijo, olvidando que se trata fundamentalmente de un hecho biológico o natural, ya que la ley no puede dar hijos, salvo en el supuesto de la adopción.

cual, la filiación de un estado, un hecho natural y un hecho jurídico. Piug Brutao, estima que la filiación es ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación y que ese hecho está regulado por el derecho, por tanto, un hecho jurídico.

Otros la ven como un hecho biológico o natural, regulado por el Derecho como un hecho jurídico, pero olvidan la conversión en un acto jurídico.

b) Filiación como parentesco.- Otros autores la identifican con el parentesco, precisamente Aubry y Rau, la consideran como el lazo de parentesco existente entre el padre y la madre y el hijo, y el brasileño Antonio Cháves estima que es el vínculo existente entre padres e hijos, el mismo que viene a ser la relación de parentesco por consanguinidad en la línea recta de primer grado, entre una persona (hijo) y aquellos que le dieron la vida (padre o madre), omitiendo explicar que la filiación es el resultado de un hecho biológico o natural, más no su antecedente.

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del derecho, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil, implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi considerada leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

"El legislador de 1984, queriendo suprimir toda distinción discriminatoria entre hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio y aquellos concebidos o nacidos fuera del matrimonio, ha preferido descartar la terminología, considerada oprobiosa, de hijos ilegítimos utilizada por el Código Civil de 1936. Sin embargo, la utilización de los términos hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales no hace más que disimular la subsistencia de la discriminación entre ambas filiaciones".⁽⁸⁾

c) Filiación como estado jurídico familiar.- Un tercer grupo, entre ellos, Messineo sostiene que la filiación es simétrica y por ello atribuye un status: el padre, el de la madre o del hijo. Demolombe, que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre o madre, todo lo que crean un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes de la misma; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo el carácter de padre e hijo.

IV. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL:

La filiación matrimonial, anteriormente denominada legítima, se denomina así porque se genera dentro del matrimonio de los padres, que viene a ser su causa determinante, de ahí que se puede decir que son matrimonia-

d) Doctrina mixta.- Por último un cuarto criterio con la doctrina italiana, según la

⁽⁸⁾ MONGE TALAVERA, Luz. *Código Civil Comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima. 2003

les los hijos habidos durante la vigencia del matrimonio de sus progenitores.

Pese a la igualación de derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales consagrada por el Art. 6 de la Constitución de 1979 y reiterada por igual en el Art. 6 de la Constitución de 1993, y recepcionada por el Art. 235 del C.C. vigente, de 1984, *in fine*, la filiación matrimonial en cuanto a su establecimiento continúa siendo privilegiada en comparación con la extramatrimonial, como se ha explicado anteriormente, y como lo confirman las presunciones materia de los Arts. 361 y 362 del C.C., que integrando las teorías del nacimiento y concepción, prescriben que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tienen por padre al marido, y que dicho hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

Pero en el supuesto que la viuda haya contraído un nuevo matrimonio antes del vencimiento de los 300 días posteriores al fallecimiento de su anterior marido y conciba un hijo, generando el dilema de a cuál de los dos maridos habría que atribuir la paternidad, a propuesta del Dr. Héctor Cornejo Chávez, según el Art. 243, inciso 3, *in fine*, del C.C., se ha creado una nueva presunción en virtud de la cual se considera como padre al nuevo marido.

La citada presunción de paternidad en contra o a favor del segundo marido, en lugar de resolver la confusión creada la agudiza, y entra en abierta contradicción con lo establecido en los Arts. 361 y 362 del C.C., según los cuales se atribuye la paternidad al marido anterior, finado o divorciado.

Resulta una solución más práctica y simple la de respetar el régimen legal de comprobación de la filiación matrimonial tal como está establecido, esto es, respetando a plenitud la

presunción de los Art. 361 y 362 del C.C.; y si el nuevo marido considera que el hijo alumbrado por su mujer no ha sido procreado por él sino por el cónyuge anterior, o si los herederos del marido fallecido consideran que el hijo alumbrado por la viuda no fue procreado por el causante de los mismos, no tendrían otra alternativa que accionar impugnando o negando la paternidad con la que nació el hijo, según la presunción de los Arts. 361 y 362 del C. C.

V. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL:

En lo que se refiere a su comprobación, como se ha explicado anteriormente, en comparación con la matrimonial, la filiación extramatrimonial no cuenta con las facilidades y presunciones que privilegian a la otra, porque si bien ha dejado de ser considerada como una filiación inferior, y aun proscrita, como lo fue en el derecho clásico, con el reconocimiento de iguales derechos para los hijos de ambas filiaciones, su verificación o constatación no ha dejado de ser muy difícil, estando sujeta a dos alternativas concretas, que son las señaladas por el Art. 387 del C. C., que prescribe que el reconocimiento de los padres y la sentencia declaratoria de la paternidad o de la maternidad son los únicos medios para acreditar la filiación extramatrimonial.

Consecuentemente, según lo establecido por los Arts. 386 al 417 del C.C. vigente, teniendo en cuenta las dos citadas alternativas, son formas de prueba de la filiación extramatrimonial las siguientes:

- a) El reconocimiento otorgado por parte del padre, o de la madre, o por ambos conjuntamente.
- b) A falta de reconocimiento sólo es posible la constatación de la filiación extramatrimonial, mediante declaración judicial de la misma, sea de la paternidad o de la maternidad.

c) Si comparamos la investigación judicial de la maternidad y de la paternidad extramatrimoniales, sin duda es más simple la primera por estar sometida a la comprobación de dos extremos concretos, que son el hecho del parto y la identidad del hijo, como lo dispone el Art. 409 del C.C., en tanto que no ocurre lo mismo con la declaración judicial de la segunda, de la paternidad, por estar sometida a causales taxativamente establecidas, como son las que tipifica el Art. 402 del C.C., a tal punto que hay el riesgo de que en muchos casos, por no estar comprendidos en dichas causales, no se consiga establecer la paternidad extramatrimonial.

Es muy simple la justificación de dicha diferencia en la forma de comprobar judicialmente una u otra clase de filiación extramatrimonial, porque la maternidad se manifiesta mediante hechos tan objetivos como son el embarazo, y el alumbramiento, cuya duración y desarrollo se prolongan en el tiempo hasta un máximo legal de 300 días, en tanto que la participación del padre en la procreación no se presenta con la misma objetividad y duración, de ahí que para evitar se incurra en decisiones injustas la investigación judicial de la misma ha tenido que ser sometida a un régimen de severas limitaciones, presunciones y causales.

VI. LAS PRUEBAS DE VALIDEZ CIENTÍFICA Y LA FILIACIÓN:

La filiación legítima, la impugnación a la misma y la investigación judicial de la filiación extramatrimonial, desde el punto de vista procesal, tenían que sujetarse al ofrecimiento y actuación de las denominadas pruebas tasadas que enumeraba el Art. 347 del Código de Procedimientos Civiles, y a partir de 1993, con la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, fueron reordenadas con mayor amplitud como pruebas típicas determinadas por el Art. 192, y atípicas por el Art. 193 de este

último Código Procesal Civil, que en sustancia, son los medios probatorios tradicionales, sin recepción aún de las denominadas pruebas de validez científica, resultado de la investigación y de la tecnología modernas, por lo menos de incidencia en el área de Derecho de Familia.

Fue el Código sustantivo de 1984 que por intermedio de su Art. 413, a iniciativa del ponente del Libro de Familia, Dr. Héctor Cornejo Chávez, introdujo la prueba negativa de los grupos sanguíneos, dejando abierta la posibilidad para la utilización de otros medios probatorios de validez científica.

El Dr. Cornejo Chávez fundamenta su iniciativa en que el progreso de la ciencia, mediante la prueba de sangre, permite llegar a conclusiones tan inequívocas como las de cualesquiera otras pericias, pero el estado actual del conocimiento científico aún no es capaz de determinar mediante el análisis sanguíneo la paternidad o maternidad desde un punto de vista positivo o afirmativo, esto es, que uno es hijo de otro, pero sí está en condiciones de probar con certeza la no paternidad, o la no maternidad, desde un punto de vista negativo.

Entonces, si se trata de una prueba negativa de la paternidad o maternidad extramatrimoniales, el análisis de los grupos sanguíneos constituye un medio de defensa que la ley otorga a favor del demandado para demostrar que no es el padre ni la madre, lo que se podría alegar aun en el supuesto de que se acredite que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre del hijo que se le atribuye.

Lo prescrito en la segunda parte del Art. 413 del C.C. de 1984, de autorizar la actuación de la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante, no le hace perder su carácter de prueba negativa, por cuanto su aplicación se limita a que haya pluralidad en la comisión de los ilícitos de violación, rap-

to o retención violenta de la mujer en la época de la concepción, en cuyo supuesto sólo se le podría atribuir la paternidad del hijo a uno de los coautores del delito, o codemandados, si la prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás.

VII. LA PRUEBA DEL ADN Y LA FILIACIÓN:

Tuvieron que transcurrir 15 años de vigencia del Art. 413 del C.C. de 1984 y de actuación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, para que la ciencia y la tecnología en su estado actual hayan permitido la introducción en el área de la investigación y esclarecimiento tanto de la filiación matrimonial como de la extramatrimonial, de las pruebas genéticas, entre ellas, la más importante, la del ADN, a la que se atribuyen resultados definitivos de comprobación tanto desde el punto de vista positivo, confirmatorio, como negativo, en ambas filiaciones, lo que ha revolucionado radical y dramáticamente la teoría y práctica de la prueba orientada a la verificación y negación de ambas filiaciones.

En efecto, con fecha 31 de diciembre de 1999, fue promulgada la Ley 27048, que introdujo en la legislación nacional la prueba del ADN, y otras de igual validez científica, con mayor amplitud y valor probatorio que la de los grupos sanguíneos, que estaba limitada en su aplicación a la filiación extramatrimonial dirigida, por su carácter negativo, a desvirtuar las cinco causales de paternidad tipificadas por el Art. 402 del C.C., y las dos causales de maternidad del Art. 409° del mismo Código.

Adquiriendo los caracteres de prueba realmente privilegiada, irrumpe en las áreas de ambas filiaciones para acreditarlas o para desvirtuarlas, esto es, no como simples medios probatorios orientados a demostrar las causales materia de los Arts. 363, 371, 402 y 409 del C. C., sino más allá de dichas limita-

ciones, para constituirse en una nuevo causal, o presunción, de comprobación o de negación, de una u otra filiación, con inevitable tendencia para sustituir o hacer ineficaces las causales materia de las disposiciones antes mencionadas.

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable; por ello en la actualidad es muy usado en ciencia forense como una herramienta fundamental para la determinación del vínculo filial ya que del ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno, razón por la cual es muy utilizado en la determinación del vínculo de filiación. La función del ADN dentro de la célula es transmitir los caracteres hereditarios y esto lo realiza "ordenándole" a la célula (codificando) que fabrique determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína se la denomina "Gen"; por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., son manifestaciones de los genes que poseemos. Los genes, al pertenecer todos los seres humanos a la misma especie son poco variables y constituye sólo un pequeño porcentaje de la información contenida en la molécula de ADN; la restante, incluye sectores que pueden exhibir un cierto grado de variabilidad entre los individuos, en consecuencia: "todos los seres humanos tenemos sectores del ADN en común y otros que no lo son". El llamado análisis de ADN o "Huellas digitales genéticas" es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad y calidad del ADN presente.

VIII. LA FILIACIÓN DEL ADN Y LA FILIACIÓN MATRIMONIAL:

Las acciones relacionadas con la filiación ma-

trimonial según estén orientadas a reclamarla, o a cuestionarla, se desdoblán en dos clases; la primera, o de reclamación, tiene como pretensión principal el establecimiento o reconocimiento del estado de legitimidad o matrimonialidad del hijo, en tanto que la segunda cuestiona, desconoce o impugna la filiación matrimonial de una persona.

Dada la naturaleza de la prueba genética del ADN y los resultados categóricos que se le atribuyen, resulta susceptible de aplicación en ambos casos, de demostración o de negación de la filiación matrimonial; así lo autoriza expresamente la Ley 27048, en sus referencias a los Arts. 373, 363 y 371 del C.C.

En el caso de la acción de reclamación de la filiación matrimonial, la ley 27048, en su Art. 1, se limita a prescribir que es de aplicación la prueba del ADN, u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza, sin entrar en mayores detalles, por lo que habría que remitirse a lo establecido por el Art. 373 del C.C., que autoriza al hijo para demandar se declare su filiación matrimonial, y además que la acción es imprescriptible, y que debe dirigirse conjuntamente contra ambos padres, o contra sus herederos, sin entrar en discriminaciones si uno de los padres reconoce la legitimidad del hijo.

Lo contradictorio es si la acción de reclamación de la filiación matrimonial es imprescriptible, según el Art. 373 del C.C., no habría razón suficiente para que se declare la extinción de la acción en los casos del Art. 374 del C.C., o sea de haber fallecido el hijo antes de cumplir los 23 años sin haber interpuesto la demanda, o si devino incapaz antes de cumplir la citada edad, o si los herederos no la interponen dentro de los dos años, porque podría ser que al hijo no le interese la filiación matrimonial pero sí a sus herederos, y en el caso del incapaz no habría razón para presumir su voluntad de renunciar a su filiación, en razón precisamente de su incapacidad.

En cambio, en lo que respecta a las acciones de contestación de la filiación matrimonial, la Ley 27048 es más específica en lo que se refiere a la aplicación de las pruebas biológicas o genéticas, concretamente la del ADN, pero no simplemente como un medio probatorio orientado a demostrar los hechos en que se fundan las causales o presunciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial que tipifica el Art. 463 del C.C., sino que la incorpora como una quinta causal, o quinta presunción, de inexistencia del vínculo parental o genético, que habría que demostrar mediante la actuación específicamente de la prueba del ADN o de otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Tal es el grado de certeza que la Ley 27048 atribuye a la prueba del ADN, que es susceptible de desvirtuar cualquiera de las 4 causales o presunciones del Art. 363 del C.C., facultando al juez para desestimarlas en el supuesto que aquella prueba genética demuestre lo contrario, esto es, aun en los casos que se hayan probado los hechos sustentatorios de aquellas cuatro presunciones, establecerá la existencia de vínculo parental genético entre el hijo alumbrado por mujer casada y su marido, y resultará consecuentemente infundada la acción de negación o impugnación de la paternidad matrimonial.

En su Art. 1 la Ley 27048 prescribe que también es admisible la prueba genética, biológica, esto es, la del ADN, a la acción de impugnación de la maternidad matrimonial materia del Art. 371 del C.C., pero sin regular expresamente su aplicación como lo hace respecto a las acciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial; pero nada impide, dada la certeza probatoria que se le atribuye al ADN que se considere, o se agregue, a las dos causales, o presunciones, del Art. 371 del C.C., del parto supuesto o de suplantación del hijo, una tercera presunción de que mediante la prueba del ADN se demuestre que

no existe vínculo maternal. El problema resultaría si las pruebas genéticas demuestran lo contrario, esto es, que sí hay vínculo maternal genético no obstante de acreditarse la realidad del parto supuesto o de la suplantación del hijo, también estas presunciones tendrían que ser desestimadas por el Juez.

El elevado grado de certeza que la Ley 27048 atribuye a la prueba genética del ADN, inevitablemente genera no sólo el debilitamiento de las causales o presunciones materia de los cuatro primeros incisos del Art. 363 del C.C., sino también motivaría la pérdida de su necesidad, lo que en la práctica implicaría una reformulación de las causales o presunciones de negación o impugnación de la paternidad matrimonial, para reducir las a una sola, de vínculo parental genético, lo que resultaría riesgoso si nos ponemos en el supuesto hipotético de que la investigación científica desvirtúe el grado de certeza que la Ley 27048 por ahora atribuye a la prueba del ADN, y a otras de igual o mayor validez científica.

IX. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LAS PRUEBAS GENÉTICAS:

En lo que respecta a la filiación extramatrimonial, por ministerio de la Ley 27048 se ha oficializado, podría decirse, el uso de la prueba del ADN y de otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, tanto para acreditarla como para desvirtuarla, dando lugar a la modificación de los Arts. 402, 409, 413 y 415 del C. C., y la derogatoria de los Arts. 403 y 416 del mismo código.

A falta de reconocimiento se establece la filiación extramatrimonial por declaración judicial, según los causales o presunciones del Art. 402 del C.C., en caso de la paternidad, y de los tipificados en el Art. 409 del mismo Código en el supuesto de la maternidad extramatrimonial, con la diferencia de que es más difícil

obtener la primera por estar sujeta a causales o presunciones taxativamente tipificadas por el citado Art. 402 del C. C., lo que no ocurre con la maternidad extramatrimonial cuya demostración es más simple, al someterla nada más que a dos extremos o presunciones que enumera el Art. 409 del C. C., que son el hecho del nacimiento y la identidad del hijo.

Como se explica respecto a la filiación matrimonial, las pruebas biológicas o genéticas, como la del ADN, han sido introducidas en la investigación judicial de ambas filiaciones, no como simples medios probatorios orientados a demostrar los hechos que configuran las cinco causales o presunciones materia del Art. 402 del C.C., sino como una nueva causal, la sexta, según la cual la paternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN, y ante la negativa de someterse a dichas pruebas, después de la respectiva evaluación, el juez está facultado para declarar la paternidad o la condición de hijo alimentista.

Aún más, según lo establecido en la última parte del nuevo inciso, el sexto, del Art. 402 del C.C., el juez desestimará las presunciones de los cinco incisos precedentes, como consecuencia de la actuación de la prueba del ADN, u otras de naturaleza científica de igual o mayor certeza, se entiende con resultados negativos, esto es, de que no existe vínculo parental entre el demandado y el presunto hijo, desestimándose las pretensiones de la demanda, con lo que queda establecido que las pruebas genéticas son privilegiadas, de valor superior, capaces de excluir de la investigación judicial de la filiación no sólo las presunciones de paternidad extramatrimonial materia de las cinco causales del Art. 402 del C.C., sino también de todos los demás medios probatorios que devienen en ineficaces, o innecesarios, lo que daría lugar a la reformulación de las presunciones o causales

de paternidad extramatrimonial, para sustentar la investigación judicial de la misma en una sola causal, la del ADN, u otras de igual o mayor certeza científica.

Con similar justificación jurídica tendría que aplicarse la prueba del ADN, u otras de igual o mayor certeza científica, a la investigación judicial de la maternidad extramatrimonial, agregando a las dos causales o presunciones del Art. 409 del C. C. una tercera, consistente en acreditar el vínculo maternal entre la presunta madre y el hijo mediante la actuación de la prueba del ADN, u otras, con la posibilidad, o seguridad, de desestimar las dos presunciones precedentes del citado Art. 409 del C.C., si los resultados son negativos.

Consecuentemente, las pruebas genéticas, como la del ADN, están orientadas, desde un punto de vista positivo, a demostrar la filiación extramatrimonial en sus dos modalidades de paternidad y maternidad, y también, desde un punto de vista negativo, están en capacidad de demostrar lo contrario, vale decir la inexistencia del vínculo parental o maternal, incluso con posibilidad de impugnar o negar el reconocimiento otorgado, por acción del padre, o de la madre, que no intervino en dicho acto jurídico, o por el propio hijo, sus descendientes, o por quienes tengan interés legítimo en cuestionar el reconocimiento, como lo prescriben los Arts. 399, 400 y 401 del C.C.

X. CUESTIONAMIENTOS EN LA LEGISLACIÓN CONCERNIENTE A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:

Dentro de las disposiciones referidas a Filiación Extramatrimonial a partir del año 1984 con la promulgación del Código Civil vigente,

se considera que los hijos extramatrimoniales son los concebidos y nacidos fuera del matrimonio, pueden ser reconocidos por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, así como también por los abuelos o abuelas de la respectiva línea en el caso de la muerte del padre o de la madre, o cuando se encuentren en estado de incapacidad, tomando en consideración que los padres sean menores de catorce años.

Hasta el año 2006: *"El código civil mantenía clasificaciones respecto a la condición de los hijos, así los denomina hijos matrimoniales y extra matrimoniales, señalando para cada uno de ellos una distinta regulación".*⁽⁹⁾

Posteriormente la Ley N° 28720 del año 2006 modificó el artículo 21° del Código Civil para disponer, en su primer párrafo, *"que el padre o la madre que efectúen separadamente la inscripción del nacimiento del hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial podrán revelar el nombre de la persona con quien lo hubieran tenido, supuesto en el que el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, no estableciendo en este último caso vínculo de filiación".*⁽¹⁰⁾

La ley 28720 pretendía reafirmar el derecho fundamental del nombre debido a que antes de la modificación los hijos extramatrimoniales solo tenían el derecho de llevar los apellidos de sus padres siempre que sean reconocidos por estos. En tal sentido, está orientada a brindar facilidades para inscribir a los recién nacidos cuando no son reconocidos por alguno de sus progenitores y no existe vínculo matrimonial, de manera que el padre o la madre pueda inscribirlo con el apellido del supuesto progenitor, sin que ello signifique el estableci-

⁽⁹⁾ «Resumen sobre la importancia de la ley 28720 www.alianzaciudadana.org.pe»

⁽¹⁰⁾ Art. 1° de la Ley N° 28720 del 25 de abril del 2006.

miento de vínculo de filiación alguno.

El fondo del asunto estaba en variar el énfasis de la protección del nombre del padre presunto, a la tutela del derecho al nombre y la identidad garantizada por la Constitución.⁽¹¹⁾

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen y que por el contrario faciliten y garanticen que el niño denominado como extramatrimonial se integre a la filiación con sus connotaciones, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de resguardar la intimidad del presunto padre, y en caso de contraproposición entre ambos derechos, el primero necesariamente debe prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, mas el primero tiene un carácter de "orden público".

En tal sentido, la norma publicada que modificó los artículos 20° y 21° del Código Civil buscaba dar una solución al problema de muchos niños y adolescentes que carecían de apellidos e identidad, con lo cual sus posibilidades de acceso a la ciudadanía se veían considerablemente afectadas.

El primer párrafo del artículo 21° determina que: *"El hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió así como el del presunto*

progenitor y no hay pronunciamiento acerca del orden de los apellidos, su redacción podría conducir a entender que el primero de ellos es, necesariamente, el apellido de/lla progenitor/a que inscribió el nacimiento del hijo, seguido del apellido del presunto progenitor",⁽¹²⁾ en ese orden. Así, en el caso de ser la madre quien reconoce a dicho hijo, el orden de sus apellidos sería el de la mujer y luego el del varón.

En este sentido resulta forzoso remplazar el primer párrafo del artículo 21° y establecer el orden de los apellidos del niño en el caso de el padre o la madre que efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial.

En su tercer párrafo el mismo artículo 21° prescribe que cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

Es conveniente examinar que en el supuesto contemplado en esta norma, la revelación del nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo concebido y nacido fuera del vínculo matrimonial constituye tanto facultad del padre como de la madre.

En este sentido, el contenido de dicho tercer párrafo debe contemplar ambas hipótesis.

Resulta claro que el estado anterior de las cosas era muy desfavorable, pues hasta el derogado artículo 392°⁽¹³⁾ del Código Civil, el referir el nombre del progenitor ausente en el acto de inscripción o reconocimiento consistía en el establecimiento de una ficción legal conforme a la cual cualquier indicación que revele la identidad del progenitor que no

⁽¹¹⁾ Art.2° Toda persona tiene derecho a: Identidad.- Derechos fundamentales de la persona «Constitución Política del Perú de1993»

⁽¹²⁾ Primer párrafo del Art. 1° de la Ley N° 28720 del 25 de abril del 2006

⁽¹³⁾ Artículo derogado por el Art. 4° de la Ley 28720 del 25 de abril del 2006

interviene en el acto, se tiene por no puesta. La protección del derecho a que no se inserte el nombre de la persona que no ha efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, era manifiesta y la derogación total del artículo 392° del Código Civil propicia soluciones extremas, en que se prefiere la protección de la identidad de los hijos que el nombre del progenitor presunto.

El artículo 386° del Código Civil declara que: *"Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio"*. Asimismo, el artículo 361° del mismo Código precisa la condición de hijo matrimonial declarando que: *"El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido"*.

Con la modificación del Art. ° 21 C.C.⁽¹⁴⁾ se varía el alcance del concepto que se tiene de hijo matrimonial recogido en el artículo 361°, de esta forma se despoja de su condición de hijo matrimonial al niño que, concebido en el matrimonio de sus progenitores, nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial de éstos. En efecto, el hijo nacido después del matrimonio disuelto por la muerte de su padre es hijo matrimonial sin embargo de acuerdo con la fórmula del artículo 21° C.C., el efectuar la inscripción del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial no establece vínculo de filiación entre el marido y el hijo, aún cuando la inscripción se efectuó dentro de los 300 días de muerte del progenitor y la ley lo considera como matrimonial (Art. 361°).

El conocimiento del parentesco de la persona, como un aspecto de la identidad personal y del desarrollo de la vida social, es de suma importancia, el Estado no es ajeno a estas

cuestiones que resultan ser de ORDEN PÚBLICO, tal es así que en el ordenamiento jurídico se contemplan las reformas impulsadas por conflictos de intereses forzosamente contrapuestos que son el interés del hijo a conocer su verdadera filiación; su origen y por otro lado el interés del presunto progenitor (intimidad), casi siempre opuesto a ello. Para resolver este conflicto de derechos en materia de filiación, el criterio de la ponderación de bienes destaca la protección que demanda el ejercicio a conocer el origen biológico, lo que permite resolver la eventual colisión entre los derechos fundamentales comprendidos. En ese sentido, se postula su preferencia por la finalidad protectora. Nuestro ordenamiento jurídico destaca primordialmente el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica lo que debe entenderse en el contexto del principio de interés superior del niño y del adolescente señalado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

El reconocimiento de este derecho determina un principio rector en un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia. Frente al derecho del niño a conocer la identidad de sus padres, ejercitado en un proceso, resulta falaz acudir al argumento sustentado en la intimidad personal y en este orden de ideas debe eliminarse cualquier disposición legal que, sustentándose en la intimidad personal del presunto progenitor, restrinja o imposibilite el ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres. El ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, según sea el caso, siendo así, resulta evidente el legítimo interés del niño de conocer quiénes son sus padres, y por estar ligado a las normas de rango constitucional

⁽¹⁴⁾ Art. ° 21 C.C.- Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, es este último caso no establece vínculo de filiación....

que lo tutelan, particularmente se debe destacar que resultan incompatibles con ella, las disposiciones que impidan al niño el ejercicio de la pretensión de reclamación o impugnación de su filiación como es el caso del Artº 396 del Código Civil que supedita el reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada a la acción o inacción del marido.

De esta forma debe considerarse la jerarquía de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación del control difuso que determina el reconocimiento del ejercicio pleno del derecho de filiación sobre los demás derechos que siendo también constitucionales no son de igual jerarquía (ejem: Intimidad personal Art 2º inc. 7 de la Constitución Política del Estado).

XI. EL PROCESO DE FILIACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO:

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica, lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público.

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez, los resultados. Como era de esperarse, la pericia de paternidad ganó terreno, sus resultados marcaron una pauta precisa, indispensable, siendo la valoración del Juez referencial al momento de emitir sentencia.

La moderna doctrina especializada considera que "el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial"⁽¹⁵⁾ en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables. El sector tradicional sostiene que es "*dable aclarar que este no es un juicio de peritos, sino una acción que el Juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación*".⁽¹⁶⁾ Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso pero si en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador.

La Jurisprudencia Colombiana cita; "*Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetable y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquella*". Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, sui generis creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de la especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida.

⁽¹⁵⁾ MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, «Derecho de Familia». Tomo III. Rubenzal Culzoni Editores, 2001. Pág. 124.

⁽¹⁶⁾ DI LELLA, Pedro. «Paternidad y pruebas biológicas». Desalma. Buenos Aires. 1977. Pág. 46 y sgtes. Este argumento fue seguido por CASTRO, Verónica Adrián y DIANA, María José. «La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación». En: IXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, 2003. Libro de ponencias. Tomo II., Rubenzal Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 82 y 83.

Este proceso es producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente, se ha llegado a crear algo nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existe, la identidad. Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil. Ninguno de los procesos del Código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de la paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la Ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Civil.

a) Características:

El proceso, como queda expresado, es especial, *sui generis*. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciados de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

b) Juez Competente:

Es competente para conocer los proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, el juez de paz letrado.

La propuesta se sustentó en que no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta la-

bor podía ser realizada por el juez de paz letrado.

Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado. Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes.⁽¹⁷⁾ Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude que: *"Es muy probable que se le haya atribuido la competencia el juez de paz letrado por el noble argumento de "facilitar el acceso" y el, no tan noble, de "evitar la casación", es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 59 sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema, ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de "nomofilaquia" que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir".*⁽¹⁸⁾

La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y como las pruebas aportadas por la ciencia, puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requiere de un proceso ágil y rápido.

⁽¹⁷⁾ Vid. Sobre justicia y la cultura de paz el Capítulo I de GUERRA CERRÓN. María Elena. «hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional». Grijley. Lima 2005. Págs. 1 a 12

⁽¹⁸⁾ ARIANO DEHO, Eugenia. «El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?» En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima enero de 2005. Pág. 65

c) Titular de la acción:

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde "solo" al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar ⁽¹⁹⁾ pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a "quien tenga legítimo interés" poder accionar por paternidad a favor de un tercero.

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial, pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutieran tanto en el aspecto personal y colectivo.

d) Lineamientos del Proceso:

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

- **Modernidad:** Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN ⁽²⁰⁾ debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho re-

sultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

- **Proceso sui géneris:** Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo,⁽²¹⁾ otros de un proceso monitorio, en el entendido de que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación final presentando un modelo ejecutivo.⁽²²⁾

- **Proceso basado en la efectividad del ADN.** Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi*, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99% de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

- **Acceso a la justicia.** Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas.

⁽¹⁹⁾ LASTARRIA RAMOS, Edgard. «*Titulares de la acción*». En Código Civil comentado. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima 2003. Pág. 48

⁽²⁰⁾ El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo. Exp. N°316-88-Lima; Exp. N°3114-96-Lima; Exp. N°542-97-Lima: solo por citar tres casos pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

⁽²¹⁾ Vid. SUÁREZ VARGAS, Luis. «*El Especialísimo proceso de filiación*». En Jurídica, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2, N°33, Lima, 15 de febrero de 2005. Pág. 3

⁽²²⁾ Con criterio similar Rodríguez Domínguez dice: estando el texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo». Cfr. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. «*Manual de Derecho Procesal Civil*». 6ta. Edición Grijley. Lima. 2004. Pág. 402.

Como se indica en su noción, "el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales,⁽²³⁾ no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas, lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

Ahora bien, se debe tener en cuenta, que el objetivo de las acciones judiciales destinadas al establecimiento de la filiación es que el vínculo de filiación jurídica coincida con la filiación biológica. Es decir, con la verdad biológica. Durante siglos la realidad biológica fue inaccesible. El derecho se limitaba entonces a deducir a partir de tal o cual hecho, con mayor o menor certitud, la posibilidad de la existencia o no del vínculo de filiación.

Las dificultades respecto de la prueba justifican el hecho que el legislador haya siempre tomado largamente en cuenta las diversas presunciones: presunciones de paternidad legítima, presunción relativa a la fecha de la concepción, presunción relativa a la fecha de la concepción, presunción relativa a la duración de la gestación, y también la presunción fundada en la concepción de estado.

Estos modos de prueba tradicionales han sido desplazados por los progresos de la ciencia que permiten determinar a través de un test genético, con un riesgo mínimo de error, la filiación biológica de un individuo.

XII. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE FILIACIÓN:

Tal y como lo refiere Enrique Varsi, en su libro

"El proceso de filiación extramatrimonial", que teniendo a la teoría y la praxis como sustento, sostiene que el test genético dejó de tener el carácter de prueba de parte. La propia ley considera su aplicación a efectos del establecimiento real del vínculo filial. En este sentido, no cabe discusión alguna acerca de la libertad probatoria de las partes»,⁽²⁴⁾ la prueba procede por imperio de la ley en virtud de una necesidad social y un problema vivo que afecta la identidad personal. Ninguno de los derechos del demandado se ven afectados. Su aplicación está en estricta relación con la pretensión. El objeto de la prueba es establecer una relación personal de orden familiar; aquellas relaciones íntimas cuyo "producto" es negado. La prueba sirve para fundar lo demandado, legítimo derecho del accionante.

Con un criterio totalmente opuesto, la profesora y magistrado Mosquera Vásquez⁽²⁵⁾ muestra una posición más radical, fundamentada en su experiencia práctica y teórica, diciéndonos al respecto:

a) Que es irresponsable que un tema tan delicado como el de la filiación esté en manos de los jueces de paz letrados pues estos no tienen la experiencia suficiente en el trámite de procesos en los que se discutan derechos de los niños y adolescentes, y, sobre todo, en procesos de tanta trascendencia como lo es uno de filiación, pues su actuación como jueces se circunscribe a procesos menos complejos en todas las áreas que conocen, basta con revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, los jueces de Familia son capacitados y tienen experiencia en temas vin-

⁽²³⁾ FERNANDINO, Álvaro. «Acceso a la justicia». En: PASARA, Luis (compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva. Lima 2004. Pág. 379

⁽²⁴⁾ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Los límites éticos de la actividad probatoria». En: La formación del proceso civil peruano. 2da edición aumentada. Palestra. Lima 2004. Págs. 550 a 557.

⁽²⁵⁾ Comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora. Además, estas opiniones se publicaron en «La Ley N°28457 y los nuevos procesos de filiación». En: Legal Express. Año 5 N°54. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2005. Pág. 5

culados a niños y adolescentes.

b) Es peligroso expedir una resolución que declare la paternidad de un niño por el simple hecho de haber presentado la demanda, y más peligroso aún que ella sea considerada un mandato al no existir contradicción a la misma. Esto puede suceder en países donde existe transparencia en la ciudadanía y no en el nuestro, me explico. Me ha pasado varias veces en que se indica un falso domicilio del demandado,⁽²⁶⁾ supuestamente están bien notificados pero no es así, y esto se torna más peligrosos aún en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y este no formule oposición porque se notificó en un lugar distinto, sin más discusión la ley señala que la primera resolución se convertirá en un mandato. La forma como está hecha la ley no brinda ninguna seguridad. Por tratarse de un tema tan delicado debió establecerse una etapa probatoria donde inclusive, se dé el derecho al emplazado a impugnar los resultados de la prueba, pues se le está limitando su derecho a la defensa, dándose por cierto los resultados de las pruebas de ADN sin que se pongan en el caso de que los resultados hayan sido manipulados o contaminados, lo que sabemos ha sucedido en otros países. Tenemos a un demandado indefenso. Me atrevería a afirmar, incluso, que se vulnera su derecho a la defensa.

c) Debe definirse si se trata de un proceso contencioso o no contencioso, pues es un híbrido jurídico. Algunos dicen que se trata de un proceso monitorio.

d) Establecer una etapa probatoria obligatoria, por seguridad jurídica y para evitar daños psicológicos a los niños y adolescentes.

No tenemos el mismo criterio y nos llama poderosamente la atención cómo la citada autora, apasionada por los temas del Derecho genético, por la irreversibilidad de los avances biotecnológicos y la defensa de los derechos de la mujer haya asumido tan fundamentalista posición, desconociendo, no estoy seguro si de conciencia, los efectos de la prueba por el mero formulismo procedimental.

“La importancia de la filiación deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo»,⁽²⁷⁾ sobre este esquema es que se debe trabajar.

Ser padre es más que un derecho de genera descendencia, es un deber. Empieza asumiendo legalmente tal calidad reconociendo al hijo, se robustece con el ejemplo que va formando los valores, educando al nuevo ser. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal trasladando sus efectos al ámbito social. La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada.

La constitución y los tratados internacionales favorecen el establecimiento de la familia siendo valor entendido que la filiación es la manera más común de formarla. Estos, Consti-

⁽²⁶⁾ Esto es del todo cierto y me parece oportuno lo propuesto. Se debe solicitar a la RENIEC u otro organismo estatal como la SUNAT, la información sobre el domicilio del demandado, a fin de evitar la vulneración de su derecho de defensa en caso de domicilio dudoso o desconocido». Lástima que no haya sido acogido por el Pleno Jurisdiccional distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio de 2005.

⁽²⁷⁾ WEBER, Albrethc. «Protección constitucional de la infancia». En: Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Coord. Miguel Carbonell. Universidad Nacional autónoma de México, 2002. Pág. 114

tución y tratados, además de convenciones no "pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas,⁽²⁸⁾ negarse a la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores; eludiendo, así, una (gran) responsabilidad.⁽²⁹⁾ Resulta lógico, pues, el nuevo proceso de veracidad de la paternidad.

Actitudes desaprensivas respecto del reconocimiento general inestabilidad emocional en el niño, en la madre, en las personas que lo rodean. Familias desequilibradas, perturbadas por un problema esencialmente humano. La falta de reconocimiento trae como consecuencia graves resultados en el desarrollo del niño, inestabilidad emocional, carencia de modelo paternal en las relaciones extramatrimoniales o a las relaciones de hecho, falta de apego a la familia, propensión al divorcio. Si la persona, su familia, su entorno se encuentran aturcidos, qué tipo de sociedad, de Estado, podemos desear. Del origen parte todo. La estructura social empieza en la familia. Comencemos por lo más elemental, avalar al menor la defensa de sus derechos, exigir a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones.

Es el deber del Estado poner freno a los irresponsables, a aquellos hombres desbraguetados con numerosos hijos en la calle (Gabriel García Márquez: vivir para contarla, Bogotá, Ed. Norma, 2002). Freno, coto, límite a la irresponsabilidad, al divertimento en el juego sexual sin compromisos. Frente a esto en defensa de los intereses del menor deben ser agotadas todas las instancias para lograr el compromiso paternal, en todo caso lo úni-

co que queda es un juicio de filiación (tomando la palabra de su verdadera dimensión). Si, y es que el planteamiento judicial de la determinación de la filiación constituye el último recurso ante el fracaso de mecanismos más simples.

XIII. DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA FILIATORIA.

En este sentido podría preguntar: ¿Cuáles son los derechos fundamentales a tener en cuenta, en materia de filiación?

Al final del presente artículo, nos ocuparemos a dilucidar cuáles son los principios, valores y derechos que se encuentran latentes en materia filiatoria.

Sin lugar a dudas, en el proceso de filiación, el derecho a la identidad juega un rol preponderante. El mismo integra el derecho a conocer los orígenes, el derecho a la verdad, el derecho a tener filiación, el derecho a relacionarse con la familia de origen, el derecho a la identificación, el derecho a la documentación.

Con respecto al derecho a la identidad, Carlos Fernández Sessarego manifiesta "*Se logró aprehender paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y calidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos efectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente*".⁽³⁰⁾

Por su parte, Eduardo Zannoni propone la siguiente triple clasificación sobre la identidad personal: 1) referido a la identidad biológica, es decir, tanto a la identidad genética- el patri-

⁽²⁸⁾ MIZRAHI, Mauricio Luis. «identidad filiatoria y pruebas biológicas». Op. Cit. Pág. 123

⁽²⁹⁾ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. Op.cit. Pág. 51

monio genético heredado de los progenitores- como a la identidad filial- el que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia. 2) referido a los caracteres físicos de la persona- relativo a los rasgos externos de la persona, que la individualizan e identifican. 3) referido a la realidad existencial de la persona, o sea, a la proyección existencial, propia de cada persona.⁽³¹⁾

El derecho a la identidad se encuentra entre los derechos implícitos en nuestra Constitución Política del Estado, y expresamente sostenido en el Arts. 7° y 8° de la Convención de los Derechos del niño, de jerarquía constitucional.

Según lo sostenido por Zannoni que de ninguna manera el derecho a la identidad se agota con el derecho a conocer sus orígenes. Frente a los innumerables casos de desaparición forzada de personas que ha padecido nuestro país, este derecho ha adquirido una marcada autonomía del derecho a la identidad. Concordantemente, existe un derecho innegable de obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica, denominada identidad filiatoria.

En cuanto al derecho a la verdad, el mismo forma parte de los denominados derechos implícitos. Norberto Bobbio afirma que "*Quien no cree en la verdad, tendrá la tentación de confiar toda decisión, toda elección, toda fuerza, según el principio de que, así como no se puede mandar aquello que es justo, es justo aquello que es mandado*".⁽³²⁾ En la misma línea, se ha sostenido que "*el derecho a la verdad integra el bloque de constitucionalidad fe-*

deral y desde la cúspide normativa infiltra al derecho infraconstitucional".⁽³³⁾ Ahora bien, no es cierto acaso, que al final, lo que se busca es la verdad verdadera y no la verdad formal; por ello, son las pruebas genético-científicas, las que pueden coadyuvar en el logro de la VERDAD VERDADERA.

El derecho a relacionarse con la familia de origen integra también el amplio concepto de derecho a la identidad que estamos analizando. Se revaloriza entonces la preservación de los vínculos o relaciones familiares, aún en los casos en que los padres se encuentren separados o divorciados, o alguno de ellos se encuentre en una institución carcelaria. Esto se relaciona indudablemente con la responsabilidad parental, o mejor dicho "coparental", a los efectos de destacar la importancia del mantenimiento del vínculo con ambos progenitores. Este derecho a relacionarse con la familia de origen se encuentra conexo pues al principio de la paternidad responsable, al indicar que los padres tienen obligaciones para con sus hijos. Sabemos que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Así, el artículo 418 de nuestro Código Civil establece: "*Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores*". El artículo 18° inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño mantiene dicho criterio.

El derecho a la identificación y el derecho a la documentación también integran el derecho

⁽³⁰⁾ FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. «Derecho a la identidad personal», Astrea, Buenos Aires, 1992, p.113

⁽³¹⁾ ZANNONI, EDUARDO.A. « Identidad personal y pruebas biológicas», Revista de Derecho Privado y Comunitario, Prueba I, N° 13, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1997, ps.161 y 162

⁽³²⁾ BOBBIO, NORBERTO. «Elogio de la templanza», parte I (Verdad y Libertad), Temas de hoy, Madrid, 1997, p.99

⁽³³⁾ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. «La verdad: un derecho emergente.»

a la identidad, tal como se ha mantenido. Por ello la importancia de que se adopte un procedimiento ágil para la efectiva satisfacción de estos derechos. Aún las personas indocumentadas, tienen derecho a obtener la documentación referida a su documentación. Así lo garantiza el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

En cuanto al sistema de identificación, este derecho aparece expresamente recogido en el artículo 7º, numeral 1, de la convención de los derechos del niño, con el siguiente texto: *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos;"*⁽³⁴⁾ y que también se encuentra recogido por nuestra Constitución Política de 1993, en el artículo 2º inc. 1), como el derecho a la identidad, siendo considerado como un derecho fundamental con rango constitucional.

XIV. CONCLUSIONES:

- 1.- El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, por lo que se demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen, que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre, tal dato biológico del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.
- 2.- Es derecho del hijo a conocer su verdadera identidad que está por encima del dere-

cho del resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero necesariamente debe prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, más el primero tiene un carácter de "orden público".

- 3.- La aplicación en las pruebas biológicas, genéticas, especialmente la del ADN en la investigación judicial de la filiación matrimonial y extramatrimonial, en mérito a la Ley 27048, constituye una acertada decisión orientada a conceder mayor certeza y seguridad en el establecimiento de la paternidad y de la maternidad, problema y necesidad de todos los tiempos.
- 4.- En la investigación de la paternidad, las clásicas presunciones contenidas en los incisos 1 a 5 del artículo 402º del Código Civil están siendo desplazadas en todo el orbe por las denominadas pruebas genéticas o biopruebas, una de las cuales y acaso la más difundida es la del ADN (Inc. 6 del Art. 402 del C.C.). Dicha evidencia seguramente explica que el legislador nacional haya optado por establecer con la Ley 28457, un procedimiento especial centrado en la posibilidad de su actuación. Sin embargo, en la colisión de derechos fundamentales -filiación y cosa juzgada-, la opción por el derecho a la verdad biológica y la actuación judicial del test genético encuentra mayor respaldo normativo cuando el titular de ese derecho es un niño o adolescente, ya que pueden invocarse válidamente los principios y postulados que hemos glosado líneas arriba y, sobre todo, el del interés superior. La

⁽³⁴⁾ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

constatación de este hecho debe estimular, un debate nacional en torno a la conveniencia de elevar expresamente a rango constitucional el derecho a la filiación, como derecho del que debe gozar cualquier persona, aunque haya dejado de ser niño o adolescente.

XV. BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo II.
- 2.- CABANELLAS, Guillermo. Enciclopedia de Derecho Jurídico. Editorial Heliastra.
- 3.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil comentado, T. II. Derecho de Familia, 1era. Parte. Gaceta Jurídica.
- 4.- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho de Familia.
- 5.- GACETA JURIDICA. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo II y Tomo III.
- 6.- PLACIDO V., Alex F. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2002.
- 7.- PLACIDO V., Alex F. Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2001.
- 8.- PLACIDO V., Alex F. Quinto Módulo del Programa de Ascenso para magistrados. Derecho de Familia. Academia de la Magistratura. 2009.
- 9.- GACETA JURIDICA. Actualidad Jurídica. Tomo 122. Enero 2004.
- 10.- GACETA JURÍDICA. Actualidad Jurídica. Tomo 124. Marzo 2004.
- 11.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El Proceso de Filiación Extramatrimonial. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2006.
- 12.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Cuadernos Jurisprudenciales.
- La prueba de ADN. Gaceta Jurídica. N° 37. Julio 2004.
- 13.- PLACIDO V. Alex F. Cuadernos Jurisprudenciales. El Interés Superior del Niño según el Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. N° 62. Agosto 2006.
- 14.- Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.
- 15.- PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil. Editorial Moreno S.A.. 1era. Edición. Lima Perú.
- 16.- MIZRAHI, Mauricio Luis. «identidad filiatoria y pruebas biológicas».
- 17.- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. «Derecho a la identidad personal». Astrea. Buenos Aires, 1992.
- 18.- ZANNONI, EDUARDO.A. « Identidad personal y pruebas biológicas», Revista de Derecho Privado y Comunitario, Prueba I, N° 13. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe. 1997.
- 19.- GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. «La verdad: un derecho emergente.»
- 20.- Espinoza Espinoza, Juan. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Agosto 2002, Pág. 37.
- 21.- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 129 Tomos . Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 40 - Enero 2002.
- 22.- VEGA MERE, Yuri. «La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial». Diálogo con la Jurisprudencia. Año N° 1. Gaceta Jurídica. Lima. 1995.
- 23.- ESPINOZA ESPINOZA. «Estudios de Derecho de las Personas». Segunda Edición. Editorial Huallaga. Lima, 1996.
- 24.- BIDART CAMPOS. «La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación». En: Diálogo con la Jurisprudencia. Año III. N° 5. Gaceta Jurídica. Lima, 1997.
- 25.- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium, 1985. Tomo II. P.11.
- 26.- IGLESIAS, Juan, «Instituciones de Derecho Romano», Barcelona Nro. 1951, Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad.

REFLEXIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Javier R. Peralta Andía *

«...la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión...»

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

INTRODUCCIÓN

No se puede negar que la medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones de indemnización por perjuicios. Son múltiples las causas de este notable aumento de demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos prestadores de salud.

Hace algunos meses arruinaron la vida a don Jorge Villanueva Morales, pues todos conocen esa historia: en lugar de amputarle la pierna derecha, ulcerada por una diabetes avanzada, le amputaron la pierna izquierda; luego -como era de esperarse- tuvieron que mutilarle la otra, con lo cual a los 86 años quedó imposibilitado de valerse por sí mismo. Cuesta creer que ante un acto tan flagrante, que grafica el grado de indefensión en que se encuentran muchos pacientes en el país, el Colegio Médico del Perú no tenga conciencia del terrible daño que ocasiona ya que seis meses después haya decidido archivar el caso "por falta de pruebas".

Este y otros hechos similares de negligencia médica, dan cuenta constantemente los medios de comunicación masiva y causan profunda consternación, razón por la cual es necesario saber qué clase de responsabilidad derivan de estos hechos, cuál es su naturaleza jurídica, los presupuestos de responsabilidad, la responsabilidad profesional y propuestas sobre este problema a fin de que el usuario pueda obtener una real reparación por los daños ocasionados.

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA

1.1 Conceptualización.- Etimológicamente, proviene del latín *responde - dere*, responder,

contestar de palabra o por escrito. Significa estar colocado en frente o en la parte opuesta, reclamar, comparecer. Es la calidad o condición de responsable y la obligación de reparar y satisfacer por sí mismo o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado; ello implica aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad (discernimiento), voluntad (intención) y dentro de un marco de libertad.⁽¹⁾

La responsabilidad, en general,⁽²⁾ no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño, normalmente traducidas en una estimación económica. En sentido estricto, la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión; es decir, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona por culpa o dolo un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad; según los cuales todo hecho o acto realizado genera obligaciones para su autor en la medida en que se provoque un daño a otra persona.

Jorge Mosset Iturraspe afirma que la *"responsabilidad civil no es otra cosa que el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro"*. La colombiana Visser del Pino sostiene que la responsabilidad civil es *"la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación"*.

Las definiciones citadas, consideran a la culpa como único factor de atribución; sin embargo, en la actualidad, se consideran a otros facto-

⁽¹⁾ PONCE MALAVER, Moisés. Responsabilidad Médica

⁽²⁾ RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO www.HumanaVision.com/Guayaquil

res que coexisten con la culpa o el dolo, entre ellos se tiene al riesgo en sus diversas variantes (riesgo adicional, riesgo creado, riesgo beneficio y riesgo empresa) que va ganando terreno en la doctrina y las legislaciones; por lo que dichas concepciones, de corte subjetivo, actualmente resultan muy restringidas, pues dejan fuera a todos los casos de responsabilidad objetiva.

Para definir a la responsabilidad civil en este contexto, debemos tener en cuenta que en determinados casos, frente a un daño, no solo tiene el deber de responder su autor, sino también el tercero que presente alguna relación con el autor del daño, dichos casos son la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad proveniente de riesgos. Se puede concluir sosteniendo que la responsabilidad civil es la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación subjetiva u objetiva, de reparar un daño causado a otro por la violación de una obligación convencional o legal, resultante de un hecho propio, ajeno o de riesgos.

1.2 Breve evolución.- El concepto de responsabilidad médica⁽³⁾ aparece ya en los años 2000 A de J, cuando el Código del Rey Hammurabi dedicaba al menos nueve artículos a las faltas y castigos para los médicos. Entre otros preceptos establecía: "*si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo, se le deberán cortar las manos*". También en este Código se encuentra el concepto más primitivo de contrato o pacto entre médico y enfermo, donde a cambio de la prestación del servicio de uno, el otro quedaba obligado a pagar en monedas o especies.

Alejandro Magno estableció la pena de cruci-

fixión para el médico que abandonase libre y voluntariamente a un enfermo. El Fuero Juzgo entregaba al médico a los familiares del enfermo dolosamente abandonado. En todos los tiempos y en las distintas civilizaciones hubo médicos que, aunque con distintas metodologías o creencias, debieron responder de su "bien hacer", ya fuese ante el pueblo, el juez o el jefe de la tribu, empero lo que varió a lo largo de los tiempos fueron los conceptos de culpa y pena.

En el Derecho romano se establecía la culpabilidad del médico aun cuando habiendo procedido con diligencia, los resultados fuesen negativos debido a cierto abandono, lo que podría considerarse negligencia. Por su parte el Código de Hammurabi diferenciaba ya lo que hoy denominamos responsabilidad civil y penal, de manera que los fallos no dolosos ni graves estaban castigados con sanciones económicas o indemnizaciones a los perjudicados por los médicos, mientras que ante fallos con resultados graves, el médico podía perder una o ambas manos si era cirujano, con la única finalidad de evitar que siguiese operando.

Hoy en día, son sin duda los Estados Unidos de América los que encabezan el número de denuncias por imprudencias médicas. Sin embargo allí la responsabilidad penal es excepcional, frente a la civil que es la habitual. Además las compañías de seguro llegan frecuentemente a acuerdos entre las partes que evitan muchos procesos judiciales. Los estudios sobre responsabilidad civil profesional y sobre responsabilidad en el ejercicio de las profesiones médicas en particular quedan rápidamente superados.

Es relativamente reciente la toma de conciencia sobre de la responsabilidad civil profesio-

⁽³⁾ ACTUALIZACIÓN EN LA PRACTICA AMBULATORIA www.evidencia.org

nal y por consiguiente la irrupción del derecho indemnizatorio en este campo. Pero a continuación hay que advertir que el fenómeno ha sido indetenible y que las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios por daños a la salud han crecido en proporciones ya alarmantes para los profesionales.

1.3 Principios.- Cabe recordar, que los principios son ciertas proposiciones que sirven como premisas del sistema, o como reglas que le permiten elaborarlo.

El ordenamiento jurídico, según Germán Melni,⁽⁴⁾ establece principios en la responsabilidad civil, ellos son: En primer lugar, el principio de "relatividad de los derechos subjetivos", es decir, que ningún derecho es ilimitado. El segundo principio es el de "reserva", el cual significa, que no hay deber ni trasgresión sin norma que lo imponga; este principio deriva directamente de la noción de seguridad, puesto que es preciso saber a qué atenerse. El tercer principio es de "*neminem laedere*" significa no dañar a nadie. Este principio rige con independencia de cualquier estipulación al respecto, por la mera convivencia social, es decir, es una garantía de paz en ella.

El cuarto principio plasma el "deber de responder por los actos propios, no ajenos"; esto aparece consagrado respecto de los actos positivos y de los actos negativos; atañe al problema de la causalidad como respuesta a quien o que ha desencadenado un consecuente; y rige, inclusive, en la responsabilidad indirecta en que, por lo general, hay como subsuelo cierta acción u omisión de la persona en quien se refleja la responsabilidad y a quien se exige el deber de reparar. El quinto principio es el de "imputabilidad subjetiva", el cual establece que no hay responsabilidad sin culpa, a la vez no puede haber culpabilidad

sin que el acto principie por ser voluntario en sentido jurídico, esto es, obrado con discernimiento, intención y libertad.

El sexto principio es el "de agravación para el tratamiento en caso de dolo". Sobre este principio, Ihering va a sostener que "el doloso va a responder de manera absoluta por todo el daño". El séptimo principio "*pacta sunt servanda*", esto implica que no hay que dañar a lo demás a través del incumplimiento de la palabra empeñada en la convención de las partes. El octavo principio, es el de "buena fe", que puede ser: "buena fe-creencia o buena fe-probidad". Hay buena fe-creencia cuando versa justificadamente acerca de la titularidad de un derecho. La buena fe-probidad importa el comportamiento leal, el comportamiento honesto, en la celebración y cumplimiento del acto y es presupuesto del reconocimiento de ciertas facultades o derechos subjetivos.

1.4 Tipos de responsabilidad.- De acuerdo con la doctrina más actualizada la responsabilidad médica es de tres tipos: civil, penal y administrativa.

La responsabilidad civil deriva de la obligación de reparar económicamente los daños ocasionados a la víctima. La vía civil se utiliza en lo referente a actuaciones médico-sanitarias que se lleven a cabo al amparo de centros privados o de tratamientos de profesionales médicos en el ejercicio de su profesión de forma totalmente privada y al margen absoluto de la sanidad pública. La responsabilidad civil puede ser de naturaleza contractual, cuando procede del incumplimiento de un contrato válido y, extracontractual, cuando tiene lugar por declaración legal, sin acto ilícito ni negligencia del responsable, o cuando medie dolo o culpa del médico.

⁽⁴⁾ EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN ARGENTINA Y EN PERÚ www.aiu.edu_Doctorado_

En cambio, la responsabilidad penal surge del interés del Estado y de los particulares, interesados en sostener la armonía jurídica y el orden público; por lo que las sanciones (penas) son las que impone el Código Penal: pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad y limitativas de derecho. Cabe aclarar que todas las actuaciones médico-sanitarias que sin implicar una responsabilidad penal, por no constituir delito o falta, generan daños que están sometidas a responsabilidad civil. Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, particularmente los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas, exposición a peligro o abandono de personas en peligro, entre otras, sancionan a quienes resulten declarados culpables, con penas de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o de la actividad que por su ejercicio, haya sido generadora de la muerte o de la lesión.

Hay responsabilidad administrativa cuando los profesionales médicos llevan a cabo actuaciones médico sanitarias al amparo de la sanidad pública, al margen de polémicas doctrinales, cabe exigir la responsabilidad de la administración en vía administrativa. Entonces, si el médico está al servicio de un establecimiento de salud, sin duda genera este tipo de responsabilidad; aquí el paciente, no adquiere su derecho al tratamiento de la celebración de un contrato con el profesional que lo atiende, sino de otro título distinto como la afiliación a la seguridad social o del seguro, que determina que sea una organización pública o privada que le asegure o con la que concierta la atención a su salud, y a cuyo servicio se encuentra el profesional, la que jurídicamente está obligada a prestar al paciente la asistencia sanitaria que precise.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD

2.1 Contractual o extracontractual.- La responsabilidad contractual es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito ya que puede ser verbal o consensual, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal. En cambio, la responsabilidad extracontractual es la que no surge de un contrato sino de la ley. Su aplicación en el campo médico es excepcional, por ejemplo, la asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock, etc.

Durante muchos años, dice Juan Carlos García Huayama,⁽⁶⁾ se discutió acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica, pero en la actualidad no existe controversia en cuanto a que, como regla general la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo contractual. Uno de los pocos defensores contemporáneos de la tesis de la responsabilidad extracontractual de los médicos es el jurista argentino Guillermo Borda, quién señala que la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato; que el deber de responder se desenvuelve en el terreno cuasi delictual; agrega que si bien en ocasiones existe consentimiento recíproco en la prestación de salud, el paciente tiene derecho a no continuar con el tratamiento por diversas causas: le resulta molesto, no quiere o no puede gastar en remedios o, inclusive por puro capricho.

Al parecer, no hay duda que por regla general, se celebre entre médico y su paciente un contrato y, consecuentemente, la responsabilidad emergente será de esa índole. No

⁽⁶⁾ RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

<http://www.derechocambiosocial.com/revista021/responsabilidad%20civil%20de%20los%20medicos.pdf>

obstante, también se reconoce que existen diversas situaciones en que la responsabilidad del galeno tendrá naturaleza extracontractual, como en las situaciones siguientes: a) en el caso que el paciente fallezca como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son sus familiares; b) los servicios requeridos por un tercero, distinto del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria; c) la prestación realizada contra la presunta voluntad del beneficiado (caso del suicida que es atendido por un facultativo); d) los servicios prestados espontáneamente en casos de urgencia; e) la atención de un incapaz de hecho sin poder comunicarse con su representante legal; f) además, si el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente resulta nulo por carecer de alguno de sus elementos esenciales.

El encuadre de la responsabilidad médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no sólo importancia doctrinaria, sino esencialmente fáctica, pues teniendo en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil, la elección de cualquiera de ellos traerá consecuencias distintas conforme a los artículos 1321, 1969 y 1970 del Código Civil en vigor. En efecto, el Código establece un sistema dual de responsabilidad, manteniendo como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual y extracontractual. La terminología hace suponer que el criterio distintivo de estos dos tipos de responsabilidad es el contrato; sin embargo, el criterio utilizado por el Código para distinguir las dos zonas de la responsabilidad civil es la relación obligacional y no el contrato, por lo cual debería hablarse más correctamente de "responsabilidad obligacional" y de "responsabilidad extraobligacional".

Comparto la opinión del autor mencionado, cuando refiere que la responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un

deber jurídico específico y previamente establecido, denominado "relación jurídica obligatoria"; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo.

2.2 Obligación de medios o de resultados.- Entre las obligaciones que tienen como objeto una prestación de hacer, se distingue a las obligaciones de medios y obligaciones de resultados; cabe señalar que esta clasificación fue adoptada por los hermanos Mazeaud, aunque con una denominación distinta ("obligaciones generales de prudencia y diligencia" y "obligaciones determinadas"). Doctrinariamente se dice que la responsabilidad será subjetiva cuando la obligación sea de medios; y objetiva cuando la obligación sea de resultados, en éste último caso al acreedor-paciente le bastará probar la no obtención del fin último exigible (resultado), para reclamar la pretensión de resarcimiento

En síntesis, se señala que en las obligaciones de medios el deudor no asegura un resultado sino tan solo se compromete a seguir diligentemente la conducta que ordinariamente conduce al mismo, pero que bien puede no producirlo; en tanto que en las obligaciones de resultado, por el contrario, no basta con que el deudor actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el acreedor.

Según el profesor Sedano Vásquez, la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico dicha clasificación resulta inútil, ya que para todo los casos la culpa se presume, tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los

artículos 1321 y 1969 del Código Civil. En consecuencia, al paciente perjudicado le basta alegar dolo o culpa del prestador de salud para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a éste la prueba en contrario.

La Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI⁽⁶⁾ al respecto ha establecido que la expectativa que tenga el consumidor del servicio brindado, dependerá del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, aplicándose ésta de la siguiente forma: "(i) *servicio médico sujeto a una obligación de medios: en este caso un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado* y (ii) *servicio médico sujeto a una obligación de resultados: en este caso, un consumidor razonable esperará que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente no es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se ha contratado dichos servicios*".

El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia. Sin embargo, creemos que la importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no se agota en determinar las reglas sobre la carga de la prueba, sino que también es útil para establecer el contenido del deber y de los presupuestos del cumpli-

miento y por lo tanto, de los extremos del incumplimiento. En las obligaciones de medios la diligencia es el contenido de la actividad debida; en las obligaciones de resultado, por el contrario, es la obtención de dicho resultado el contenido de la actividad debida.

No cabe duda que generalmente los médicos asumen obligaciones de medios, toda vez que no se comprometen a curar sino sólo a procurar los medios necesarios para que ello pueda ocurrir: "un médico promete cuidados y no la recuperación; hace esfuerzos y por ello se le paga"; sin embargo, considero que en determinados casos, como ocurre con la cirugía estética embellecedora, intervenciones odontológicas y otras de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales la estadística suministra índices muy altos de probabilidad de eficacia, el galeno asume una obligación de resultado, consecuentemente, en este supuesto para exonerarse de responsabilidad no basta con ser diligente, sino que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el paciente, pues de otro modo éste no se hubiera sometido al tratamiento u operación.

En nuestro sistema jurídico, el artículo 36 de la Ley General de Salud establece que los profesionales, técnicos y auxiliares de salud son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, con lo cual se ha consagrado exclusivamente la responsabilidad por culpa para ellos. Sin embargo, los establecimientos de salud (clínicas, hospitales, postas médicas, etc.) responden objetivamente, pues el artículo 48 de la citada Ley General de Salud, establece para ellos una responsabilidad solidaria por los da-

⁽⁶⁾ Resolución Nro. 947-2005/CPC, emitida en el Expediente Nro. 435-2003/CPC seguido por Hilda Maribel Silva Monrriy contra Juvencio Centri de Cirugía Estética S.A.C.

ños y perjuicios que causa el personal bajo su dependencia, tanto en supuestos contractuales como extracontractuales. En éste último caso en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1981 del Código Civil.

2.3 Subjetiva u objetiva.- La responsabilidad subjetiva es la que surge de la subjetividad del médico, puesta al servicio de una determinada acción penada por Ley, verbigracia: abortos, certificados falsos, violación del secreto profesional, etc. Contrariamente, la responsabilidad objetiva es la que surge del resultado dañoso, no esperado, que el accionar del médico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe.

En el supuesto que el paciente haya contratado directamente con el establecimiento de salud y los profesionales intervinientes no estuvieran en relación de dependencia, refiere García Huayama, el establecimiento respondería de manera objetiva y exclusiva -no solidariamente con el responsable directo del daño- conforme a lo establecido por el artículo 1325 del Código Civil; no excluyéndose que el paciente pueda demandar directamente a los galenos causantes del daño por responsabilidad extracontractual subjetiva según lo indicado por el artículo 1969 del referido texto legal. En caso de ser varios los autores directos del daño, también responderán solidariamente según lo estipulado por el artículo 1983 del Código Civil.

No debe dejar de resaltarse el hecho que es común encontrar casos en los cuales la intervención quirúrgica supone la participación de varios médicos especialistas, auxiliares y técnicos que trabajan en coordinación con el jefe del equipo, quién orienta, supervisa y coordina la actividad. Cuando existe subordinación hacia el jefe del equipo, que dicta las directivas a los demás intervinientes, aquél responde objetivamente por los daños que cometan las personas bajo su cargo, en la medida que haya tenido la posibilidad real y cierta

de evitarlos. En el supuesto que el cirujano interviniente posea autonomía científica y técnica (como ocurre con el anestesista), el jefe de equipo no responde frente al daño cometido por aquél.

3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

3.1 Antijuricidad.- La antijuricidad es el obrar contrario a derecho, no guarda diferencias sustanciales con aquella en la que puede incurrir un médico. El incumplimiento material es el acto antijurídico que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de las condiciones del contrato, sea a través de la violación del deber general de no dañar (responsabilidad contractual); sin embargo, también se da el caso de responsabilidad extracontractual, que está regulado por el artículo 1969, en el cual, se pregona que todo aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizar.

La conducta antijurídica del médico debe apreciarse con criterio casuístico, según las circunstancias particulares de cada caso, por ejemplo: a) La advertencia al enfermo, ya que el médico tiene el deber de indicar al paciente los riesgos por el tratamiento recomendado o por la intervención quirúrgica aconsejable; este deber no alcanza las intervenciones sin trascendencia. b) El consentimiento, en principio, el médico no debe emprender ningún tratamiento ni ninguna intervención sin haber obtenido el consentimiento del enfermo. c) El diagnóstico previo, ya que el error de diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido para ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable. d) El tratamiento, pues el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave e inexcusable.

sable. e) La intervención quirúrgica, puesto que la actividad profesional del cirujano presenta aspectos particulares cuando se trata de intervenciones quirúrgicas.

En principio el cirujano que se equivoca no es responsable, si no incurre en algún grave error no tolerable o en alguna falta inexcusable en las personas que se dedican al mismo oficio.

3.2 Factor de atribución.- Se trata de una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo.

· En el dolo hay intención deliberada de hacer daño, se está frente a una acción criminal que tendrá responsabilidad penal, civil y administrativa. Por ejemplo: el aborto, el certificado falso donde la responsabilidad es plena. En la culpa falta necesariamente la intención de dañar, pero hay negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido e imprudencia, que produce perjuicio a otro que frustra el incumplimiento de una obligación, y debe ser imputada a quien la causa.

La inobservancia de normas y procedimientos es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no da cumplimiento, generando un daño al paciente. Es obligación de los médicos de informar detalladamente a los pacientes sobre la enfermedad, los exámenes, los riesgos y sobre todos los procedimientos a realizarse. Se debe documentar adecuadamente toda la información revelada por el paciente y la entregada por los médicos, conservar los consentimientos, entre otras.

· Tratándose del caso fortuito o fuerza mayor los hechos son extraños al profesional, ocu-

rren por azar, es decir, es una consecuencia extraordinaria y excepcional de la acción. El médico no ha previsto el resultado porque este no era previsible, por lo tanto no puede serle imputado.

La ley general de la salud es muy amplia regula los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la salud de terceros. El ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud. Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo.

3.3 El daño.- El daño es la consecuencia de una situación de incumplimiento que afecta en este caso patrimonial o extrapatrimonialmente al cliente. Es obvio, que para que este daño adquiera la calidad de reparable debe reunir requisitos mínimos: el menoscabo de un interés propio o a intereses colectivos; la certeza y la subsistencia del mismo.

Debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en las demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado.

Luego, consiste en un detrimento o menoscabo en los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales del paciente que puede producirse por los medios siguientes: a) defectuoso examen del paciente; b) errores groseros de diagnóstico y tratamiento; c) daños causados por uso indebido (o en mal estado) de objetos (aparatos e instrumental) y medicamentos; d) misión de pautas esenciales para

el diagnóstico de una enfermedad; e) falta de control hacia los auxiliares del médico y los daños que los mismos puedan culposamente ocasionar. Existe una frondosa clasificación de daños.

3.4 Causalidad.- Es decir, una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, que no pueda predecirse del hecho que es causa (fuente) del daño. Entonces, en sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo y, en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial. Este último significado es importante en materia de responsabilidad civil.

De otro lado, para ser inculcado judicialmente debe existir una relación de causalidad, causa-efecto (médico - daño o muerte), que debe ser directa, próxima y principal del resultado. *"El médico no quiere la consecuencia dañosa, pero si quiere obrar imprudentemente o con negligencia"*. No hay delito si el daño o la muerte se producen por culpa de la propia víctima o de terceros. Donde se han adoptado todas las precauciones, no se puede reprochar penalmente negligencia, no obstante el resultado dañoso.

4. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL Y PROPUESTAS

4.1 Limitación de la responsabilidad profesional.- Por norma general, el que presta servicios cualquiera sea su modalidad, tiene que sujetarse a los términos del contrato y no puede excederse de los límites de aquél, porque en tal caso no sólo significaría el quebrantamiento de la autonomía de la

voluntad, sino también un apartamiento del contenido y alcances del negocio jurídico; sin embargo, por excepción puede apartarse de las instrucciones recibidas, considerando las diversas circunstancias que puedan presentarse y la necesidad de que tales servicios sean cada vez más eficientes y ventajosos para el comitente.

En ese sentido, superando los alcances del Código derogado, el artículo 1760 del Código actual establece: El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo, pero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno.

Además, el Código Civil se refiere al silencio del comitente, al señalar que informado el comitente del apartamiento de las instrucciones por el prestador de servicios, el silencio de aquél por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los usos o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo. El artículo 1761 se refiere a este supuesto, pero permite el pacto en contrario.

4.2 Responsabilidad por servicios profesionales o técnicos.- Puente y Lavalle,⁽⁷⁾ dice: *"Es conocida la brillante discusión de la doctrina sobre los alcances de la responsabilidad. Unos, se inclinan por distinguir en la conducta profesional cuando falta a las reglas de prudencia que se imponen a toda persona, caso en el cual, se aplicaría la responsabilidad común por inexecución de obligaciones, y cuando falta a las reglas de orden científico, o sea lo que se*

⁽⁷⁾ PUENTE Y LAVALE, Manuel de la. *Estudios sobre el contrato privado*. TIV, p. 446.

ha denominado la culpa profesional, donde no respondería si no por la culpa lata, entendido como opuesta a la culpa leve. Otro sector, piensa que no hay ninguna justificación para que el profesional, aún tratándose de problemas de carácter científico, no deba responder también por la inejecución debida a culpa leve".

El artículo 1762 del Código opta por la primera posición cuando señala, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. Desde luego, que no existe impedimento alguno para que por pacto se convenga la responsabilidad por culpa leve, en concordancia con el artículo 1321.

La inclusión de este artículo ha sido fuertemente criticada por la doctrina, recomendándose su derogación al establecer que su redacción es ambigua, dando lugar a interpretaciones a favor de la parte profesional, al desprenderse de la literalidad de su texto una responsabilidad atenuada y colocar a la víctima del daño en una situación muy injusta, contradiciendo abiertamente el "principio de solidaridad" que inspira la responsabilidad civil; o que abre la puerta al establecimiento de soluciones claramente injustas para la víctima, protegiendo, de una manera absurda, los intereses de los profesionales, por lo cual la mejor alternativa es su derogación y someter la responsabilidad del profesional al régimen general que sobre la responsabilidad civil contractual se ha establecido.

Es que en apariencia, el artículo bajo comentario contiene una disyunción que divide entre los casos relativos a "asuntos profesionales" y los "problemas técnicos de especial dificultad" por lo que, interpretado literalmente,

se estaría aludiendo a dos supuestos distintos a los que se aplicaría el mismo régimen, no obstante, la especial dificultad sólo se requeriría en el último de ellos. En tal sentido, establecería un régimen injustificado de privilegio para el profesional al disponer que cualquier asunto profesional, aún el más sencillo, se encontrara dentro de su ámbito.

Por tal razón, es necesario realizar una interpretación restrictiva, en el sentido que el prestador de servicios será exonerado de responsabilidad por culpa únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos, esto es, tratándose de problemas técnicos que no son especialmente difíciles, el prestador de servicios es plenamente responsable aún por culpa leve. En el campo de la responsabilidad civil de los médicos -en base a esta interpretación restrictiva- sería de aplicación el artículo bajo examen sólo a los casos donde el estado actual de la medicina no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico. Es decir, se requerirá la existencia de dolo o culpa grave cuando en la experiencia médica no exista conocimiento cierto.

4.3 Proyecto de reforma legislativa.-

Extraoficialmente, dice Germán Melni,⁽⁸⁾ se intenta una reforma legislativa, unificadora de los institutos de responsabilidad, la cual versa a grandes rasgos sobre:

- a) Establecer principios uniformes de resarcimiento, independientemente del origen del deber de reparar.
- b) Introducción de la noción de "daño injusto", dejando de lado la aplicación de la

⁽⁸⁾ EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN ARGENTINA Y EN PERÚ www.aiu.edu_Doctorado_

antijuricidad o ilicitud como requisito de responsabilidad civil, de no existir causa de justificación, el daño es injusto.

- c) Dejar en manos del juez la apreciación sobre aplicación del factor de atribución.
- d) Establecer una regla (meca de extensión del resarcimiento, postulando la reparación integral del daño (daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona).
- e) Facultar al juez a decidir sobre la reparación en especie, o monetaria, dependiendo de la onerosidad que una u otra presente.
- f) Habilitar la posibilidad de la víctima de requerir una renta vitalicia en concepto de indemnización para los casos de daños permanentes e irreversibles.
- g) Otorgar al juez la posibilidad de incrementar el monto de la reparación en virtud del comportamiento del victimario (factor de valoración absolutamente subjetivo).

En materia contractual, se postulan también cambios en cuanto a la mora, estableciendo como regla la mora automática en las obligaciones a plazo. Respecto de la cláusula penal la propuesta de reforma previo la posibilidad de reducción de la misma, a pedido del interesado cuando la misma revista carácter de abusiva para cualquiera de los extremos, por excesiva o insignificante. En materia extracontractual, los aspectos a destacar son, en cuanto a la culpa y dolo que con la actual redacción del Art. 1969 se presumen, la reforma prevé únicamente el descargo por falta de culpa; por otra parte, se eximiría de responsabilidad quien actúe en estado de nece-

sidad; el hecho de la víctima como causa exclusiva exoneratoria de responsabilidad, empero como causa concurrente serviría como atenuante de la misma.

En cuanto al daño colectivo, y para el supuesto de imposibilidad de individualizar a los autores del daño, la reforma establece la solidaridad en la reparación del daño, sin perjuicio del derecho a repetir a favor de quien repare los daños. Por último, existen tres consideraciones de vital relevancia en cuanto a las reformas propuestas, ellas son: (i) liberación de responsabilidad de los profesionales en caso de culpa leve; (ii) el mero interés (moral y/o económico) legítima a interponer o contestar una acción; (iii) se sugiere un plazo único de prescripción de cuatro años, independientemente del origen.

4.4 Seguro de responsabilidad civil médica.- A propósito de los recientes casos de negligencia médica en ciertas entidades estatales prestadoras de servicios de salud, así como los debates para buscar una solución Marco Antonio Ortega Piana⁹⁹ plantea la solución a este problema alcanzando propuestas como el seguro de responsabilidad civil y el seguro de indemnización.

El "seguro de la responsabilidad civil" es aquella especie de seguro en el cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado del daño patrimonial que este sufra como consecuencia legal de una responsabilidad civil -no penal- en que ha incurrido y, como se tiene dicho, tiene por objeto poner a salvo el patrimonio del asegurado en caso de que un tercero reclame un pago de indemnizatorio derivada de la señalada responsabilidad civil.

Sus notas características son: a) Establece una

⁹⁹ ORTEGA PINA, Marco Antonio. Responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: seguro de responsabilidad civil o seguro de indemnización. Actualidad Jurídica. Tomo 196, p. 46-51.

relación contractual entre la empresa aseguradora y el contratante otorgándole cobertura al asegurado; b) por medio del contrato se otorga cobertura al asegurado respecto de la responsabilidad civil contractual o extracontractual que puede serle exigida; c) se pretende poner a salvo el patrimonio del asegurado en caso se determine su responsabilidad; d) la empresa aseguradora no establece ni mantiene relación con el tercero o víctima dañosa que reclama jurisdiccionalmente la responsabilidad civil y; f) la responsabilidad civil debe ser declarada por el juez, por lo que se requiere la verificación de los componentes de la responsabilidad: antijuricidad, factor de atribución, daño y causalidad.

Sobre el "seguro de indemnización" debe establecerse que mientras el seguro de responsabilidad civil presupone que debe determinarse jurisdiccionalmente la señalada responsabilidad, lo que presupone que debe seguirse el proceso judicial correspondiente con la posibilidad de que el causante puede liberarse de toda indemnización desvirtuando la antijuricidad y la relación de causalidad, etc.; el seguro de indemnización opera de manera objetiva, automática, por la sola existencia del daño, por lo que no interesa para efectos indemnizatorios si el causante actuó culposamente o no. Por lo tanto la indemnización resulta procedente por la sola acreditación del daño, sin necesidad de una investigación previa o de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual evidentemente beneficia a los damnificados.

Esta propuesta se peculiariza por los rasgos siguientes: a) Existe acción directa del damnificado contra la empresa aseguradora exigiendo el pago inmediato de la indemnización sin necesidad de proceso jurisdiccional contra el responsable; b) solo se requiere del hecho dañoso, sin calificar la conducta comprometida del profesional de la salud (dolo o culpa); c) los montos indemnizatorios

están prefijados en función de situaciones abstractamente consideradas y; d) se trata de una indemnización básica o de primer piso con un criterio social que presupone masificación.

Sin duda todo implica modificar la Ley General de Salud y el sistema de reparación civil médica, teniendo en cuenta que las funciones esenciales, al fin de cuentas son reparar y prevenir el daño. Es cierto dice el mencionado autor que en muchos casos será imposible reponer el estado de cosas a la situación previa a la ocurrencia dañosa, más aún tratándose de la salud y de la vida, pero no es menos cierto que, en todo caso, deberíamos acercarnos lo más posible a ello, aligerando dolo o sufrimiento, evitando fórmulas legales que generan un divorcio entre la ley y el sentir social.

CONCLUSIONES

Primera.- La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y, específicamente, de la responsabilidad profesional, cuya existencia como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general, no resulta pacífica.

Segunda.- El progreso de las ciencias de la salud y su rápido desenvolvimiento, con la aparición de nuevas técnicas cada vez más complejas y sofisticadas muestran la insuficiencia del tradicional modelo contractual o extracontractual de las relaciones médico-paciente y están determinando la aparición nuevos modelos de ejercicio de las profesiones sanitarias, de modo que la

prestación de servicios no solo se asienta en la figura típica de un contrato, sino que su tipología es diversa.

Tercera.- Las normas del Código Civil peruano relativo a la prestación de servicios profesionales, la limitación de la responsabilidad profesional y la responsabilidad de servicios profesionales o técnicos resultan insuficientes, por lo tanto requieren de un análisis exhaustivo para adecuarlos a la nueva realidad social y a los intereses de los pacientes por un lado y a los pro-

fesionales de la medicina por otro.

Cuarta.- El tema de la responsabilidad profesional en materia de salud es hoy un asunto de amplia discusión en nuestro país y en el resto del mundo, por lo que ya se hacen propuestas razonables para una modificación legislativa y la necesidad del establecer el seguro de responsabilidad civil y el seguro de indemnización a fin de hacer patente el derecho a recibir prestaciones oportunas y de calidad idónea, así como las indemnizaciones de casos de responsabilidad médica.

EL EMBARGO EJECUTIVO EN LOS BIENES DE DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO PERUANO

Luis Escalante Alay *

«Uno de los problemas que enfrenta todo acreedor del Estado, luego de sobrelevar un proceso en el que el demandado por ser el Estado tiene un trámite procesal diferenciado frente al común que se somete toda persona; es el de poder hacer efectiva la sentencia que reconoce su derecho y que consecuentemente obliga a este último al pago de una determinada suma de dinero a su favor a través de los pocos mecanismos establecidos para tal fin...»

* Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Tacna

1. INTRODUCCIÓN:

Uno de los problemas que afronta todo acreedor del Estado, luego de sobrellevar un proceso en el que el demandado -por ser el Estado- tiene un tratamiento procesal diferenciado frente al común que se somete toda persona; es el de poder hacer efectiva la sentencia que reconoce su derecho, y que consecuentemente obliga a este último al pago de una determinada suma de dinero a su favor, a través de los pocos mecanismos establecidos para tal fin, como ser aquél que prescribe el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, referido al "embargo ejecutivo de los bienes de dominio privado del Estado", institución jurídica, que dicho sea de paso, difiere del embargo cautelar,⁽¹⁾ que de acuerdo a lo regulado por el artículo 616 del Código Procesal Civil, para el caso de los bienes del Estado, se encuentra prohibido.

En el presente breve estudio, se analizará el primer tipo de embargo (ejecutivo), y se tratará de determinar el ¿por qué? si bien, y como se ha precisado precedentemente está permitido por la legislación nacional para el caso de los bienes de dominio privado del Estado, sin embargo se advierte que en la práctica, la mayoría de pedidos de afectación de bienes de supuesto "dominio privado del Estado" son

rechazados, afectando así, el derecho del acreedor, quien se ve limitado de mecanismos a fin de exigir y hacer cumplir su derecho.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES:

Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, todos los bienes del Estado, sin distinción, eran inembargables, así, tanto la vía ejecutiva como la vía de ejecución de la sentencia (obtenida en otra vía procedimental) que ordenaba al Estado al pago de una determinada suma de dinero, estaba cerrada para su acreedor;⁽²⁾ quien, a fin de exigir su derecho tenía como única salida, la de acudir al Congreso de la República, para que éste lo reconociera y lo consigne en la partida respectiva del Presupuesto General de la República, y disponga además, el modo y forma de cancelarlo.⁽³⁾

A lo antes expuesto, debe agregarse que el legislador del Código Civil de 1984, a diferencia de sus predecesores,⁽⁴⁾ no hizo ninguna referencia a la clasificación de los bienes de acuerdo al "sujeto-titular del derecho de propiedad", sobre todo tratándose de los bienes del Estado (por considerar -en su exposición de motivos- que ésta correspondía ser regulada más bien por una norma de derecho público) y que -de haberse hecho en el citado código u ley específica-, hubiese facili-

⁽¹⁾ A decir de Marianella LEDESMA NARVAEZ, el embargo cautelar se adopta en la fase inicial del proceso declarativo y se basa en la simple verosimilitud, mientras que el embargo ejecutivo es el primer acto del proceso de ejecución, y se apoya en la existencia de un título ejecutivo, sea de origen jurisdiccional o extrajurisdiccional (En: Los nuevos procesos de ejecución y cautelar, editorial el Búho E.I.R.L., Gaceta Jurídica S.A., primera edición, noviembre de 2008, pág. 118).

⁽²⁾ Es decir el acreedor del Estado, podía reclamar ante los tribunales su derecho, y obtener luego una sentencia que así lo declare, sin embargo, ésta no podía ser objeto de ejecución, por disposición expresa del artículo 245 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y del artículo 17 del D.L. N° 20236 (de 1973), que derogó diversos dispositivos del primero.

⁽³⁾ Así, de acuerdo a lo establecido en las constituciones de 1860 (artículo 58 inciso 7.), 1867 (artículo 59 inciso 8.), 1920 (artículo 83 inciso 7.), y de 1933 (artículo 123, inciso 8.), que rigieron, independientemente unas de las otras, durante la vigencia del Código Adjetivo de 1912. Cabe resaltar que la Constitución de 1979, ya no estableció al respecto, lo regulado por las citadas constituciones.

⁽⁴⁾ Así, el Código Civil de 1852, en su artículo 459° clasificaba a los bienes en razón al titular del derecho de propiedad, en: a) bienes comunes; b) bienes de particulares; c) bienes destinados al culto; y d) bienes de ninguno; y el Código Civil de 1936, en sus artículos 421° y 422°, respectivamente en: a) bienes de propiedad privada; y b) bienes del Estado.

tado la distinción de los bienes del Estado que son susceptibles de embargo, de los que no lo son, tomando en cuenta su división ya establecida por la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, la Constitución Política de 1993, estableció que el Estado Peruano tiene bienes de Dominio Público, los mismos que son imprescriptibles e inalienables (inembargables), precepto del que se desprende que, también tiene bienes de dominio privado, que sí son prescriptibles y embargables.

Por su parte, el Código Procesal Civil de 1993, que abrogó a la precitada norma adjetiva de 1912, si bien, inicialmente no reguló en forma expresa la inembargabilidad o embargabilidad de los bienes del Estado, lo hizo indirectamente en el aún vigente artículo 616 (no declarado inconstitucional), que prescribe la prohibición del embargo cautelar contra bienes de dominio privado del Estado, imposibilitando de esta manera al acreedor del Estado, a que pueda trabar un embargo sobre alguno de dichos bienes para luego ejecutarlos, a fin de satisfacer su acreencia.

Posteriormente, el citado cuerpo adjetivo, sufrió una modificatoria en el artículo 648, a través de la Ley N° 26599 del 24 de Abril de 1996, que reguló sin distinción alguna, la inembargabilidad de los bienes del Estado. Lo que significó en su momento, que la única vía que tenía el acreedor del Estado, para el cumplimiento de su derecho, luego de haber obtenido una sentencia que así lo declare, era esperar que éste sea atendido de acuerdo a las reglas presupuestarias por el sector estatal respectivo. Sin embargo, dicha Ley, no muy lejos de su promulgación, fue declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Cons-

titucional, por sentencia recaída en el expediente N° 006-97-AI/TC,⁽⁵⁾ al considerarse, que la citada Ley N° 26599, otorgó a los bienes de dominio privado del estado inmunidades que la Constitución Política del Estado en su artículo 73°, sólo otorgó a los bienes de dominio público, y a las que consecuentemente no están sujetas los antes citados; además por vulnerarse, el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso.

Así, como consecuencia de precitada sentencia, el 7 de marzo de 1997 se promulgó la Ley N° 26756, que constituyó una comisión encargada de proponer al Congreso un proyecto de ley de bienes del Estado, que determinara los que pueden ser materia de embargo y los procedimientos a seguir en el caso de embargos de un bien del Estado; precisándose que "sólo" son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley. Cabe resaltar, que la situación que reguló la precitada ley nunca se dio. Seguidamente, en el año 2001, se promulgó el Decreto de Urgencia N° 055-2001,⁽⁶⁾ norma que estableció el procedimiento a seguir -ante la propia Administración Pública-, para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado. Posterior a ello, el 15 de marzo del 2002, se dio la Ley N° 27684, que modificó distintos artículos de la Ley 27584, "Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo", y creó además una comisión especial encargada de evaluar la atención de las deudas de los pliegos presupuestales; sustituyendo el artículo 42° de la citada Ley 27584, que determinó el nuevo procedimiento a seguir, para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial contra el Estado.

⁽⁵⁾ Cabe precisar que la citada sentencia fue expedida el 30 de Enero de 1997, y declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 32 congresistas contra la Ley 26599, que modificó el artículo 648° inciso 1° del Código Procesal Civil.

⁽⁶⁾ La Ley 27684 derogó los artículos 2°, 3° y 5° del citado Decreto de Urgencia N° 055-2001.

Las normas citadas en el párrafo precedente, fueron materia de acciones de inconstitucionalidad en procesos iniciados por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo, indistintamente, y fueron así declaradas en una mínima parte, por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 29 de Enero del 2004, recaída en los Expedientes N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC (acumulados). Así, en cuanto a la Ley N° 26756, por el sentido interpretativo que de él se podía inferir, se declaró únicamente la inconstitucionalidad de su artículo 2°, en la parte que contiene el adverbio "sólo", así como la expresión "única y exclusivamente" contenida (primer párrafo del artículo 42°) en el artículo 1° de la ley 27684.

Finalmente el 29 de agosto del 2008, por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, que consolidó las modificaciones hechas a la Ley N° 27584, con la finalidad de compilar toda la normativa en un solo texto y facilitar su manejo, estableciendo en su artículo 47, las nuevas reglas a seguir para la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero que tiene el Estado.

3. RÉGIMEN ACTUAL A PARTIR DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA:

Hoy en día, todo aquél que tenga una acreencia con el Estado y que desee se le honre, debe:

- a) Primeramente recurrir al órgano jurisdiccional a efectos que se reconozca o declare su derecho; y

- b) Posteriormente seguir el procedimiento establecido en el citado artículo 47° del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el Decreto Legislativo N° 1067, a fin que su derecho sea atendido por el pliego presupuestario en donde se generó su deuda, sobre la base del 3% de la asignación presupuestal que le corresponda por la fuente de recursos ordinarios; ello siempre y cuando el sector estatal demandado no cuente con los fondos necesarios para efectuar el pago de la deuda.⁽⁷⁾

Dicho sector estatal demandado, tiene seis meses computados desde la notificación judicial a efectos de pronunciarse respecto a la forma como dará cumplimiento al mandato judicial que le ordena al pago de una determinada suma de dinero.

- c) Transcurrido el plazo antes indicado y sin darse inicio al procedimiento antes citado, el acreedor del estado podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil, pudiéndose hacer uso de distintos mecanismos para el cumplimiento de la sentencia, como ser el embargo ejecutivo de los bienes de dominio privado del Estado.

En ese orden de ideas, es de advertirse, que el problema del embargo ejecutivo en bienes de dominio privado del Estado, surge justamente al momento de determinar cuáles son aquellos "bienes de dominio privado", y aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que "la procedencia del embargo sobre bie-

⁽⁷⁾ Cabe precisar, que la Ley N° 28411 –Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto-, publicada el 8 de diciembre de 2004, prescribe en su artículo 70.5, que los requerimientos de pago que superen los fondos públicos que superen el tres por ciento (3%) de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

nes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes, de dominio público, por lo que corresponde al Juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bien de dominio privado y, por ende, son embargables";⁽⁸⁾ en la práctica se hace imposible determinarlos, haciendo que se desestime, por tanto, la gran mayoría de pedidos de afectación contra bienes de dominio "supuestamente privados" del Estado, perjudicando de este modo al acreedor, quien, ante estos hechos, ve vulnerados sus derechos al encontrarse en una situación de desigualdad frente a la otra parte en el proceso y peor aún viendo inejecutable la sentencia que reconoce su derecho de acreencia contra el Estado.

A lo antes expuesto, cabe agregar, que si bien existen algunas normas que de modo excepcional clasifican a algunos bienes del estado como "privados", sin embargo, las mismas resultan insuficientes para todos los casos. Así, el Decreto de Urgencia N° 019-2001, del 11 de febrero de 2001, dispuso "*que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables*", situación que fue aclarada por el Tribunal Constitucional,⁽⁹⁾ quien señaló que "los bienes que no están afectos al servicio público, al uso público o al interés nacional, incluyendo los depósitos de dinero, constituyen, *prima facie*, bienes de dominio privado y, como tal, son embargables".

Finalmente, considero necesario precisar, que la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su Reglamen-

to, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, que establecen las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, únicamente hace la clasificación de los bienes de dominio público del Estado y no de sus bienes de dominio privado, sin embargo prescribe las facultades del Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP), que constituye el registro administrativo de bienes Estatales de dominio público y privado en sus diferentes niveles de gobierno.

4. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL ACREEDOR DEL ESTADO:

La tutela judicial efectiva, es entendida como "...el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida, por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas",⁽¹⁰⁾ y a decir de Gonzáles Pérez,⁽¹¹⁾ "...*despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos...*".

Bajo tal contexto, a nuestro entender, el derecho a la tutela jurisdiccional del acreedor del Estado, desde la perspectiva de la efectividad de los pronunciamientos o resoluciones judiciales del acreedor del Estado (que como se ha dicho forma parte del primero),⁽¹²⁾ viene siendo afectada, por la ineficacia de la norma-

⁽⁸⁾ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en los Expedientes N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC (acumulados). 29/01/04, Fundamento 26. FJ. 9.

⁽⁹⁾ En la Sentencia recaída en el Expediente N° 00015-2001-AI y otros, del 29/01/04.

⁽¹⁰⁾ CARRIÓN LUGO Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. Segunda Edición. Lima 2004. p. 44.

⁽¹¹⁾ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Editorial Civitas. Madrid. 2001. Pág. 57.

⁽¹²⁾ Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0015-2005-AI.

tiva que regula el denominado "embargo ejecutivo de los bienes de dominio privado del Estado" e imposibilita su uso cabal.

5. CONCLUSIONES:

- De acuerdo lo establecido por la legislación vigente, contra los bienes de dominio privado del Estado Peruano, sólo procede trabar el denominado embargo ejecutivo.
- La normativa peruana vigente que regula el Embargo Ejecutivo de los Bienes de Dominio Privado del Estado, adolece de claridad y precisión, por lo que es insuficiente para ser empleada a un caso concreto como mecanismo para viabilizar el derecho del acreedor del Estado que tiene reconocido su derecho en una sentencia firme.
- Existe la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico peruano, nuevas disposiciones respecto al embargo ejecutivo de los bienes de dominio privado del Estado, que permitan dar mayor viabilidad a la ejecución de sentencias que condenan al Estado a pagar determinadas sumas de dinero, y por ende, garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del acreedor del Estado.

6. RECOMENDACIONES:

Teniendo en cuenta las conclusiones a las que se ha arribado, con el fin de contribuir a una solución integral, se formula las siguientes recomendaciones:

- Se hace necesaria la promulgación de

una ley que establezca la clasificación de los bienes de dominio privado del Estado Peruano.

- Se hace necesaria la modificación del numeral 47.4 del artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, del siguiente modo: *"47.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 47.1, 47.2 y 47.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. Previamente el Juez deberá ordenar al ente estatal obligado que emita un informe, donde se detalle el listado de prelación de sus acreedores judiciales, con mención de nombre y apellido o razón social y montos de las obligaciones; así como el listado de los bienes que constituyen parte de su dominio privado. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73 de la Constitución Política del Perú".*

7. BIBLIOGRAFÍA:

CARRIÓN LUGO Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. Segunda Edición. Lima 2004.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Editorial Civitas. Madrid. 2001.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Los nuevos proceso de ejecución y cautelar, editorial el Búho E.I.R.L., Gaceta Jurídica S.A., primera edición, noviembre de 2008.

LA CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

Jorge Luis Sosa Quispe

«El nepotismo es una forma particular del conflicto de intereses. Aunque la expresión tiende a ser usada de manera amplia, se aplica estrictamente a una situación en la cual una persona usa su poder público con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo, para un miembro de su familia».

* Docente de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna.

INTRODUCCIÓN

Para comenzar a hablar de la contradicción en el proceso único de ejecución debemos señalar en primer término que éste se inicia con la demanda de ejecución, a la cual, además de los requisitos generales señalados líneas arriba, se debe acompañar requisitos especiales para su admisibilidad como es el caso del proceso de ejecución de garantías del que nos ocuparemos en el desarrollo del presente artículo, donde se anexa «El Título de Ejecución». Solo cumpliendo tanto los requisitos generales como los requisitos especiales, quedará expedita la ejecución de la obligación.

Además de ello en el proceso de ejecución de garantías existen tres requisitos básicos para iniciarlo y han sido establecidos a través de distintas jurisprudencias recaídas sobre procesos, a saber son:

- Que la constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe.
- Que no exista documento alguno que acredite el cumplimiento de la obligación.
- «No es necesario adjuntar título valor que acredite suma puesta a cobro, pues éste solo propio de procesos ejecutivos» (CAS. N° 233 – 2003 –SANTA).⁽¹⁾

El primer requisito, exige que el título ejecutivo, deba constar en documento, a fin de que se conozca la certeza y la obligación resulte expresa; y en cuanto a la exigibilidad implica que la obligación contenida en el instrumento al momento de iniciarse el proceso de ejecución sea exigible, es decir, que el acreedor puede demandar su cumplimiento por qué así resulta del propio título y en cumplimiento

de las obligaciones contractuales materiales y sustantivas que emanan del mismo.

El segundo requisito resulta lógico pues no es concebible proceso alguno sin interés para obrar el cual desaparece al momento del pago de la acreencia garantizada con la hipoteca.

El último requisito aludido y por el cual existe aún mucha discusión es que «No es necesario adjuntar título valor que acredite la suma puesta a cobro» pues el texto del artículo 720 CPC, a diferencia del Art. 688 (para el de ejecución de obligaciones) y el art. 713 (para la «ejecución de resoluciones judiciales»), no nos indica cuál es el «título» en virtud del cual se podría «promover» la denominada ejecución de garantías; sólo nos señala una serie de documentos que se deben «acompañar» a la demanda, sin que se indique que (algunos de) esos documentos sean «el título». Sin embargo se debe hacer la excepción el supuesto en el cual el ejecutante sea una institución financiera, pues estas emiten «liquidaciones de saldo deudor» constituyen según la ley (art. 132 inc. 7, Ley de Bancos) títulos ejecutivos ellas no sólo son un acto liquidativo, sino el título que exige la ley y que resulta ser mucho más fuerte que la propia liquidación de una sentencia. Esta liquidación tratándose de una persona natural también es exigible pero solo con fines de liquidación o determinación de deuda, es decir para acreditar que se trata de una cantidad determinada o determinable mediante una operación aritmética y no deben confundirse con que este documento sea o tenga mérito ejecutivo que por supuesto no es materia de discusión.

1.-MANDATO DE EJECUCIÓN

Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que

⁽¹⁾ http://www.pj.gob.pe/cij/89jurisprudencia_comercial.pdf. «Centro De Investigaciones Del Poder Judicial – Perú» Fecha (19-02- 2006).

pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía. (Artículo 721C.P.C.)

Esta es la primera calificación (en algunos casos la única) debe ser debidamente fundamentada en atención a los requisitos precedentemente expuestos pues el juzgador en esta clase de procesos no emite sentencia solo un auto por el cual admite o desecha la contradicción en el caso que se formule, pues de lo contrario sólo expedirá un auto (decreto) haciendo efectivo el apercibimiento y ordenado se lleve adelante el remate del bien.

Debemos indicar que se mantiene la particular regulación para la Ejecución de Garantías respecto de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes la demanda, la cual es apelable con efecto suspensivo y sólo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada; para los demás procesos quedo derogada tal permisión pero tampoco se prohibió.

Es de recalcar que al parecer el auto que admite la demanda sería inapelable según el texto de la nueva norma, al derogar la posibilidad expresa que anteriormente el derogado artículo 697° establecía en su segundo párrafo: «*el mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación sólo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.*» Decimos que solo es un parecer que el mandato de ejecución sea inapelable, pues si esa fue la intención del legislador debió prohibirse de manera expresa como manda imperativamente el artículo 365° numeral 2) señala que procede apelación contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Cód-

igo excluya; y como en este caso no se excluyó podría aun presentarse.

Se indica por otro lado que el mandato ejecutivo debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor.»

2.- LA CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Este término utilizado por nuestro legislador denominado «contradicción» resulta inapropiado, se ha venido utilizando sin motivo y con la modificatoria a los originarios procesos ejecutivos no fue sustituido. La mal llamada «contradicción» se ha regulado en el artículo 722° del CPC, decimos que este término se encuentra indebidamente utilizado, porque siguiendo la opinión del maestro Jaime Guasp, señala que «...*No hay que confundir el derecho de contradicción (la causa) con la oposición y las excepciones (el efecto) aquel existe aunque no se formulen éstas.*»⁽²⁾

Igualmente Hernando DevisEchandía señala que: «*La oposición a la demanda o la imputación penal es concreta y persigue que ésta sea desestimada, como es obvio y busca, por lo tanto, una sentencia favorable. El derecho de contradicción persigue ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal lo que corresponda a ese litigio. La oposición es una de las maneras como puede el demandado ejercitar su derecho de contradicción, porque bien puede abstenerse de toda oposición, sea guardando silencio o aceptando la demanda. Y la excepción es una de las maneras como puede ser formulada la oposición.*»⁽³⁾

⁽¹⁾ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Ed. Cit., ps 250 251. En Teoría General del Proceso Tomo I. Hernando DevisEchandía Edit. Universidad - Buenos Aires. Pág. 227.

⁽²⁾ Idem. pág. 227

«La oposición (o defensa) es el acto en cuya virtud el sujeto pasivo de la pretensión reclama ante el órgano judicial, y frente al sujeto activo, que se desestime la actuación de aquélla. Es, asimismo, una declaración de voluntad petitoria, para cuya configuración resulta irrelevante el hecho de que las afirmaciones formuladas por el demandado cuenten con efectivo respaldo en las normas jurídicas que invoca en apoyo de su posición procesal».⁽⁴⁾

De lo que podemos concluir que a pesar de haberse podido cambiar la incorrecta denominación utilizada y que es correctamente conocida por la mayoría de juristas; es más formaban parte del proyecto de reforma presentados a la Comisión Revisora del CPC de 1991 por intermedio del miembro de la comisión en representación de la Corte Suprema Dr. José Antonio Silva Vallejo, se ha mantenido sin motivo alguno la fórmula tradicional tomando como sinónimos oposición y contradicción quizá porque en el conocimiento generalizado de la población así lo entiende y se ha preferido mantenerlo, pero en contraposición este Código es eminentemente técnico y debió cambiarse.

Respecto al fondo de la «contradicción» se eliminó la particular regulación que tenía en el sub capítulo del proceso de ejecución de garantías pues se señalaba en la redacción originaria del Código Procesal que:

Artículo 722.- «El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el

Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Para la contradicción sólo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo.

Una vez expedido y notificado el mandato, el ejecutado tiene pocas opciones, pues nuestro legislador actual, distanciándose del sistema «ultragarantista» del CPC de 1912 que permitía cualquier alegación en la oposición a la ejecución, en el presente caso se sigue manteniendo la delimitación de los motivos que el ejecutado tiene para formular contradicción

Con la modificatoria introducida por el D. Leg. N° 1069 y queriendo guardar la unidad del proceso se nos remite a las normas o disposiciones generales sobre la contradicción, sin embargo el plazo es diferente pues en la ejecución de garantía la contradicción se realiza en el plazo máximo de 03, que es el mismo plazo que se tiene para pagar, mientras que en el proceso de ejecución se sujeta a las normas reguladas por el «Artículo 690-D que señala:

Artículo 690-D: «Contradicción»:

«Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Sólo son

⁽⁴⁾ Palacio. Lino Enrique «PAL Manual de derecho procesal civil». Edic. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2003. Decimoséptima Edición Actualizada. Pág. 122, 123. ISBN 950-20-1501-0

admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

2.1 CASUALES DE CONTRADICCIÓN.

La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;
3. La extinción de la obligación exigida;

Quando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.»

Del tenor de este artículo primeramente señalaremos que hasta antes de la modificatoria introducida y haciendo una interpretación literal del Art. 722° originario se establecía que «*para la contradicción sólo era admisible la prueba de documentos*», hoy se nos remite a las reglas generales sobre procesos únicos de ejecución prevista por el art. 690°-D y se establece «en el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibles. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. Creemos que no existe razón para este supuesto cambio pues en el proceso, el ejecutado puede hacer uso del derecho de defensa sin limitación alguna

por mandato constitucional y puede proponer todos los medios de prueba que estime convenientes y estará a resultas de que el juez las admita o rechace. No ocurre lo mismo tratándose de un proceso de ejecución de resoluciones judiciales donde se mantiene la restricción existente en el derogado Art. 718° es decir sólo alegar el «cumplimiento de lo ordenado» o «la extinción de la obligación» así lo establece el cuarto párrafo del Art. 690-D pues esa es la naturaleza del título.

2.1.1. DESARROLLO DE LAS CAUSALES DE «CONTRADICCIÓN».

Según el acto que se ataque las causales de contradicción en el proceso de ejecución las podemos clasificar en:

- a) Aquellas que atacan la obligación:
 - Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título.
 - Extinción de la obligación.
- b) Aquellas que atacan el título:
 - Nulidad Formal, o
 - Falsedad del título.
- c) Aquellas que atacan la relación jurídica procesal:
 - Excepciones y
 - Defensas previas.

Tratándose de un proceso de ejecución de garantías sólo se pueden alegar las siguientes causales:

1.) Inexigibilidad de la obligación. Se podrá alegar esta causal cuando existiendo una obligación, ésta «aún no es exigible», es decir que la obligación se encuentra sujeta a hechos o plazos que no se han dado o aun no han vencido o están sujetas a condición o cargo pendiente de cumplimiento.

2.) Nulidad formal del título. En este caso lo que se alega es la ausencia de formas esen-

ciales del acto que determinan la invalidez del mismo, es decir que el título carezca de requisitos formales exigidos por la ley bajo sanción de nulidad. Aquí se ha establecido la diferencia con la nulidad sustancial del título que se presenta por defectos estructurales o de invalidez del acto jurídico relacionado con la inobservancia de los requisitos de invalidez exigidos por el Art. 140 del código sustantivo en cuyo caso no podrá utilizarse como argumento de contradicción sino que al referirse al acto mismo de celebración se vería a través de un proceso lato.

3.) Cumplimiento o pago de obligación.

Al respecto deberemos tener en cuenta que solo podrá alegarse esta causal cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación[4].

4.) Extinción de la obligación. Se presenta cuando por cualquier otro medio distinto de pago, que podría ser si se ha producido novación, compensación, condonación, consolidación, la transacción y mutuo disenso la obligación se ha extinguido.

5.) Prescripción de la obligación. Este supuesto podría darse en el caso que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 2001 del C.C Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1) A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

No compartimos la tesis de que en el proceso de ejecución de garantías se pueda formular contradicción por falsedad del título, que si bien podría darse y que incluso se faculta al juez a ordenar la prueba pericial, se desnaturalizaría totalmente este proceso, más aún si se toca una figura penal, no pasible de ser

resuelto en un proceso sumario como éste.

2.1.3. Ausencia de regulación específica de las excepciones.

Como hemos visto vemos, la naturaleza del proceso de ejecución recae en la certeza del derecho que se pretende hacer efectivo. El hecho de que, dependiendo del título que sustente dicho derecho, la legislación cree procedimientos distintos, no hace que sean distintos por naturaleza.

El artículo 690-D no menciona que en el proceso de ejecución de garantías estén prohibidos la proposición de las excepciones como que si lo están para la ejecución de las obligaciones de dar suma de dinero, desde nuestro punto de vista, nada justificaría respecto a este tema un trato diferenciado entre un procedimiento y otro, pues al no guardar relación necesaria las excepciones con los títulos que fundamentan el trato distinto, no habría por qué permitir las en unos y en otro no. Menciona el mismo artículo 690-D, que la contradicción que formule el ejecutado y que se sustente en causales distintas a las ya enunciadas, será rechazada por el juez de la causa liminarmente; es aquí donde encontramos un punto más de discusión, máxime si nos referimos al proceso de ejecución de garantías pues la corte suprema se ha pronunciado en sentido contrario en varias sentencias en casación,⁽⁵⁾ creemos que nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas en el proceso de ejecución de garantías, pues si bien no está expresamente regulada de manera permisiva, tampoco la prohíbe y como «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*»⁽⁶⁾ de lo que con-

⁽⁵⁾ Exp.Nº33523-2672-98-Lima 19/10/99:»El proceso de ejecución de Garantías no prevé la deducción de excepciones en la etapa de contradicción por no existir estación procesal para sustanciarla.» En Pioner de jurisprudencia. Edit Gaceta Jurídica S.A. Año 1 N° 6 Perú, Diciembre 2003.Pág. 23

⁽⁶⁾ Art.2º parágrafo 24 a) Constitución Política del Perú.

cluimos que no existe limitación de causales de contradicción ni de la proposición de la excepción, pero se deberá proponer en el mismo escrito de contradicción.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Pleno Jurisdiccional Civil de 1,999 al acordar por mayoría que en el proceso de ejecución de garantías «*No limita la posibilidad de proponer excepciones procesales. Se hace valer dentro de la contradicción y sin dar lugar al trámite de las excepciones. Ello en virtud a que toda demanda, incluida la de Ejecución de Garantías, debe cumplir con los requisitos de procedencia prescritos en el artículo 427° del Código Procesal Civil, pudiéndose deducir como medio de defensa la ausencia de presupuestos procesales o de las condiciones de acción.*»

2.1.4 Tramite de la Contradicción

De la contradicción se confiere traslado al ejecutante para que la absuelva, dentro de tres días (artículo 690-E) proponiendo los medios probatorios pertinentes. Con la absolución o sin ella, el Juez resolverá mediante un auto, observando las reglas para el saneamiento procesal, y pronunciándose sobre la contradicción propuesta.

Aquí debemos detenernos y advertir que la actitud pasiva que ha venido teniendo el juez ha quedado de lado al revalorarse el principio de impulso procesal de oficio,⁽⁷⁾ el cual se encontraba «perdido» antes de la dación de la norma. El principio de dirección es la expresión del sistema procesal publicístico pues en el proceso civil moderno el Juez no puede conservar una actitud pasiva propia de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hallase interesado en

el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada *litis*, sino en que la justicia de todos los procesos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible más aun en esta clase de procesos.

Esa es la razón por la que ésta norma indica «con la absolución o sin ella el juez resolverá» quiere decir que no es necesario incluso el pedido de parte para impulsar el proceso.

2.1.5. Audiencia.

Esta se realizará solo cuando la actuación de los medios probatorios lo requiera o el Juez lo estime necesario, señalará día y hora para la realización de una audiencia, la que se realizará con las reglas establecidas para la audiencia única. Se ha establecido que por regla general no se realice audiencia, esta solo se realizará cuando se requiera de una actuación probatoria.

2.1.6. Auto final

Con o sin contradicción la resolución final en esta clase de procesos será a través de un auto, antes solo se resolvía mediante auto en un proceso de ejecución de garantías.

Analizando el supuesto en el que no se formulare contradicción, el Juez expedirá un auto sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución. Este auto es apelable sin «efecto suspensivo» ello haciendo una interpretación a *contrario sensu* del texto del Art. 691° que señala «... *El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo,*» (solo el auto que resuelve la contradicción no el supuesto de que no se haya presentado la

⁽⁷⁾ C.P.C. Artículo II.- Principios de Dirección e Impulso del proceso.-

La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

contradicción) en concordancia además con el Art. 372° del mismo C.P.C. que establece *«Las apelaciones sin efecto suspensivo proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo»*.

Sin embargo este gran avance al suprimir la expedición de la resolución final mediante una sentencia y resolverse mediante auto, quedó truncada porque la reforma no fue completa ya que al no modificarse el artículo 728° que señala *«una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el Juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados»*. Creemos que aquí radica la principal deficiencia de la nueva norma, pues no debió resolverse mediante un auto que requiere de motivación sino simplemente a través de un decreto (aquella resolución que impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite) y consecuentemente solo cabría reposición, tesis

lógica si se tiene en cuenta que no se formuló oposición alguna al mandato de ejecución.

Por otro lado en relación al auto final que se expide en el supuesto que se hubiere formulado contradicción si bien el Art. 691° hizo referencia al efecto suspensivo con que puede ser apelado el auto se dejó abierta la incógnita de cuál es su eficacia y nos atenemos a que, el Juez que expidió la resolución impugnada pueda seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte y a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable como se puede concluir con la lectura del texto del Art. 368° núm. 1) del C.P.C. Sin embargo en la aplicación práctica suele suceder que no se puede presentar ningún escrito porque el «sistema» con el que cuenta el poder judicial para el descargo de las resoluciones lo impide porque se encuentra en otra instancia.

DERECHO COMERCIAL (Propiedad Industrial)

APUNTES SOBRE LA DISTINTIVIDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL

Juan Enrique Sologuren Alvarez *

«...intentaremos establecer cual es el objeto sobre el que recae el derecho en el caso del nombre comercial, partiendo de la premisa hipotética de que dicho objeto es la distintividad que dicho signo ha adquirido como elemento de la propiedad industrial, portador de un prestigio e identidad empresarial, y elemento representativo de un importante valor patrimonial».

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

INTRODUCCIÓN

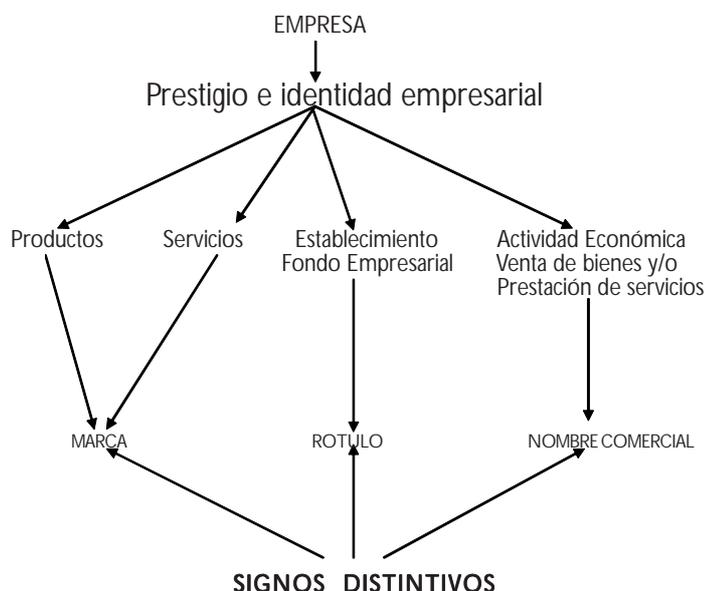
El nombre comercial ha sido poco estudiado en nuestro medio, al punto que solo se le dedican breves referencias y escasas normas que minimizan significativamente su trascendencia jurídica y económica en el mundo globalizado del siglo XXI. Sin embargo, existen aspectos interesantes que merecen ser explorados para esclarecer mejor su significación jurídica.

A través del presente artículo intentaremos establecer cual es el objeto sobre el que recae el derecho en el caso del nombre comercial, partiendo de la premisa hipotética de que dicho objeto es la distintividad que dicho signo ha adquirido como elemento de la propiedad industrial, portador de un prestigio e identidad empresarial, y elemento representativo de un importante valor patrimonial.

Para sustentar mejor este punto, vamos a efectuar una diferenciación entre lo que constituye el objeto de distinción del nombre comercial, el objeto de protección jurídica y la distintividad como objeto de derecho.

prestación),⁽¹⁾ con lo que queda descartado que la persona pueda ser objeto del derecho, sino más bien sujeto de derecho.

En el caso del nombre comercial, el objeto sobre el que recae el derecho viene a ser la distintividad que éste adquiere como signo portador de un prestigio e identidad empresarial, capaz de representar un valor patrimonial. Para sustentar mejor este punto, es necesario hacer una diferenciación entre lo que constituye el objeto de distinción del nombre comercial, el objeto de protección jurídica y la distintividad como objeto de derecho. Veamos el siguiente esquema:



EL OBJETO DE DERECHO

El "Objeto del Derecho" es aquel que cae bajo la esfera de regulación del Derecho, o sea, lo que puede ser objeto de este. Esto implica que caen bajo el ámbito del derecho las relaciones jurídicas (como ser las relaciones contractuales), las prestaciones (lo que se debe hacer o no hacer) y los bienes, derechos, servicios y abstenciones (que son objeto de la

El Objeto de Distinción

Frente a la empresa y sus elementos componentes tenemos al signo distintivo como género, vale decir como categoría jurídica, constituyendo un elemento de la propiedad industrial que forma parte del fondo de la empresa para cumplir la función de representar valores (prestigio, calidad, etc.) de contenido

(1) TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al Derecho*. Pág. 399.

económico. En tal sentido, el signo se constituye en un elemento portador de distintividad frente a otras empresas, facilitando la fácil identificación de un origen y prestigio empresarial en el mercado, en el cual confía el consumidor al momento de hacer su elección y de ejercer sus preferencias.

Dependiendo del "objeto" que distinga dicho signo, éste asumirá una denominación y una configuración propia, especial. Así tenemos que, si el signo distingue a un producto que se puede adquirir o a un servicio que se puede solicitar tomará el nombre de "Marca"; en cambio, si aplicamos este mismo signo al establecimiento o local donde se vende un producto o se presta un servicio dicho signo, conforme a la doctrina, constituye un "Rótulo", pero si mismo signo se utiliza para distinguir a la empresa que los produce, vende o presta, o con la finalidad de distinguir su actividad económica, entonces dicho signo asumirá la denominación de Nombre Comercial, siendo en consecuencia "Marca", "Rótulo" y "Nombre Comercial", especies del género o categoría "Signo Distintivo".

En cuanto a las posibles aplicaciones o modalidades de uso del nombre comercial, las diferencias con respecto a la marca son palpables, pues la marca es un signo destinado a ser grabado o impreso en el producto, inscribiéndose en él; lo que le permite ofrecer en estos casos una base material y tangible a la percepción del público, lo propio sucede con el rótulo que se coloca en el local de un negocio o establecimiento, mientras que el nombre, en su referencia objetiva y genérica de la empresa sólo puede lograr una expresión material mediante la consignación de la denominación en que consiste en la correspondencia y documentación así como en la publici-

dad y propaganda; o mediante su imposición en los productos o inscripción en los locales de la empresa; pero sin perder de vista que si el nombre comercial se usa estrictamente para designar el producto -y no como mera inscripción que conste en él, junto con la de la marca con que se distingue- deja de ser tal para convertirse en marca; y si se destina a identificar a un local, por extensión del derecho pasa a cumplir la función que la doctrina (y ciertas legislaciones) define como rótulo del establecimiento.

Sin embargo, en ciertos ordenamientos jurídicos se establece que el nombre comercial distingue a un establecimiento, extremo que merece deslindarse. En el esquema propuesto, el establecimiento constituiría "una universalidad de hecho", formada por un conjunto de elementos corporales e incorporeales que sirven para el ejercicio de un comercio, de una industria cualquiera, de manera que entre los bienes corporales están: las maquinarias, utensilios, enseres; y entre los bienes incorporeales se encuentran: el arrendamiento del local, la clientela o "derecho de llave" y derechos de propiedad intelectual o industrial como ser el nombre comercial, las marcas de fábrica o de comercio, los privilegios de invención, los modelos industriales, excluyéndose los productos que constituyen la mercadería que no serían parte del establecimiento, sino solo un medio de utilizar y hacer su la explotación,⁽²⁾ al igual que los servicios que pudieran prestarse en el establecimiento.

En consecuencia, el término "establecimiento" no designa, como a veces se ha sostenido, un bien autónomo, distinto de cada uno de los bienes que lo integran, ya que ese término designa, elípticamente, una pluralidad de bienes, que tiene la función de describir

⁽²⁾ PALMA ROGERS. Derecho Comercial, Tomo I. P.43 y 206, Santiago, 1935. Citado por Larraguibel Zavala, Santiago. «Derecho de Autor y Propiedad Industrial» Ed.Jurídica. Chile 1979 p.309.

de modo sintético, el mismo fenómeno que es descrito analíticamente con la amplia expresión: "conjunto de bienes organizados por el empresario para la explotación de la empresa".

Como resulta evidente, la función del nombre comercial es más amplia que la mera distinción del establecimiento, más aun teniendo en cuenta que según la doctrina sería más bien el rótulo el signo distintivo del establecimiento. Para concluir con este deslinde del objeto de distinción y sin entrar a discutir las diversas teorías que tratan de explicar jurídicamente el fenómeno de la empresa, vamos a recurrir al concepto que la define como el fondo empresarial puesto en marcha por la actividad que le imprime el empresario, de tal manera que se convierte en una organización económica dinámica destinada a la producción y/o comercialización de bienes o a la prestación de servicios. La empresa es pues una organización constituida por la actividad del empresario y el fondo empresarial, que es, a su vez, una organización de elementos menores que permite al empresario efectuar su actividad...⁽³⁾

Hasta aquí quedaría establecido que el objeto de distinción del nombre comercial es la empresa. Sin embargo, existiendo normas positivas, como la peruana, que establecen que el nombre comercial distingue al empresario, resulta imperativo también deslindar dogmáticamente si el nombre comercial además de distinguir "un qué" entendido como actividad económica, organización empresarial, etc., podría distinguir "un quién" entendido como empresario (persona natural o jurídica), o distinguir simultáneamente a ambos. Sobre el particular debemos tener presente que el empresario no constituye un objeto

sino más bien un sujeto de derecho, y en consecuencia de su pertenencia a esta categoría jurídica queda claro que su identificación como sujeto mediante la asignación de un nombre se traduce siempre en su individualización frente a otros. Así lo da a entender Hermenegildo Baylos Corroza⁽⁴⁾ cuando manifiesta que dicha función implica una función de distinción, y que tratándose de la empresa, tiene dos variantes perfectamente definidas y diferentes a saber:

- a) Una que es la que permite reconocer a la empresa, como organización de medios que persigue un fin económico y actúa en el mercado compitiendo con otras empresas rivales, de modo que el público no la confunda con aquellas;
- b) Otra que se limita a mentarla como sujeto jurídico al que han de imputarse los actos y negocios jurídicos que deben atribuírsele.

Y agrega que a estas dos funciones corresponden dos instituciones estrechamente relacionadas, sin embargo diferentes: el nombre de la empresa y el nombre del sujeto empresario, de lo que se infiere que el nombre de la empresa debe ser diferenciado del nombre del sujeto empresario; ya que el nombre propio, en el caso de las personas físicas, está constituido por el nombre civil, y en el caso de las personas jurídicas por una denominación o una razón social.

En relación con las sociedades se suele distinguir entre razón social y denominación social, entendiéndose por la primera la indicación del nombre y apellido o el solo apellido de uno o más socios y por la segunda una referencia al objeto desarrollado por la sociedad. Una u otra pueden constituir el nombre

⁽³⁾ Tejada, María Isabel. «El Fondo Empresarial». (www.asesor.com.pe)

⁽⁴⁾ Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Editorial Civitas S.A.1978 pág.827.

comercial de las sociedades. Ahora bien, algunos identifican únicamente con la designación usada por el comerciante en el giro ordinario de sus negocios (nombre comercial en el sentido subjetivo) mientras que otros consideran que sirve además para identificar el establecimiento (nombre comercial en sentido objetivo), denominado este último en algunas legislaciones "enseña". Por este aspecto puede ser diferente de la razón o denominación social y múltiple, esto es, que una persona jurídica puede tener varios nombres comerciales, en sentido objetivo, para distinguir, por ejemplo, sus distintos establecimientos comerciales o actividades.⁽⁵⁾

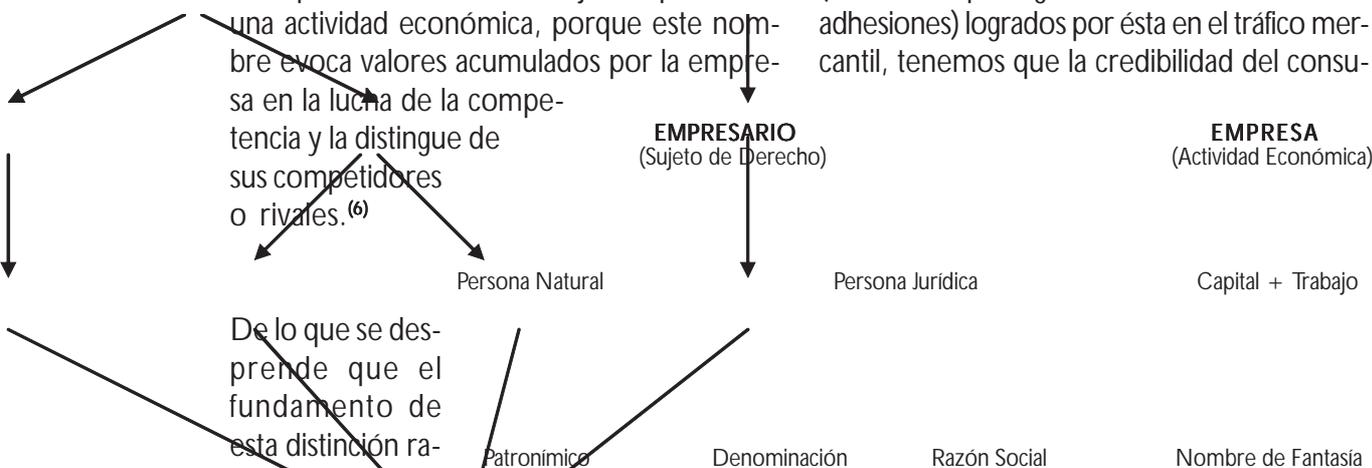
Queda establecido entonces que el nombre comercial es el nombre de la empresa a través del cual se trata de dar a conocer ésta a los compradores, a los efectos de captar su adhesión. No designa a la persona física o jurídica que actúa como sujeto jurídico, sino a la empresa como entidad objetiva que realiza una actividad económica, porque este nombre evoca valores acumulados por la empresa en la lucha de la competencia y la distingue de sus competidores o rivales.⁽⁶⁾

De lo que se desprende que el fundamento de esta distinción radica, no en el sujeto empresario sino, en la actividad económica. Con ello queda claro que, si bien el nombre comercial puede estar constituido

por el nombre del sujeto empresario o por un nombre de fantasía, no debe confundirse este hecho con el objeto de distinción del nombre comercial, el cual no es distinguir al empresario, pues este ya tiene un nombre propio que lo identifica, sino más bien distinguir a la empresa, entendida objetivamente como actividad económica que concurre en el mercado frente a otras actividades, siendo relevante en este punto el principio de relatividad de la protección jurídica del nombre comercial.

El Objeto de Protección

Asumiendo entonces que el nombre comercial tiene como función específica la distinción de la empresa, en cuanto entidad que concurre en el mercado, junto a otras que rivalizan con ella, permitiendo que el público consumidor la identifique de todas las demás y asocie a la percepción de ese nombre valores (tales como prestigio, seriedad, éxito, nivel de adhesiones) logrados por ésta en el tráfico mercantil, tenemos que la credibilidad del consu-



NOMBRE COMERCIAL

⁽⁵⁾ PACHOM, Manuel. *La Propiedad Industrial en el acuerdo de Cartagena*. Ed. Themis. Bogotá. p.105

⁽⁶⁾ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Editorial Civitas S.A.1978 pág.827.

midor en el acierto o en las excelencias de esa empresa y, por tanto, el favor o preferencia del público se vincula al nombre comercial (y otros signos) con el que concurre en el mercado.

Queda claro entonces que el nombre comercial, como signo, por sí sólo posee un poder evocador de todas las características de calidad, garantía y bondad que la empresa trata de atribuirse, como resultado de su actuación. Por lo tanto, el objeto de protección en el nombre comercial es, en suma, la imagen que el signo fija ante el público de la empresa designada, en todo el conjunto de sus elementos y valores; en la totalidad de medios y resultados, como entidad objetiva que actúa como centro de imputación de todos ellos.

Se deduce entonces que, la misión del nombre comercial, como signo mercantil, consiste en ser el vehículo portador de la distintividad de la empresa que se sirve de él, diferenciándola de las otras empresas competidoras. Esas otras empresas con las que resulta precisa tal distinción, y en contemplación a las cuales actúa la función distintiva del nombre comercial, no son, ni necesitan serlo, todas las que concurren en el mercado, sino única y exclusivamente aquellas que deben reputarse rivales, las que se dedican a un tipo de actividad idéntica o semejante a la designada en el mismo ámbito geográfico. De ahí que la determinación de la clase de actividad que ejerce la empresa distinguida con un nombre comercial o el tipo de finalidad que persigue dentro del amplio sector de la industria y del comercio, revista una importancia fundamental en el régimen del nombre comercial, en cuanto que la protección o tutela jurídica (como en las demás modalidades distintivas de la propiedad industrial) se rige por el principio de relatividad y territorialidad circunscribiendo

al ámbito en que tiene efectividad la señal: las actividades idénticas o semejantes dentro del mismo espacio territorial donde las ejercen.

Concluimos entonces que el objeto de protección del nombre comercial, como signo distintivo de la empresa y de su actividad económica, está constituido por su distintividad, representada por un conjunto de valores acumulados en el tiempo: prestigio, calidad, garantía, bondad, seriedad, éxito y nivel de adhesiones entre otros, que representan para el empresario un derecho subjetivo patrimonial con valor económico y moral, generados por su empresa en la lucha por la competencia con las demás empresas rivales que realizan la misma actividad económica en un mismo territorio.

La distintividad como objeto de derecho

Enrique Bardales señala que en la mayoría de sistemas normativos la definición de distintividad es equivocada o insuficiente, o por lo menos, el concepto de distintividad que se utiliza en la mayoría de países, es inaplicable en términos prácticos, y que resulta imposible hablar de signos distintivos en términos ontológicos, porque es un imposible fáctico y jurídico, ya que no existirían signos distintivos en términos abstractos, sino más bien signos o medios que han adquirido distintividad.⁽⁷⁾

Bardales afirma que la distintividad es una situación de hecho de naturaleza mutable y temporal que concede al signo, al cual se adhiere, connotaciones diferenciadoras perfectamente independientes de la naturaleza ontológica del mismo. En tal sentido, la

⁽⁷⁾ BARDALES, Enrique. La Distintividad como Objeto de Derecho.

distintividad puede aumentar, disminuir, perderse, diluirse y eventualmente recuperarse, resultando impredecible determinar en todos los casos como se manifestará. Su vigencia y/o existencia no dependería del signo per se, sino que estaría condicionada a elementos externos. Esto explicaría porque el signo puede continuar existiendo a pesar que la distintividad que había recibido por adhesión haya desaparecido, concluyendo en que la distintividad es independiente del signo que la tiene adherida.

De lo sostenido por Bardales se infieren las siguientes características de la distintividad:

- Es una situación de hecho que se inicia con la elección de un signo diferenciador
- No pertenece al signo, sino más bien se adhiere al signo que es su portador.
- Es un elemento dinámico, porque aumenta, disminuye, o desaparece.
- Tiene un alcance territorial, limitado por el ámbito geográfico en el que es reconocida.
- Es única e irrepetible en cada caso, aun cuando existan signos idénticos.
- Tiene un alcance competitivo, limitado por la naturaleza de la actividad distinguida.
- Tiene una duración indefinida, que puede ser efímera o duradera.
- Su adquisición implica, en esencia, un reconocimiento declarativo, y no constitutivo.
- Requiere de un elemento material que la represente, que la tenga adherida. Constituye un derecho autónomo aun-

- que no es reconocida expresamente como tal por las leyes.

- Solo se adhiere a signos que cumplirán funciones concurrenciales, sin embargo, va más allá de la simple existencia o no de fines concurrenciales del signo que la recibe.

Conclusiones

1. En el caso del nombre comercial, el objeto sobre el que recae el derecho es la distintividad que éste adquiere como signo portador de un prestigio e identidad empresarial, capaz de representar un valor patrimonial importante.
2. Respecto a lo sostenido por Bardales, de que es la distintividad, y no el signo, lo que en esencia constituye el objeto de derecho protegible, no estamos totalmente de acuerdo, puesto que si bien la distintividad se adhiere al signo y se representa a través de él, dicha distintividad sin el signo deviene en genérica y abstracta tal como sería hablar de un derecho de propiedad en tanto no recae sobre un bien.
3. Asumiendo que la distintividad es la imagen de prestigio, calidad, garantía y bondad, seriedad, éxito, nivel de adhesiones, etc., que la empresa fija ante el público consumidor a través del signo, podemos concluir que la distintividad deviene en genérica en tanto no se objetiviza y adquiere especificidad a través de alguno de los signos típicos (marca, nombre comercial, etc), o en tanto no se manifiesta a través de otros elementos materiales atípicos que le sirvan como portadores.
4. La ley brinda una protección jurídica genérica y otra específica a la distintividad. La protección genérica se instrumenta a

través de la normatividad jurídica que disciplina la competencia desleal, cuando la distintividad se manifiesta en forma positiva a través de elementos materiales atípicos o publicidad, o en forma negativa cuando se vulnera la imagen y/o el prestigio empresarial. La protección jurídica específica de la distintividad se ma-

terializa a través de la legislación que norma los derechos de uso sobre signos distintivos típicos a través de los cuales la distintividad adquiere especificidad traducida en el logro de la adhesión de los consumidores, como es el caso del nombre comercial.

EL LEMA COMERCIAL

Patricia Vásquez Zubieta *
Fernando Acevedo Velásquez *

«...todo lema comercial deberá cumplir con el requisito de distintividad para acceder al registro en la medida que no sea percibido únicamente como un texto puramente promocional, sino cuando goce en sí mismo de la aptitud distintiva necesaria para permitir su diferenciación con relación a la marca que publicita».

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

EL LEMA COMERCIAL

Este es un tema de estudio interesante dentro del Derecho Industrial, el que para su mejor comprensión será analizado desde el punto de vista de su delimitación con la Marca, El Nombre Comercial y su uso en el Mercado.

La Marca es uno de los varios signos distintivos que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Los signos distintivos se diferencian entre sí, según el objeto que pretenden distinguir. Así tenemos, que las marcas están destinadas a distinguir productos y servicios susceptible de representación gráfica, incluidos los sonidos, los olores y, bajo ciertas circunstancias, el color único.

Por otro lado, el Nombre Comercial tiene por objeto distinguir a la persona natural o jurídica que realiza una actividad económica. Así, un nombre comercial distingue al comerciante en su noción amplia (el comercio tal como está concebido en el Código de Comercio y en la Ley General de Sociedades, que incluye a las ramas de la industria, minería, entre otros), no al producto que fabrica, comercializa o al servicio que presta.

Todo nombre comercial tiene protección; sin embargo tiene una diferenciación en su tratamiento en discrepancia con las marcas, siendo que dichos signos no necesitan del registro para su protección jurídica, sino que basta únicamente que éstos sean usados.⁽¹⁾

Dado el alto número de establecimientos comerciales de muy distintas categorías, área de influencia y poderío económico se presenta esta ausencia de obligatoriedad registral que es una de las características que lo diferencian de la marca, es decir, que el nombre comercial solo tiene carácter declarativo.

Además, dependiendo de la legislación interna de

cada país se podrá exigir la prueba de su uso, lo que resulta lógico en caso de controversia.

Finalmente, el Lema Comercial es toda frase publicitaria que sirve de complemento a una marca, está ligado a ésta de manera indisoluble. Su protección jurídica está íntimamente ligada a la protección del signo marcario registrado con la cual se usará.⁽²⁾

Claro está, que todo lema comercial deberá cumplir con el requisito de distintividad para acceder al registro en la medida que no sea percibido únicamente como un texto puramente promocional, sino cuando goce en sí mismo de la aptitud distintiva necesaria para permitir su diferenciación con relación a la marca que publicita.

Por ello, no se podrá registrar como lema comercial una frase simple o banal que sin fantasía alguna se limite a alabar los productos o servicios que se desee publicitar.

La vinculación entre el lema comercial y la marca se produce por el hecho de que el primero tiene como función primordial publicitar a la segunda. No en vano se le ha asignado al lema comercial la noción de complementario respecto de la marca, así como la supeditación de su existencia a la vigencia de la marca que promociona.⁽³⁾

En rigor, el lema comercial es un signo seleccionado por un empresario para distinguir sus productos o servicios; y, por tanto, tiene el mismo objeto específico que la marca. De ahí que en Europa se conozca esta modalidad de signo distintivo como marca - slogan; esto es, como una clase o variedad de marcas con una estructura singular.⁽⁴⁾

El Lema comercial es aquel signo distintivo que está destinado a complementar una marca, a fin de reforzar o realzar la función que esta cumple

⁽¹⁾ Publicado por ESTUDIO YATACO ARIAS ABOGADOS, Julio/2010, en WWW.YATACOARIAS.COM/ESTUDIO.

⁽²⁾ ESTUDIO YATACO ARIAS ABOGADOS, ob. Cit.

⁽³⁾ ESTUDIO YATACO ARIAS ABOGADOS, ob. Cit.

⁽⁴⁾ Tendencias Jurisprudenciales, Jurisprudencia del INDECOPI, Diálogo con la Jurisprudencia N° 149, Pág. 347.

en el mercado, distinguiendo los productos o servicios que produce o comercializa una persona de aquellos que son producidos u ofertados por otras.⁽⁵⁾ La regulación normativa del lema comercial se sustenta básicamente en la Decisión 486 -Régimen Común sobre Propiedad Industrial- y en el Decreto Legislativo N° 1075, los cuales establecen disposiciones específicas para su configuración y protección. Ahora bien, a nivel jurisprudencial el Indecopi ha establecido importantes criterios interpretativos respecto a la función de este signo distintivo, así como a los requisitos de registrabilidad a cumplirse para acceder al registro y, consecuentemente, gozar de la protección especial que este ofrece. A continuación reseñamos algunos de los mencionados criterios.

1. CONCEPTO

La Decisión 486 ha definido al lema comercial como "aquella palabra, frase o leyenda que es utilizada como complemento de una marca", lo cual pone de manifiesto la naturaleza complementaria de este signo distintivo. Así, en atención a dicho carácter complementario, la razón de ser del lema comercial es la de reforzar la función distintiva que cumple la marca a la que necesariamente va asociada, además que este signo existe sólo si hay una marca que lo preceda y que sirve de sustento.

2. FUNCIÓN

La vinculación entre el lema comercial y la marca se produce por el hecho de que el primero tiene como función primordial publicitar a la segunda. No en vano se le ha asignado al lema comercial la noción de complementariedad respecto de la marca que promociona. La función de complementariedad encomendada al lema comercial implica que éste debe ser capaz de reforzar la distintividad de la marca que publicita. En razón de lo cual, debe gozar por sí mismo, de la

distintividad requerida para cumplir dicha función (Res. N° 0424-2010/TPI-INDECOPI, 17/02/2010).

Utilizando el método lógico de interpretación, resulta razonable concluir que el ámbito de aplicación del lema comercial se circunscribe a realzar la distintividad de la marca que publicita, a diferencia de las funciones encomendadas a los demás signos distintivos: el nombre comercial distingue las actividades económicas de una persona de las de otras y la marca distingue un producto o servicio de los demás competidores que actúan en el mercado. Es por ello que el lema comercial ha sido objeto de una regulación especial, atendiendo a su naturaleza y función (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).

3.- REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD

Conforme al Art. 179 de la Decisión N° 486, al lema comercial le resultan aplicables -en lo pertinente- las disposiciones relativas a marcas, comprendiéndose dentro de tales disposiciones aquellas que están referidas a los requisitos de registrabilidad y al procedimiento del trámite de registro, pues en relación con estos aspectos no existe una regulación expresa. Así, a fin de que un lema comercial sea registrado como signo distintivo y consecuentemente, goce de protección jurídica (la cual, básicamente comprende el reconocimiento del derecho al uso exclusivo), es necesario que cumpla con determinados requisitos de registrabilidad, y que además no esté incurso en ninguna de las prohibiciones de registro, absolutas o relativas que contempla la referida norma comunitaria.⁽⁶⁾

En tal sentido, el lema comercial podrá ser registrado si cumple con las condiciones de registrabilidad que son exigibles para el registro de un signo como de una marca, esto es, que

⁽⁵⁾ ESTUDIO YATACO ARIAS ABOGADOS, ob. Cit.

⁽⁶⁾ Extractos de Jurisprudenciales de Propiedad Intelectual, Actualidad Jurídica N° 205, Pág. 351

sea: a) perceptible, b) suficientemente distintivo, y c) susceptible de representación gráfica. La autoridad marcaría ha establecido diversas presiones en relación con estos requisitos de registrabilidad, los cuáles detallamos a continuación.

¿Qué se requiere para que un lema comercial sea registrado?

Para que el lema comercial pueda acceder al registro como un signo distintivo y, consecuentemente se confiera a su titular un derecho exclusivo al uso del mismo, es necesario que éste -al igual que la marca que publicita- sea perceptible, suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica. Además, no debe estar incurrido en las causales de prohibición al registro (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).

¿La capacidad publicitaria del lema comercial es un requisito de registrabilidad?

La función básica de los tres requisitos antes mencionados es la de establecer o reforzar la diferenciación de los distintos signos que interactúan en el mercado, exigiéndose al lema comercial como una condición básica de registrabilidad la de ser capaz de aplicarse en la publicidad para reforzar la diferenciación de la marca a la cual se aplica, incrementando lo que en el argot de marketing moderno se conoce como "posicionamiento" de la marca (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).

Para la evaluación de los lemas comerciales, debe tenerse presente su capacidad publicitaria. En el lema comercial, tal requisito cobra su máxima importancia -no en vano se le conoce también en la doctrina comparada como frase publicitaria- y, por ende, deberá exigirse de él una aptitud para realzar publicitariamente un producto o servicio, ya que, en la medida de lo expresado, este constituye el mecanismo más efectivo para crear, consolidar o perpetuar el *goodwill* o buena reputación de la marca que publicita (Res. N° 1889-2007/TPI-INDECOPI, 25/09/2007).

¿Qué implica el requisito de

perceptibilidad?

La perceptibilidad a que aluden las normas mencionadas implica que el lema comercial debe ser apto para producir una impresión individual y para grabarse en la memoria de los consumidores. (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).

¿Cuándo un lema comercial cumple con el requisito de distintividad?

Un lema comercial cumplirá con el requisito de distintividad para acceder al registro en la medida que no sea percibido únicamente como un texto puramente promocional, sino cuando goce en sí mismo de la aptitud distintiva necesario para permitir su diferenciación con relación a la marca que publicita. Por ello, no se podrá registrar como lema comercial una frase simple o banal que sin fantasía alguna se limite a alabar los productos o servicios que se desee publicitar (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).

¿La distintividad del lema comercial puede basarse solo en la presencia de la marca en su configuración?

Uno de los requisitos que el lema comercial debe cumplir es la aptitud distintiva. Asimismo, con respecto al carácter complementario, implica que su distintividad no puede basarse solo en la presencia de la marca registrada al interior del mismo; y que tampoco podrán registrarse como lema comercial, las frases simples, comúnmente utilizada para promocionar productos; las frases sin fantasía alguna que se limiten a alabar los productos o servicios distinguidos con la marca que se publicita; así como las frases genéricas y descriptivas en relación a los productos o servicios que la marca que publicita distingue (Res. N° 1889-2007/TPI-INDECOPI, 25/09/2007).

¿Es distintivo el lema comercial que está constituido solo por una frase que alaba el producto o servicio publicitario?

El lema comercial debe ser apto para identificar publicitariamente un producto o servicio, en tanto constituye un mecanismo para crear, consolidar o perpetuar la buena reputación de la marca

que publicita. En tal sentido, no se podrá registrar como lema comercial una frase que sin fantasía alguna se limite a alabar los productos o servicios que se desee publicitar (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, 25/04/1998).

¿Para que el lema comercial acceda al registro es necesario que sea novedoso?

La distintividad es la característica esencial y función primigenia que debe reunir todo signo en el mercado para ser susceptible de registro. Asimismo, el lema debe poseer un mínimo de novedad, esto es, no haber sido utilizado en el mercado (Res. N° 1889-2007/TPI-INDECOPI, 25/09/2007).

¿Por qué se exige que el lema comercial sea susceptible de representación gráfica?

El requisito de ser susceptible de representación gráfica tiene sentido en relación a la función del lema como elemento que sirve para reforzar el carácter diferenciador de una marca (especialmente en el ámbito publicitario), cuestión que se ve reforzada por el hecho de que a diferencia del nombre comercial y de la marca, el lema se lo limita al lenguaje hablado o escrito (Res. N° 422-1998-TPI-INDECOPI, Precedente de Observancia Obligatoria, 25/04/1998).⁽⁷⁾

CASO PRÁCTICO DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA

LEMA COMERCIAL "NADIE VENDE MÁS BARATO QUE ELEKTRA"

- o INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL No. 74-IP-2001
- o Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 118° y 122° de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

- o TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, requiere el cumplimiento de determinados Requisitos para su intervención, estos son: a) Que, se requiera la interpretación prejudicial por un juez nacional (en este caso Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Civil Transitoria). b) El Tribunal Comunitario es competente para interpretar en vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina; y, c) Que, las citadas normas resulten pertinentes -a juicio del Tribunal Andino- para la resolución del litigio interno. Esta exigencia de la Comunidad responde a las exigencias de los artículos 32° y 33° del Tratado de Creación del Tribunal, y 125 del respectivo Estatuto.

La interpretación se plantea en razón de que ELEKTRA interpone demanda contencioso-administrativa, impugnando la resolución No. 386 2000 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual INDECOPI, dentro del trámite de registro del Lema Comercial "NADIE VENDE MAS BARATO QUE ELEKTRA".

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha considerado los siguientes hechos:

- o El 27 de abril de 1998 Elektra S.A solicitó el registro del Lema Comercial "NADIE VENDE MAS BARATO QUE ELEKTRA" para publicitar la marca ELEKTRA y logo.
- o La Oficina de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI-, mediante Resolución N° 1423-1999-OSD/INDECOPI del 8/Feb/1999, denegó de oficio el registro del lema comercial solicitado.
- o La sociedad actora interpuso recurso de apelación, emitiéndose la Resolución N° 386-

⁽⁷⁾ Tendencias Jurisprudenciales, Jurisprudencia del INDECOPI, Diálogo con la Jurisprudencia N° 149, Pág. 347.

2000/TPI-INDECOPI del 23/Mar/2000 por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual INDECOPI, Confi-
rmando la recurrida.

o Finalmente, el 12/Jun/2000, ELEKTRA inter-
pone demanda contencioso-administrativa
ante el Supremo Tribunal, solicitando la invali-
dez o ineficacia de ésta, y accesoriamen-
te que se le otorgue el registro del lema comercial
"NADIE VENDE MAS BARATO QUE ELEKTRA"

La entidad recurrente planteó como fundamen-
to de su demanda:

Manifiesta la accionante que el lema comercial
es original, novedoso y de fantasía, que es atrac-
tivo y curioso porque capta la atención de los
consumidores con una frase no utilizada por los
competidores; en suma el lema comercial soli-
citado encaja dentro del concepto de originali-
dad.

Indica que la distintividad del lema comercial
no se basa sólo en la presencia de la marca
Elektra, sino en todo el conjunto de los ele-
mentos gramaticales y literarios que confor-
man la frase "NADIE VENDE MAS BARATO
QUE ELEKTRA".

Señala además que el lema comercial para obte-
ner protección jurídica debe tener un mensaje
publicitario el que no necesariamente debe cum-
plir con el requisito de distintividad, porque ello
significaría reconocerle un nivel igual o similar a
la marca, cuando su carácter es accesorio.

Contestación de la demanda: Se expuso por el
INDECOPI y por el Procurador del Ministerio
que:

- El lema comercial solicitado constituye un sig-
no de carácter descriptivo en relación a la
comercialización de los productos distingui-
dos por la marca que pretende publicitar.
- La función de complementariedad que la
ley otorga al lema comercial respecto a la
marca, implica que éste debe ser capaz de
reforzar la distintividad de la marca que

publicita. Por ello, la distintividad no puede
basarse sólo en la presencia de la marca
registrada al interior de la frase publicitaria,
sino en el contenido intrínseco mismo.

- El lema comercial debe ser usado para darle
fuerza a la marca: esto es distinguir dentro
del mercado los productos o servicios produ-
cidos o comercializados por un agente, de los
productos o servicios idénticos o similares
de otro.
- Todo lema comercial debe consolidar la bue-
na reputación de la marca que publicita; por
ello no puede registrarse como lema comer-
cial cualquier frase simple que carezca de fan-
tasia y que únicamente se limite a alabar y
"transcribir al consumidor que distingue con la
marca que publicita".

Consideraciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

Decisión 344 "Artículo 118.- Los Países Miem-
bros podrán registrar como marca los lemas co-
merciales, de conformidad con sus respectivas le-
gislaciones nacionales. Se entiende por lema co-
mercial la palabra, frase o leyenda utilizada como
complemento de una marca".

Decisión 344 "Artículo 122.- Serán aplicables a
esta Sección, en lo pertinente, las disposiciones
relativas al Capítulo de marcas de la presente
Decisión"

El Tribunal al interpretar, observó:

Lema Comercial.- Este signo ha sido objeto
de regulación en las diferentes Decisiones que
han normado el régimen jurídico de la Comuni-
dad Andina. (Decisiones 311 y 313), que
establecían que el lema era complemento de una
marca, pero sin dejar de reconocerle el carác-
ter de signo distintivo, criterio mantenido en la
Decisión 344 y en la vigente Decisión 486 que
no introdujo reforma a esta institución.

El lema comercial es un signo distintivo, y al igual
que las marcas, que las denominaciones de ori-

gen o que el nombre comercial, buscan la protección general del consumidor para evitar que pueda ser inducido a error o caer en confusión.

Respecto de lema comercial la definición aportada por el autor Víctor Bentata reza lo siguiente: *"Los lemas (slogans) son tipos de marcas, extensiones prolongaciones de marcas destinadas a reforzar y realzar su publicidad. Son esencialmente utilizadas para la venta de los bienes de consumo masivo. La función del lema es la de coadyuvar a la creación de un "clima" o "atmósfera" de valorización..."*

El lema comercial como lo señala la Decisión 344 es complemento de la marca que acompaña, carácter accesorio, tal es así que la solicitud de registro de un lema comercial debe especificar la marca solicitada o registrada con la cual se usará el lema (Art. 119 de la Decisión 344). La función de complementariedad encomendada al lema comercial implica entonces que éste debe ser capaz de reforzar la distintividad de la marca que publicita; y es en razón de lo cual, debe gozar por sí mismo, de la distintividad requerida para cumplir dicha función.⁽⁸⁾

Respecto al carácter complementario, implica que su distintividad no puede basarse sólo en la presencia de la marca registrada al interior del mismo; y que tampoco podrán registrarse como lema comercial, las frases simples, comúnmente utilizadas para promocionar productos; las frases sin fantasía alguna que se limiten a alabar los productos o servicios distinguidos con la marca que se publicita; así como las frases genéricas y descriptivas en relación a los productos o servicios que la marca que publicite distinga.

En cuanto a la distintividad es la capacidad para distinguir productos o servicios en el mercado. Este requisito debe siempre estar presente en el

lema. Sobre este aspecto comenta Víctor Bentata:

"El lema, en cuanto marca, y por más débil que ésta sea, debe ser suficientemente distintivo a fin de calificar para su registro. No puede consistir en expresiones genéricas ni descriptivas, ya que ello privaría de la libertad de usarlas a los competidores. Aunque el margen de tolerancia de su distintividad sea grande, mal pudieran funcionar como marcas, expresiones necesarias. Si así no fuese, tampoco tendría el lema, en cuanto tal, la posibilidad de acción por infracción de terceros".⁽⁹⁾

La distintividad es la característica esencial y función primigenia que debe reunir todo signo en el mercado para ser susceptible de registro.

Asimismo, el lema debe poseer un mínimo de novedad, esto es, no haber sido utilizado en el mercado, aspecto que debemos tomar en cuenta, al apoyar la distintividad, en la presencia de la marca registrada, así nada es registrable sin un mínimo de capacidad de diferenciación"

Por ello es pertinente el comentario que al respecto formula Bentata cuando expresa: *"El lema es una cuasi - marca, sin llegar jamás a ser propiamente marca. Por ello su titularidad no es transferible sino con la marca misma.*

Por eso se requiere un mínimo de distintividad y no son registrables simples trivialidades o descripciones del producto o de función".

En tal sentido, se deberán aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino, para definir si el lema comercial *"NADIE VENDE MAS BARATO QUE ELEKTRA"* cumple con el requisito de distintividad que debe poseer todo signo distintivo para ser registrado, no con la exigencia que le es aplicada a las marcas, pero si determinando si posee un mínimo de distintividad. De esta manera para que un lema

⁽⁸⁾ PACHÓN M. «El Régimen Andino de la Propiedad Industrial» Pág. 301, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez 1995.

⁽⁹⁾ BENTATA, V. «Reconstrucción del Derecho Marcario» Pág. 230, Editorial Jurídica Venezolana 1994.

llegue a gozar del amparo que le confiere la propiedad industrial, debe ser capaz de distinguir los bienes respectivos (distintividad intrínseca) e igualmente debe poder distinguir dichos bienes de los demás en el mercado (distintividad extrínseca).

CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA:

1° Bajo el amparo de la Decisión 344 el lema comercial es un signo distintivo. Este al igual que las denominaciones de origen, las marcas o el nombre comercial buscan la protección general del consumidor para evitar que pueda ser inducido a error o caer en confusión.

2° Tal como lo reconoce la Decisión 344, el lema comercial es complemento de la marca que acompaña; carácter accesorio que adquiere en el desarrollo de las disposiciones que rigen la materia. Es así que la solicitud de registro de un lema comercial debe especificar la marca solicitada o registrada con la cual se usará (artículo 119° de la Decisión 344).

La función de complementariedad encomendada al lema comercial implica que éste debe ser capaz de reforzar la distintividad de la marca que publicita. Por tal razón, debe gozar en sí mismo de la distintividad requerida para cumplir dicha función.

3° Entre los requisitos que el lema comercial debe reunir, se encuentra la aptitud distintiva; e igualmente su carácter complementario, el cual implica que la distintividad no puede fundamentarse en la sola presencia dentro del lema de la marca registrada. Tampoco

podrán registrarse como lema comercial, las frases simples, comúnmente utilizadas para promocionar productos, ni las que carezcan de fantasía, como todos aquellos que se limiten a elogiar los productos o servicios distinguidos con la marca que se publicita, ni las frases genéricas o descriptivas en relación con los productos o servicios que la marca y el lema distinguen.

4° Finalmente, la Decisión 344 consagra la protección comunitaria andina de otros signos distintivos como el nombre, la enseña y el lema comercial a los que les es aplicable el requisito de distintividad para efectos de proteger al público consumidor de la posibilidad de confusión en la identificación y elección de productos y servicios.

CONCLUSIONES

1. Creemos que la verdadera razón de la exigencia de requisitos para la procedencia de la inscripción del Lema Comercial, es como lo señala Bentata, que el Lema no puede consistir en expresiones genéricas ni descriptivas, ya que ello privaría de la libertad de usarlas a los competidores; razón que no ha sido considerada por la Comunidad Andina en su Decisión 344.
2. La negativa de registro de un Lema Comercial, no impide la libre utilización del mismo por el solicitante, pero no le otorga ningún derecho preferente, pudiendo ser utilizado el lema por cualquier competidor sin limitación alguna, pero sí le otorga la seguridad que dicho lema no podrá ser registrado por ninguna otra marca.

DENOMINACIÓN DE ORIGEN PISCO

Nora Acevedo Velásquez *

Yamile Berrios Manzur *

«Las denominaciones de origen deben contar con el factor de "notoriedad" o "reputación", y conforme a la Organización Internacional de la Viña y el Vino (OIV), el Pisco tiene gran importancia para el sector vitivinícola pues constituye un valioso instrumento jurídico para el desarrollo de una economía...»

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

"Pisco" corresponde a un lugar geográfico que ha existido desde inicios de la Colonia con ese nombre, correspondiendo a una ciudad, un valle, un río, un puerto y una provincia en la costa sur del Perú.

Se entiende por denominación de origen, al nombre de un país, de una región o de un lugar determinado, que sea utilizado para designar a un producto originario de ellos, cuyas cualidades y características se deben exclusiva y esencialmente al medio geográfico, incluidos los factores naturales (geografía, clima, materia prima, etc.) y los factores humanos (mano de obra, arte, ingenio, tradición, etc.); según lo establece el Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro; y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

De acuerdo a los alcances de esta definición, podemos establecer algunas características o elementos mínimos que deben reunir las denominaciones de origen para que sean consideradas como tales; así tenemos:

Las denominaciones de origen deben contar con el factor de "notoriedad" o "reputación", y conforme a la Organización Internacional de la Viña y el Vino (OIV), el Pisco tiene gran importancia para el sector vitivinícola pues constituye un valioso instrumento jurídico para el desarrollo de una economía, ya que tiene por objeto la "promoción colectiva" garantizando calidad, procedencia y, en muchos casos, tradición e historia de productos que son fruto del íntimo vínculo entre grupos humanos y la tierra de donde provienen.

El Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), suscrito en el marco de la Organiza-

ción Mundial del Comercio, establece en la Sección III referida a las Indicaciones Geográficas, que *"los países deberán impedir la utilización de indicaciones que sugieran que un producto proviene de una región geográfica distinta de su verdadero origen, induciendo al público a error, e incluso, cualquier otro tipo de utilización que constituya un acto de competencia desleal"*, por lo que, las denominaciones de origen constituyen un mecanismo de defensa del consumidor y de la libre y leal competencia.

Tal como podemos apreciar, uno de los elementos indispensables para el reconocimiento de una Denominación de Origen y/o Indicación Geográfica es la pre-existencia de un referente geográfico que precisamente da origen a la denominación de un producto elaborado en ese determinado territorio. Es en este contexto que los países establecen el marco legal adecuado con la finalidad de impedir que la utilización de una designación o presentación de un producto indique que éste proviene de una región geográfica distinta de su verdadero lugar de origen.⁽¹⁾

Que, dentro de los límites de esta definición, en el caso específico de la D.O. Pisco: el Pisco se conoce como una denominación de origen, por ser la bebida tradicional del Perú desde tiempos de la Colonia española, y símbolo de la peruanidad.

Así el Perú cuenta ya con un Reglamento de la Denominación de Origen PISCO el cual reconoce, reserva y autoriza para los productos que

⁽¹⁾ Crónicas y Relaciones que se refieren al origen y virtudes del Pisco. Bebida tradicional y patrimonio cultural del Perú. Banco Latino 1990, Primera Edición, Lima: Al 07 de junio del 2011: http://www.piscoesperu.com/el_origen__parte_ii_.php

reúnan las características establecidas en el presente reglamento y normas aplicables; el uso de la Denominación de Origen Pisco definidas en el marco legal siguiente:⁽²⁾

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA D.O. PISCO

- Resolución Suprema N° 52, del 20 de abril de 1932, Limita el uso de la denominación aguardiente de uva y dispone el registro de etiquetas y aguardientes en la Sección Técnica de Vinos y Bebidas Alcohólicas.
- Decreto Supremo del 26 de setiembre de 1932, mediante el cual se establece la obligatoriedad de que en los actos oficiales de la Casa de Gobierno sólo se escancien vinos y licores nacionales.
- Resolución Ministerial del 20 de mayo de 1940, prohíbe al internación de alcoholes de caña a la zona vitivinícola del Pisco .
- Resolución Suprema N° 151 del 03 de abril de 1941, sobre el uso restringido de las denominaciones aguardiente de uva y cognac.
- Resolución Suprema N° 1207 del 20 de diciembre de 1946, sobre la determinación de las denominaciones de Pisco , Aguardiente de Uva, Cognac, etc.
- Resolución Ministerial del 12 de agosto de 1947, se ratifican las prohibiciones para emplear azúcar en la fabricación de chancaca, alcoholes, aguardientes, vinos, etc.
- Resolución Directoral N° 13 del 04 de marzo de 1950, señala fecha y plazos para la destilación de mostos, aguapies y lavados de orujo en la producción de aguardiente de uva.
- Decreto Supremo del 10 de junio de 1963, denominado Código Sanitario de Alimentos, donde se define la denominación PISCO como el producto obtenido por la destilación del mosto fermentado de uva.
- Ley N° 14729 del 25 de noviembre de 1963, esta Ley establece una tasa impositiva del 4% en el valor bruto de venta de las bebidas alcohólicas en el Perú, exceptúa al Pisco de dicho tributo como una forma de estimular su producción, establece que el pago del referido impuesto alcanza al alcohol de caña, vinos, licores, cerveza y cualquier tipo de bebida alcohólica y sus similares, I con excepción de vinos, y Pisco s de uva de producción nacional.
- Resolución Suprema N° 519-H del 26 de agosto de 1964, esta disposición establece el uso de signos visibles que facilitan el control del pago de impuestos que gravan la venta de bebidas alcohólicas.
- Resolución Jefatural N° 179 del 07 de abril de 1988, expedida por el Instituto Nacional de Cultura donde el término PISCO se declara Patrimonio Cultural de la Nación.
- Decreto Supremo N° 023-90 del 24 de julio de 1990, se reglamenta el reconocimiento de las denominaciones de origen a través del ITINTEC incorporándose el mencionado concepto a la legislación nacional.
- Resolución Directoral N° 072087-DIPI expedida por la Dirección de Propiedad In-

⁽²⁾ Fuente de información: <http://www.conapisco.org.pe/evolucion.htm> Al 09 de junio del 2011.

dustrial del ITINTEC con fecha 12 de diciembre de 1990, declara que la denominación PISCO es una denominación de origen peruana, para los productos obtenidos por la destilación de vinos derivados de la fermentación de uvas frescas, en la costa de los departamentos de Lima, Ica, Arequipa, Moquegua, y los valles de Locumba, Sama y Caplina en el departamento de Tacna.

- Decreto Supremo N° 001-91-ICTI/IND del 16 enero de 1991, se reconoció oficialmente al Pisco como denominación de origen Peruano, para los productos obtenidos por la destilación de vinos derivados de la fermentación de uvas frescas, en la costa de los departamentos de Lima, Ica Arequipa, Moquegua y los valles de Locumba, Sama, y Caplina en el Departamento de Tacna.
- Ley N° 26426 del 03 de enero de 1995, dictan disposiciones referidas a la producción y comercialización de bebida alcohólica nacional.
- Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823, de 23 de abril de 1996, incluye en la legislación peruana los conceptos contemplados en la definición de denominación de origen contenida en el "Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de Denominaciones de Origen y su Registro Internacional" de la OMPI.
- Decisión 486, de la Comisión de la Comunidad Andina de 14 de septiembre del 2000, mediante la que se aprueba el "Régimen Común sobre Propiedad Industrial". Norma Técnica (NTP 211.001.2002 Bebidas Alcohólicas. Pisco. Requisitos) del 6 de noviembre de 2002, precisa el grado

alcohólico volumétrico del Pisco que puede variar entre 38 y 48 grados y clasifica los tres tipos de pisco que pueden ser producidos: Pisco Puro, Mosto Verde, y Acholado. Asimismo clasifica las uvas pisqueras: aromáticas: Italia, Moscatel, Albilla y Torontel. No aromáticas: Quebranta, Mollar, Negra, Corriente y Uvina.

¿POR QUÉ PISCO SE UBICA COMO UNA DENOMINACIÓN DE ORIGEN? BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Martha Hildebrandt, define al Pisco como "el aguardiente de uva elaborado tradicionalmente en el Departamento de Ica (Perú) y exportado por su Puerto de Pisco"⁽³⁾ (cuyo nombre parece venir a su vez del quechua: *piskko*, "ave"). La misma autora, señala que "a principios del siglo XVII el Diario de Lima, testimonia la importancia del Pisco como Puerto de salida de los productos vinícolas del sur del Perú. Así el 02 de marzo de 1630, el cronista anota que al llegar al Callao un barco que venía cargado de Pisco por cuenta de diferentes personas, con 3,700 litros de vino; varó en tierra y se perdió todo el vino y el navío.

En 1787 se menciona el nombre del Puerto de Pisco, usado en referencia al aguardiente de uva, en la obra de Terralla, dice el Romance XIII:

"Verás mil tranquilidades
mas no las del sosiego
sino de espíritu puro
de la uva de Pisco nieta"

El término "Pisco" se ubica como una denominación de origen exclusivamente peruana, **por-**

⁽³⁾ CABRERA MINAYA, Susana A. «Protección Jurídica de la denominación de origen» (El caso del Pisco Peruano). 1988

que corresponde a un lugar geográfico que ha existido desde inicios de la Colonia con ese nombre, correspondiendo a una ciudad, un valle, un río, un puerto y una provincia en la costa sur del Perú.

Asimismo, merece destacarse que desde el punto de vista de las disposiciones legales que regulan la demarcación política del Perú, el Distrito de Pisco existe como tal desde que el Perú se constituyó como República independiente en 1821, y que el mismo fue elevado a la categoría de Provincia mediante Ley del Congreso, de 13 de octubre de 1900, publicada en el diario oficial "El Peruano", el 30 de octubre de 1900.

En segundo lugar, **porque la extracción, recolección y posterior fabricación y elaboración de esta bebida se realiza a través de un proceso productivo exclusivo de la técnica peruana desarrollado y difundido en las regiones productoras.**

Además, **porque la uva utilizada en su elaboración se debe al clima templado y a la formación tectónica del suelo, propio de la provincia de Pisco, que se extiende a los valles de los departamentos de Lima, Ica, Arequipa, Moquegua y algunos valles del Departamento de Tacna** donde existen condiciones similares. Por otro lado, la reputación del Pisco también tiene neto origen peruano, remontándose al siglo XVII y continuando hasta la fecha.

Como se ha podido comprobar, la exportación del aguardiente de uva peruano, se efectuaban por mar a distintos puntos de la Colonia, a través del puerto de Pisco. Sin embargo, también **existe otro detalle importante y es que el aguardiente peruano era almacenado en las famosas "botijas de arcilla" elaboradas ancestralmente en dicha región y que coincidentemente se denominaban "Piskos"**. Estos dos elementos fundamentales acreditan de qué manera se selló el producto y su nombre.

En el siglo XVI llegó la uva al Perú desde las Islas Canarias, traída por el Marqués Francisco de Caravantes. Cronistas de la época señalan que fue en la hacienda Marcahuasi, en el Cuzco, donde se produjo la primera vinificación en Sudamérica. Asimismo, cuentan que Mateo Atiquipa fue el primer enólogo americano. Sin embargo, fue en los valles de Ica que esos cultivos se expandieron ampliamente debido a las propicias condiciones climáticas del lugar razón por la cual es en esta zona donde se desarrolló con gran fuerza la industria de vinos.

Desde mediados del siglo XVI (1574), los españoles comenzaron a utilizar el nombre Pisco para designar el nombre de un río, un poblado y un puerto, el mismo que fue una de las principales vías que servían al comercio regional en tanto era punto de embarque de guano y de los envíos de cargamento de plata hacia España.

Tal fue el éxito de la explotación de la vid en tierras peruanas, que se comenzó a exportar vino desde el Virreinato del Perú hacia España, lo que motivó que los productores peninsulares gestionaran ante Felipe II la prohibición de este comercio a fin de evitar una peligrosa competencia, lo que se concretó en 1614. Como consecuencia de esta restricción, los monjes hacendados costeños intensificaron la producción del aguardiente de uva peruano, producto que rápidamente se convirtió en una bebida popular por sus características muy propias, sobre todo entre los viajeros de la región.

Las primeras noticias que se tienen en el Perú acerca de la elaboración de aguardiente de uva, se remontan a inicios del siglo XVII. El renombrado historiador peruano Lorenzo Huertas refiere al respecto: "*Hemos encontrado un documento de 1613 que indica la elaboración de aguardiente (de uva) en Ica. Esa sería una de las fechas más antiguas que hablan acerca de la elaboración de aguardiente no sólo en el Perú, sino en América*". El documento al que alu-

de Huertas es el testamento del Pedro Manuel, el griego, morador de la ciudad de Ica, quien en esa postrimería voluntad indica tener entre sus bienes, además de una esclava criolla *"treinta tinajas de vurney llenas de aguardiente, más un barril lleno de aguardiente que terna treinta botixuelas de la dicha aguardiente. Más una caldera grande de cobre de sacar aguardiente, con su tapa de cañón. Dos pultayas la una con que pasa el caño y la otra sana que es menor que la primera."* Esta es la información más antigua que se ha encontrado en el Perú acerca del aguardiente. Pero téngase en cuenta- señala Huertas- que, si bien en 1613 se firmó el testamento, esos instrumentos de producción existieron muchos antes. (Trabajo de Investigación realizado por el Dr. Lorenzo Huertas Vallejos, Producción de Vinos y sus derivados en Ica, Siglos XVI y XVII, Lima, 1988.)

Otro ejemplo destacado con explícitas referencias al origen y el prestigio del Pisco aparece en el centenario *"Boletín de la Guerra del Pacífico"* publicado en 1980 por la Editorial Andrés Bello de Santiago. En dicho boletín los militares chilenos que participaron en la ocupación de las localidades peruanas de Ica y Pisco consiguen textualmente lo siguiente:

"... sus principales casas son destinadas a bodegas para guardar los cancos (botijas) del afamado aguardiente que ha tomado el nombre del puerto. (...) La ciudad de Ica es un pueblo de siete a ocho mil habitantes, está rodeada de chacaras dedicadas especialmente al cultivo de viñas que producen el famoso Pisco. (...) Las tropas de ocupación se alimentan espléndidamente: buenas verduras, abundante carne, pan fresco, una copa de pisco al almuerzo y otra de vino a la comida y, sobre todo, sandías riquísimas, en abundancia, que es el manjar predilecto de nuestros rotos." (Informe del Coronel José Domingo Arrunátegui. Boletín de la Guerra del Pacífico, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1980).

Según la legislación peruana, las denominaciones de origen son propiedad del Estado y éste

concede autorizaciones para su uso.

¿Cómo obtener la Autorización de Uso de la Denominación de Origen Pisco?

Dentro del marco legal de la Decisión 486 y de la Ley de Propiedad Industrial, los requisitos son los siguientes:

- Solicitud dirigida a la Dirección de Signos Distintivos (INDECOPI) por Persona Natural o Jurídica.
- Indicación del Tipo de Pisco y variedad de uvas pisqueras (para Pisco Acholado: precisar el proceso mediante el cual lo obtiene).
- Indicación expresa de la Zona Geográfica autorizada (de la zona de cultivo).
- Indicación precisa de la ubicación de la Bodega y nombre del propietario.
- Métodos Tradicionales.
- Cumplimiento con NTP 211.001-2002 (obtener la Certificación del Pisco según la Norma Técnica Peruana): Bebidas alcohólicas extracción de muestras.

Es necesario destacar que hasta la fecha ningún país ha registrado a nivel internacional -en el ámbito del Acuerdo de Lisboa- la denominación de origen Pisco. En el marco multilateral de la OMS, se viene negociando el establecimiento de un "Sistema Multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosas", proceso en el cual el Perú viene participando activamente. Sin embargo, sí existe registrada en algunos países la palabra Pisco como "marca", lo que resulta contrario a las normas internacionales vigentes que establecen claramente que una denominación de origen no puede, en ningún caso, ser registrado como marca.

La indicación geográfica de la Denominación

de origen Pisco podemos delimitarla en zonas de producción de Pisco:

Zonas de Producción de Pisco:⁽⁴⁾

En el territorio peruano se reconocen como únicas zonas productoras de este licor, la costa de las regiones de Lima, Ica al cual pertenece el Valle de Pisco, Arequipa, Moquegua, así como los valles de Caplina, Locumba y Sama de la región Tacna.

En la costa del Perú se ubican un valle, un río, un puerto y una ciudad llamados ancestralmente Pisco. Estas localidades figuraban ya en los primeros mapas que sobre el Perú realizó Diego Méndez en 1574.

A mediados del siglo XIX en el Perú había sembradas alrededor de 150 mil hectáreas de vid destinadas a la producción de pisco. Este nivel de producción fue disminuyendo paulatinamente hasta llegar a las 11.500 hectáreas cultivadas en el año 2002, por falta de incentivos y sustitución de cultivos por otros más rentables a corto plazo.

Habiéndose constatado la decadencia de este cultivo prácticamente ancestral, que tiene cuatro siglos y medio de práctica, y deseando recuperar paulatinamente los anteriores niveles de producción, a principios de 2003, el Gobierno peruano decidió promocionar el incremento de las áreas de cultivo y su exportación, dictando medidas especiales para cumplir este objetivo.

Paralelamente, se emitieron dispositivos legales específicos y estrictos a fin de que los productores alcancen un alto nivel de calidad, descalificando a aquellos que no reúnan los requisitos indispensables requeridos para obtener

un licor de primera categoría, impidiéndoles incluso su exportación etiquetada como pisco. Las hectáreas sembradas producen unos 800.000 litros de Pisco al año. En el año 2007 los principales destinos de exportación del Pisco son: Estados Unidos, Francia, España, Alemania, Canadá, Colombia, México, Argentina, Australia, República Checa.

Diferencia del Pisco con otros aguardientes

Cinco características fundamentales distinguen a los auténticos Piscos de los aguardientes de uva elaborados en otros países. Estas diferencias no pretenden, en lo absoluto, prejuzgar la calidad de dichos aguardientes, sino únicamente destacar las diferencias objetivas que existen.⁽⁵⁾

La variedad de uva utilizada como materia prima: Una de las grandes diferencias entre el auténtico Pisco y los aguardientes de uva extranjeros es que los insumos utilizados en su elaboración -artesanal e industrial- no se limitan a las variedades de uva aromática tipo moscatel. En realidad el énfasis está puesto, como debe ser, en el sabor y no en el aroma. Por ello las variedades de uva más usadas son la Quebranta (mutación propia del Perú) y, en menor cuantía, la Negra Corriente y la Mollar, variedades no aromáticas.

La no rectificación de los vapores: El proceso de destilación empleado para la elaboración del Pisco se efectúa en alambiques o falcas de funcionamiento discontinuo y no en alambiques continuos. Ello con el objeto de evitar que se eliminen muchos elementos constitutivos del verdadero Pisco al rectificarse los vapores producidos al momento de su destilación.

⁽⁴⁾ Información obtenida al 09 de junio del 2011: <http://www.conapisco.org.pe/elaboracion.htm>

⁽⁵⁾ Fuente Embajada del Perú en EE.UU.: <http://www.conapisco.org.pe/diferencia.htm>: al 09 de junio del 2011.

El tiempo entre la fermentación de los mostos y el proceso de destilación:

Conforme a la definición del Pisco, éste proviene de la destilación de caldos o mostos "frescos" es decir recientemente fermentados. El tipo de procesamiento evita que el caldo o mosto de uva fermentado permanezca durante muchos meses antes de ser destilado o que se utilicen vinos hechos. Actualmente en el Perú los alambiques para la elaboración de Pisco deben cumplir con los requisitos establecidos por la Comisión de Supervisión de normas técnicas, metrología, control de calidad y restricciones para-arancelarias del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

No tiene ningún agregado: En el Perú, el proceso de destilación no se paraliza sino hasta el momento en que se haya obtenido el Pisco a nivel alcohólico de 420 ó 430 grados Gay-Lusac promedio. No se agrega agua destilada o tratada con la finalidad que no pierda su cuerpo, color y demás características que lo distinguen.

Proceso de obtención del contenido alcohólico:

Al iniciarse la destilación de los mostos frescos la riqueza alcohólica del producto destilado es alta, llegando aproximadamente a 750 grados Gay-Lusac. Conforme se prolonga el proceso, el grado alcohólico va disminuyendo, permitiendo, de esta manera, que otros elementos que constituyen el Pisco se vayan integrando al destilado. De acuerdo a la pericia y la tradición del pisquero peruano esta operación se prolonga hasta que el nivel alcohólico ha bajado a 42° ó 43° en promedio, pudiendo bajarse hasta 38 grados Gay-Lusac.

¿Cuál es la situación actual del reconocimiento de la denominación de

origen Pisco en el Mundo?

Existen diversos tipos de reconocimientos a la Denominación de Origen Pisco. En la actualidad, el Perú cuenta reconocimientos a nivel exclusivo en una serie de países andinos, algunos países de Centroamérica, Cuba, República Dominicana, además el Perú se ha adherido al Arreglo de Lisboa que cuenta con algo más de 20 países. Algunos de los países europeos que están en el Arreglo de Lisboa han reconocido parcialmente la denominación para el Perú porque previamente habían reconocido también a Chile esta denominación; recientemente se han logrado algunos otros reconocimientos exclusivos para el Perú como en Laos, Tailandia, Israel o Viet Nam, así como en Costa Rica, que ha ratificado una decisión de 1999. Ese año Costa Rica había reconocido la Denominación de Origen Pisco exclusivamente para Perú pero debió realizarse un proceso legal porque Chile negoció un acuerdo de libre comercio y reclamaba que también se le reconociera la Denominación de Origen. La autoridad de propiedad intelectual, después de un largo análisis, dictaminó hace poco que la Denominación de Origen Pisco en Costa Rica debe ser reconocida exclusivamente para el Perú por la precedencia del registro y su preeminencia frente al Tratado de Libre Comercio firmado entre Chile y Costa Rica.

Situación de la denominación de origen Pisco ante la OMPI - Arreglo de Lisboa:⁽⁶⁾

En la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el arreglo que trata el tema de las denominaciones de origen se llama Arreglo de Lisboa. Éste es uno de los múltiples tratados que la OMPI administra. Chile no es miembro del Arreglo de Lisboa.

En la OMPI la Denominación de Origen Pis-

⁽⁶⁾ Información extraída de la entrevista en el año 2007 a Gonzalo Gutiérrez Reinol es autor de «*El Pisco: apuntes para la defensa internacional de la denominación de origen peruana*» (2003). Entrevista realizada en Octubre de 2007. Al 09 de junio del 2011: <http://www.conapisco.org.pe/deno-entrevista.htm>

co está registrada como peruana, solo los países que son al mismo tiempo miembros del Arreglo de Lisboa y de la Unión Europea reconocen parcialmente la denominación al Perú, es decir que se la reconocen al Perú pero también a Chile, pero el resto de países de la OMPI la reconocen como una Denominación de Origen exclusivamente peruana.

El reconocimiento parcial de algunos países se debe a que Chile negoció con la Unión Europea un Tratado de Libre Comercio en el cual se reconoció al Pisco como denominación de ese país, pero sin perjuicio de los derechos que correspondían a Perú.

Cuando Chile y la Unión Europea concluyeron su negociación, ambos países comunicaron oficialmente al Perú que este reconocimiento incorporado al tratado chileno-europeo es sin perjuicio de los derechos del Perú, vale decir el Perú sigue teniendo la potestad de reconocer, registrar, exportar y comerciar el Pisco en la Unión Europea.

Al menos una treintena de países reconocen la exclusividad de la Denominación de Origen Pisco al Perú. Chile, en cambio, no ha logrado ningún reconocimiento exclusivo.

El Perú puede exportar Pisco a todos los países del mundo excepto a uno: a Chile. Con la Denominación de Origen Pisco el único país en el mundo al que no podemos exportar es Chile porque tiene una norma interna que dice que la Denominación de Origen Pisco sólo puede ser utilizada por los aguardientes producidos en la tercera y cuarta región de ese país. Contrariamente nosotros en el Perú también tenemos una ley aprobada en el año 1994 que prohíbe la importación de cualquier país de un licor o producto que lleve la denominación Pisco.

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PISCO

El Perú está trabajando bilateralmente en diversos mercados para lograr el reconocimiento de la denominación; pero no en base a argumentos comerciales sino en base a la presentación de nuestros argumentos históricos, jurídicos y geográficos que acreditan la auténtica propiedad de la denominación. Diversos países han reconocido que efectivamente los títulos que presenta el Perú en lo que se refiere al origen de la denominación, al modo de producción o a los tipos de Pisco, son argumentos legítimos que permiten el registro para nuestro país de esta denominación.

Sabemos que en países como Tailandia o Laos, el Pisco es el primer producto que se reconoce como denominación de origen extranjera. El Perú ha sido el pionero, el innovador, en solicitar registro de una denominación de origen para el Pisco. *"La Cancillería viene trabajando en esos esfuerzos muy cercanamente con tres otras entidades públicas: el Ministerio de Comercio Exterior, el Ministerio de Producción e Indecopi, que son claves en el proceso de reconocimiento y de protección de la denominación; pero también con la CONAPISCO, el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Pisco y las empresas privadas, porque finalmente éste es un esfuerzo del Estado que tiene que ser seguido por los empresarios peruanos en la colocación de sus productos en los mercados. Por ejemplo, ya hay una consistente exportación de Pisco a Tailandia: nosotros conseguimos el registro de la denominación, pero ya un importante productor peruano está aprovechando este reconocimiento para exportar de manera consistente a Tailandia. Ese esfuerzo tiene que ser el inicio de un proceso continuado por los productores nacionales para ir poco a poco penetrando en los mercados de todo el mundo".⁽⁷⁾*

⁽⁷⁾Idem.

Otras instancias legales que el Perú podría plantear una demanda en el futuro:⁽⁸⁾

La única instancia que podría conocer un caso sobre la denominación de origen es la Organización Mundial del Comercio (OMC). El Acuerdo de Propiedad Intelectual en la OMC podría eventualmente recibir a través del mecanismo de solución de controversias una diferencia sobre esto, pero para que eso tenga efecto es necesario previamente que haya un registro de indicaciones geográficas, que es la categoría que reconoce la OMC y ese esfuerzo del registro de indicaciones geográficas en Ginebra, hace más de 12 ó 13 años que está pendiente de realizarse. La OMC no ha tomado la decisión de abordar este registro y mientras este registro no exista es muy poco probable que podamos llegar a un proceso de solución de controversias en esa organización.

El origen peruano de la denominación Pisco ha sido ampliamente reconocido a nivel internacional. Por ejemplo, se puede citar del Diccionario de la Lengua Española, que en su última edición, define al Pisco como "aguardiente fabricado originalmente el Pisco, lugar peruano". Del mismo modo, la Enciclopedia Británica define la palabra Pisco como "ciudad, Ica, sudoeste del Perú... conocida por su brandy hecho de uvas moscatel".

A modo de conclusión citamos el comentario del señor Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores, Embajador Gonzalo Gutiérrez Reinel,⁽⁹⁾ sobre la Denominación de Origen Pisco: "*Únicamente hay un Pisco porque sólo un producto en el mundo cumple con las características que la Denominación de Origen reclama para un bien de este tipo. Para que un*

producto tenga una Denominación de Origen según la definición del Arreglo de Lisboa de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, tiene que ser elaborado de una manera distintiva con un modo de producción y una interacción entre el hombre y la tierra muy particular. Además el producto toma el nombre del lugar donde se elabora. En el caso del Pisco existe únicamente un lugar denominado Pisco en el mundo en el cual se elabora de un modo particular este licor tan fino, con unas características climáticas y de modo de producción específicas, y ese lugar se encuentra en el Perú.

Mucha gente ha señalado que en el año de 1931, se creó en Chile una localidad con el nombre de Pisco-Elqui y que esto supuestamente legitimaría el uso de esa denominación. El punto es que la creación de esta ciudad y el cambio de nombre de esta ciudad, que antes se llamaba "La Unión", ocurrió cinco años después de que en Chile supuestamente protegieron la denominación para el licor. Esto demuestra que simplemente fue una alternativa administrativa para legitimar una norma que había sido tomada con antelación. En el caso de Perú, la denominación de la ciudad de Pisco viene desde la época precolonial, antes de la llegada de los españoles, la zona ya se denominaba Pisco, por eso es que es redundante decir Pisco peruano, el Pisco tiene que ser peruano".

Por otro lado recordemos: el Día del Pisco y del Pisco Sour: El cuarto domingo del mes de julio, fue instituido como el Día del Pisco en el Perú, por Resolución Ministerial N° 055-99-ITINCI/DM del 6 de mayo de 1999.

También se ha institucionalizado el Día del Pisco Sour que se celebra el primer sábado del mes de febrero, según lo dicta la Resolución Ministerial N° 161-2004-PRODUCE del 22 de abril de 2004.

(8) (9) Idem.

"CONSIDERACIONES RELEVANTES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE MARCAS NOTORIAS EN EL PERÚ CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN N° 1283-2010/TPI-INDECOPI

Nidia Valdivia Bermejo *

Dante Torres Valverde *

«...la relevancia e importancia de la protección a la cual pueden acceder las marcas más conocidas y relevantes existentes en nuestro país al otorgársele dicha calidad de «Marca Notoria», a efecto de tener la protección especial que dicha calidad les brinda frente a la pretensión de la inscripción de otras marcas cuyo denominación sea idéntica o similar...»

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

La Sala del Tribunal de la Propiedad Intelectual de INDECOPI emitió la Resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI, de fecha 09 de junio del año 2010, la misma que resolvió en segunda y última instancia administrativa la solicitud de inscripción de la denominación Gloria, realizada por la Distribuidora Rances S.A.C., para distinguir juguetes de la clase 28 de la nomenclatura oficial.

Dicha Resolución, a nuestro parecer, establece un precedente relevante relacionado con la inscripción de marcas en el Perú, todo ello a mérito de la calificación de «*Marca Notoria*» que la Sala Especial del Tribunal de INDECOPI le otorga a la marca GLORIA, con todos los beneficios que ello implica a favor de Gloria S.A. en oposición a la solicitud de inscripción de la nomenclatura Gloria realizada por la Distribuidora Rances S.A.C, a pesar de tratarse de la comercialización de productos de diferente índole y que no guardan mayor relación entre ambas marcas. Dicha calificación de «*Marca Notoria*» resulta el sustento relevante en la posición final que asume el Tribunal de INDECOPI para denegar la inscripción de la marca Gloria solicitada, como marca general, en beneficio de la «*Marca Notoria*» Gloria, estableciendo la posibilidad que de prosperar la inscripción de la primera se produzca la Dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la «*Marca Notoria*», lo cual se ocasionaría un perjuicio a la segunda, la cual se busca proteger.

Por tal motivo nos parece importante analizar y comentar lo resuelto por el Tribunal en la resolución mencionada y el precedente que este acto implica para la futura inscripción de marcas en el Perú.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de abril de 2007, Distribuidora Rances S.A.C. (Perú) solicitó el registro de la marca de producto constituida por la denominación GLORIA escrita en letras características (sin reivindicar colores), conforme al modelo, para distinguir juguetes, de la clase 28 de la Nomenclatura Oficial.
2. Con fecha 9 de julio de 2007, Gloria S.A. formuló oposición al registro del signo solicitado. Señalando que es el titular de diversas marcas registradas que distinguen leche, yogur y productos lácteos, entre otros productos, de la clase 29 de la Nomenclatura Oficial, dentro de las cuales se encuentra la marca GLORIA que goza de la calidad de marca notoriamente conocida.
3. Mediante Resolución N° 16846-2007/OSD-INDECOPI de fecha 10 de octubre de 2007, la oficina de signos distintivos declaró infundada la oposición y ordenó el registro del signo solicitado sustentándose en que la opositora Gloria S.A no había cumplido con probar la notoriedad de la marca, que no existe vinculación entre los productos de ambas marcas y que el signo es registrable y ordena la inscripción de la marca Gloria.
4. Con fecha 29 de Octubre de 2007 Gloria S.A. presenta recurso de Reconsideración adjuntando diversos medios de prueba fin de acreditar la notoriedad de la Marca Gloria.
5. Mediante Resolución N° 1469-2009/CSD-INDECOPI, de fecha 12 de junio de 2009, la Comisión de Signos Distintivos declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto. Consideró que los medios probatorios presentados por la opositora no han desvirtuado los argumentos de la resolución recurrida.
6. Con fecha 16 de julio de 2008, Gloria S.A. interpuso recurso de apelación reiterando sus argumentos respecto a que: i) la marca GLORIA goza de la calidad de notoriamente conocida, tal como lo acredita con los documentos que adjunta; ii) el signo solicitado es confundible con la marca notoria GLORIA y; iii) los productos de la clase 28 de la Nomenclatura Oficial que el signo solicitado pretende distinguir son productos que se utilizan en el merchandising de los productos de la clase 29 de la Nomenclatura Oficial. Precisó que la Comisión no ha tenido en consideración hechos evidentes del propio mercado y el carácter público de una historia de éxito, la cual se ini-

ció el 5 de febrero de 1941.

7. Con fecha 26 de noviembre de 2009, Gloria S.A. adjuntó nuevos medios probatorios a fin de acreditar la notoriedad de la marca GLORIA.
8. Con fecha de fecha 09 de junio del año 2010, la Sala del Tribunal de la Propiedad Intelectual de INDECOPI emitió la Resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI, mediante la cual concluye que el registro del signo solicitado por la Distribuidora Rances SAC es susceptible de provocar la dilución de la fuerza distintiva de la marca notoria Gloria sustento de la denegatoria, así como se daría un aprovechamiento injusto del prestigio de la misma, por lo que se encuentra incurso en la prohibición prevista en el artículo 136 inciso h) de la Decisión 486, no correspondiendo acceder al registro solicitado y resuelve REVOCAR la Resolución N° 1469-2009/CSD-INDECOPI de fecha 12 de junio de 2009 y, por sus efectos, la Resolución N° 16846-2007/OSD-INDECOPI de fecha 10 de octubre de 2007. En consecuencia, DENIEGA el registro de la marca de producto constituida por la denominación GLORIA escrita en letras características (sin reivindicar colores), conforme al modelo, solicitado por Distribuidora Rances S.A.C, además se reconoce a GLORIA como «Marca Notoria».⁽¹⁾

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

La resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI emitida por el Tribunal del INDECOPI, marca un precedente importante en cuanto a la inscripción de marcas notorias en el Perú, pues nos permite establecer la relevancia e importancia de la protección a la cual pueden acceder las marcas más conocidas y relevantes existentes en nuestro país al otorgársele dicha calidad de «*Marca Notoria*», a

efecto de tener la protección especial que dicha calidad les brinda frente a la pretensión de la inscripción de otras marcas cuyo denominación sea idéntica o similar, ya sea en el Perú o en los países miembros de la Comunidad Andina y que en cierta manera pueda causar un desmedro en la calidad y el prestigio de la misma a través de la dilución.

Como se puede advertir del contenido de la resolución en análisis, la Sala especial del Tribunal del INDECOPI, en base a las pruebas aportadas durante el proceso por la Empresa Gloria S. A., quien fue la opositora a la inscripción solicita por Distribuidora Rances SAC, llegó a establecer que la marca GLORIA tiene la calidad de «*Marca Notoria*», tomando en cuenta lo establecido en los artículos 228 y 230 de la Decisión N° 486 de la Comunidad Andina, que es la norma de carácter vinculante que regula la inscripción de marcas y signos distintivos en los países miembros de dicha comunidad entre los que se encuentra el Perú, y que establecen los factores que deben ser tomados en cuenta por los países miembros de la Comunidad Andina para considerar la notoriedad de un signo distintivo.

Al respecto hay que señalar que al obtener una determinada marca, la calidad de «*Marca Notoria*» le confiere desde ya un trato y protección especial sobre las demás marcas, esto teniendo en cuenta su importancia, la cual se desprende del concepto que se le da a la «*Marca Notoria*» tal como lo advierte Ricardo Camacho G.,⁽²⁾ al señalar: «**Por marca Notoria se entiende a aquella que es conocida por la mayor parte del sector pertinente del público consumidor del producto o servicio que se distinga con ella, debido a la reputación adquirida por uso y difusión**», así como lo señalado por el Tribunal de INDECOPI, en la resolución materia de análisis, al hacer referencia a Jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la

⁽¹⁾ Resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI, Sala de propiedad Intelectual del tribunal de INDECOPI. Por razones de espacio se ha extraído solamente la parte más importante de la resolución en mención.

⁽²⁾ Ricardo Camacho G., La marca Notoria, Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información, http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001560_notorias.pdf

Comunidad Andina en el Proceso 12-IP-20052 que señala lo siguiente: **«Se entiende como marca notoriamente conocida aquella que goza de gran difusión entre el público consumidor de la clase de producto o servicio de que se trate, se ubica en un nivel superior al que logran llegar pocas marcas por sus cualidades especiales, que les permite obtener un alto grado de aceptación por parte del público consumidor»**, así mismo, en el Proceso 06-IP-20093, ha señalado que:

«Este Tribunal caracteriza a la marca notoria como aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida entre dicho grupo». Por lo tanto la calificación de una marca como notoriamente conocida constituye la base jurídica para otorgar a un signo un reconocimiento especial dentro del sistema de marcas nacional: protección privilegiada frente a los principios de inscripción registral y territorialidad.

Cabe resaltar, como se desprende de la lectura de la resolución en análisis, que el hecho de que la Sala Especial del Tribunal de INDECOPI calificara a la marca Gloria, de Gloria S.A. como «Marca Notoria» terminó siendo el sustento para poder resolver la denegatoria de la inscripción de la marca Gloria solicitada por Distribuidora Rances SAC, pues consideró que su posible inscripción era susceptible de provocar la dilución de la fuerza distintiva de la marca notoria, tal y como lo señala textualmente la resolución en estudio al señalar:

«La figura jurídica de la Dilución acoge un supuesto excepcional de protección en el derecho de marcas, en virtud del cual se procura evitar que la asociación marca-pro-

ducto o marca-servicio se rompa debido a la utilización por parte de terceros del mismo signo o de uno muy similar para productos o servicios de distinta naturaleza»,⁽³⁾ y que en el caso concreto está referida a la marca «GLORIA», de Gloria S.A., así como generaría un aprovechamiento injusto del prestigio de la misma por parte de la empresa solicitante, pues se beneficiaría del prestigio de la marca notoria por lo que consideró que dicho hecho se encontró incurso en la prohibición prevista en el artículo 136 inciso h) de la Decisión 486, todo ello debido a la protección que la doctrina y la jurisprudencia emitida por el mismo tribunal en casos similares le otorgan a las «marcas notorias», conforme lo podemos apreciar de lo señalado por Manlio Bassino Pinasco⁽⁴⁾ y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso N° 114-IP-2005,⁽⁵⁾ que señala **« La protección de la marca notoriamente conocida otorga un tratamiento especial que no tienen las marcas comunes, pero esto no significa que la notoriedad surja del signo por si sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que, precisamente, le han dado tal característica»**. De ahí que la notoriedad de una marca se encuentre regulada por la Decisión 486, confiriéndole esta norma un tratamiento especialmente previsto en un título específico: **Título XIII «De los signos notoriamente conocidos»**.

Esto teniendo en cuenta que el artículo 136 inciso h) de la Decisión 486 establece que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando constituyan su reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el sig-

⁽³⁾ Resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI, Sala de propiedad Intelectual del tribunal de INDECOPI.

⁽⁴⁾ Abogado, integrante del Estudio Echeconpar y asesor externo de Gloria S.A., Análisis y Crítica Jurisprudencial, «Gloria la Marca Notoriamente Conocida», Jurisprudencia del INDECOPI, Pág. 384.

⁽⁵⁾ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1258 del 31 de octubre de 2005

no, cuando su uso fuese susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con ese tercero o con sus productos o servicios; un aprovechamiento injusto del prestigio del signo; o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario, lo cual es concordante con lo señalado el Precedente de Observancia Obligatoria,⁽⁶⁾ publicado en el diario «El Peruano» que regula los criterios a evaluarse para determinar si una marca tiene la calidad de notoriamente conocida, así como la aplicación del Art. 136 de la Decisión 486, teniendo como aspectos más resaltantes los siguientes: **a) La notoriedad de una marca debe ser acreditada en el expediente en el que se invoca por quien alega la notoriedad; b) Las marcas cuya notoriedad se acredite deben gozar de una protección más amplia que las marcas comunes, por lo que los criterios para evaluar la confusión deben aplicarse de manera más estricta; c) La marca notoria rompe los principios de especialidad y territorialidad; d) La figura de la dilución marcaria debe aplicarse no sólo a las marcas 'renombradas' sino también a aquellas reconocidas como 'notorias'; e) Si un tercero aplica una marca notoria a sus propios productos o servicios está aprovechándose indebidamente del prestigio de la marca notoria.**

Además conviene señalar, que si bien es cierto la resolución del Tribunal llega a determinar que entre ambas marcas no existe conexión alguna que produzca confusión sobre los productos que se comercian o producen, pues recordemos que la marca notoria GLORIA, de Gloria S.A, produce productos lácteos generalmente y la marca que se pretendió inscribir de Distribuidora Rances SAC está destinada a la producción de juguetes y por lo tanto no afectaría el principio de especialidad que protege las marcas y que señala que las

marcas solo estarán protegida para los productos o servicios para los cuales ha sido registrada, sin embargo hay que tener en cuenta, como lo hizo el Tribunal en la resolución materia de análisis, que tanto la doctrina y la jurisprudencia del mismo Tribunal le otorga una protección especial a las marcas notorias sobre las marcas comunes, la misma que quiebra los principios de especialidad y territorialidad, tal y como lo menciona Bassino Pinasco, en su artículo «Gloria la Marca Notoriamente conocida» enunciando textualmente a la Comunidad Andina en el Proceso N° 029-IP-2008⁽⁷⁾ que señala : **«La característica que tiene una marca notoria es que está protegida de manera especial con relación a las demás marcas, pues es de su misma cualidad de notoriedad que se reafirma su presencia ante el público consumidor. Dicha protección especial también rompe el principio de especialidad de clases, y en este sentido, extiende su protección a los productos o servicios con independencia de la clase a la cual pertenezca, yendo mas allá de las pautas generales para el establecimiento de conexión competitiva entre los productos y servicios de los signos sublitís».**

En tal sentido nos parece que la Sala Especial del Tribunal de INDECOPI al momento de resolver el procedimiento en cuestión pudo obviar pronunciarse sobre este tema, pues el solo hecho de darle a la marca Gloria, de Gloria S.A., la calidad de «Marca Notoria» quiebra el principio de especialidad y deja de tener importancia si existe o no vinculación entre los productos que producen y comercializan ambas marcas para efectos de resolver si es conveniente la inscripción solicitada por la Distribuidora Rances SAC.

En ese sentido, conforme a lo señalado anteriormente, a pesar de que puedan existir algunas posibles críticas que se puedan presentar en contra de

⁽⁶⁾ Precedente de Observancia Obligatoria⁵, publicado en el diario «El Peruano» en fecha 26 de diciembre del 2009, y que regula los criterios a evaluarse para determinar si una marca tiene la calidad de notoriamente conocida, así como la aplicación del Art. 136 de la Decisión 486.

⁽⁷⁾ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1637 del 21 de junio de 2008.

la resolución materia de estudio o del procedimiento mismo de inscripción de la marca Gloria en el caso concreto, como el hecho que la empresa opositora, Gloria S.A., no haya cumplido con aportar todos los medios probatorios de la notoriedad de la marca Gloria desde el principio del proceso, pues a quien alega algo le corresponde probarlo como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, sino que lo realizó el transcurso de las diferentes etapas del mismo, consideramos que la decisión tomada por la Sala Especial del Tribunal del INDECOPI, a través de la resolución en análisis, es la correcta, pues resulta claro y se encuentra probado durante el procedimiento que la marca Gloria, correspondiente a Gloria S.A. es una «Marca Notoria» y por lo tanto le alcanza la protección que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera le reconocen al tener tal calidad, por lo cuanto la inscripción de una nueva marca, como la solicitada por Distribuidora Rances SAC, a pesar de no tener conexión entre los productos que producen o distribuyen, si podría causar la dilución de la marca notoria conforme lo señala la resolución en estudio al establecer que: **«Dado el carácter notorio de la marca Gloria respecto de productos lácteos, el público consumidor recuerda dicha marca con facilidad, lo cual le otorga un elevado valor comercial. En tal sentido, si los consumidores se encontraran en el mercado con una marca muy similar a la marca notoria, pero que es utilizada por un distinto titular y para distinguir productos de distinta naturaleza, automáticamente el valor comercial de la marca notoria se vería afectado, con lo cual perdería el poder distintivo del que goza la marca notoria Gloria (...) La sala considera que el otorgamiento del registro solicitado puede diluir la fuerza distintiva de la marca Gloria, o de su valor comercial publicitario»**,⁽⁸⁾ todo ello teniendo en cuenta, que como ya se ha explicado anteriormente, la marca notoria tienen una protección por encima de las otras marcas y que en el presente caso solo bastó con que la marca Gloria, de Gloria S.A. haya

sido calificada, durante el procedimiento por la Sala Especial del tribunal de INDECOPI, como marca notoria para gozar de esta protección.

Finalmente, a modo de conclusión consideramos que el hecho que la Sala Especial del Tribunal de INDECOPI declarara a la marca Gloria, como «Marca Notoria, resulta importante, pues como se puede advertir, no fue la empresa Gloria S.A. quien solicitó tal reconocimiento, sino que dicha calidad es otorgada dentro de un proceso en la cual la empresa Gloria S.A. se presentó como opositora a la inscripción, solicitada por la Distribuidora Rances SAC, de la marca con denominación Gloria y letras singulares, con lo cual en cierta forma se está cumpliendo, aunque de manera no muy adecuada, con el reconocimiento como «Marcas Notorias» a las marcas más importantes que hay en nuestro país, y señala un posible camino para que dichas marcas puedan lograr obtener la protección que dicha calidad les otorga frente a la inscripción de otras marcas de igual o similar nomenclatura ya sea a nivel nacional o de los países miembros de la Comunidad Andina.

Así mismo, debemos advertir que actualmente si bien es cierto existe un procedimiento ante INDECOPI para el registro de marcas, actualmente en el Perú no existe ni se ha previsto en nuestra normatividad ningún procedimiento especial que permita a cualquier interesado solicitar a la autoridad administrativa que declare la condición de una marca como « Marca Notoria» a fin de gozar de la protección que esta calificación brinda frente a otras marcas nacionales y extranjeras y que otros países ya han implementado a su favor, más aun teniendo en cuenta la globalización y el desarrollo económico por el que atravesamos, por lo cual resulta necesario e importante la implementación de un procedimiento para proteger a las marcas mas importantes de nuestro país, a través de su reconocimiento como «Marcas Notorias» las mismas que también constituyen parte del patrimonio económico y cultural del Perú.

⁽⁸⁾ Resolución N° 1283-2010/TPI-INDECOPI, Sala de propiedad Intelectual del tribunal de INDECOPI

COMPETENCIA DESLEAL: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL ESTATAL CON INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 60° DE LA CONSTITUCIÓN

Gina Itala Hernani Espinoza *
Lizbeth Ivonne Miranda Villasante*

«...en el tratamiento del caso de la Pollería El Rancho II E.I.R.L en contra de la Universidad Nacional del Altiplano, condujeron a que se aprobara un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de la prohibición de la actividad empresarial estatal no subsidiaria recogida en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 -Ley de Represión de la Competencia Desleal».

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

Acerca del Caso:

La Universidad Nacional del Altiplano – Puno en enero del año 2008 amplió los servicios del Centro de Investigaciones y Servicios Frigorífico inaugurando la «Pollería y Parrilería Universitaria» ofreciendo la venta de pollos a la brasa en la ciudad de Puno. Tal situación motivo que la Pollería El Rancho II E.I.R.L interponga una denuncia contra la Universidad Nacional del Altiplano por la comisión de actos de competencia desleal, al considerar que la actividad vulneró el mandato legal del artículo 60° de la Constitución, pues no contaría con un mandato legal expreso habilitante ni sería compatible con los fines educacionales, culturales y de investigación de las universidades.

En sus descargos la UNAP alegó que la «Pollería y Parrilería Universitaria» es un centro de investigación y formación profesional compatible con los fines educativos propios de un centro universitario, que beneficia a los estudiantes de sus escuelas profesionales, personal administrativo y docente. Asimismo refirió que no estaría realizando actos de competencia desleal pues no goza de privilegios o ventajas frente a los agentes privados, dado que el desarrollo de la actividad se cubre con los recursos directamente recaudados, canceló todas sus obligaciones tributarias y obtuvo todos los títulos administrativos necesarios para desarrollar sus actividades.

Posteriormente la UNAP precisó que la actividad cuestionada no es de carácter empresarial pues la labor realizada al interior de sus CIS están orientados a fines de investigación científica y tecnológica, siendo acorde a lo prescrito en la Ley Universitaria, que le permite prestar servicios en la medida que se encuentren relacionados con sus fines educativos.

Resuelto el caso por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, declaro fundada la denuncia interpuesta por la Pollería El Rancho E.I.R.L contra la UNAP sustentando su pronunciamiento en las siguientes consideraciones: i) La Ley Universitaria permite a las universidades realizar actividad empresarial, siempre que la producción de bienes o la prestación de servicios se encuentre directamente vinculada con la enseñanza de las carreras que imparten u otro de los fines reconocidos en la ley; y, ii) la actividad empresarial desarrollada por la UNAP no se ajusta a los términos de la autorización expresa contenida en la Ley universitaria, pues la denunciada no ha acreditado que a través de la venta de pollos a la brasa se cumpla algún fin de investigación científica ni demostró que se procura una finalidad formativa para los estudiantes, docentes o personal administrativo de la UNAP.

Luego la UNAP apeló dicha resolución argumentando que en virtud de la autonomía universitaria, se regía únicamente por sus estatutos y no se encontraba sujeta al mandato de subsidiariedad económica contemplado en el artículo 60° de la Constitución.

Los alcances argumentativos de la Sala de Defensa de la Competencia⁽¹⁾ del Tribunal de INDECOPI en el tratamiento del caso de la Pollería El Rancho II E.I.R.L en contra de la Universidad Nacional del Altiplano, condujeron a que se aprobara un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de la prohibición de la actividad empresarial estatal no subsidiaria recogida en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Laboriosa tarea que se dio lugar al confirmarse la resolución que declaro fundada la denuncia interpuesta por la Pollería El Rancho II E.I.R.L contra la Universidad Nacional del Altiplano por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por realizar actividad empresarial estatal con infracción del Artículo 60 de la Constitución.⁽²⁾

Con este pronunciamiento se consolida una metodología para el análisis de uno de los supuestos de competencia desleal, quizás el más resaltante y controvertido, así como las pautas pertinentes para poder identificar la distorsión del sistema económico en un contexto de intervencionismo estatal plenamente respaldado.

Iniciamos tratando la primera parte resolutive de la jurisprudencia vinculante bajo comentario,⁽³⁾ precisando a entender del colegiado, que para que se configure un supuesto de

violación de normas dentro de los alcances del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, es conveniente determinar dos presupuestos:

1. Si la conducta cuestionada implica el ejercicio de una actividad empresarial; y,
2. Si la actividad empresarial, se ajusta a las limitaciones impuestas en el Artículo 60° de la Constitución.

Teniendo en cuenta la metodología de aplicación del Artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, utilizado por el colegiado del INDECOPI en la citada resolución, pasaremos a desarrollar cada uno de los supuestos:

I. Determinar si estamos frente a una actividad empresarial:

En relación al primer supuesto, podemos señalar que el Estado desarrolla actividad empresarial cuando interviene como ofertante de bienes y servicios, ya sea que la actividad consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole. Siempre que dicha actividad no sea manifestación de su soberanía, pues en uso del imperium que lo embiste realiza actividades inherentemente normativas, y que no se refiera a prestaciones asistenciales o sociales. Pudiendo desarrollarse esta actividad empresarial a través de las empresas públicas⁽⁴⁾ o entidades estatales;⁽⁵⁾ con indepen-

⁽¹⁾ Autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos como tales en el Decreto Legislativo 1044 Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁽²⁾ Decreto Legislativo 1044 Ley de Represión de la Competencia Desleal. Artículo 14.3 «*La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.*»

⁽³⁾ Jurisprudencia vinculante del INDECOPI, Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Dialogo con la Jurisprudencia N° 148. pgs 372-399.

⁽⁴⁾ Las empresas públicas o estatales, son todas aquellas comprendidas dentro del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial-FONAFE, siéndoles de aplicación lo preceptuado en el Decreto Legislativo 1031 Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado.

⁽⁵⁾ Cualquier tipo de organización donde el Estado es titular de su gestión, a excepción de los Gobiernos Locales sus empresas y sus organismos públicos descentralizados; quedando dentro del ámbito de aplicación del Decreto Supremo 088-2001-PCM y de la Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente.

dencia de la existencia o no de ánimo lucrativo, se debe resaltar que dicha actividad no necesariamente debe estar orientada a obtener una rentabilidad, siendo indistinto si el beneficio económico está presente o no.

II. La actividad empresarial cumple con los requisitos habilitantes exigidos por el artículo 60° de la Constitución⁽⁶⁾

A decir del colegiado en su argumento 33, se debe verificar que la actividad empresarial en cuestión cumpla con tres requisitos:

1. La actividad empresarial del Estado debe estar habilitada por ley expresa.

El primer requisito, exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa. Debiendo entenderse por «ley» a aquella aprobada por el Parlamento, siendo indistinto si las actividades son desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales, pues si bien en el caso de las entidades estatales no existe regulación que exija la reserva de ley absoluta a diferencia de lo instado a las empresas públicas, a consideración del colegiado existen diversas razones para una interpretación restrictiva de este requisito.⁽⁷⁾ Así, teniendo en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional y que la permisibilidad se refiere a una situación excepcional, resulta coherente la interpretación restric-

tiva y análoga de este requisito para ambos casos.

Por otra parte, la necesidad de que la ley sea «expresa» se refiere a que se debe establecer explícitamente que la empresa o entidad estatal se encontrará habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios, delimitando su ámbito de operaciones, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.

2. La actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria.

El texto del segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución Política determina el Principio de subsidiariedad estatal, introduciendo una excepción que le permite al Estado participar en el Sistema Económico realizando actividades empresariales, en la medida en que las empresas privadas no satisfagan la demanda o sea insuficiente para satisfacer las necesidades de determinado sector de consumidores en un mercado relevante.⁽⁸⁾

Se entiende por principio de subsidiariedad en sentido estricto la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo, y cumpliendo con los parámetros establecidos por la norma constitucional.

⁽⁶⁾ Constitución Política, Artículo 60°.- *"El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal"*. A partir de esta declaración legal, se aborda el segundo párrafo como el reconocimiento del Principio de subsidiariedad estatal.

⁽⁷⁾ El Artículo 3° del Decreto Legislativo 1031, establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito del FONAFE se desarrolla autorizada por Ley del Congreso de la República; sin embargo, en el caso de entidades estatales fuera del ámbito del FONAFE, no se precisa el rango legal de la ley autoritativa.

⁽⁸⁾ La Sala de Competencia del INDECOPI en la Res., desarrolla una Metodología de investigación para evaluar la subsidiariedad económica de la participación del Estado como proveedor de bienes y servicios. Véase desde el fundamento 82 al 120 de la Res.

El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional, puesto que el propio modelo de economía social de mercado acogido por la Constitución, otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana el Estado cumple solo una función residual.

El fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo.⁽⁹⁾

Como lo señala el colegiado en la resolución abordada, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Cuando la administración pública concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en situación de artificial ventaja sobre sus competidores: acceden a privilegios de financiación con las amplias espaldas financieras de los fondos públicos (subsidios), ofrecen precios por debajo de determinado nivel de costos,

perciben en algunos casos ampliaciones de capital para soportar los déficits que su mala gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, perciben incluso privilegios jurídicos respecto de los particulares.

3. La actividad empresarial del Estado debe responder a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional.

El tercer requisito previsto en el texto constitucional, establece la necesidad que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad, vale decir, la actividad empresarial del Estado se justifica en el estado de necesidad, cuando no exista ningún mecanismo alternativo que pueda corregir la situación que genera la necesidad de desempeñar dicha actividad por parte del Estado, como el empleo de las agencias de competencia o los mecanismos de regulación económica.⁽¹⁰⁾

El empleo de la actividad empresarial del Estado, en tanto constituye una intervención directa del mismo en la economía, debe ser, en consecuencia, última *ratio*, por tanto la ley autoritativa debe justificar un objetivo trascendental en beneficio de la comunidad en general. Al respecto el colegiado del INDECOPI señaló que La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza, al encontrarse fuera del ámbito de sus funciones determinar cuando el estado se encuentra ante una situación de necesidad pú-

⁽⁹⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 08152-2006-AA/TC

⁽¹⁰⁾ La Cosa Pública en El Blog de Cristian Guzmán Napuri. <http://blog.pucp.edu.pe/item/127547/el-principio-de-subsidiariedad-empresarial>

blica que requiera su intervención en el mercado, concluyendo que el Congreso de la República como representante de todos los sectores de la sociedad, es el único ente legitimado para determinar esta condición, remarcándose así la necesidad que la ley autoritativa sea emanada desde el parlamento. En tal sentido, la Sala da una pauta señalando que se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad debía señalar la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación; solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

LA METODOLOGÍA APLICADA AL CASO CONCRETO

Delimitados cada uno de los requisitos a evaluar en los procedimientos de competencia desleal iniciados por la presunta comisión de actos de violación de normas por el desarrollo de actividad empresarial estatal contraria al Artículo 60 de la Constitución, pasamos a comentar su aplicación al caso concreto del que se ocupó la sala del INDECOPI.

En el texto de la jurisprudencia vinculante bajo comentario, la sala ve por conveniente aplicar la metodología analítica del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal de la siguiente manera: Primero, determinar si la venta de pollos a la brasa que realizó la Pollería y Parrillera Universitaria del CIS Frigorífico de la Universidad Nacional del Altiplano constituye una actividad empresarial; y, de ser así, en segundo lugar, determinar si dicha actividad es realizada en contravención al referido mandato constitucional. Reflexionando las argumentaciones del cole-

giado del INDECOPI, son concluyentes las siguientes afirmaciones:

1.- La venta de pollos a la brasa que realizó la «Pollería y Parrillera Universitaria», constituían una actividad empresarial.

Aunque al respecto la UNAP sostuvo que dicha actividad no calificaba como empresarial debido a que: i) Los CIS se instituyen con el fin de complementar la formación académica y profesional de los estudiantes en sus carreras profesionales; y, ii) La prohibición constitucional de desarrollar actividad empresarial no subsidiaria solo alcanza a las empresas del Estado, siendo inaplicable a los CIS puesto que ellos se respaldan en la autonomía universitaria para ejercitar sus actividades prestacionales. A consideración del colegiado la venta de pollos a la brasa no constituye una labor de investigación, siendo las prestaciones de la «Pollería y Parrillera Universitaria» típicamente empresariales, en ese entender, siendo una entidad de la Administración Pública es pasible de infringir el principio de subsidiaridad pues el hecho de estar al amparo de la autonomía universitaria no la excluye del mandato constitucional.

2.- La actividad ejercida por la «Pollería y Parrillera Universitaria» contravenía los requisitos exigidos por el Artículo 60° de la Constitución

Si bien las universidades públicas cuentan con autonomía para constituir centros de producción y prestación de servicios a favor de los particulares;⁽¹¹⁾ la autonomía a la que se refieren los Artículos 12° y 79° de la Ley 23733, establece que las prestaciones empresariales que realiza la universidad deben ser compa-

⁽¹¹⁾ Conclusión expuesta por la Dirección General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional de Rectores, la cual es compartida por la Sala en los argumentos 162 y 163 de la Resolución bajo comentario.

tibles con su finalidad.⁽¹²⁾ Es decir, la actividad para la que son habilitadas debe tener por objeto facilitar a través de su desarrollo alguno de los fines culturales, educacionales o investigativos, sociales o éticos universitarios.⁽¹³⁾

En el caso explicado, la Comisión en primera instancia considero que la venta de pollos a la brasa realizada por la «Pollería y Parrillería Universitaria» no se ajustaba a los términos de autorización contenidos en la Ley 23733, puesto que no se había acreditado que con tal actividad se cumplía algún fin relacionado con la investigación científica o la formación profesional de sus estudiantes, docentes o administrativos.⁽¹⁴⁾ Asimismo, la Sala considera que la UNAP no acreditó de manera alguna que las actividades de la «Pollería y Parrillería Universitaria» se hayan organizado a fin de servir como espacio de capacitación y entrenamiento profesional o de investigación, con participación sistemática de docentes, estudiantes y/o personal administrativo, además el hecho que algunos estudiantes en el lapso de veinte meses hayan desarrollado prácticas pre-profesionales⁽¹⁵⁾ no significa que sus fines se encuentren principalmente orientados a la formación profesional, pues en diversas empresas privadas encontramos entre sus miembros a personas bajo alguna modalidad formativa laboral, sin que su objetivo deje de ser empresarial.

Por otra parte, la sala considero relevante ha-

cer mención a que los insumos utilizados por la «Pollería y Parrillería Universitaria» para realizar la actividad son provistos por terceros, al respecto resalta el hecho que los pollos utilizados no son criados en sus propios centros de investigación. De la misma forma, enfatiza que la actividad desarrollada por la «Pollería y Parrillería Universitaria» no es compatible con la finalidad formativa profesional alegada por la UNAP, por tanto de haber estado tal prestación relacionada con el cumplimiento de una finalidad educativa y cultural de la UNAP se habría acogido al beneficio constitucional y se encontraría inafecta al pago de impuestos; sin embargo, de sus alegaciones se tienen documentos que acreditaron el pago de Impuesto a la Renta de Tercera Categoría y del Impuesto General a las Ventas.

Finalmente el colegiado del INDECOPI concluye afirmando en el caso en concreto, que:

La venta de pollos a la brasa realizada por la «Pollería y Parrillería Universitaria» del CIS Frigorífico no se ajusta a la habilitación expresa contemplada en la Ley 23733, por tanto, tal actividad vulnera un requisito de licitud del Artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

CONCLUSIONES

- Nuestra Constitución Política del Estado y nuestro ordenamiento legal, le conceden al Estado la posibilidad de participar

⁽¹²⁾ Ley 23733.

Artículo 12°.- Las universidades pueden organizar institutos, escuelas, centros y otras unidades con fines de investigación, docencia y servicio.

Artículo 79°.- Las Universidades pueden establecer, órganos y actividades dedicados a la producción de bienes económicos y a la prestación de servicios, siempre que sean compatibles con su finalidad.

⁽¹³⁾ Son fines de las universidades:

- a) Conservar, acrecentar y transmitir la cultura universal con sentido crítico y creativo afirmando preferentemente los valores nacionales;
- b) Realizar investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística;
- c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad.

⁽¹⁴⁾ Ver argumento 169 de la Resolución bajo comentario.

⁽¹⁵⁾ En su apelación la UNAP exhibió constancias de prácticas pre-profesionales otorgadas a ocho estudiantes.

en la actividad empresarial, bajo ciertos parámetros, los mismos que permiten a su vez el crecimiento de la actividad empresarial privada, logrando satisfacer necesidades laborales y sociales en nuestro país, como brindar puestos de trabajos y liberarnos de la burocracia estatal.

- Idealizando la trama económica doctrinaria, el Estado interviene desempeñando actividad empresarial si es que los particulares no pueden hacerlo, puesto que si existe actividad privada la actividad estatal deviene e innecesaria. El criterio empleado por el texto constitucional, delimita la prohibición de intervención del Estado en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Inclusive, existen mecanismos que le permiten cubrir deficiencias y no implican la creación o empleo de empresas públicas, como por ejemplo la asignación de cuotas de inversión a las empresas privadas
- que prestan servicios públicos. No obstante esto, nuestro contexto económico cuenta con diversas empresas y entidades públicas, las cuales en su mayoría intervienen prestando un servicio a la comunidad, servicio que en muchos casos se encuentra satisfecho por la empresa privada.
- El principio de subsidiaridad tiene sentido en el hecho de que la actividad empresarial del Estado debe encontrarse fuertemente limitada. No solo por el hecho de que el Estado es un empresario ineficiente, sino además porque la existencia de empresas públicas es per se indebida desde el punto de vista económico.
- Las empresas públicas no solo generan competencia desleal respecto a las empresas privadas que concurren en el mercado, sino que además favorecen la corrupción y desincentivan la inversión en el mercado de servicios públicos y en la economía en general.

EL DEBER DE INFORMAR Y EL DEBER DE IDONIEDAD

Julia Herminia Peche Chambe*
Ana Poblete Tenorio *

«...el proveedor debe dar a conocer al consumidor todas aquellas características del producto que provee. Este conocimiento es necesario para hacer elecciones bien fundadas y estar al tanto todo aquello capaz de influir en su decisión a la hora de contratar el bien o el servicio».

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

EL DEBER DE IDONEIDAD Y DE INFORMACIÓN:

Los pilares fundamentales para la tutela efectiva de los derechos del consumidor

INTRODUCCIÓN:

Probablemente cualquier consumidor al ir a una botica para adquirir algún medicamento y al no encontrar el mismo recibe la alternativa del farmacéutico sobre un medicamento parecido con componentes «similares o «iguales» y que tendrá el mismo efecto del solicitado primigeniamente. Aquella realidad ha sido tratada en la Resolución Nro.073-2010/SC2-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la competencia Nr.02 del Tribunal de INDECOPI, de fecha 20 de mayo del 2010. La cual servirá como gran marco de referencia para analizar dos deberes de los proveedores que están vinculados a la información: el deber de informar sobre los productos o servicios que ofrecen y el deber de idoneidad de estos.

BREVE CRÓNICA DE LOS HECHOS:

El 3 /12/08, la Señora Esperanza Paz Vergara Ramirez (consumidora), denunció ante la Comisión de Protección al Consumidor sede Lima (Comisión) a Ecker Perú S.A. (Inkafarma), por infracción al Decreto Legislativo Nro. 716, aseverando que realizó un llamado a la central de *delivery* de Inkafarma a fin de adquirir dos frascos de Ampicilina, señalando que dicho medicamento fue recetado para su menor hijo quien fue operado del paladar; asimismo refiere la denunciante que esa oportunidad la persona que la atendió le indicó que solo tenía ampicilina con el nombre comercial de Posipen, asegurándole que se trataba del mismo medicamento accediendo la señora a la compra del mismo.

Posteriormente tomó conocimiento que la acción farmacológica del Posipen era distinta a la Ampicilina, lo que originó que le reclamara a la vendedora, quien le reembolsó el monto pagado por los dos frascos de Posipen adquiridos.

Una vez instaurada la denuncia, la Comisión ad-

mitió a trámite la misma estableciendo que los hechos imputados constituirían una presunta infracción a los Arts. 8 y 15 del Decreto Legislativo Nro.716, debido a que el medicamento adquirido no era idóneo al no ser similar a la Ampicilina, pudiendo generar una reacción adversa al menor y a su vez porque Inkafarma no habría proporcionado la información necesaria de los componentes químicos de cada medicamento.

En su descargo Inkafarma manifestó que tenía conocimiento que el medicamento solicitado iba ser suministrado a un menor, por lo que únicamente indicó a la consumidora que los medicamentos Ampicilina y Posipen eran similares mas no que eran idénticos y en todo caso no estaba en discusión la efectividad de Posipen en el tratamiento del menor sino si se brindó toda la información necesaria para que la consumidora adoptara una decisión del consumo adecuado a la necesidad del caso.

Posteriormente, con fecha 01/07/09, mediante Resol.Nro.2109-2009 la Comisión resolvió declarar infundada la denuncia contra Inkafarma por infracción al Art. 08 del D.Leg.716, al no haberse acreditado que el medicamento vendido a la consumidora no era idóneo y que hubiera ocasionado una reacción adversa a su menor hijo; asimismo se declaró infundada la denuncia contra Inkafarma por infracción al artículo 15 de la citada ley, al haberse acreditado que no brindó la información correcta sobre los componentes de los medicamentos Posipen y Ampicilina ordenándose que Inkafarma devolviera a la consumidora el importe pagado por el medicamento y sancionó a Inkafarma con 15 UIT, así como la condenó al pago de costas y costos del procedimiento.

Esta resolución fue apelada por la parte vencida, apeló a la Sala de Defensa de la competencia Nro. 02 Tribunal del INDECOPI., la que confirmó la resolución Nro.2109-2009/CPC, revocando la misma en el extremo que ordena a Inkafarma como medida correctiva que cumpla con devolver el importe pagado por la consumidora, siendo dicha medida cumplida por la empresa denunciada antes de iniciarse la interposición de la denuncia.

DEBER DE INFORMAR

Significa que el proveedor debe dar a conocer al consumidor todas aquellas características del producto que provee. Este conocimiento es necesario para hacer elecciones bien fundadas y estar al tanto de todo aquello capaz de influir en su decisión a la hora de contratar el bien o el servicio.

En toda relación de consumo un proveedor realiza una transacción comercial por un producto o servicio con un consumidor o destinatario. Si bien el consumidor a pesar de ser, quien mejor sabe lo que le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes.

Por ello es importante la debida información que debe brindar el proveedor al consumidor para evitar un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas.

PROBLEMAS POR FALTA INFORMACIÓN

Se impide que el consumidor evalúe correctamente la contratación del bien o servicio a adquirir; o que, habiendo adquirido, realice un uso inadecuado del mismo, cuando:

- a) El proveedor omite brindar información relevante, o
- b) El proveedor brinda la información de manera defectuosa.

INFORMACIÓN QUE DEBE BRINDARSE

La información que debe brindarse es relevante respecto de los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal, que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Es relevante la información, cuando su omisión o revelación hubiera podido cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no

el servicio o producto deseado.

FUNDAMENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Además del claro mandato constitucional, el deber de información es una obligación derivada del principio de buena fe. El proveedor es quien conoce el producto, y debe «compartir» ese conocimiento con su contratante. La información ayuda a paliar el desequilibrio que existe en la relación de consumo.

Desde el punto de vista dogmático, cualquier acto jurídico para ser válido, debe ser celebrado con discernimiento, intención y libertad: la desinformación afecta estos tres elementos. «*El deber de información, es un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a los consumidores la posibilidad de reflexionar adecuadamente el momento de la celebración del contrato*».

¿CÓMO DEBE SER ESA INFORMACIÓN?

La ley dice «cierta, clara y detallada». Cierta significa que la información debe ser objetiva, sin los sobredimensionamientos propios de la publicidad. Debe expresar con lealtad todos los detalles: ventajas y desventajas del producto por igual. Clara, hace referencia al lenguaje utilizado, que debe ser común, y no específico o técnico. También debe proveerse de modo legible (si fuera por escrito, así se recomienda) y entendible para la generalidad de las personas. La información es detallada, cuando explica acabadamente todas las circunstancias y características sobre el bien o el servicio necesarias para el normal funcionamiento de estos. Por ejemplo: manual de instrucciones (en idioma nacional), garantías, lugares habilitados para el *service* oficial, teléfonos de consulta, etc.

Es decir, el proveedor debe empeñar tanta o más energía de la que utiliza a la hora de hacer publicidad, para procurar al consumidor una información objetiva y veraz.

SUJETOS OBLIGADOS A INFORMAR

El deber de informar corresponde a los provee-

dores de bienes o servicios (definido en el artículo 1° de la Ley). Algunos autores sostienen que el Estado, a través de órganos propios, debe controlar la información que brindan los empresarios y remover lo obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos.

LA INFORMACIÓN Y LA PUBLICIDAD

La información no es una publicidad, ya que la publicidad se refiere al supuesto en que el empresario haga ofertas, propuestas o anuncios dirigidos al público en general (Art. 8° LDC), por lo que no se exige que la información sea completa. En cambio el deber de información necesita ser completo, detallado y objetivo, y no sólo se manifiesta en la etapa precontractual, sino que sigue latente durante la ejecución del contrato, e incluso a veces lo acompaña en la etapa postcontractual.

¿EXISTE ALGÚN LÍMITE O EXCEPCIÓN AL DEBER DE INFORMAR?

El límite se encuentran en los hechos ampliamente conocidos: los hechos notorios. Esto porque el objetivo de la ley es equilibrar a las partes, y de ningún modo desequilibrar el contrato a favor del consumidor.

¿QUÉ DEBE INFORMARSE?

Deben darse a conocer todos los aspectos de la relación de consumo:

- Las características del bien.
- El precio del bien.
- Fecha de vencimiento
- Garantía
- Como debe manipularse, utilizarse, resguardarse, trasladarse, etc.
- Cómo puede optimizarse el rendimiento del bien
- El interés aplicable en caso de mora
- La responsabilidad del proveedor
- Los riesgos eventuales

DEBER DE IDONEIDAD

Consiste en la coincidencia que debe existir entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe efectivamente. Pero a su vez, lo que el consumidor espera depende de la cantidad y calidad de información que ha recibido.

Los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que pongan en el mercado, debiendo los productos o servicios responder a la finalidad para la cual el bien ha sido fabricado o el servicio ha sido ideado.

Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías, o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente estos se adquieren en el mercado, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados.

De ésta manera, en la actualidad se tiene un concepto legal de idoneidad que vincula la expectativa del consumidor con la información que este ha recibido del proveedor, y que se relaciona con las garantías legales, explícitas o implícitas del producto o servicio.

PILARES DE LA IDONEIDAD:

- 1.- GARANTÍA IMPLÍCITA:** Obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en el caso de que no sea idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores.
- 2.- GARANTÍA EXPRESA:** Referida a los términos y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor que eran conocidas o conocibles por un consumidor diligente.
- 3.- GARANTÍA LEGAL:** No establecida por el consumidor, sino por la ley.

"LOS ALIMENTOS TRANSGÉNICOS ¿TEMOR FUNDADO?"

Mauricio Julio MacLean Cuadros *
Alan Christian Fernández Vargas *

«La experiencia con transgénicos en otros países ha sido negativa, preocupación que se replica en los agricultores peruanos y del creciente movimiento orgánico, quienes temen verse inundados de semillas transgénicas de corporaciones con grandes intereses que los cobrarán por cada cosecha, así como de los consumidores».

* Estudiantes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada de Tacna. Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

1. ANTECEDENTES.

Hacia la segunda quincena del mes de abril del presente año, se dice sorprendentemente, el Ministerio de Agricultura, a través del D.S. N°003-2011-AG, promulgó el Reglamento que abrió las puertas a la entrada de las semillas transgénicas (organismos genéticamente modificados) en nuestro querido Perú, con lo cual, afirman especialistas, el país pierde la ventaja comparativa de suelos limpios y de ser un territorio libre de transgénicos desarrollado por las grandes multinacionales farmacéuticas. Conocida la existencia de climas y suelos diversos, muchos especialistas y agricultores deseaban que nos consolidáramos como el principal centro de productos orgánicos –mercado hiper interesante–.

Las voces autorizadas pedían una moratoria sobre tan espinoso tema, sin que los ministros del Ambiente y de Cultura actuales, Antonio Brack y Juan Ossio, se pronunciarán oficialmente en un tema que no sólo puede afectar nuestra seguridad ambiental, también erradicar tradiciones y prácticas culturales de las comunidades agrícolas.

En un gobierno ya de salida, la lógica habla de irresponsabilidad y cuestionable decisión al ingreso de transgénicos, ayudado por poderosos *lobbies* extranjeros. Se hablaba ya abiertamente contra el Gobierno de turno de desconocer el sentir nacional sobre la importancia de la agricultura orgánica y el riesgo potencial en la megadiversidad de nuestro territorio, riqueza que afirmamos nos pertenece a todos.

Expertos en el tema, conservacionistas y gente de Conveagro, vieron en esta decisión del Presidente García beneficio para las grandes corporaciones de productoras de organismos genéticamente modificados en laboratorios, gran dilema ecológico para el futuro gobierno. El dudoso «consenso» alcanzado en tal

Reglamento para incrementar la productividad del agro como alega el Estado, no reparó en la experiencia de otros países con los transgénicos: polinización cruzada, contaminación del material genético, resistencia a herbicidas, etc. Hasta donde se conocía la postura de Antonio Brack era de oposición a los transgénicos y fue él quien planteó la moratoria, pero su voz frente al propósito del Gobierno resultó muy tibia.

La experiencia con transgénicos en otros países ha sido negativa, preocupación que se replica en los agricultores peruanos y del creciente movimiento orgánico, quienes temen verse inundados de semillas transgénicas de corporaciones con grandes intereses que los cobrarán por cada cosecha, así como de los consumidores. Levantan su voz representantes de la gastronomía local quienes también alertan sobre los perjuicios que se producirían sobre las variedades y sabores de los productos naturales.

Para tener en cuenta, el comercio orgánico está creciendo a un ritmo entre 15% a 20% anual y ya hay más de 100 países que exportan sus productos orgánicos a los más diversos mercados, siendo el Perú quien tiene una ventaja comparativa para erigirse como líder en este sector. La FAO puntualiza que la agricultura orgánica tiene como ventajas proteger el ambiente y evitar futuros gastos para mitigar la contaminación.

2. APORTES AL TEMA BAJO ESTUDIO

La mayoría de ciudadanos peruanos sencillamente no saben exactamente qué son los alimentos transgénicos, tampoco que éstos ya se consumen en el país y levantadas las banderas a favor o en contra de ellos en últimas semanas, ha causado en principio fundada preocupación, siendo hoy materia de controversia, siendo necesario que las personas ejerzan su derecho a información sobre los produc-

tos que consumen para poder elegir mejor.

Por un lado muchos expertos (p.e. Arnaldo Hurtado de profesión nutricionista) consideran que los transgénicos pueden ser la solución al hambre y la pobreza, puesto que estos «supercultivos» podrían eventualmente ser resistentes a todo y los alimentos podrían ser potenciados. En la otra vereda los detractores advierten que los transgénicos pondrían en riesgo los cultivos tradicionales y podrían desaparecer algunas variedades exóticas o regionales como el maíz gigante de Cuzco. «*A través de la polinización, los cultivos transgénicos pueden contaminar con sus genes a las especies convencionales*» dice Hurtado.

Fabiola Jiménez, directora de la Red Peruana de Alimentación y Nutrición (R-PAN), recomienda que se indique en la etiqueta la presencia de estos componentes para que el comprador tome una decisión informada.

El Código del Consumidor, en su artículo 37° manda que cuando los alimentos sean transgénicos se informe en la etiqueta, norma aceptada luego de muchos debates en los que un sector de los industriales consideraba que era irrelevante para las personas tener esta información. Al final primó el respeto a nuestro derecho, pero se escucha decir que colocar ese dato es costoso y el precio se trasladará a los consumidores, lo cual obvio es inexacto en palabras de Crisólogo Cáceres de Aspec.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A raíz del apresuramiento del Estado en aprobar una norma sin considerar todas sus aristas, ha despertado en todos justa preocupa-

ción que puede desembocar en un temor generalizado, correspondiendo ahora propiciar el mayor debate posible, analizando si éste resulta fundado defendiendo uno y otro bando sus ventajas y desventajas sin apasionamiento y donde prime la lógica y la razón.

Actualmente se está investigando si los alimentos transgénicos causan riesgos como alergias a las personas, nuevas enfermedades producto de la combinación de virus y bacterias, el incremento de los residuos tóxicos en los alimentos, entre otros.

La única manera de saber si un alimento tiene componentes transgénicos es que el producto lo declare en su etiqueta, insistiendo que el consumidor ejerza su derecho a la información. La R-PAN indica que el consumidor latinoamericano es uno de los que menos se informa sobre el valor nutricional de los productos.

En esta dura pelea que recién comenzó el miércoles 08 de junio de 2011, se ganó una batalla en el Congreso Peruano, gracias a que la mayoría de nuestros padres de la Patria bajo el argumento de prevenir alguna afectación de nuestra biodiversidad, han dispuesto que el cultivo de semillas transgénicas en territorio peruano estará prohibido por 10 años. El texto final contempló que la prohibición sea sólo para los cultivos y no para la importación de alimentos transgénicos, siendo la autoridad competente el Ministerio de Agricultura, se dispuso la creación de una comisión técnica de evaluación y prevención de riesgos de uso de transgénicos, la que en 2 años deberá emitir un informe sobre el tema. El proyecto pide derogar el polémico D.S. N°003-2011-AG que reglamentó la Ley de Bioseguridad.

Wikipedia. La enciclopedia libre. Alimentos transgénicos.
Diario El Comercio, noticia editorial y sección gastronomía.
Portal del Estado Peruano. Congreso de la República: aprobación proyecto ley moratoria 10 años transgénicos.

CONSUMIDORES A LA CIMA Y EMPRESARIOS A LA HORCA:

Algunos de los problemas de sobrerregulación en
el nuevo Código de protección y defensa del consumidor.

André Castañeda Hidalgo *

«El presente trabajo, abarca algunas generalidades, el problema de la sobrerregulación, la competencia en una economía social de mercado, las ventas agresivas en el nuevo Código de Consumo reestructurando un poco la imagen del consumidor como la parte débil y por último las cláusulas abusivas en el Código de Consumo y su interpretación sistémica».

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país las actividades cotidianas se desarrollan dentro de una economía social de mercado, atendiendo esta como aquel tipo de organización que se rige por las leyes del mercado (oferta y demanda), en la cual el Estado solo interviene excepcionalmente, en un rol protector y tuitivo del consumidor, cuando es necesario.

En el artículo 65 de la Constitución Política de 1993 se consagró a nivel constitucional la protección del consumidor, estableciendo que «*el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular por la salud y seguridad de la población*», en este orden de ideas fue promulgado el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que busca consagrar la idoneidad y la información, como los pilares de toda relación de consumo. Sin embargo, este nuevo código, no solo se limita a eso, sino que incluso se ha «entrometido» en los relaciones entre consumidores y proveedores, a tal punto que pareciese que el Estado supone que es mejor decidiendo él, que el mismo consumidor.

El presente trabajo, abarca algunas generalidades, el problema de la sobrerregulación, la competencia en una economía social de mercado, las ventas agresivas en el nuevo Código de Consumo reestructurando un poco la imagen del consumidor como la parte débil y por último las cláusulas abusivas en el Código de Consumo y su interpretación sistémica.

I. GENERALIDADES

Había una vez un rey que, impulsado por las

quejas del pueblo sobre el elevado precio del pan (producto de primera necesidad), decidió fijar el precio de este producto en x , es decir, estableció un control de precios. Al día siguiente, los panaderos cambiaron la harina con la que hacían el pan por una de menor calidad, esto los ayudó a reducir costos y a ganar más. Tuvo que darse, entonces, otro decreto por medio del cual se estableció el tipo de harina y la calidad que debía tener el pan; la consecuencia de esta medida fue que los panaderos redujeron el peso del pan para poder ganar más. A raíz de esto, se dio un decreto que determinó cuál debía ser el tamaño y el peso del pan, razón por la cual los panaderos optaron por poner una fruta confitada encima del pan convirtiéndolo así en un pastel, el cual, justamente por no ser pan estaba libre de todos los controles. El rey no tuvo más remedio que extender la aplicación de las normas regulatorias del peso, precio y calidad del pan a los pasteles; y los panaderos contrarrestaron esta medida creando la regla de que para poder comprar pan era obligatorio comprar también leche, la que no estaba sujeta a controles de precios. Finalmente el rey, perdió la paciencia y estatizó las panaderías.⁽¹⁾

Algo así como el ejemplo del rey, donde se observó una espiral regulatoria innecesaria, similar intención se plasma en este Nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante Código de Consumo), al regular la relación entre consumidores y productores, evitando el abuso o la posición de dominio del segundo sobre el primero, buscando la más próxima simetría entre ambos.

Las columnas de todo texto legal, generalmente se encuentran en su título preliminar, es así que el título preliminar del Código del Con-

⁽¹⁾BULLARD GONZALES, Alfredo. «Derecho y Economía. Análisis Económico de las instituciones legales». Parte VII. Regulación y Libre Competencia. 2. Las Políticas de Competencia ¿Por qué? y ¿Para qué?. Pág. 923. Palestra Editores. Lima. Perú. Año 2006. Disponible en la Universidad Privada de Tacna N° Reg. 25719.

sumidor señala en su artículo 2: **«El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código».**

II. EL PROBLEMA DE LA SOBREGULACIÓN

En las líneas que siguen, voy a desarrollar algunas consideraciones críticas sobre este Código de Consumo. En mi opinión, éste constituye una muestra de intervencionismo estatal excesivo, por dos razones:

- a) Representa una excesiva participación del Estado, en los mercados generalmente competitivos, en donde la competencia y la libertad individual, junto con los costos de transacción (término que explicaremos después) son relativamente bajos, y donde se puede lograr una situación de beneficio para ambos sin necesidad de intervención estatal.
- b) Opta por normas complejas que buscan regular, demasiados supuestos bajo la creencia de que el Estado es mejor decidiendo las relaciones de consumo entre los particulares, que estos mismos.

Ha de establecerse primeramente que nos encontramos en una economía social de mer-

cado, entendiéndose esta como aquel tipo de organización que se rige por las leyes del mercado (oferta y demanda), en la que el estado interviene únicamente como ente regulador y promotor, justificándose su participación solo en aquellos sectores especialmente débiles y que necesitan de una especial protección, debido a que en estos, las leyes de mercado, no se pueden aplicar de manera absoluta, por ejemplo, salud, microempresa, entre otros.⁽²⁾ Teniendo en cuenta, dicha consideración y conscientes de que la economía peruana es sostenida por las microempresas que se debaten entre la formalidad y la informalidad. En tal sentido me preocupa la intervención del estado, que no hace más que establecer más cargas en los empresarios, mediante leyes que si bien es cierto, defienden a los consumidores, también imponen sobrecostos a los empresarios. Estarán todos los empresarios actuales y los futuros, listos para asumir todas aquellas disposiciones contenidas en la norma en mención, y más importante aún ¿Estarán en la condición de asumirlos?, recordemos algo que parece olvidado por los legisladores, el Código de Consumo, rige para todas las empresas, desde microempresas hasta las grandes empresas transnacionales, ya que pareciera que este fue solo hecho pensado en Ripley, McDonalds o empresas similares, de gran solvencia económica, bajo este razonamiento claramente no todas estarían en condiciones de afrontar los gastos de los mismos, pero en el caso de que se encontraran en estas condiciones, ante un mayor gasto de los mismos, producto de dichas imposiciones, lógicamente se efectuará un aumento en el precio, *per se* aquí el costo de esta imposición jurídica fue trasladado a los consumidores (es decir a nosotros), ahora, salta otra pregunta, ¿estaremos nosotros como consumidores, dispuesto a asumirlo?,

⁽²⁾ Gaceta Jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia. Jurisprudencia del Indecopi. Los Mecanismos de Solución de Conflictos en el Código del Consumidor. Pag. 347. Edición N° 148. Enero 2011. Año 16. Impreso en Imprenta Editorial El Buhó E.I.R.L.

probablemente algunos sí, claro, algunos –no todos- por tal, habrán consumidores, que no les interese mucho dichas regulaciones y solicitaran el mismo producto con las mismas condiciones, pero como nuestro Código de Consumo, ha establecido que nuestros derechos son irrenunciables y en casi todos, por no decir –todos- los artículos no se admite el pacto en contrario, así la ley nos conduce a una enredadera, lo que nos llevará probablemente a que los consumidores y proveedores, transemos en un mercado informal, lo que no sólo acarrea como consecuencia consumidores desprotegidos, sino también evasión tributaria, productos deficientes, por parte de los proveedores informales.

Mencione así *supra* los costos de transacción, que no son más que aquellos costos de contratar, si logramos entender que el mercado es un conjunto de transacciones comerciales, y donde contratar cuesta –entendiéndose la palabra costo, no solo como dinero, sino también tiempo, recursos, y demás- entonces la sobrerregulación por parte de un Estado, en materia tan delicadas como está, no hace más que aumentar los costos de contratación entre los particulares, por ejemplo: Alberto Pérez, decide contratar un servicio de comida, el cual según pactado le informará los días sábados sobre los gastos semanales, pero he aquí un problema el código establece como método abusivo de cobranza, el «realizar visitas o llamadas telefónicas entre las 20.00 horas y las 07.00 horas o los días, sábados, domingos y feriados»,⁽³⁾ entonces el pacto celebrado valida y consensualmente entre Alberto y la compañía, sería considerado nulo, puesto que dicho artículo *no admite pacto en contrario*, cla-

ramente aquí nos encontramos ante un caso de aumento de costos de transacción, ya que la empresa proveedora tendrá que buscar una manera distinta de notificar o comunicarle a Alberto Pérez su deuda.

Otro ejemplo, claro es el brindado por Andrés Calderón López,⁽⁴⁾ señalando que el artículo 22 del Código que dispone en primer lugar que el periodo de las garantías deberá suspenderse durante el tiempo que tomen las reparaciones del producto, es decir, deberá ampliarse obligatoriamente la duración de la garantía por ese lapso. Y en segundo lugar, si es que el producto adquirido es cambiado por uno distinto (reposición), la garantía deberá renovarse, esto es, el plazo de la garantía volverá a cero.

Si bien estas reglas parecen ser razonables o «justas», el problema surge a partir de la rigidez que el Código introduce. En efecto, ante la eventualidad de una reparación o reposición de un producto, el proveedor y el consumidor podrían convenir en opciones distintas a la simple ampliación de la garantía y que respondan mejor a sus intereses. Así, por ejemplo, si el vehículo de un consumidor presenta fallas que requieren su internamiento en el taller por un tiempo, el proveedor y el consumidor podrían convenir en no ampliar el plazo de garantía, pero sí otorgar al consumidor un descuento en la compra de repuestos o en brindar gratuitamente un servicio de mantenimiento. De otro lado, si un consumidor alega que su lavadora presenta fallas, el proveedor podría optar por reponer el producto para mayor satisfacción del consumidor, sin ampliar esta garantía, debido a que las supuestas fallas no existen.

⁽³⁾ Artículo 62 inc. B del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁽⁴⁾ Calderon Lopez, Andrés. Inflexibilidad garantizada: Las garantías de productos en el Código de Consumo. Citado el 06/04/2011. Publicado en la pagina web << <http://blogcristalroto.wordpress.com/2010/11/15/inflexibilidad-garantizada-las-garantias-de-productos-en-el-codigo-de-consumo/#more-401> >> .

La segunda razón, es respecto a la excesiva regulación. El Estado pretende regular –casi todas- las relaciones entre consumidor y proveedor. Así este nuevo Código de Consumo ha creído adecuado regular: las garantías obligatorias, libros de reclamos tanto físicos como virtuales, etiquetas para cada producto, listado de precios en las afueras del establecimiento, la indicación expresa de los contenidos del artículo, la publicidad comercial, entre otros.

III. LA COMPETENCIA EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Debemos tener presente, que la tutela que se les brinda a los consumidores, se encuentra enmarcada dentro de una economía social de mercado, la cual ha sido definida por el Tribunal Constitucional, como «*un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir con el fin de velar por la conservación y el buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes [...] para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general*». ⁽⁶⁾ Bajo este criterio, es posible aseverar, que la economía social de mercado se encuentra enmarcada en un punto medio, entre una economía liberal de mercado y una economía centralista de mercado, per se, el estado –respet- las libertades económicas, pero de igual forma garantiza el correcto funcionamiento del mismo.

Bajo este orden de ideas, diremos que el comercio de bienes y servicios, se rige bajo las leyes de la oferta y la demanda, es aquí posible hablar de la competencia, y como esta influye en la calidad de los bienes y servicios

que se le dan al consumidor.

Diremos así, que la libre competencia y la elección racional del consumidor garantizan, la eficiencia en los mercados; es decir, permiten que los recursos sean asignados a quienes más los valoran, tanto en el lado de la oferta (medios de producción) como en el lado de la demanda (productos y servicios finales). ⁽⁶⁾ No es posible negar, que existe en todo mercado algunas fallas, como son los monopolios, monopsonios, oligopolios y demás, sin embargo uno de los mayores inconvenientes en materia de relaciones entre consumidores y proveedores, es lo relativo a la asimetría informática y los altos costos de transacción, lo cual origina dos fenómenos:

- a) La selección adversa, que es la utilización de información de carácter privado, que posee una parte y desconoce la otra, con lo cual la parte que tiene el conocimiento genera incentivos para que las personas se autoseleccionen.
- b) El riesgo moral, este es un concepto que hace referencia, a que las conductas del sujeto están sujetas al conocimiento de las consecuencias de sus acciones, es decir al omitir brindarle información, ocasiona que la persona opte por decisiones inadecuadas o ineficientes.

Un ejemplo hipotético de Ronald Dworkin nos puede ayudar a entender estos conceptos, «*la Sra. Sorenson tomó un medicamento cuyo nombre genérico es Inventum pero que fue producido bajo diversos nombres comerciales por diferentes fabricantes. Inventum tuvo graves efectos secundarios, cuya existencia fue negli-*

⁽⁶⁾ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. *El modelo económico en la Constitución de 1991*. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n° 2. p. 89. Citado por el Tribunal Constitucional en el expediente EXP. N° 3330-2004-AA/TC.

⁽⁶⁾ Gaceta Constitucional N° 36. *¿Rol Subsidiario del Estado en el sector salud?*. Pavel G. Corilloclla Terbullino. Pág 152/153.

gentemente inadvertida por quienes lo producían, y la Sra. Sorenson sufrió graves lesiones vasculares. Sin embargo, no puede probar que empresa farmacéutica produjo las píldoras que tomó: con seguridad tomó píldoras fabricadas por uno o varios de los numerosos fabricantes que producían Inventum, pero con igual seguridad no tomó píldoras fabricadas por algunos de ellos. Simplemente no puede recordar ni descubrir qué empresas están en una u otra situación. Los abogados de la Sra. Sorenson han demandado conjuntamente a todas las empresas farmacéuticas que produjeron Inventum en el periodo durante el cual ella consumió tal droga. Alegan que, como no puede probarse cuántas (si alguna) de las píldoras que tomó fueron producidas por cada empresa, debe entenderse que el derecho les hace responsables en proporción a su cuota de mercado de las ventas de Inventum en los años pertinentes. Los abogados de las empresas farmacéuticas responden, por el contrario, que el derecho no hace en absoluto responsable a ninguna de las empresas a menos que ella pueda probar que es la responsable de sus lesiones. Entienden, por lo tanto, que no tiene derecho a indemnización alguna».⁽⁷⁾

La selección adversa, se presenta con el dominio de la información que tienen las empresas que produjeron el Inventum, a sabiendas que dicho medicamento generaba un perjuicio, con lo cual optaron por publicidad omitiendo esta información y el riesgo moral se presenta, con los consumidores del medicamento que al no tener conocimiento de los efectos que generaba el mismo en la salud, lo adquirirían produciéndose así una decisión inadecuada.

Son estas situaciones, de asimetría informa-

tiva y monopolio, las cuales deben ser reguladas por el Estado, puesto que las normas de protección al consumidor, en mi opinión, deben fomentar las decisiones libres e informadas, ya que los consumidores no leen, o de leer realmente no entienden la información, por lo cual la existencia de información adecuada y clara, es lo que llevara al mercado a un estado de eficiencia y competencia, donde se dé la mejora de los bienes y servicios, producidos por los proveedores y adquiridos por los consumidores.

IV. LAS VENTAS AGRESIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE CONSUMO ¿ES ACASO EL CONSUMIDOR REALMENTE LA PARTE DÉBIL EN LA RELACIÓN DE CONSUMO?

Resulta en mi opinión algo contradictorio hablar del consumidor como la parte débil de la relación y por otro lado señalar una soberanía del mismo,⁽⁸⁾ fácilmente nos encontraríamos en una disyuntiva, por lo cual es preciso conciliar, o establecer un punto intermedio entre ambas ideas, podríamos, aquí precisar, que la posición de debilidad del consumidor, la consideran en aquellos contratos de adhesión (por ejemplo contratos de seguro, bancarios u otros), en los cuales el consumidor no tiene la posibilidad de establecer condiciones o negociar libremente el contenido del mismo, se acepta o rechaza las condiciones, no hay punto medio, aunque ciertamente reafirmamos la existencia de la competencia, bajo la cual si bien el consumidor no podrá elegir el contenido del contrato, puede elegir no adherirse al mismo, ya

⁽⁷⁾ Dworkin, Ronald. La Justicia con toga. Traducido por Traducción de MARISA IGLESIAS VILA e ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO. Disponible en la página web <<<http://www.marcialpons.com/catalogos/100811543.pdf>>>. Citado el 07/04/2011.

⁽⁸⁾ Señalado por ejemplo en las obras de Adam Smith.

que en un mercado donde se brinda la debida información a los consumidores, estos al conocer las condiciones del mismo, pueden elegir otro contrato u otra entidad, por ejemplo: si considero que las tasas de interés que me cobra el banco A son mayores a las que me cobraría el banco B, fácilmente retiro mi dinero del banco A y paso al banco B, no hay mayor inconveniente, lo que generara posiblemente también que el banco A para no poder clientes, reduzca su tasa de interés y encuentre incentivos para establecer mejor términos contractuales, en este caso nos encontramos ante una soberanía no al momento de negociar pero si al momento de elegir; la otra posición en cambio se encuentra referida a los contratos de libre determinación, el consumidor negocia el contenido del contrato, agrega clausulas o suprime otras, ya lo decía Adam Smith, que señaló que los precios de los bienes guarda amplia relación con la satisfacción marginal, que obtienen los mismos, y que un mercado sujeto por la oferta y la demanda, los productores como consecuencia de la competencia, buscarán la mejor utilización de sus recursos para satisfacer la demanda de los consumidores, por lo cual el consumidor en pleno uso de su libertad de contratar y su libertad contractual, orienta al mercado a establecer mejores condiciones, reafirmando así su soberanía, basada en su poder de elección.

Con la precisión, realizada podemos ahora desarrollar lo referido a los métodos comerciales agresivos o engañosos, regulados por el Código de Consumo, en su artículo 58, que a la letra expresa *«el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo»*. Se busca, eliminar todas aquellas prácticas que sitúan al con-

sumidor ante una estrategia de ventas «agresiva», pero habrá que establecer que dichas estrategias de venta no agreden a menos que el consumidor lo permita, recordemos que el consumidor tiene la última palabra, y a menos que se le «ponga una pistola en la cabeza», él es el ultimo en decidir, el principio de las ventas agresivas, parte de la idea de que todos los consumidores somos algo ignorantes, incrédulos o fáciles de convencer y que ante determinada publicidad, caeremos rendidos y firmaremos un contrato o realizaremos una determinada transacción, que no nos favorece. Pero dichas prácticas agresivas, encuentran su origen antes de la vigencia del Código de Consumo, en la Resolución N° 539-2006/TDC del 19 de abril de 2006, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi señaló respecto a las ventas agresivas que *«estas técnicas de venta consisten en inducir al cliente para que concurra a una dirección determinada a través del ofrecimiento de premios, en donde le espera un despliegue de recursos especialmente diseñados para hacer que el cliente olvide la recompensa prometida y convencerlo para que contrate un producto determinado. Apoyada por el manejo psicológico del potencial comprador, la empresa presenta las bondades del producto, la comparación con distintas alternativas, las ventajas de su adquisición, no dejando opciones para que el cliente se niegue a las tentadoras ofertas. Es tanta y tan prologada la presión que ejercen los vendedores sobre el comprador, que éste termina aceptando contratar por cansancio»*, bajo este orden de ideas, el consumidor no puede negarse, se la arrebatado esa posibilidad, para mi dicha tesis, es un disparate, puesto que siempre tendremos la posibilidad de decir que no, y en caso que el consumidor pretenda alegar practica agresiva, deberían establecerse parámetros o criterios de evaluación, que permitan establecer cuando una práctica es agresiva, si bien el Código regula algunas, las cuales en mi opinión deben ser reguladas, hay otras que claramente no deberían.

V. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO DE CONSUMO Y SU INTERPRETRACIÓN SISTÉMICA

En la doctrina se considera a las cláusulas abusivas como aquellas que alteran en ventaja de la empresa o proveedor y en desventaja o perjuicio del consumidor, el equilibrio entre los derechos y obligaciones de los mismos, lo cual produce la existencia de consumidores sometidos a abusos de los proveedores.

Así pues, son cláusulas siempre consideradas abusivas las siguientes (artículo 50 del Código de Consumo): a) las que excluyen o limitan la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o trasladan la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor; b) las que facultan al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta; c) las que facultan al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a terminar un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta; d) las que establecen a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato; e) las que excluyen o limitan los derechos de los consumidores, como efectuar pagos anticipados o prepagos, u oponer la excepción de incumplimiento o ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros; f) las que limitan la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones probatorias, inversión a la carga de la prueba, y otros derechos del debido proceso; g) las que establecen la renuncia a formular denuncias; y, h) las contrarias o violatorias de normas de orden público o de carácter imperativo.

Dichas normas, que nos recuerdan a la terminología usada en la Directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993 concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores (publicada en la Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas n. L 95 del 21.4.93, pág. 95), una cláusula contractual es abusiva si cumple los dos siguientes criterios: si ocasiona, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato y si tal «desequilibrio importante» no permite satisfacer la exigencia de buena fe.⁽⁹⁾

Así, el método por el cual se identifican las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico peruano, es claramente el de evaluación individual, es decir el código, otorga a grandes rasgos que se considera como cláusula abusiva y establece algunas, sin embargo para su determinación se tendrá en cuenta como lo establece el mismo texto legal acotado en su artículo 49.2 «*la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa*», respecto del último punto, considero que es necesario pronunciarse, ya que la identificación y evaluación sobre si una cláusula es o no abusiva, no debe ser aislada, sino debe ser interpretada conforme a todo el contenido del contrato, así lo señala la Vincenzo Roppo,⁽¹⁰⁾ que expresa «*es ilustrativa la doctrina que señala que una cláusula, en sí y por sí fuente de equilibrio, puede no obstante, ser considerada no vejatoria si resultada reequilibrada por otra cláusula del mismo contrato o de otro contrato conexo con aquel bajo juicio, que dispongan significativas ventajas para el consumi-*

⁽⁹⁾ Leoni Raúl Amaya Ayala. «El control de contenido y el control formal de las cláusulas abusivas». Pag. 4. Citado el 09/04/2011. Disponible en la Pagina web <<blog.pucp.edu.pe/media/avatar/913.doc>>

⁽¹⁰⁾ Roppo, Vincenzo. Il contratto. Giuffrè, Milano, 2001, p.914.

don», por lo cual es oportuno considerar este criterio y establecer que si en un contrato se establecen cláusulas abusivas que son equilibradas con cláusulas favorables al consumidor, debe optarse por omitir dicha clasificación de «abusiva», ya que si el consumidor la acepta, puesto que considero que las cláusulas favorables implicaban un mayor beneficio que el mismo perjuicio que causaba una sola cláusula abusiva, entonces el rol del estado o el INDECOPI en situaciones, donde la decisión fue voluntaria, libre e informada realmente está de más.

CONCLUSIONES

1. Este Código de Protección y Defensa del consumidor busca regular todas o casi todas las relaciones de consumo, estableciendo como punto de partida que el consumidor es la parte débil en la relación y que por tal el Estado debe optar un rol tuitivo y protección del mismo, sin embargo, considero que no se está yendo por el camino correcto, ya que esta sobreprotección al consumidor es muchas veces a través de normas que deciden por él, por tal no se está fortaleciendo al consumidor *sensu contrario* se le está debilitando, a través de normas que deciden por él, que limitan su libertad contractual y su libertad de contratar, estableciéndose normas que imposibilitan pactar en contrario, logrando así una estandarización de precios y por lo cual en vez de lograr un mercado competitivo, estaremos haciendo exactamente lo contrario.
2. El Estado, bajo una economía social de mercado, solo debe intervenir cuando es necesario, y en el caso de la competencia, solo habría de permitírsele cuando el mercado por sí mismo no puede operar, bus-

cando un equilibrio o una equidad en las relaciones, pero se no debe intervenir si el propio mercado establece condiciones que permiten la tutela del consumidor dentro de un margen de información y competencia.

3. Este cuerpo legal, sin dudarlo ha traído innovaciones algunas claramente favorables para los consumidores y proveedores, regulando la asimetría informativa y la calidad e idoneidad en los productos, que no es más que lograr un consumidor informado y que obtiene lo que se le promete, sin embargo también ha caído en algunas excesos de sobrerregulación, que es necesario corregir, claro está hay buenas intenciones, pero recordemos «*el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones*».

BIBLIOGRAFÍA

1. BULLARD GONZALES, Alfredo. «Derecho y Economía. Análisis Económico de las instituciones legales». Palestra Editores. Lima. Perú. Año 2006. Disponible en la Universidad Privada de Tacna N° Reg. 25719.
2. Calderon Lopez, Andrés. Inflexibilidad garantizada: Las garantías de productos en el Código de Consumo. Publicado en la pagina web << <http://blogcristalroto.wordpress.com/2010/11/15/inflexibilidad-garantizada-las-garantias-de-productos-en-el-codigo-de-consumo/#more-401> >> .
3. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley N° 29571.
4. Dworkin, Ronald. La Justicia con toga. Traducido por Traducción de MARISA IGLESIAS VILA e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO. Disponible en la pagina web << <http://www.marcialpons.com/catalogos/100811543.pdf> >> .
5. Gaceta Jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia. . Edición N° 148. Enero 2011. Año 16. Impreso en Imprenta Editorial El Buhó E.I.R.L.
6. Gaceta Constitucional N° 36. ¿Rol Subsidiario del Estado en el sector salud?. Pavel G. Corilloclla Terbullino.
7. Leoni Raúl Amaya Ayala. «El control de contenido y el control formal de las cláusulas abusivas». Disponible en la Pagina web << blog.pucp.edu.pe/media/avatar/913.doc >> .

DERECHO PENAL

PRIMERA BREVE APROXIMACIÓN HACIA EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Juan Alonso Portugal Vega *

«...enemigo será aquel que presenta una negación rotunda al ordenamiento jurídico, aquel que por su "comportamiento reiterativo", destaca abiertamente una conducta confrontacional y que difícilmente aseguraría o garantizaría sujeción a la ley».

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

El presente artículo surge como una inquietud personal del suscriptor, a raíz del dictado de la cátedra del curso de Derecho Penal I, en donde tuve la grata oportunidad de compartir, opiniones y brevísimos acercamientos teóricos, con los alumnos, dentro de las posibilidades de tiempo claro está, pues el desarrollo silábico por sí extenso implicaría dejar inconclusos los contenidos propios de las materias encargadas; respecto de esta tendencia representativa del expansionismo penal, surgida o mejor dicho resurgida a propósito de la impronta del crimen organizado en la sociedad y del vencimiento de los medios de control social, los cuales al fracasar en sus tarea prevencionista pugnan por controlar la criminalidad (a través del control social formal) en base al incremento punitivo, apelando tal vez criterios de aseguramiento o inocuidad del autor del delito mediante el internamiento, alejándolo de la sociedad, y logrando mantenerla fuera de peligro, cuando no, buscando el escarmiento social a través de la instrumentalización del delincuente como símbolo de represión de las conductas prohibidas.

Siendo así la primera curiosidad que a cualquier persona que se inicia en la lectura y estudio de esta tendencia es saber qué es o ¿Quién es el enemigo?

Nos dice JAKOBS, que el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida, o pertenencia a una organización, ha huido de manera duradera del derecho. Siendo así, no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, y por ende, al encontrarse fuera del sistema, no tiene derecho a gozar

de los beneficios de este sistema.⁽¹⁾

Continúa Jakobs: *"Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas" "el Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, (...) no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado a equilibrar el daño en la vigencia de la norma".⁽²⁾*

Así conforme al planteamiento del profesor germano, existen dos clases de individuos : Los Ciudadanos y el Enemigo, distinguiendo básicamente los primeros de los segundos en función a su "fidelidad" con el ordenamiento jurídico, tal como indica Portilla Contreras, esto es conforme a las garantías que ofrezca de continuar comportándose conforme a ley, "pese" haberla quebrantado en su momento. Por el contrario, enemigo será aquel que presenta una negación rotunda al ordenamiento jurídico, aquel que por su "comportamiento reiterativo", destaca abiertamente una conducta confrontacional y que difícilmente aseguraría o garantizaría sujeción a la ley. Sin embargo cabe preguntarse ¿en qué momento para el derecho nos convertimos en "enemigos"? , es decir cuando renunciamos a nuestro status de "ciudadanos" y con ello a las garantías que el sistema nos ofrece, en ese sentido una respuesta bastante lógica es la señalada por SILVA SÁNCHEZ, quien nos dice que "el tránsito del 'ciudadano' al 'enemigo' se iría produciendo mediante la reincidencia, la

⁽¹⁾ JAKOBS, Gunther. «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en JAKOBS- CANCIO MELIÁ, Derecho Penal del Enemigo, Edit. Civitas, Madrid, 2003, pp. 39 y 40.

⁽²⁾ CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo", RPCP 13, p. 155 ,

habitualidad (proscritos según la exposición de motivos de nuestro Código Penal, incorporados ulteriormente como circunstancias para la determinación de la pena), la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas"... , en ese orden, enemigos serán violadores, terroristas, narcotraficantes, y en general, sujetos ligados a la actividad del crimen organizado, nótese que en esta categorización del enemigo, nos encontramos de cara a delitos de especial peligrosidad y alarmante relevancia social, por lo que definitivamente no todo individuo que delinca será considerado enemigo, pues su conducta debe de tener una carga adicional -un plus- de riesgo y peligrosidad para la organización social.

¿Qué se entiende por Derecho penal del enemigo?

A través de esta denominación se hace referencia "*al Derecho penal que trata a los infractores como fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea*".⁽³⁾ Jakobs prescribe tres rasgos principales: el amplio adelantamiento de la punibilidad, el incremento notable de las penas, la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal.

De esta definición claramente podemos apreciar la pena, tiene asignada una función de "eliminación o exclusión" del enemigo, teniendo en cuenta el peligro que este tipo de delincuentes representa para la vigencia del ordenamiento jurídico y de la sociedad. Renunciando a la aplicación de una prevención especial positiva, entendida ésta como la que asigna a la pena la función reeducadora, resocializadora e integradora

del delincuente a la sociedad, tal como postulaban Ferri, Von Litz y Ancel.

Así como el carácter represor del mismo, criticado abiertamente por ser opuesto al garantismo y ofensor de derechos fundamentales y también porque representa el simbolismo al que muchas veces echan mano los legisladores para tratar de capear cuestiones deficitarias propias de una política criminal que se aleja del prevencionismo para imponer rigor máximo y así solventar el sentimiento *-in crescendo-* de inseguridad que como vemos día a día se va apoderando de la colectividad a nivel nacional; y es que el derecho penal del enemigo, es una respuesta a un fenómeno criminal cada vez más agresivo y refinado, que no sólo ataca sociedades convulsionadas como la nuestra, sino también aquellas en donde se supone funcionan con mayor eficacia las denominadas barreras de control social, resaltando además el terrorismo internacional como amenaza actual de estas sociedades, recordemos los atentados del 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos y 11 de marzo de 2004 en España.

Es así que la reacción inmediata del Estado como ente monopolizador de la represión penal, se plasma en el denominado "expansionismo penal", entendido como la satisfacción a las exigencias pretendidas por las sociedades actuales a las clases políticas por mayor represión en la lucha contra la delincuencia. El Perú no ha sido ajeno a dicha tendencia, la que se ha pasmado mediante numerosas reformas de nuestro Código Penal, - tal como veremos más adelante-, lamentablemente sin buscar dar solución a la raíz del problema.

(3) ibidem

Mucho se ha dicho y principalmente escrito sobre la franca vulneración de los derechos fundamentales del individuo, a través de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, incluso hay quienes señalan que ni siquiera debe de ser considerado como derecho penal, ya que todo exceso, todo atentado contra la dignidad humana no puede ser considerado como tal, aseveración un tanto extrema si tenemos en cuenta que puede considerarse el derecho penal del enemigo como un derecho de excepción (resáltese el término), a decir de Silva Sánchez un derecho penal de "tercera velocidad", (entendiendo que una primera velocidad está representada por el "Derecho penal de la cárcel" -pena de cárcel, sistema rígido- y una segunda velocidad para los delitos de "penas privativas de derechos o pecuniarias"), refiérase un punto medio en el que co-existen la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios y reglas de imputación jurídico-penales, reducido a una mínima expresión en su aplicación -de ahí su excepcionalidad-.

Pese a esa flexibilización, característica del derecho penal del enemigo, en la otra margen del camino cierto sector, ya nos habla de una Desestigmatización del Enemigo, esto es, como el propio Jakobs, posteriormente admite al hablarnos de la despersonalización parcial o atenuada del enemigo, en donde éste, no pierde su calidad ser humano y con ello la dignidad, no pierde personalidad jurídica, pues el único modo de que el derecho penal del enemigo pueda ser legítimo dentro de un estado de derecho, es justamente correspondiendo a sus exigencias, esto es respetando los derechos y garantías fundamentales reconocidas constitucionalmente y por los tratados sobre derechos humanos, como ser: tener derecho a un debido proceso, el derecho a la defensa, a la doble instancia, a la presunción de inocencia, conocer la imputación objetiva que pesa en su contra, cumplimiento de

la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto por citar algunos .

El derecho Penal del Enemigo en el Perú

Definitivamente el Derecho Penal del enemigo como construcción dogmática de aplicación en la realidad social, ha irradiado su influencia en muchas legislaciones del orbe occidental, el Perú no es la excepción, es así que -*ab initio* -una de las novedades que trajo el Código Penal de 1991 fue la proscripción de la reincidencia y de la habitualidad como formas de poder atribuir responsabilidad penal, por ser consideradas "formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida del autor (derecho penal de autor)" sin embargo mediante ley 29407 del 18-09-09, se les introdujo en los artículos 46-b y 46-C, modificándose incluso el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

Asimismo la tendencia se repite y fácilmente puede apreciarse el influjo del derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo, la criminalidad organizada ejemplo delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del Código penal) y el Lavado de Activos - Ley contra el lavado de activos- tráfico ilícito de drogas, secuestro, violación sexual de menor, artículo 173 y los delitos de corrupción, basta echar un vistazo y comprobaremos que concurrentemente se presentan los rasgos característicos descritos por Jakobs, como ser el incremento elevadísimo de las penas, encontramos por ejemplo en los delitos de violación sexual de menor de edad, penas como cadena perpetua si se trata de un menor de menos de diez años, con pena privativa de la libertad no menor de 30 años ni mayor de 35 si la víctima tiene entre diez y catorce años, y con pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años si se trata de un menor entre diez y menos de 18 años, así también el adelantamiento

de la punibilidad lo encontramos en el delito de delito de asociación ilícita para delinquir del artículo 317 del Código Penal se castiga esta forma de crimen organizado no solamente por los hechos delictivos que puedan realizar organizadamente, sino que se les castiga, por un lado, al momento de su gestación otra manifestación del derecho penal enemigo se aprecia en la afectación o limitación de diversos beneficios penitenciarios en la llamada delincuencia sexual.

Conforme a lo indicado, resultan evidentes las "filtraciones" del derecho penal del enemigo, en nuestra legislación vigente y con ello generando un avance del poder punitivo del Estado, pero esta situación obviamente no responde a caprichos o voluntades

antojadizas del legislador, sino que simplemente se trata de una necesidad extrema de controlar comportamientos exacerbadamente peligrosos, desviados, que no han podido ser corregidos oportunamente, ni siquiera advertidos, mediante una eficaz prevención, no nos olvidemos que el derecho penal es un instrumento de *ultima ratio*, es decir el mecanismo más "violento" del que puede hacer uso el estado para corregir y sancionar a quien actúa culpablemente, el Derecho Penal no debería tener el protagonismo que hoy tiene en nuestro país, su puesta en vanguardia tan sólo nos indica que algo está fallando en el seno de nuestra sociedad; ello sin duda podrá ser motivo de un nuevo comentario esta vez sobre el Derecho Penal y el control social.

LA POLICÍA "HOLÍSTICA" Y EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

Carlos Alberto Pajuelo Beltrán*

«...definitivamente se debe tener presente que la administración de justicia penal no puede tener eficacia si no se relacionan los elementos principales de esta en forma sistémica, es decir, que tanto el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional necesariamente mantendrán un flujo constante de retroalimentación para que se produzca la protección que requiere la sociedad con los objetivos fundamentales que la política criminal dicten gubernamental e institucionalmente...»

* Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

"Paz social por la restauración de los sentimientos de patriotismo, de tradición, y de subordinación justa y razonable; propender a lo real y a lo posible y sincero, y no a lo literal, declamatorio y fingido; anhelar la solidez, labrar la independencia y personalidad de las instituciones."

José de la Riva Agüero ("Afirmación del Perú", 1960)

No es mi intención realizar un análisis meramente crítico y negativista respecto de la función de la Policía Nacional en el marco de la implementación del nuevo modelo que implica la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en el Perú, pero; ¿Podemos hablar de un nuevo rol de la policía en este nuevo contexto procesal? Creemos que sí. En realidad no se puede soslayar la gravedad del tema pero el esquema con el que la actividad policial a nivel criminalístico debe tomar un nuevo rol y, si la palabra para definir esta nueva realidad no es precisamente el que se requiera una policía protagonista, debemos señalar que su rol co-protagónico en el sistema así diseñado es vital para que el Ministerio Público logre establecer satisfactoriamente su actividad probatoria. Y aquí es donde estriba el meollo del asunto, en el complicado hecho de que la autoridad policial asuma este nuevo rol sin que se resienta como un atentado a los fueros propios de su autonomía institucional.

Lamentablemente en la realidad nos hemos dado con el poco feliz espectáculo que representa la actividad fiscal en mucho de los casos obstruida por la poca cooperación de la policía nacional, dejando un sinsabor en el inconsciente colectivo –tan esencial en el control social informal constituido por el ciudadano de a pie frente a la delincuencia- que concluye que no existe una justicia penal para todos en el Perú, o que en todo caso es un

privilegio de algunos. Entonces definitivamente se debe tener presente que la administración de justicia penal no puede tener eficacia si no se relacionan los elementos principales de esta en forma sistémica, es decir, que tanto el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional⁽¹⁾ necesariamente mantendrán un flujo constante de retroalimentación para que se produzca la protección que requiere la sociedad con los objetivos fundamentales que la política criminal dicten gubernamental e institucionalmente. Pero si la línea de retroalimentación o *feedback* se quiebra sucede lo que le puede suceder a cualquier sistema mal diseñado: implosiona.

En el problema que nos convoca en este artículo y que podríamos definirlo como la falta de cooperación – en la práctica- que viene presentando la Policía Nacional – como institución y sin desmedro de las personas que lo conforman y jefaturan- al logro de los objetivos del nuevo modelo procesal penal en el Perú, buscamos dar algunas propuestas concretas para descifrar –como si no estuviera suficientemente claro a estas alturas- el modelo en política policiva más pertinente dentro del nuevo esquema adjetivo penal. Por otro lado, reiteramos que el presente ensayo, al no tratarse de una crítica gratuita a la labor policial, la fórmula que buscamos es el de la riqueza dialéctica dinámica y permanente para que cada elemento

⁽¹⁾ El cuarto elemento es el sub sistema penitenciario.

sistémico en la administración de justicia penal integre una dinámica permanente de proyección eficaz y eficiente para combatir el crimen y reducir la criminalidad, dado que las otras piezas del sistema presentan también –cómo no- sendos flancos de permeabilidad que son insoslayables para un estudio integral del problema pero queremos empezar de manera pragmática con aquella entidad que en mayor medida se encuentra en contacto directo con la sociedad y es la que también sirve de nexo para la aplicación de cualquier medida de política criminal en el orden interno.

El nuevo modelo procesal penal se viene implementando con temporizador a nivel nacional por regiones y con alcance en forma escalonada, siendo Lima la última región llamada a implementar el código adjetivo. Sin embargo no se puede afirmar si ello se produce con éxito o es un derrotero al fracaso, debido básicamente porque en lo relativo al combate contra de la delincuencia las alertas propias del control social informal se mantienen dando alarmantes señales de que no sólo se requieren penas más severas sino que se tomen medidas de orden político y social que permitan el logro del objetivo supremo de nuestra república: la paz y el bienestar social. Jamás, en las sociedades progresistas, la sola norma penal ha demostrado ser suficiente en materia de soporte de la paz social.

En primer lugar nos encontramos con que la composición y organización policial en el Perú se basa en una estructura jerárquica vertical y militarizada como en la mayoría de países de la región, dependiendo también del poder político, en este caso representa-

do por el Ministerio del Interior. Ello, para efectos didácticos no implica mayor problema si consideramos que el modelo alternativo se tiene una estructura horizontal o comunal - por la que la autoridad policial emerge de la representación popular, misma que opera en países como los EE.UU. y en ésta parte del hemisferio la Policía Federal Argentina-, siendo el objeto de estudio la función de la policía especializada en investigación criminal, que en este caso se tiene a la institución policial absolutamente desorientada en establecer el perfil del policía especializado en investigación criminal. Nos encontramos en condiciones de señalar que en los últimos veinticinco años no se ha perfilado la policía especializada en materia criminal, o en todo caso, los esfuerzos han sido mal direccionados. Como resultado de una falta –casi absoluta - de una política criminal que diseñe el instrumento o herramienta eficaz en materia de pesquisas, tenemos a un Perú que ocupa los peores lugares de países considerados con mayor índice de corrupción⁽²⁾ en la región y en el mundo, y si queremos tener otro indicador, el de las propias fuentes oficiales a través de la Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (CONASEC), como un país flagelado por aproximadamente 300 mil actos delincuenciales al año. Sin embargo, ni siquiera en este punto podemos tener cierto grado de certeza en lo referido al mapa de criminalidad al que referimos porque en las fuentes relativas al tema se ha optado por denominar «mapa de criminalidad» solamente a aquellos actos delictivos relativos al crimen organizado en el que el Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos, aparentan tener mejor atención de las autoridades, y decimos «aparentan tener» debido a que el

⁽²⁾ La organización transparencia Internacional publica el índice de percepción de corrupción en la administración pública de los países del mundo y el Perú ocupa el puesto 78, Chile el puesto 21 y Brasil el puesto 71.

Perú ostenta un aumento de las actividades relativas al narcotráfico internacional siendo a la fecha el primer productor y exportador de cocaína en el mundo, es decir, tampoco ligamos en esto.

Pues bien, dos cosas identificadas en nuestra realidad institucional entonces: a) No existe un adecuado perfil de la Policía de Pesquisa o de Investigación Criminal⁽³⁾ y b) No existe un diagnóstico de la realidad criminal que sirva para presentar una estrategia de lucha efectiva contra la delincuencia. Desarrollemos algunas consideraciones respecto del primero de estos parámetros, dejando para otro momento lo referido al mapa delincuencial, acordando en todo caso que es una dislexia importante en la conformación de una estrategia integral efectiva contra el crimen y sus diversas manifestaciones en la sociedad.

Respecto de la inexistencia de un adecuado perfil de Policía de Pesquisa Criminal. Nos remontaremos al año 1986 en que se inician una serie de modificaciones legales y funcionales tendientes a la unificación de las denominadas Fuerzas Policiales que se encontraban conformadas por la Policía de Investigaciones del Perú, la Guardia Civil y la Guardia Republicana del Perú. La PIP, a propósito era la entidad que se encargaba de las pesquisas policiales siendo los titulares del gabinete y laboratorio de criminalística

además de tener una organización homologada con el denominado Código Maurtua lo que implicaba una sectorización por tipo de delito al igual que el Código Penal o en todo caso de la legislación criminal común y especial.⁽⁴⁾ En el otro lado teníamos a la Guardia Civil del Perú que se encargaba en su estructura funcional del orden interno, control de multitudes, prevención del delito en la sociedad así como del control de las normas de tránsito vehicular. Y, por último, a la Guardia Republicana que en la práctica era una extensión del ejército encargada del control y vigilancia de la infraestructura nacional.

El prurito de la unificación sonaba bien si nos remitimos a la esencia del presupuesto que rezaba: *«Que cualquiera que fueren a dictarse para adecuar la actual organización de las Fuerzas Policiales... , exigiría de todos y cada uno de los componentes de los institutos, estar convencidos que la unidad es el único medio para potencializar nuestro esfuerzo dentro de la nueva concepción filosófica jurídica de servicio a la sociedad y al Estado.»* Finalmente el tiempo se encargó de demostrar que lo que hubo fue una idea soterrada de unificar sin criterio alguno a las instituciones y menos acreditarse el fundamento «filosófico jurídico». En todo caso el fundamento filosófico⁽⁵⁾ jurídico podría encontrarse ni mas ni menos que en la Constitución Política del Estado (Carta Magna de 1979, entonces vigente) que sobre la

⁽³⁾ Del documento *«Perfil del Policía Peruano»* -Instituto de Defensa Legal. Noviembre 2004- podemos anotar una realidad inefable y poco simpática y evidentemente poco cómoda para algunos políticos: «En la situación actual, la institución policial se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambios. Todavía no existe un consenso claro y definido sobre su razón de ser como organización y el papel que debe cumplir en la sociedad peruana. Además todavía persisten al interior de sus filas diferencias conceptuales que dependen de la ex institución de la que provienen sus miembros. Entonces resulta entendible y hasta comprensible que muchas de las medidas que se adopten, incluyendo el campo de la administración de los recursos humanos, no guarden coherencia ni permanencia en el tiempo y en lugar de beneficiar y dar estabilidad a sus componentes, originen inestabilidad y confusión».

⁽⁴⁾ En este último aspecto encontraremos las direcciones como la de Seguridad del Estado (DIRCOTE) que tuvo rol protagónico contra los dirigentes terroristas de sendero luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru.

⁽⁵⁾ ¿Qué es la filosofía? Ernesto Langer me dijo una vez sobre la filosofía que es la búsqueda espontánea del porqué de las cosas por el hombre, quien se convierte en un perenne escudriñador de la verdad. «La Filosofía es el amor a la verdad, el estudio de las causas primeras...»

función policial, a la letra señalaba en su artículo 277, primer párrafo: «*Las Fuerzas Policiales están constituidas por la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones y la Guardia Republicana tienen por finalidad fundamental mantener el orden interno, preservar, conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y los patrimonios público y privado así como prevenir y combatir la delincuencia*». ¿Dónde está el fundamento filosófico? Pues no lo hay debido a que el componente legislativo es de naturaleza imperante y ello se devela del término «finalidad fundamental» de mantener el orden interno, en cambio la filosofía se encarga del estudio de la causalidadu origen de las cosas. En fin. Pasando al punto siguiente ya el lector habrá caído en cuenta de que el mandato constitucional imponía la existencia –o coexistencia- de las tres instituciones policiales sin que nada permita inferir una posición distinta. Es decir, que la naturaleza jurídico filosófica de la institución policial por mandato constitucional – el máspreciado y en todo caso único- implicaba no un proceso de unificación sino un proceso de desarrollo institucional de cada una de ellas dentro del complejo «fuerzas policiales» con una idea central de comunidad pero cada entidad dentro de sus fueros. El enfoque sistémico era evidente pero se optó por una salida absolutamente errática –repito, el tiempo nos da la razón-.

Otro de los increíbles argumentos para la unificación y que encontramos en un precioso documento denominado Texto Básico al Plan de Conferencias sobre Reorganización Institucional de las Fuerzas Policiales fue la «doctrinaria⁽⁶⁾-jurídico-política-social sobre la indivisibilidad del hecho policial y su imposibilidad de tratamiento aislado, como acontecimiento social, que justamente determina

la «Unidad de la Función Policial del Estado». Consultando con algunos policías con historial académico, coincidimos que se trata de una suerte de trabalenguas o perorata declarativa sin contenido suficiente pues la «doctrinaria-jurídico-político-social de la indivisibilidad del hecho policial» excede el contexto constitucional y social del claro mandato de la función pública policial en la constitución entonces vigente. Pues claro, si se tiene que la Carta Magna es el plan maestro de nuestra sociedad y una de las piezas importa un aparato policial colegiado, ello no se puede cambiar de un plumazo sin que el resto de la estructura se resienta. Es el precio que pagamos hoy en día.

Evidentemente la Constitución vigente desde 1993 impuesta por el gobierno fujimorista –avalada por nuestro querido pueblo peruano en un referéndum, en demostración de que la democracia también goza de malignidades - en su artículo 166° asume una policía unificada y prescribe que «...*La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras*». Asumiendo el defecto previsto anteriormente y elevando a mandato constitucional esta nueva policía holística que no ha sabido orientar sus objetivos a la finalidad constitucional propuesta. Pero, ¿está bien que se señale que la policía investiga la delincuencia? Creemos que el error no es solo sintáctico sino de fondo y ello debido a que la delincuencia es un fenómeno negativo de orden social y si se quiere investigar la delincuencia o criminalidad como base de medidas de política criminal ¡perfecto!; pero, si se trató de decir

⁽⁶⁾ Tal vez se quiso decir «doctrina», nunca lo sabremos.

que se reconocía la investigación criminal como función esencial de la nueva institución policial –como si lo planteaba la anterior Constitución- pues no se dio pie en bola. Una cosa es la intencionalidad y otra la trazabilidad⁽⁷⁾ en pos de un fin.

Como sea,⁽⁸⁾ en diciembre del año 1988 se fusiona a la Policía de Investigaciones del Perú con la denominada Guardia Civil y la Guardia Republicana conformándose la actual Policía Nacional bajo el «objetivo» de evitar una superposición de funciones que lamentablemente el mismo gobierno de entonces se encargó de difuminar en los años previos de modo tal que la Guardia Civil⁽⁹⁾ ingresaba a realizar su propio proceso de investigación respecto de las intervenciones que directamente había realizado por ejemplo a nivel de capturas o por otros motivos, muchas veces inicuos.

La investigación criminal en todo estos años es el rubro policial que más resintió los efectos de una unificación policial y ello se trasvasa ahora cuando el nuevo modelo procesal penal implica una función policial cada vez más y mejor especializada. Pretender construir sobre bases poco sólidas ahora pasa la factura y estipula urgentes cambios a nivel organizacional en la estructura policial. El nuevo modelo procesal en vigencia en la mayoría de regiones del país requiere la exaltación de la pesquisa criminal sobre cualquier otro aspecto funcional de la policía. Este cambio puede parecer contraproducente dado

que no se contaba con los medios ni legales ni logísticos para ello, pero el mayor peso no de las ideas sino de sectores interesados en que no se asuma un compromiso serio lo que trasciende como un problema que la población resiente al extremo de simplemente no confiar en sus instituciones tutelares.

Lima será dentro de pocos meses (2011) el último distrito judicial en aplicar el nuevo modelo procesal, debiendo hacer mención que en un *improntus* de las altas esferas del gobierno se han calentado los motores para que este proceso se acelere bajo la égida de combatir los delitos de corrupción de funcionarios, y es casualmente este acelerador que activó el Congreso para darnos cuenta que el debate no fue suficiente y se sigue en la creencia de que una norma legal podría por sí misma dar solución a los problemas de administración de justicia –en este caso sin que se observen los elementos periféricos y la reforma no se convierta en una suerte de boomerang que permita consolidar a la impunidad retrocediendo sobre lo andado pues no hay que olvidar que el sistema se diseñó sobre la base de que el anterior modelo procesal inquisitivo era ineficaz y permitía la impunidad.

Actualmente, mirando a las provincias como Huaura, La Libertad, Arequipa y Tacna donde se lleva recorrido los primeros años de implementación, vemos que en los juicios el aporte del elemento probatorio con el que el Ministerio Público debe sustentar su teo-

⁽⁷⁾ Trazabilidad.- Es la propiedad del resultado de una medida o del valor de un estándar donde este pueda estar relacionado con referencias especificadas, usualmente estándares nacionales o internacionales, a través de una cadena continua de comparaciones todas con incertidumbres especificadas (wikipedia).

⁽⁸⁾ El gobierno aprista expidió los decretos legislativos Nro. 370, 371, 372, 373 y 374 a la sazón leyes orgánicas de la Guardia Civil, Policía de Investigaciones del Perú y Guardia Republicana. Posteriormente la Dirección General de las Fuerzas Policiales mediante la Resolución Directoral Nro. 008 crea una Comisión Conjunta para la revisión de la legislación policial con miras a la unificación.

⁽⁹⁾ La Guardia Republicana era la encargada de vigilar los penales y fronteras del país. (¿?) y a la fecha aporta el mayor número de oficiales generales en la Policía Nacional.

ría del caso se ve plagado de inconsistencias por la aplicación poco rigurosa de la cientificidad en el arte de la pesquisa. Los fiscales dicen que la Policía no colabora o no apoya y los policías dicen que el fiscal no está preparado para dirigir la investigación. Resultado desidia policial e inoperatividad fiscal. La desidia nace de la propia desconfianza del fiscal con la policía de modo tal que el resultado es oprobioso y no se logra establecer la culpabilidad de los responsables de la actividad criminal pese a que en muchos casos se acredita la configuración del crimen o delito. Entonces podemos inferir que el delito que no es sancionado simple y llanamente forma parte de la cifra negra o brecha de criminalidad.

El artículo 67 del Código Procesal Penal estipula que la función policial en el nuevo modelo es la de investigación mediante la realización de diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias (visión post perpetración), individualizar a sus autores..., reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Solamente diremos que por mandato constitucional la investigación ahora corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público y que la relatividad de que la policía actúe «diligencias de urgencia» se encuentra condicionada a limitaciones de orden geográfico donde el fiscal no pueda actuar,⁽¹⁰⁾ de modo tal que es la función criminalística la que si se mantiene incólume en esta nueva fase policiva. Ello no debe aquirarse como un sesgo de la función policial, que dicho sea de paso es lo que viene pasando en la actualidad produciéndose en muchos casos la intervención policial limitada a en su iniciativa a lo que disponga el fiscal.

Como alguna de las principales propuestas se encuentra la de aprender de aquellas naciones que están adelante en materia de lucha contra la corrupción y cuya confianza viene de la que el pueblo deposita en sus autoridades policiales y judiciales. Es imperativo volver por los fueros del establecimiento de un perfil policial que contenga estamentos claramente establecidos y uno de estos debe ser el relativo a la sublimación de la ESPECIALIZACION de la policía en materia de investigación criminal. La dirección de investigación criminal ahora a cargo del Ministerio Público requiere que la policía sea poderosa en materia de análisis de los instrumentos del delito, el estudio de la escena del crimen y su documentación. Ello acarrea un necesario grado de inversión – no de gasto, como lo confunden generalmente las altas esferas del poder- que tendrá en el logro de una sociedad cada vez más pacífica y progresista su menor termómetro de medición. En fin, que la Policía sea un servicio efectivo para la sociedad mediante un alto grado de especialización, profesionalismo y erradicando absolutamente todo vestigio de corrupción.

Una reflexión más sobre la profesionalización de la policía. En el caso de la policía australiana por tomar al azar un ejemplo de policía con sentido vertical de mando, los diferentes cuerpos de policía mantienen celosamente sus fueros de especialidad (orden interno, investigación criminal, etc.) mediante coordinación corporativa de un foro superior, *the Australian Police Commissioners Conference*, intercambiando experiencias y produciendo un sentimiento gremial no confrontacional.

⁽¹⁰⁾ En realidad este es el supuesto más fuerte porque la actuación policial de investigación por delegación del Ministerio Público está limitada por la presencia de un juez de investigación preparatoria por –inclusive- sobre el representante del Ministerio Público.

Por último debemos señalar que la formación profesional en la escuela policial deja mucho que desear y en todo caso se debe volver al nivel universitario en la escuela de policial. La cooperación del sistema universitario es fundamental en la formación por habilidades y competencias⁽¹¹⁾ del policía del futuro, inteligente emocionalmente hablando, enriquecido en valores e iniciativas, identificado con los problemas de su país y en especial de las regiones o sectores donde debe servir.

La alerta está dada y la gestión de la institución policial debe ser el rumbo de toda empresa moderna es decir, planificar de acuerdo a la esencia constitucional el desarrollo de las políticas relativas a la seguridad, prevención del delito y en lo que a nuestra parte respecta, enfatizar en la función de investigar técnica y científicamente los delitos, cooperando –porque así está diseñado el nuevo modelo – proactivamente en la etapa probatoria de la mano con el Ministerio Público.

⁽¹¹⁾ Ver PSITAB 2001, del caso australiano. Public Safety Industry Training Advisory Board.

ALCANCE PARCIAL SOBRE LOS DELITOS DE DERECHOS DE AUTOR Y LA RECEPTACIÓN ADUANERA

Carlos Alberto Pajuelo Beltrán *

«...INDECOPI a la fecha juega un rol que debiera revisarse a efectos de que la acción penal ciertamente reúna los requisitos no solo de tipo sino de antijuridicidad debido a que el artículo del cuerpo legal en mención establece que la actuación de un proceso administrativo ante INDECOPI no se considera vía previa por lo que la acción penal procede sin que el titular previamente haya recurrido a la instancia administrativa...»

* Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

Creo necesario establecer algunas precisiones respecto de la configuración del delito de receptación aduanera, ello a propósito de una consulta de parte de una aplicada estudiante de pre grado en el sentido de que había caído en sus manos un expediente penal por el cual se procesaba penalmente a una persona por el hecho de haber sido intervenido su local comercial por parte de personal del Ministerio Público, SUNAT,⁽¹⁾ INDECOPI⁽²⁾ y la Policía Nacional a través de la llamada unidad de la Policía Fiscal. Dicha intervención dio como resultado la incautación de mercadería consistente en CDs de películas, que habían sido grabados, y exhibidos para su venta en uno de los tantos centros comerciales tipo "Malvinas" o "Polvos Azules".⁽³⁾

La investigación preliminar contiene como es obvio una propuesta de tipificación -decimos propuesta de tipificación por cuanto la configuración del tipo se da incluso luego de la etapa intermedia es decir en la etapa de juzgamiento como comentaremos más adelante- anclada en los presupuestos del decreto legislativo 822 que regula en el Perú la comisión del delito Contra los Derechos de Autor de la siguiente manera. Tomemos por ejemplo el artículo 217 del Código Penal sobre Difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor, dice: será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma, o una emisión o

transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos, sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos: a. La modifique total o parcialmente. b. La reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento. c. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público. d. La comunique o difunda públicamente por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho. e. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito".⁽⁴⁾

En tal sentido INDECOPI a la fecha juega un rol que debiera revisarse a efectos de que la acción penal ciertamente reúna los requisitos no solo de tipo sino de antijuridicidad debido a que el artículo del cuerpo legal en mención establece que la actuación de un proceso administrativo ante INDECOPI no se considera vía previa por lo que la acción penal procede sin que el titular previamente haya recurrido a la instancia administrativa,⁽⁵⁾ lo que entraría en franca colisión en cuanto a la legalidad de estos operativos por cuanto si no se cuenta con la denuncia previa de parte del titular adolecería del elemento de antijuridicidad no solamente en el ámbito penal sino en el resto de fueros llamados a la protección de este particular derecho.

Una muestra de la discordancia de la realización de operativos sin denuncia expresa del

⁽¹⁾ Superintendencia Nacional de Administración Tributaria del Perú.

⁽²⁾ Instituto Nacional de Defensa del Consumidor.

⁽³⁾ Emporios comerciales ubicados en el centro de capital de la República donde la comercialización de productos piratas y de procedencia ilegal es intensa.

⁽⁴⁾ Artículo vigente conforme a la modificación establecida por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24-04-96.

⁽⁵⁾ Artículo 173°.- Sin perjuicio de las acciones civiles y penales que se interpongan ante las autoridades judiciales competentes, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, o sus representantes, podrán denunciar la infracción de sus derechos ante la Oficina de Derechos de Autor en su condición de Autoridad Administrativa Competente; no constituyendo esta última, en ninguno de los casos, vía previa.

titular del derecho moral protegido estriba en que luego de ejecutada la sentencia condenatoria se procederá a la entrega de los bienes incautados y comisados a favor del titular del derecho -artículo 221 del C.P.- pero dicha entrega NO TIENE CARÁCTER INDEMNIZATORIO, lo que implica una situación innecesariamente compleja por cuanto no se clarifica la naturaleza de esta imposición que probablemente sea justa pero que en todo caso debe ir alineada con el derecho de que esta entrega se asuma luego de que el juzgamiento se derive una denuncia expresa del titular del *copyright*. Por consiguiente nos encontramos ante un titularato de *jure* que colisiona con el carácter de personalísimo que tiene el derecho de autor. En otras realidades el delito contra los derechos de autor es una transgresión de carácter federal como el caso de México que protege el *copyright* hasta por un periodo de cien años después de la muerte del autor,⁽⁶⁾ lo que demuestra su importancia y gravedad.

En fin, estas disquisiciones pueden dar para largo y ser materia de otras opiniones ya que lo que se desea es aportar al debate, sin embargo el referido expediente contiene como delito colateral el delito de receptación aduanera, de modo tal que nos llamó la atención respecto de lo que habría ocurrido en la sede judicial al momento de dictarse una eventual sentencia condenatoria y lamentablemente nos encontramos con que el nuevo modelo procesal penal aún no ha producido una sentencia firme en este sentido. En el caso concreto se arribó a un acuerdo de terminación anticipada del proceso y esto ocasiona que la historia quede incompleta en cuanto a jurisprudencia sobre la materia. Por un lado el tratamiento de la sanción penal por

atentar contra el *copyright* y por otro la eventual inexistencia del tipo penal de receptación por la falta de un elemento de tipo connatural como es la preexistencia de delito aduanero. En el primer caso tenemos un derecho e interés personalísimo relativo al autor de la obra y por otro lado el interés del Estado como titular frente a la perpetración del ilícito aduanero que no puede fácilmente transarse en la vía premial penal por existir interés público gravemente comprometido.

Desarrollando este último aspecto diremos que el procesamiento penal del delito de receptación aduanera conlleva a la preexistencia de delito aduanero, es decir, que no existe receptación como figura penal autónoma sino que necesariamente el presupuesto típico, antijurídico y culpable importa la preexistencia de delito aduanero como es el caso de: Contrabando,⁽⁷⁾ Defraudación de Rentas de Aduanas,⁽⁸⁾ Tráfico de Mercancías de Importación Restringida o de Importación Prohibida ello porque la receptación aduanera se encuentra definida básicamente como la figura por la que el agente (Art. 6 de la Ley 28008) que adquiere o recibe en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea mayor a 2 UIT.⁽⁹⁾ Ya en un aporte anterior decíamos que " *es importante destacar que esta figura tomada de los Delitos contra el patrimonio tampoco admite la figura de la doble receptación o receptación por receptación, es decir, se constriñe la responsabilidad a nivel de autoría solamente al primer adquirente de bienes de procedencia presuntamente ilícita...*" Además que: " *...dichas mercancías serán apreciadas por el sujeto que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento de su procedencia ilegal o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos con-*

⁽⁷⁾ En todas sus modalidades.

⁽⁸⁾ También en todas sus modalidades.

⁽⁹⁾ La UIT para el ejercicio fiscal en el Perú para el año 2011 es de 3600 nuevos soles.

templados en la LDA".⁽¹⁰⁾ Evidentemente, y además, esta conducta requiere la presencia de dolo y como bien se sabe la dogmática penal requiere esa afirmación positiva para procesar la conducta ilícita, sin embargo, repito, en estos casos a veces entra en conflicto el interés o mejor diríamos derecho del consumidor, quien no se encuentra obligado a premunirse de documentación de importación de bienes adquiridos para consumo final por ejemplo.

Material e inclusive procesalmente entonces se requiere que exista y se pruebe primero delito aduanero para que se pueda procesar el delito eventual de receptación, es una figura bipolar por la que podemos afirmar como axioma que puede existir delito de contrabando sin receptación, pero no puede existir delito de receptación sin contrabando. Por consiguiente se debe reafirmar la necesidad de que en la etapa de investigación preliminar el Ministerio Público disponga la ejecución de determinadas diligencias pero con un direccionamiento previo: corroborar que se ha perpetrado ilícito aduanero, sí, plantear una teoría del caso basado en una premisa independiente que no es otra que la figura tipo, y una premisa dependiente: la receptación. Menudo trabajo, pues en muchos casos la tarea no resulta sencilla cuando nos encontramos con que por ejemplo cuando el fraude se origina en un tercer país, surgen serias limitaciones para acreditar por parte de las autoridades gubernamentales de países en el extranjero. Claro, la ley penal por definición - principio de aplicación espacial- se aplica a los hechos cometidos dentro del territorio nacional. Sin embargo tampoco hay que olvidar que cuando una mercancía inicia el proceso de destinación aduanera desde el extranjero, desde cualquier plaza, va a ingresar al país por vía y territorio aduanero autorizado, de

modo tal que - con excepción del delito de contrabando - se encuentra sometido al control aduanero efectivo y bajo la presunción de prenda legal aduanera, de modo tal que eventualmente podría ser objeto de devolución al exterior mediante reembarque o a ser sometido a un régimen suspensivo como es el caso del régimen de depósito o, por último, en el caso de que ésta pueda ser materia de tránsito internacional no sería susceptible fácilmente de interdicción por la autoridad aduanera dado que no se ha producido la importación o nacionalización que sí se traduciría en un atentado contra el control de aduanas o contra el erario nacional.

Queda claro entonces que en el caso de asumir intra proceso que efectivamente nos encontremos ante una figura delictiva de receptación aduanera en el caso de las intervenciones acotadas debe agotarse en la etapa de investigación preliminar o preparatoria para la acreditación del delito base de contrabando, sin embargo a la fecha nos hemos dado con muchos casos en que el Ministerio Público viene procesando a los delitos contra los derechos intelectuales y de eventual receptación aduanera como si se tratara de dos elementos de confluencia natural. Por ello se viene produciendo que en la vía premial de la terminación anticipada el delito de receptación junto al delito contra los derechos de autor de modo que deviene en cuestionable el proceder de los jueces de investigación preparatoria que aceptan acuerdos de terminación sin que se haya corroborado la configuración del delito base.

No puede caer el Ministerio Público en ningún tipo de facilismo para fundamentar un caso y menos en aquel que pretende fundar una acusación de existencia de receptación si es que no se ha acreditado previa y perfecta-

⁽¹⁰⁾ Ley 28008 de Delitos Aduaneros.

mente el delito aduanero respecto del cual proviene el bien materia de receptación.

En modo alguno es nuestra intención pretender fomentar una cultura de impunidad en la materia. Nuestro enfoque es constructivo, como no puede ser de otra manera. Se trata de que la dogmática material penal y adjetiva penal implica la observancia de requisitos de procedibilidad para el adecuado procesamiento e imputación legítima en defensa del interés penalmente tutelado. Ciertamente hago valer la oportunidad que la tendencia mundial respecto de la base penal implica un giro hacia el minimalismo y también ello opera en materia penal aduanera. Claro, lo cierto es que ante los tratados comerciales contemporáneos en todo el orbe y la velocidad de las transacciones van a dar como resultado una suerte de quite de fronteras y ese derecho aduanero penal mínimo en mucho tendrá una misma base con los delitos de propiedad intelectual. Por ejemplo si observamos a estas alturas como vienen operando las aduanas (en realidad al estar unificada la política fiscal debemos hablar de una sola Aduana) las fronteras de los países conformantes de la UE⁽¹¹⁾ - máximo parangón en materia de integración de mercados en el mundo- en la cosa del control aduanal nos damos con la siguiente realidad: los controles aduaneros son totalmente aleatorios y prácticamente se limitan a cosas puntuales

relativas a contrabando de mercancías prohibidas en razón de salud pública (TID). El combate a las actividades de piratería deberán en todo caso reformularse, sin duda, pero con un programa paralelo no a nivel penal sino de intensificación de la generación de un entorno cultural de defensa de la creación intelectual y artística sobre el cual nuestro sistema educativo⁽¹²⁾ no dice casi nada, así como para impulsar de verdad la investigación científica de patentes y desarrollo de un efectivo esquema de protección a la propiedad intelectual conforme un derrotero del nivel de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual⁽¹³⁾ con la visión de producir tecnología de calidad para no tener que darle la carga a la cuestión meramente represiva. Se requiere una vez más el rediseño de una política económica y social del progreso de nuestras naciones emergentes sobre todos los temas que involucran a la capacidad de lograr el progreso. Todo ello es propiedad intelectual, el nuevo idioma para salir del atraso y la espada de Damocles del subdesarrollo que aun se cierne sobre nosotros. Debemos promover las primeras medidas para no criminalizar innecesariamente determinadas prácticas negativas pero que en el fondo son de índole comercial abusiva y en cambio plantear las soluciones desde un punto de vista netamente político- económico.

⁽¹¹⁾ Alemania –Francia, por ejemplo.

⁽¹²⁾ La Educación Básica Regular y Universitaria tienen ese rol, hay que impulsarlo. De manera increíble poco se señala en este rumbo por nuestra clase política de modo tal que la juventud es la que debe tomar la bandera y lograr propuestas de cambio urgentes.

⁽¹³⁾ Recuerdo, por ejemplo, la visita de Jorge Luis Herce, directivo de primer nivel de la OMPI, a nuestra casa de estudios en gira por esta parte del mundo y la fantástica lista de oportunidades que nos refirió nos perdimos al no hacer de uso de las patentes no protegidas como derecho de propiedad positivo.



ESCUELA DE POST GRADO

Universidad Privada de Tacna

Creada con Resolución Nro. 084-94-ANR

Maestrías:

- Administración y Dirección de Empresas
- Docencia Universitaria y Gestión Educativa
- Docencia y Gestión Educativa
- Derecho:
 - Derecho Constitucional
 - Con Mención en Ciencias Penales
 - Con Mención en Derecho Civil y Comercial
- Informática
- Ingeniería Civil con Mención en:
 - Geotecnia
 - Transportes
- Contabilidad con Mención en Auditoría
- Enfermería
- Psicopedagogía
- Fisiopatología
- Infectología con Mención en:
 - Microbiología
 - Parasitología



Doctorados:

- Doctorado en Dirección y Administración de Empresas
- Doctorado en Derecho

Dirección: Av. Bolognesi N° 1924 Teléfono/Fax: (52) 242676
E-Mail: postgrado@upt.edu.pe pesecretaria@espg.upt.edu.pe

INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LA PROCRASTINACIÓN UNIVERSITARIA Y LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Mario Guillermo Denegri Sosa*

«La procrastinación es un complejo trastorno del comportamiento que a todo el mundo nos afecta en mayor o menor medida. Consiste en postergar de forma sistemática aquellas tareas que debemos hacer, que son cruciales para nuestro desarrollo y que son reemplazadas por otras más irrelevantes pero más placenteras de llevar a cabo. Es asumida popularmente como simple "pereza".

* Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna

SUMARIO.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- PROBLEMÁTICA. III. MARCO TEÓRICO. 3.1. PROCRASTINACIÓN. 3.2 PERSONA MAXIMIZADORA. 3.3 CLASES DE PROCRASTINACIÓN. 3.4. INVESTIGACIÓN JURÍDICA. 3.5 CLASES DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA. IV.- PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA. 4.1 DIEZ COSAS (SENCILLAS Y NO) QUE PUEDES HACER PARA NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LA PROCRASTINACIÓN. 4.2. VEINTIDÓS MANERAS DE EVITAR LA PROCRASTINACIÓN. V. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN⁽¹⁾

En la vida universitaria observamos constantemente que el eje primordial del proceso enseñanza aprendizaje (estudiante - docente) y del proceso aprendizaje enseñanza (docente - estudiante) gira en base a la investigación y al conocimiento de los métodos, técnicas e instrumentos de enseñanza universitaria.

En ese sentido, los estudiantes universitarios suelen utilizar las siguientes frases u oraciones, con relación a su formación profesional en su proceso aprendizaje y evaluación:

== > Tengo que investigar sobre un tema jurídico X, pero lo hago a la otra semana que toca dicho curso, todavía hay tiempo, estoy cansado de estudiar mucho, debo de relajarme.

== > Me han dejado de tarea académica re-

visar los textos XYZ, o revisar las páginas web ABC, pero lo puedo revisar el día anterior a la sesión de clases, o en la misma clase, «el profe» no se da cuenta.

== > Mi examen final es la próxima semana, pero me pondré a estudiar un día antes así aprendo más, y estoy más "fresco" para el examen, además que el profe toma exámenes fáciles, todos aprueban.

== > La tarea académica en grupo cuándo la hacemos, bueno nos repartimos el trabajo y cada uno que haga una parte, y luego un día antes la envían al correo electrónico la juntamos, y el trabajo está listo.

== > La tarea académica o monografía mejor la mandamos hacer y cada uno que ponga XXX de dinero y asunto arreglado, además al frente de la U hacen trabajos, y en muchos casos son los mismos trabajos del ciclo anterior, solo le cambian la carátula.

== > La exposición de la tarea académica en grupo, como la hacemos, bueno, que cada uno exponga su parte y lo que hizo del trabajo.

== > Tengo que elaborar algunos documentos jurídicos para el curso de Práctica Forense XXX, fácil, le saco fotocopia a un expediente original o carpeta fiscal, lo escaneo y modifico algunos datos y asunto arreglado; o mejor le digo a Juan XX que trabaja en la «Fisca» para que me envíe modelos de documentos a mi correo electrónico.

⁽¹⁾ Ley Universitaria N° 23733, en su «Artículo 2º.- Son fines de las Universidades:

b) Realizar investigaciones en las humanidades, las ciencias y las tecnologías, y fomentar la creación intelectual y artística. c) Formar humanistas, científicos y profesionales de alta calidad académica, de acuerdo con las necesidades del país, desarrollar en sus miembros los valores éticos y cívicos, las actitudes de responsabilidad y solidaridad social y el conocimiento de la realidad nacional, así como la necesidad de la integración nacional, latinoamericano y universal.

== > Bueno ya voy a concluir mis estudios universitarios y voy a egresar, ¿cómo obtendré el título profesional?, creo que lo fácil es el curso de propedéutico o titulación con expedientes judiciales, en hacer la tesis se pierde mucho tiempo.

== > Hacer una investigación científica o tesis para titularse es muy difícil, cuesta mucho y demora mucho tiempo.

II.- PROBLEMÁTICA

== > ¿Por qué los estudiantes aplazan sus tareas académicas para el último día antes de la presentación, o para el último momento fijado por el docente?

== > ¿Por qué los estudiantes universitarios en algunos casos no elaboran sus trabajos de investigación y buscan que terceras personas lo hagan por ellos?

== > ¿Por qué los estudiantes universitarios estudian un día antes del examen o la evaluación sea esta parcial o final, y por que no planifican u organizan su tiempo debidamente?

== > ¿Por qué preparan su exposición un día antes o unas horas antes de la misma, y no organizan su tiempo debidamente a efectos de obtener una mejor sustentación de sus trabajos?

== > ¿Por qué solo elaboran trabajos monográficos, y no investigaciones que resuelvan problemas socio jurídicos?

== > ¿Por qué existe un alto porcentaje de estudiantes de Derecho que no se titulan bajo la modalidad de sustentación de

tesis o trabajo de investigación científica?⁽²⁾

== > ¿Cuál es el motivo o la causa de la no titulación por sustentación de tesis de los estudiantes universitarios?

== > ¿Por que los estudiantes no organizan y planifican debidamente su proceso de aprendizaje?

== > ¿Por qué no utilizan el método de la prospección y la proyección en la solución de sus problemas universitarios y en la ejecución de sus acciones de formación profesional.

== > Por qué los estudiantes universitarios no se auto motivan a realizar sus labores universitarias a conciencia, a efectos de obtener mejores resultados en su proceso de aprendizaje.

== > Por qué los docentes universitarios no motivan a los estudiantes a realizar investigaciones científicas.

III. MARCO TEÓRICO.

3.1 LA PROCRASTINACIÓN

== > Procrastinar (del lat. *procrastinare*). 1. tr. Diferir, aplazar.

== > La procrastinación (del latín: *pro*, adelante, y *crastinus*, referente al futuro) o posposición, es la acción o hábito de postergar actividades o situaciones que deben atenderse, sustituyéndolas por otras situaciones más irrelevantes y agradables.

⁽²⁾ Ley Universitaria N° 23733 DE LA INVESTIGACION. Artículo 65.- La investigación es función obligatoria de las Universidades, que la organiza y conduce libremente. Igual obligación tienen los profesores como parte de su tarea académica en la forma que determine el Estatuto. Su cumplimiento recibe el estímulo y el apoyo de su institución.

== > La Procrastinación es el hábito de postergar actividades importantes, sustituyéndolas por otras menos relevantes, pero agradables.

== > La Procrastinación es un complejo trastorno del comportamiento que a todo el mundo nos afecta en mayor o menor medida. Consiste en postergar de forma sistemática aquellas tareas que debemos hacer, que son cruciales para nuestro desarrollo y que son reemplazadas por otras más irrelevantes pero más placenteras de llevar a cabo. Es asumida popularmente como simple "pereza".

== > La Procrastinación⁽³⁾ sería el hábito de aplazar las cosas que deberíamos hacer, enredándonos en tareas menos importantes o incluso gastando nuestro tiempo deliberadamente en cosas que nos obligamos a creer que son más perentorias. Todo ello por miedo, por pereza, porque analizar demasiado algo nos lleva a la parálisis... porque nuestro cerebro está diseñado para ello.

== > Las estadísticas nos indican que entre el 80 y el 95 % de los estudiantes universitarios postergan sus obligaciones, y dos tercios de todos los estudiantes consideran que tienen por costumbre postergar las cosas.

== > El término se aplica comúnmente al sentido de ansiedad generado ante una tarea pendiente de concluir. El acto que se pospone puede ser percibido como abrumador, desafiante, inquietante, peligroso, difícil, tedioso o aburrido, es de-

cir, estresante, por lo cual se autojustifica posponerlo a un futuro *sine die* (sin un día) idealizado, en que lo importante es supeditado a lo urgente.⁽⁴⁾

== > La Procrastinación, el arte de de demorar las tareas porque nos dan pereza o suponen una molestia, es uno de los más fieros enemigos de la Organización y la Productividad. Y me refiero a él como un arte porque nuestra mente elabora algunas de las teorías y razonamientos más complejos y convincentes para justificar el no hacer tal cosa justo en ese momento, que era cuando debíamos hacerlo.⁽⁵⁾

== > La Procrastinación es el proceso o acto personal de posponer las acciones o actividades personales para otro día u otras fechas, optando por realizar otra actividad que puede ser más importante o menos importante, y aplazar la actividad que se estaba realizando por falta de motivación.

3.2 PERSONA MAXIMIZADORA⁽⁶⁾

Una persona maximizadora es aquella que tiende a explorar el máximo número de soluciones posibles ante un mismo problema, en búsqueda de la opción "perfecta". Una persona satisfactora es aquella que tiende a conformarse con la mejor solución de una gama limitada que se ve capaz de controlar.

En ese sentido, el maximizador es un perfeccionista y aunque a menudo disfruta de los beneficios de su esfuerzo por hallar esa perfección, también a menudo se siente frustrado por no alcanzarla, o por considerar que el fruto de

⁽³⁾ Citado en la página web: <http://www.xatakaciencia.com/psicologia/que-es-la-procrastinacion-y-por-que-tendemos-a-ella>.

⁽⁴⁾ Citado en la página web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Procrastinaci%C3%B3n>

⁽⁵⁾ Citado en la página web: <http://thinkwasabi.com/2009/04/como-vencer-procrastinacion/>

⁽⁶⁾ Citado en la página web: www.procrastinacion.org

su búsqueda no le da los réditos suficientes. En un mundo como el actual, donde la tónica general es la avalancha de información, la multiplicidad de opciones y las constantes interrupciones que nos hacen dudar, hasta la tarea aparentemente más nimia puede pasar a ser un "infierno" de indecisiones que nos desmotivan.

Cuando uno se enfrenta a completar un proyecto que se presume largo y costoso, para evitar caer en la procrastinación y terminar por abandonarlo necesitamos literalmente VER una continuidad en la recompensa a nuestros esfuerzos, dividir ese proyecto en tareas individuales que no den demasiado margen a la indefinición. En paralelo, tenemos que aprender a coexistir con la imperfección *per se*. Esto no significa ni mucho menos que caigamos en una desidia o en una querencia por lo mal hecho, si no que aprendamos a ver nuestras tareas desde otras perspectivas, adoptando hábitos basados en otros paradigmas.

Uno de los factores que contribuye a minar la motivación y en consecuencia a fomentar la procrastinación es el ser una persona maximizadora versus ser satisfactora. La multiplicidad de opciones posibles ante una decisión, a menudo lejos de suponer una ventaja es un obstáculo para obtener una recompensa adecuada y por lo tanto un estímulo motivador.

3.3 CLASES DE PROSCRATINACIÓN

La intercrastinación: Es la procrastinación asociada a Internet.

La Microprocrastinación es un fenómeno que consiste, al igual que la misma procrastinación, en aplazar conscientemente tareas que nos convienen por su efecto positivo en nosotros, solo que a una escala más pequeña. Es decir,

son microaplazamientos (de segundos, minutos) de pequeñas tareas (que se pueden hacer inmediatamente) y cuyo beneficio sin embargo puede ser arbitrariamente macroscópico (desde irrelevante a transformador vital).

Existen tres tipos de procrastinación:⁽⁷⁾

- Por evasión, cuando se evita empezar una tarea por miedo al fracaso. Es un problema de autoestima.
- Por activación, cuando se posterga una tarea hasta que ya no hay más remedio que realizarla. Es un problema contrario al anterior.
- Por indecisión, típico de las personas indecisas que intentan realizar la tarea pero se pierden en pensar la mejor manera de hacerlo sin llegar a tomar una decisión.

Existen dos tipos de individuos que ejecutan esta acción:

Procrastinadores eventuales y procrastinadores crónicos. Los segundos son los que comúnmente denotan trastornos en los comportamientos irregulares.

En el artículo How to procrastinate well (Cómo dilatar así)⁽⁸⁾ se explica una idea importante:

Hay un número infinito de cosas que podrías estar haciendo. Pero independientemente de en qué estés trabajando, no estás trabajando en todo lo demás. De modo que la cuestión no es cómo no procrastinar, sino cómo procrastinar bien.

La procrastinación como síndrome que evade responsabilizarse posponiendo tareas a reali-

⁽⁷⁾ Citado en la pagina web: www.procrastinacion.org

⁽⁸⁾ Citado en la pagina web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Procrastinaci%C3%B3n>

zar puede llevar al individuo a refugiarse en actividades ajenas a su cometido. La costumbre de posponer, si bien no se ha demostrado cabalmente, puede generar dependencia de diversos elementos externos, tales como navegar en Internet, leer libros, salir de compras, comer compulsivamente o dejarse absorber en exceso por la rutina laboral, entre otras, como pretexto para evadir alguna responsabilidad, acción o decisión.

3.4 LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

- == > Es el proceso sistemático de búsqueda de información acerca de un problema en el ámbito jurídico con la finalidad de conocerlo, analizarlo y buscarle una solución.
- == > Investigación jurídica dogmática, documental o teórica. Es aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión.
- == > Investigación jurídica empírica, realista o de campo. Es aquella cuyas fuentes de información son la observación del comportamiento de las personas, cosas, instituciones o circunstancias en las que ocurren ciertos hechos. Para la investigación de campo se emplean principalmente tres técnicas: encuesta, entrevista y observación de campo; con objeto de evaluar la finalidad y el funcionamiento del Derecho. Se requiere ayuda de politólogos, psicólogos, sociólogos, estadísticos, etc.
- == > Investigación jurídico comparativa. Se comparan leyes de diferentes países, estados o municipios, con objeto de ver las ventajas y desventajas de unas y otras.
- == > La investigación jurídica es el proceso de exploración y explicación sistemática de los hechos o fenómenos jurídicos, mediante la recopilación, el análisis y síntesis de datos empíricos, para la correcta formulación de nociones hipotéticas, teóricas y principios jurídicos, es decir, la investigación científica, esta orientada a explorar la realidad socio-jurídica, integrada por una multitud de fenómenos o hechos que tienen trascendencia en el campo del derecho y, consiguientemente, describen o explican dicha realidad, señalando sus características, sus interrelaciones y leyes sociales que la regulan.
- == > Consecuentemente, el fin inmediato de la investigación jurídica es la descripción y explicación de los hechos o fenómenos jurídicos, y el fin mediato es la formulación de normas jurídicas, que regulan y controlan la vida social.
- == > Etimológicamente La palabra INVESTIGACIÓN (acción y efecto de investigar) deriva de dos raíces latinas:
 - "IN", que significa en, dentro
 - "VESTIGIUM", que significa rastro, huella, indicio o señal, al vestigio de algo.
- La palabra INVESTIGAR proviene del verbo latino "*investigare*", con lo que se alude a la acción de buscar, inquirir, indagar, seguir vestigios o la pista o huella a alguien o de algo, averiguar o descubrir alguna cosas. Así etimológicamente, nos indica la actividad que nos conduce al conocimiento de algo.
- Genéricamente, investigación es una actividad del hombre orientada a des-

cubrir algo desconocido, originado en su deseo de querer conocer cómo y por qué son las cosas.

3.5 CLASES DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA⁽⁹⁾

1. La Investigación Básica, persigue un fin puramente cognoscitivo, es decir busca el incremento del conocimiento científico, relacionado con algún sector de la realidad.

Esta clase de investigación está destinada a la estructuración y formalización de las llamadas ciencias puras, las cuales constituyen la organización del conocimiento, relativos a diferentes fenómenos, tanto de la naturaleza, de la sociedad o de la realidad jurídica.

Ejemplos, las relativas a la teorías que se han formalizado en el estudios de la Ciencia Política, la Sociología Jurídica, los Actos Jurídicos, la Criminología, Actos y Contratos mercantiles, etc.

2. La Investigación Aplicada, en cambio tiene una significación pragmática, por cuanto está orientada a crear los medios materiales para el bienestar de la sociedad, o a establecer formulas de solución de problemas concretos de la sociedad.

Desde este punto de vista la investigación jurídica pragmática busca establecer las formulas y mecanismos de la organización, regulación y control de la relaciones interindividuales y colectivas, ya que cumple un papel de alta trascendencia social, por que es el medio para el logro del perfeccionamiento del sistema social.

Ejemplos, las que versan y se orientan a la formulación de nuevos sistemas de organización

de normas que fijan derechos, obligaciones y sanciones, así como las normas de procedimientos que se encuadran en el campo del derecho procesal.

3. Investigación Dogmática Formal.- Estudia las estructuras del derecho. A la vez puede ser:

= = > Investigación Dogmática Formal Normativa.- Es el estudio abstracto del Derecho Positivo y las normas del pasado. No hay acceso a datos e información de la realidad social.

= = > Investigación Dogmática Teórica.- Es el estudio de los diversos institutos, categorías del Derecho, también de las corrientes doctrinarias. Busca construcciones lógicas que no contradigan los Intereses Jurídicos y los Derechos Humanos.

4. Investigación Empírica Material.- Estudia la funcionalidad del Derecho en la realidad Social. A la ves puede ser:

= = > Investigación Empírica Social Normativa.- Logra sus objetivos midiendo el grado de aplicabilidad y eficacia con la que regulan las normas a los hechos que se presenta en las relaciones o actos humanos.

= = > Investigación Empírica Social Axiológica Normativa.- Estudia si los operadores jurídicos y los legisladores observan los principios generales, derechos y garantías instituidos universalmente al momento de interpretar, aplicar, calificar, tipificar, etc, determinados hechos humanos a la normatividad y en el momento de aprobar nuevas leyes.

⁽⁹⁾ Citado en la pagina web: <http://www.microsiervos.com/archivo/mundoreal/procrastinacion.html>

5. Investigación Axiológica Filosófica.-

Estudia los valores y los fundamentos de la teoría del conocimiento. Se encarga de estudiar los valores, dogmas y fundamentos de la teoría del conocimiento en otro nivel científico que difiere de la investigación social axiológica normativa. Ésta busca reafirmar axiomas de los intereses jurídicos y derechos humanos. Sus resultados apuntada a un conocimiento epistémico. La investigación es teórica y en otros casos aplicada.

6. Jurídica Comparativa.- Busca identificar en el derecho comparado las relaciones de semejanzas, identidades y diferencias entre el objeto de confrontación y los de comparación de los sistemas jurídicos universales.

7. Jurídica Explicativa.- En la praxis es utilizada generalmente para explicar objetivamente las relaciones, descripciones observaciones, mediciones, etc. de las cuestiones jurídicas identificadas en la investigación.

8. Jurídica Descriptiva.- Establece los diversos aspectos, características, causas, factores, etc. del hecho, la funcionalidad de la norma jurídica en la realidad social y de las categorías e institutos teóricos jurídicos.

9. Histórica Jurídica.- Efectúa un estudio *ex post ipso* de los hechos y de los preceptos jurídicos desde su origen hasta el presente, comprobando si su tratamiento legal en su época reguló de manera suficiente, adecuada, óptima a los hechos que se presentaron en la realidad socio-normativa.

10. Jurídica Correlacional.- Es utilizada en las tesis empíricas porque ellas buscan determinar con ayuda de las pruebas estadísticas el grado de relación de las variaciones de los aspectos, causas, factores concomitantes con la variación en otros, que se han identificado en la realidad socio normativa investigada.

11. Jurídico Exploratoria.- Se trata de dar

pasos preliminares frente a un problema jurídico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces explicatorias del asunto.

Generalmente, estas tesis abren el camino para otras investigaciones más profundas.

12. Jurídico Proyectiva.- Este tipo de tesis hacen en cierta forma una suerte de futurología del funcionamiento de una institución jurídica, partiendo de premisas actualmente vigentes.

13. Tesis Jurídico- Propositiva.- Se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas proponer cambios o reformas legislativas en concreto. Generalmente estas tesis culminan con una proposición de reforma o nueva ley sobre la materia.

IV.- PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES A LA SOLUCION DEL PROBLEMA.

La procrastinación, en particular, ES UN PROBLEMA DE AUTORREGULACIÓN Y DE ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO. Su solución consistiría, entre otras cosas, en lograr una adecuada organización del tiempo, concentrándose en realizar las tareas importantes que tienen un plazo de finalización más cercano. Quien pospone o procrastina una decisión, por no sentirse preparado -esperando que todo se resuelva por sí solo- suele aducir que lo hará después "... en cuanto tenga tiempo", con lo que está presentando, en el fondo, UNA CONDUCTA EVASIVA.

4.1 DIEZ COSAS (SENCILLAS Y NO) QUE PUEDES HACER PARA NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LA PROCRASTINACIÓN ⁽¹⁰⁾

Decálogo NO para combatir la procrastinación, si no para combatir sus efectos perniciosos. No olvidemos que una gran parte de los procrastinadores están de acuerdo en ser así o

hasta llegan a estar orgullosos, pero eso no quita que les fastidie su vida diaria:

He aquí pues las Diez cosas (sencillas y no) que puedes hacer para neutralizar los efectos (negativos) de la Procrastinación. Es una lista abierta a todo el mundo, para comentar qué puntos le funcionan, cuáles quitaría, etc.

- 1) Trabaja en algo que verdaderamente te apasione, te inspire y te quite el sueño.
- 2) Si tu trabajo no te apasiona, no te inspira y te quita el sueño pero por culpa de las preocupaciones, térgivérsalo en tu mente para que parezca una aventura apasionante.
- 3) Cambia frecuentemente de lugar de trabajo. Si es posible, llévate el 'laptop' a una cafetería remota, modifica la disposición de tu despacho, cambia las luces, pide a un colega que te invite un día a trabajar desde su oficina... Si puedes, trabaja una temporada desde otro país.
- 4) Práctica deporte físico y combínalo a partes iguales con otro deporte de estrategia, como el ajedrez, el golf o los bolos.
- 5) Si no puedes cambiar con frecuencia tu lugar de trabajo, procura no trabajar a solas.
- 6) Rompe, en la medida que puedas, las normas y los protocolos. Atrévete a escribir un informe siguiendo tu propio diseño y reglas. Inventa modificaciones creativas sobre las tareas que tengas que hacer.
- 7) Idea formas que puedan llevarte a romper récords propios tuyos en productividad personal. Inventa competiciones imaginarias contigo mismo, sin premios y con tus propias reglas.

8) Procura llevar una dieta completa y equilibrada, con desayunos energéticos y alegres.

9) Acompaña tu jornada de tareas con una música rítmica y algo desenfadada

10) Aprende a convivir mano a mano con tu enemigo: tus fuentes de distracción. Trabaja con las ventanas del Facebook, Twitter, correo, etc. siempre abiertas y siempre descansando en paralelo a las ventanas de tus tareas. Te seguirán distrayendo, pero acabarán integradas y controladas por ti y no viceversa.

4.2 VEINTIDÓS MANERAS DE EVITAR LA PROCRASTINACIÓN⁽¹¹⁾

1. VALORA LO QUE GANARÁS AL TERMINAR ESA TAREA. No es algo que tengo que terminar, sino que algo que quiero terminar por su importancia y porque voy a ganar algo significativo con ello. Piensa en lo que obtendrás una vez terminado, no es el "quitármelo de en medio" sino lo que voy a conseguir completando esa tarea.

2. PIENSA EN QUE RETRASARLO VA A SER PEOR. Retrasarlo es la peor decisión que puedes tomar. Mañana, pasado, probablemente vayas a hacer lo mismo... y la bola irá creciendo. El retraso injustificado, sólo porque "ahora es un coñazo ponerme con eso", va a abrir un boquete en tu productividad diaria.

3. SI ES UNA TAREA GRANDE, DIVÍDELA EN PEQUEÑAS PARTES. En lugar de afrontar la tarea "a lo bestia", divídela en tres o cinco puntos. En lugar de visualizar un chuletón gigante que tienes que devorar lo visualizarás como pequeños bocados que irás dando con mayor facilidad. Eso te ayudará a ver que no es para tanto y te animará a aco-

⁽¹⁰⁾ ARANZAMENDI NINACONDOR Lino. Guía Metodológica de investigación Jurídica. Editorial Adrus. Pag. 27 y ss

⁽¹¹⁾ Citado en la página web: www.procrastinacion.org

meter la tarea punto por punto, con pequeñas conquistas.

4. MÍRALO COMO UN RETO DIRECTO A TU FORTALEZA Y DETERMINACIÓN. "¿Es que esto va a ser más fuerte que yo? ¿Va a vencerme una y otra vez?" Ni que tuviera que ascender las escaleras para ir al cadalso. Encara la tarea directamente, cara a cara y complétala porque tienes fuerza de voluntad. Sí, vas a hacerlo.

El gritarte "¡Hazlo ahora!" persigue sacudirte desde dentro, eliminar la modorra o pereza de un plumazo y ponerte en marcha de forma inmediata.

5. CORTA LAS MENTIRAS, NO TE ENGAÑES. En seguida detectarás la presencia de la Procrastinación porque viene acompañada de afirmaciones (engaños) del estilo: "venga, no lo hago ahora pero mañana a primera hora me pongo con ello a tope", o "pongo a bajar un par de películas y luego sin falta lo hago". Luego te liarás con Twitter, te pondrás a echar una partidita con la Xbox o empezarás a ver el último capítulo de Lost... y la tarea seguirá sin hacer. Es el autoengaño puro y duro en su más refinada variante.

6. PIENSA EN LOS DEMÁS, A VECES SON QUIENES PAGAN CARA TU PROCRASTINACIÓN. Muchas de nuestras tareas influyen en el trabajo o vida de otras personas, algunas cercanas o queridas. Antes de retrasar porque sí esa tarea, piensa en el efecto que tendrá en otros. Porque nadie quiere ser una mala persona o un "cabrito", ¿verdad? En muchos de estos casos la Procrastinación es sinónimo de ser egoísta e insolidario.

7. GENERALMENTE LUEGO "NO ES PARA TANTO". Me ocurre que cuando me pongo y termino esa tarea que tanta pereza me daba en un principio, me encuentro diciéndome a mí mismo: "vaya, pues no era para

tanto". Y me siento como un niño inmaduro por haber dudado tanto. Generalmente es más poderosa la pereza o el miedo a tener que hacer eso, que el desarrollo de la propia tarea en sí. Piensa eso y te ayudará a empezarla con energía.

8. APLICA LA REGLA DEL ¡HAZLO AHORA! La regla es, literalmente, "pegarte un grito a ti mismo". El gritarte "¡Hazlo ahora!" persigue sacudirte desde dentro, eliminar la modorra o pereza de un plumazo y ponerte en marcha de forma inmediata. Gritalo con energía, desde dentro. De primeras parece una absoluta bobada... pero si lo haces con convicción verás cómo te mueve y te pones a trabajar.

9. SI ES UNA TAREA COMPLEJA, NO BUSQUES LA PERFECCIÓN A LA PRIMERA. Hazla, terminala de un tirón al 100% y luego vuelve sobre ella para mejorarla y pulirla. Muchas veces es "el sacar brillo" lo que nos desanima: "es que es un montón de trabajo". Generalmente lo que es un montón de trabajo son los pequeños detalles. Una vez completada de un tirón es más fácil ir mejorándola. No te pares a darle formato al texto, o a buscar los iconos para una presentación, o a encontrar el estilo perfecto en un HTML, empieza a escribir como sea y una vez completado ya lo irás perfeccionando a tu gusto. Es más fácil así.

Muchas de esas pequeñas tareas que podríamos despachar en menos de dos minutos son la materia prima de la Procrastinación.

10. SI UTILIZAS EL GTD (HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN PERSONAL) OJO CON EL "ALGÚN DÍA". Las carpetas "tal vez" o "algún día" del GTD no son para amontonar las tareas que más pereza nos dan, sino aquellas que por su intemporalidad no tienen una fecha determinada. Pero no abuses, no pongas ahí todo lo que no te apetece hacer porque ahí seguirán por los siglos de los siglos.

Esa carpeta no pueden ser refugio y aliada de la Procrastinación sino sustento de tu Organización y aliadas de tu Productividad. Revisa con relativa frecuencia esa carpeta y pasa las tareas a Próximo o a las tus carpetas de proyecto, donde las completarás antes.

11. PIENSA QUE SI VENCES SERÁS UN "MEJOR PROFESIONAL". La regla o el hábito del "¡Hazlo ahora!" te hará más fuerte, te ayudará a afrontar los imprevistos con mayor determinación y te convertirá en alguien eminentemente positivo y decidido. Ante el "¿buff, y ahora qué hacemos?", te ayudará a decir: "pues lo hacemos". El éxito es de quien da un paso adelante, con determinación.

12. SI TE HAN PASADO "UN MARRÓN", NO CULPES AL MENSAJERO. En España se dice "un marrón" cuando otra persona te asigna una tarea que probablemente debería haber hecho ella. No te quedes compadeciéndote de ti mismo y maldiciendo al otro. La primera reacción (tentación) será demorar eso una y otra vez, ya "que es algo que no me correspondía a mí". Analiza la tarea, enmárcala dentro de su ámbito y proyecto y valora su importancia. Lo que cuenta no es que alguien te la haya encasquetado, sino que es una oportunidad de completar tu proyecto y de mejorar en tu trabajo.

13. SI TE VAS A PONER A ELLO, CORTA CUALQUIER DISTRACCIÓN. Me ha ocurrido más de una vez. Justo estoy debatiendo internamente si hacerlo o no hacerlo, cuando recibo un correo o me comentan algo por Twitter... adiós al debate. Mi cabeza ya está en otro sitio, he perdido la oportunidad de hacerlo.

14. "ES QUE ES MUCHO, NO SÉ POR DÓNDE EMPEZAR". Aplica la regla anterior de dividir la tarea en varios puntos y empieza por aquel que domines más, que te inspire más o aquel que te resulte más atractivo. A veces es más inteligente (y puede que nece-

sario) empezar por el punto 4, luego ir al 7, el 2 y el 5; que no ir 1, 2, 3, etc. Aquí vences a la Procrastinación siendo creativo e inteligente.

15. APLICA LA REGLA DE "LOS 2 MINUTOS" DEL GTD (HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN PERSONAL). La atribuímos al GTD pero debería ser una regla universal. Si una tarea surge y la puedes completar en menos de 2 minutos (es un tiempo orientativo, se refiere a que podemos terminarlo de forma inmediata), hazla, ahora, sin pensarlo. Muchas de esas pequeñas tareas que podríamos despachar en menos de dos minutos son la materia prima de la Procrastinación. Los mensajes de correo son un claro ejemplo de ello. Si puedes contestarlos, dar una respuesta a alguien que busca algo y cerrar el tema en menos de dos minutos, hazlo de inmediato, no digas "bueno, le contesto mañana mejor".

16. HAZLA PARA EVITAR EL ESTRÉS Y LA FRUSTRACIÓN. La Procrastinación perpetua de una tarea, esto es, la clásica cosa que no queremos hacer ni hartos de vino, genera frustración, estrés y un sentimiento de culpa que va y viene para recordarte que estás fallando. A nadie le gusta sentirse así, ¿verdad?

17. ENCUENTRA EL LADO POSITIVO DE ESA TAREA. Cualquier tarea, por molesta que parezca, tiene que tener un lado positivo. Seguro. Rebusca, analízala y saborea lo que vas a aprender y ganar al realizarla. Tal vez requiere experimentar una nueva técnica de diseño, mejorar tus capacidades de negociación (por una reunión o llamada que estás retrasando una y otra vez), estudiar y aprender un script para un código que tienes que implementar en una web, etc. Aférrate a ese lado positivo, constructivo y didáctico para echar a andar.

Cualquier tarea, por molesta que parezca, tiene que tener un lado positivo. Seguro. Rebusca, analízala y saborea lo que vas a aprender y

ganar al realizarla.

18. ELIMINA TODO LO DEMÁS DE TU CABEZA, sólo cuenta eso. Cuando aparece la tentación de demorar, de procrastinar, limpia tu cabeza de cualquier cosa. De otros proyectos, de lo que tienes que hacer ese día, por la tarde, de si esperas una llamada, del partido de esta noche... Elimina todo. Sólo cuenta esa tarea, y la vas a hacer ahora, justo cuando habías planificado.

19. PIENSA QUE DESTRUYE TU ORGANIZACIÓN Y PRODUCTIVIDAD. Te has esforzado por desarrollar un buen sistema de organización, has invertido tiempo en leer y estudiar el GTD (HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN PERSONAL), abres y actualizas a diario tu aplicación de gestión personal... y luego te dejas vencer por esa tarea que "mejor la dejo para otro momento". La Procrastinación, sea "grande" o "pequeña", es un torpedo directo a la línea de flotación de tu Productividad. Tiene poco sentido pelear tanto por un lado y echarlo a perder tan rápidamente por otro.

20. ENFRÉNTATE A LA PROCRASTINACIÓN QUE VIENE DEL MIEDO. A veces es una conversación que queremos tener con nuestro jefe o un compañero de trabajo para tratar un tema espinoso, o una llamada a un proveedor para "decirle cuatro cosas"... algo que debemos hacer pero que implica una situación tensa o de estrés que nos genera temor. En estos casos la Procrastinación es sinónimo de huida, de esconderse. Esa no es la solución. Piensa en lo que ganarás si lo haces, el motivo real de hacer eso y en cómo te sentirás una vez lo hayas hecho. Para quitarse un peso de encima es imprescindible moverse. Muchas veces el "beneficio" que conseguirás te animará a dar el paso, valiente y decidido.

21. ¿NECESITAS UN ESTÍMULO? RECURRE A TU CANCIÓN FAVORITA. Todos tenemos una canción "que nos pone las

pilas", que nos llena de energía y nos hace sentirnos master-and-commander, capaces de ascender el Everest (bueno, casi). Si puedes, en el momento de la duda, ponla. Déjate llevar por su fuerza y gritate: "¡Hazlo ahora!"

22. SABOREA EL MOMENTO DE "LA VICTORIA". ¿Y cómo te sientes cuando al final terminas y completas con éxito esa tarea que amenazaba con retrasarse una y otra vez? Bien, útil, productivo y triunfador. Puede sonar a tontería, pero son estas pequeñas conquistas las que nos hacen mejorar cada día, en lo profesional y personal.

V.- CONCLUSIONES.

El hábito de posponer tareas hasta el último minuto, puede ser un problema grave en la carrera profesional y en la vida personal. Oportunidades perdidas, horas extra de trabajo, estrés, resentimiento y culpabilidad son solo algunos de los síntomas.

La planificación del aprendizaje y la organización del tiempo son importantes para solucionar los problemas de la investigación universitaria, y ello debe de traer consigo mucha pero mucha motivación, y auto motivación.

Generalmente el desconocimiento o conocimiento deficiente de los métodos, técnicas e instrumentos de aprendizaje determina a los estudiantes a aplazar o poner sus actividades académicas universitarias; asimismo, deciden no elaborar una tesis de investigación para optar el título profesional por la falta de conocimiento y por la carente motivación por parte de los docentes.

De otro lado, es necesario que los estudiantes universitarios utilicen en su vida personal y en el proceso de su formación el método prospectivo y proyectivo, en la solución de sus conflictos, como método preventivo.

OTROS

NEPOTISMO

Janeth Vargas Vilca *

INTRODUCCIÓN

El nepotismo involucra principalmente uno o más de los siguientes elementos; provocar, defender o participar en el empleo, el nombramiento, el nuevo nombramiento, la clasificación, la reclasificación, la evaluación, el ascenso, la transferencia, o el disciplinamiento de un familiar cercano o compañero doméstico en un posición local, o en un organismo sobre el cual éste(a) ejerza jurisdicción o control; participar en la determinación de la compensación de un familiar cercano o compañero doméstico; delegar en un subordinado cualquier tarea relacionada con el empleo, el nombramiento, el nuevo nombramiento, la clasificación, la reclasificación, la evaluación, la promoción, la transferencia, o el disciplinamiento de un familiar cercano o compañero doméstico; y supervisar, directa o indirectamente, a un familiar cercano o compañero doméstico, o delegar dicha supervisión en un subordinado.

Es la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor, sino su lealtad o alianza. «Desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las gracias o empleos públicos»

La corrupción encarna la progresiva desintegración de una sociedad. Un proceso lento pero inexorable que lo corroe todo. Una depravación de las costumbres por la cual el individuo desprecia todos los valores sociales y

familiares para sustituirlos por sus «valores» personales en función de sus ambiciones. La mala plaga de unos individuos que pierden por completo la noción del deber para auspicar la cultura de la «viveza criolla» apoyados en las ventajas que les proporciona el manejo de los ingentes recursos del Estado y en la manipulación de las conciencias de la inmadura juventud que en vez de ser formada bajo los más insignes valores, es empujada hacia el abismo de los anti valores que mantienen vigente el síndrome fatal de la corrupción.

NEPOTISMO EN EL DERECHO

El nepotismo es una forma particular del conflicto de intereses. Aunque la expresión tiende a ser usada de manera amplia, se aplica estrictamente a una situación en la cual una persona usa su poder público con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo, para un miembro de su familia.

La prohibición del nepotismo no es un criterio de 'no familiares', pero sí le prohíbe a un servidor público usar o abusar de su posición pública para obtener trabajos para los miembros de su familia. El objetivo no es evitar que las familias trabajen juntas, sino evitar la posibilidad de que un servidor público pueda favorecer a los miembros de su familia en el ejercicio de una autoridad discrecional a nombre del público para contratar empleados públicos calificados.

Más aún, el nepotismo puede ser una ban-

* Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

dera roja que alerte al *Ombudsman* sobre la posibilidad de las necesidades percibidas por el funcionario de rodearse de aquellos en cuya capacidad de actuar con discreción se puede confiar más de lo ordinario.»

El nepotismo se da con frecuencia en el sector privado, particularmente cuando se promueve a familiares en corporaciones que son propiedad de una familia, casos en los cuales el acto es visto como legítimo. El impacto de cualquier tipo de preferencia recae, en última instancia, en el balance final (utilidades) de la corporación, y el balance final es la «propiedad» de la familia.

En el sector público, sin embargo, esto significa que el candidato más apto no obtiene un cargo o un ascenso, y, como consecuencia, el público en su conjunto es afectado, sin mencionar a la persona que, de no haber habido nepotismo, hubiera ganado el puesto. O puede significar que un contratista menos competitivo gane un contrato gubernamental a expensas del dinero de los contribuyentes.

El nepotismo puede ocasionar conflictos en términos de lealtades dentro de una organización, particularmente cuando un pariente se ubica en una posición de supervisión directa sobre otro. Es poco probable que los compañeros de trabajo se sientan cómodos con tal situación, que debe ser evitada. Un ejemplo de una prohibición legal establece que ninguna persona con parentesco de padre, madre, hermano, hermana, tío, tía, esposo, esposa, hijo, hija, yerno, nuera, sobrina, o sobrino puede ser ubicada en una relación de supervisión-subordinación directa.

Peor aún sería, por supuesto, que un juez estuviera en un caso en el cual tuviera un interés financiero, o en el que estuviera involucrado un pariente o un buen amigo. En un caso civil, se les puede preguntar a las partes (en caso de duda) si están de acuerdo con que el juez conduzca el caso, luego de

que éste(a) les haya explicado el conflicto potencial existente. En un caso criminal, el juez debe simplemente declarar su impedimento y no conducir el caso.

Más marginal es, quizás, la duda que surge cuando los hijos e hijas de los jueces comparecen en la Corte ante sus padres. En algunos sistemas judiciales esta situación no ha generado complicaciones, pero en otros ha generado feroces controversias y dado lugar a serios alegatos de colusión y corrupción.

La corrupción representa el mayor enemigo interno de la democracia, su gobierno y sus instituciones. Afirma Oscar Villarroel González que, la interpretación real de las acciones de fortalecimiento de la autoridad de los papas en Roma sobre los estados de la iglesia ha de tener en cuenta un marcado nepotismo del que se vieron cubiertas en todo momento ; no en vano el termino nepotismo «*proviene de la práctica de algunos Papas, de designar para cargos de responsabilidad o para prebendas y dignidades eclesiásticas a miembros de su propia familia, como expresión de favor o por exigencias de la misma función política, que requería rodearse de personas de confianza*»; he ahí que se explica que el propio Derecho canónico define a nepotismo como «*la afección excesiva de los eclesiásticos a los hijos de sus hermanas o hermanos. Esta palabra es Italiana y se usa con frecuencia en Italia el crédito y/o autoridad que varios papas conceden a sus sobrinos. Algunas veces los declara el Soberano Pontífice Cardenales Nepotes y son como una especie de primeros ministros y privados suyos*». Por extensión, en política el término designa todo abuso de poder realizado en beneficio de parientes y amigos; Juan Felipe García Santos, define a ésta actitud como un «desvío de la buena administración».

De acuerdo a la ley podríamos definir al Nepotismo como aquel acto administrativo mediante el cual un funcionario de dirección y/o confianza debidamente reconocido por el Es-

tado, de manera impropia y contradiciendo parámetros legales pre establecidos, ejerce directa e indirectamente su facultad de nombramiento y contratación, respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio

Sujetos activos del Nepotismo: Pero para entender en su integridad los alcances del primer artículo de la Ley es necesario de manera colegiada definir conceptos previos dentro de una interpretación restrictiva de la norma administrativa. Dentro de éste contexto conviene analizar normas en donde se defina aspectos relacionados a los funcionarios de dirección y personal de confianza de las entidades estatales «aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales». Si bien es cierto, la Ley alude los términos «Personal de Dirección» y «trabajadores de Confianza», el actuar de ellos se encuentra ligado a la función estatal, es decir al Servicio Público.

Del mismo modo el acotado cuerpo normativo señala que funcionario público es el «*ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía*».

Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley. Dicho de otra manera el concepto «personal de dirección» y «trabajador de Confianza», está ligado al concepto de «servidor público» y «funcionario público»; pero es en éste punto que hay que tener pri-

mordial cuidado, toda vez que los conceptos aludidos tiene mucha variabilidad y complejidad, específicamente en lo que se entiende por el último de ellos. En nuestro criterio consideramos que la función pública consiste en toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

El que desarrolla funciones administrativas, entendiéndose por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional. Una vez, establecido estos conceptos previos a efectos de limitar el ámbito de aplicación de los sujetos activos del nepotismo; es necesario revisar conceptos relacionados a la institución jurídica del parentesco y la afinidad.

Sin formar parte de la Entidad en la que se realizó la contratación o el nombramiento pero que tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la Entidad correspondiente. Aunque éste precepto es un tanto ambiguo, no deja de ser acertado, toda vez de que muchas entidades públicas funcionalmente están ligadas a otras.

Por ejemplo los funcionarios de dirección y/o confianza de FONAFE respecto de las accio-

nes administrativas de personal de PETROPERU, los del Ministerio de Justicia respecto de la SUNARP, los del Ministerio de Transportes y Comunicaciones respecto del reciente SUTRAN.

. Nepotismo y Concubinato: En aplicación de la referida ley se prohíbe ejercer la facultad de nombramiento o contratación a los mencionados funcionarios y en las circunstancias antes descritas, respecto de sus padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, hermanos, tíos, primos hermanos, cónyuge, suegros, cuñados, abuelos del cónyuge. Como se aprecia, la prohibición no alcanza al nombramiento o contratación de convivientes, a pesar de la gran cantidad de parejas peruanas que viven en tal condición, máxime si tenemos como antecedentes el servinacuy en el periodo de los Incas. Ante ello, es necesario modificar los alcances de la norma especial que incluya al nombramiento o contratación de personas con quienes se mantiene una unión de hecho dentro de los extremos descritos en el Artículo 326 del Código Civil (concubinato propio e impropio) así como a aquellas uniones de hecho fuera de éstos plazos, como causal de nepotismo y así evitar ambiguas interpretaciones; toda vez que la figura del concubinato regulada en el Código Civil busca establecer un plazo a partir del cual los convivientes adquieren una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales del matrimonio, finalidad distinta a la que persigue la Ley anti nepotismo que es evitar el nombramiento o contratación indebida de personas con las que se mantiene estrechos vínculos.

Sanciones por Nepotismo: La Ley establece de manera redundante que los órganos de control interno de las entidades quedarán encargados de velar por su estricto cumplimiento, bajo responsabilidad del titular del pliego o quien haga sus veces según corresponda, sin perjuicio de las acciones de

control que ejerza la Contraloría General de la República, manifestamos redundante toda vez que los órganos de control dependen de la Contraloría; sin embargo tampoco es malo. ¿Pero cuáles son las sanciones administrativas que se pudieran aplicar contra los infractores de esta norma?

- De comprobarse la transgresión de lo dispuesto en la Ley o en el presente Reglamento, los funcionarios de dirección y/o personal de confianza, serán sancionados con la destitución, despido o resolución del contrato.
- Al funcionario respecto del cual se ejerce la injerencia directa o indirecta a que hace referencia el Artículo 2 del presente reglamento, será sancionado con suspensión sin goce de remuneraciones. Si la función o cargo ejercido es de confianza, el nombramiento quedará sin efecto, o se resolverá el contrato; según corresponda.
- El periodo de suspensión dependerá de la gravedad de la falta y no podrá ser mayor a ciento ochenta (180) días calendario.
- El funcionario que resulte responsable de ejercer injerencia directa o indirecta en el nombramiento y/o contratación a que hubiera lugar, será solidariamente responsable con la persona indebidamente nombrada y/o contratada, respecto de la devolución de lo percibido, como consecuencia de la nulidad a que se refiere el artículo 4 de la Ley N° 26771.
- Si al momento de determinarse la sanción aplicable, la persona responsable del acto de nepotismo, ya no tuviese la condición de funcionario y/o personal de confianza, la sanción consistirá en una multa equivalente a las remuneraciones o ingresos que dicha persona hubiese percibido en un periodo, no mayor de ciento ochenta (180) días calendario. En tanto no se cumpla el

pago de la multa, el responsable no podrá ser designado a cargo o función pública ni percibir ingreso proveniente del Estado.» Independientemente a ellas, considerando que la sanción administrativa es independiente a la penal y civil; el infractor puede ser objeto de demanda y/o denuncia en el fuero correspondiente.

Para hablar del fuero civil, es necesario considerar previamente que con el fin de cumplir las políticas de gasto público mediante una gestión de los fondos públicos, los funcionarios con capacidad de nombrar o contratar personal respeten los parámetros especiales sobre el rubro, entre ellas la Ley anti nepotismo; evitándose así un daño al patrimonio del Estado. Sin embargo, entendiendo que si se ejecuta mal un gasto de contratación de personal vulnerando los extremos descritos en la Ley bajo análisis, lo lógico es que se está causando un daño al erario nacional; consiguientemente el funcionario de dirección o confianza con potestad de nombrar y/o contratar debe indemnizarlo. Sobre esto último, el Código Civil aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295 establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona (Estado) y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño; de ahí que colegimos que por los alcances del Código Civil, el infractor de la Ley anti nepotismo podría ser objeto de un proceso de Indemnización de Daños y Perjuicios, derivados de una responsabilidad contractual entre el funcionario de dirección o de confianza y el Estado. Sin embargo en el fuero penal, de acuerdo a la normativa actual se limita establecer dicha vía como elemento sancionador de un acto de nepotismo; toda vez de que hasta la fecha nuestro Código Penal aprobado por Decreto Legislativo N°

635, no considera al Nepotismo un delito.

Adicionalmente a ello no se podría incluso configurar el delito de Omisión de funciones establecido en el Artículo 229°. Sin embargo, si bien es cierto el Código Penal Peruano no considera al Nepotismo, como un delito; no quiere decir que no lo sea y que por el contrario la planicie normativa penal necesita una reforma respecto de este rubro. Manifestamos ello en razón de que tal como señala Sergio Valls Hernández, la coacción administrativa no debe confundirse con la potestad que la administración pública tiene de imponer sanciones. Si bien es cierto que puede recurrir a la vía coactiva para que una sanción se cumpla, también es claro que ésta sanción constituye un medio administrativo autónomo. Aceptando que la administración Pública está provista de medios represivos cuyo ejercicio constituye los actos administrativos punitivos, afirmamos que esta potestad sancionadora de la administración pública es una realidad que se vive en la generalidad de los regímenes constitucionales modernos y se manifiesta en materia fiscal (incumplimiento de obligaciones tributarias), materia administrativa (régimen disciplinarios a servidores y/o funcionarios públicos), etc; siendo así a la fecha la Administración Pública genera una complejidad normativa en la que para conservación del bienestar público, coexisten las penas del Derecho Penal clásico y las sanciones administrativas, mirándolo dentro de éste contexto, las leyes penales castigan «lo malo por malo» mientras que las administrativas castigan «lo malo por prohibido».

Por lo manifestado, el hecho que el nepotismo sea una infracción o falta administrativa ello no impide que sea considerado delito, más aún si su materialización implica un manejo doloso o culpable respecto del manejo de los fondos públicos; el cual se ejerce en todos los niveles del Estado, central, Regional, Local; por ello la envergadura de la falta es totalmente compatible en que al personal de di-

rección o confianza que comete nepotismo pueda recaerle una sanción penal (punitiva) y una disciplinaria.

en el Código Penal como supuesto típico es justificable y necesario; toda vez que la sanción administrativa o civil que se viene dando no es suficiente.

CONCLUSIONES

1. El Nepotismo constituye conforme al ordenamiento jurídico peruano vigente una falta administrativa con implicancias de responsabilidad civil contractual, mas no penal.
2. Es innegable que a la fecha el Nepotismo afecta considerablemente a la administración pública siendo una manifestación abusiva de poder por parte de quienes dirigen directa e indirectamente la gestión pública peruana; por lo que su inclusión
3. La principal forma de evitar el Nepotismo es establecer de manera sencilla, que todos los procesos de contratación para personal del Estado, deben prescindir de calificación de entrevistas personales y constreñir la evaluación a nivel de conocimiento y experiencia comprobada sobre el rubro, con la presencia de un representante del Ministerio Público
4. El nepotismo además de afectar los sueños de ciudadanos que de manera consecuente se preparan para optar un puesto público.

«CALIDAD DE SERVICIO: ENTRE LA FIDELIDAD Y LA RUPTURA»

Msc. Giomar W. Moscoso Zegarra
Contador Público Colegiado
Ingeniero Comercial

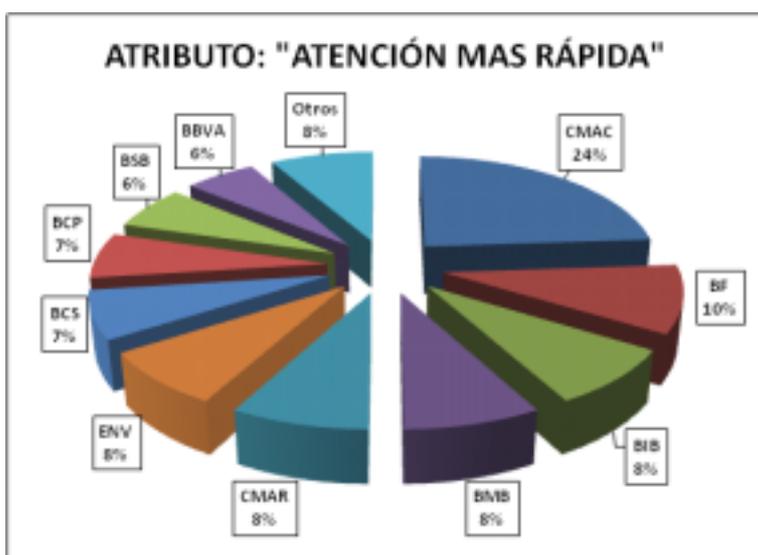
Recientemente nuestra ciudad ha sido escenario del inicio de operaciones de nuevas entidades financieras quienes sumadas a las ya existentes se han visto envueltas en una contienda por incrementar o mantener su participación en el mercado; el interés que presta cada entidad financiera por mejorar la percepción de sí misma frente a sus clientes va incrementándose con el pasar de los días, la captación de nuevos clientes, así como la preservación de los mismos se ha convertido en una necesidad por mejorar el posicionamiento de diferentes atributos que tiene cada entidad financiera en la mente de sus clientes que pudiera garantizar su fidelidad a la misma.

Por tanto empezamos a analizar algunas características de la calidad de servicio de las entidades financieras en Tacna. Se le pidió a los

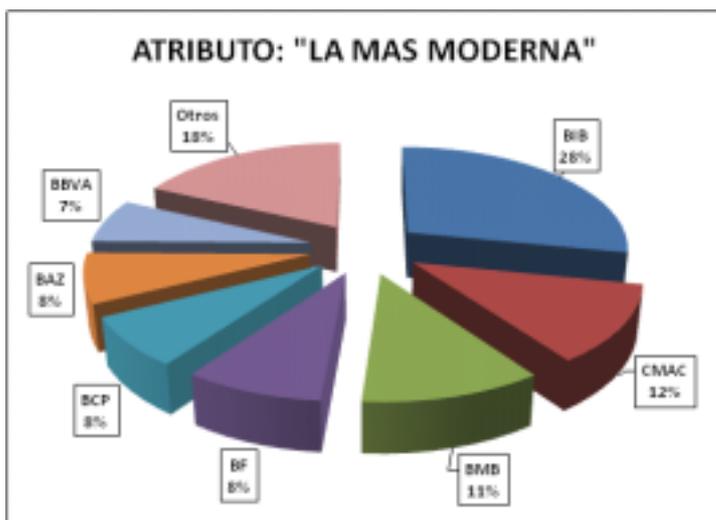
encuestados que relacionen rápidamente un atributo con la entidad donde son clientes. En dicho análisis la Caja Municipal de Tacna lidera la percepción de la gente en el atributo "Atención más rápida" con un contundente 24%, seguido de un casi novato en el mercado tacneño como el Banco Financiero con un sólido 10%, el Banco Interbank, Banco Mi Banco, la Caja Municipal de Arequipa y Edpyme Nueva Visión con un 8% comparten la tercera posición de este ranking, un poco más rezagados están el Banco CrediScotia y el Banco de Crédito con un 7% que no los distingue, a opinión de sus propios clientes, como poseedores de una "Atención" tan veloz como ellos desearían, por último cerrando la tabla el Banco Scotiabank y el Banco Continental son de los más castigados en la mente del usuario tacneño con un 6% en las preferencias. ¿Por qué grandes Bancos, con millonarias

inversiones en infraestructura y capacitación a su personal no se pueden consolidar en este atributo? Serán los enigmas a descifrar por las gerencias de estas y punto de atención en próximas campañas publicitarias.

Cuando a la clientes se les propuso que relacionaran a su entidad con el atributo "Moderno y de mejor Tecnología", el mejor posicionado en la mente de la gente es el Banco Interbank con un contundente 28%, mucho más atrás aparece la Caja Municipal de Tacna con el 12%,



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011.- " 360 grados, Investigación & Marketing Integral".



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011.- " 360 grados, Investigación & Marketing Integral".

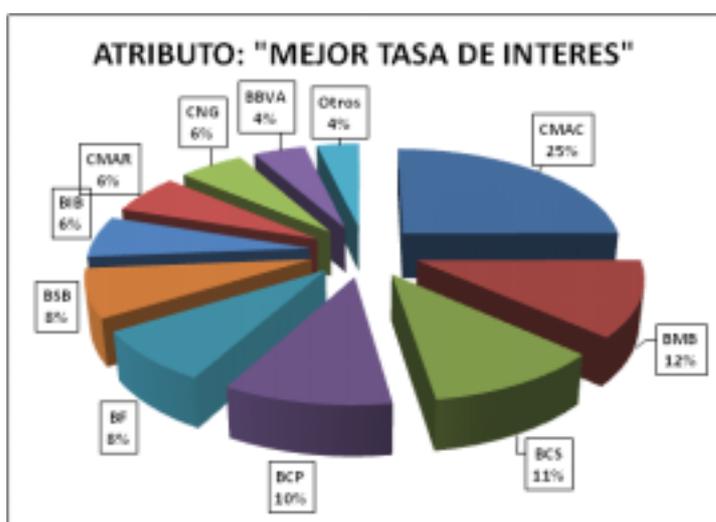
seguido muy de cerca por el Banco Mi Banco con el 11%, un poco rezagados aparecen el Banco Financiero, el Banco de Crédito y el Banco Azteca con un 8%, mientras que el Banco Continental con un 7% cierra la tabla de los más representativos de este atributo según la percepción de sus propios clientes.

Como podemos observar existe una posición predominante de la Banca Comercial en relación a modernidad, relegando a las Edpymes, Cajas Rurales de Ahorro y Crédito y Cajas Municipales a excepción de la Caja de Tacna. ¿Esta esto relacionado con el perfil de clientes que captan?, ¿En realidad poseen mejor tecnología

en comparación con las demás entidades financieras? Al parecer según los clientes...Sí.

Cuando se les pidió relacionar a su entidad financiera con un listado de atributos, el mejor posicionamiento en "La Entidad Financiera que ofrece la mejor tasa de interés" la Caja Municipal de Tacna con un categórico 25% se consolida según la percepción de la gente, como el de las tasas más atractivas. Más atrás viene el Banco Mi Banco que se ha ido posicionando a paso seguro en el mercado tacneño, el re-

ciente Banco Crediscotia con un 11% ocupa la tercera ubicación, en el cuarto lugar está el Banco de Crédito que no consigue despegar en ciertos atributos en Tacna con un 10% de las preferencias, quedando el Banco Financiero y el Banco ScotiaBank con un 8% respectivamente se quedan con el quinto lugar y pisándoles los talones continúan el Banco Interbank y la Caja Municipal de Arequipa con el 6% y cerrando la lista un desdeñado por sus clientes en este atributo Banco Continental con solo el 4%. ¿Por qué desaparecen las Edpyme en este listado? ¿Qué pueden hacer las demás entidades para desbancar el liderato de la Caja Municipal de Tacna en este atributo?, es tarea pendiente para la competencia.

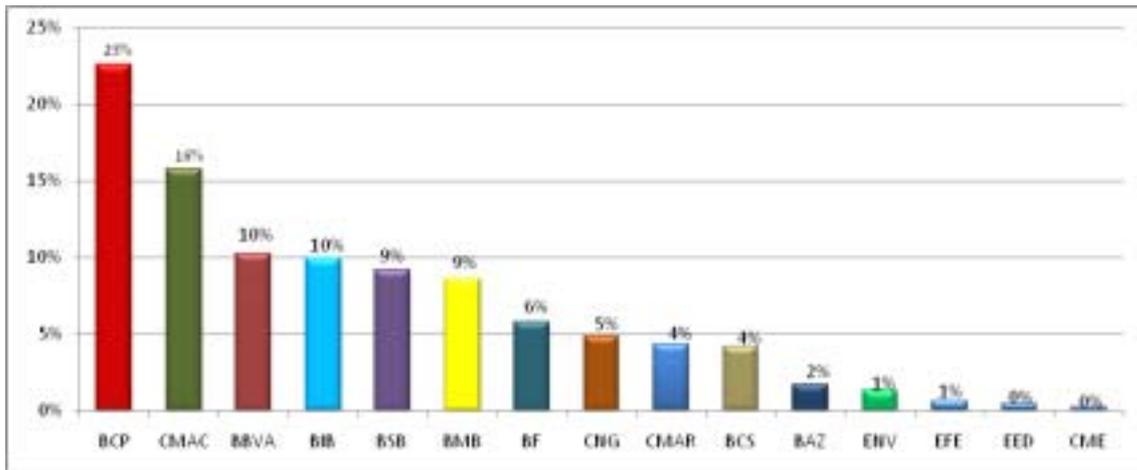


Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011.- « 360 grados, Investigación & Marketing Integral».

¿Cuál es la mejor Entidad Financiera en Tacna?

Este gráfico nos muestra la opinión de la gente a la pregunta ¿Cuál es la mejor entidad financiera en Tacna?, por lo que podemos apreciar que en la mente de los clientes de todas las entidades financieras en Tacna, el mejor posicionado es el Banco de Crédito del Perú con un claro 23%, lo sigue un poco más abajo la Caja Municipal de Tacna con 16% colándose en medio de las preferencias de la gente con un con-

¿Cuál es la mejor Entidad Financiera en Tacna?

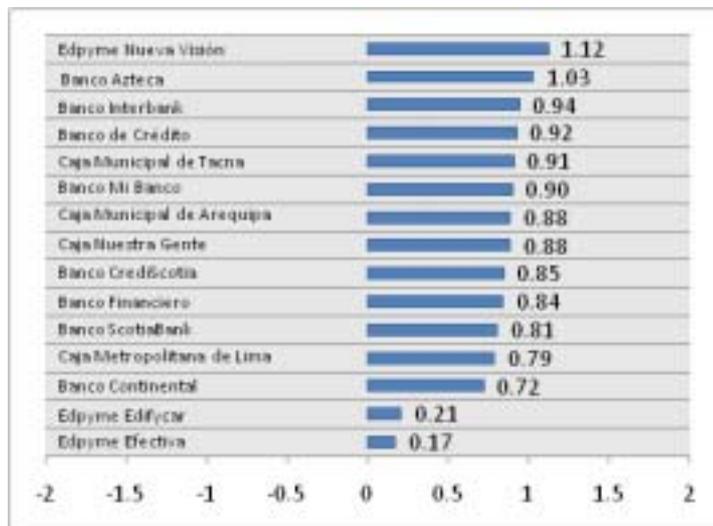


Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011.- « 360 grados, Investigación & Marketing Integral».

tudente 16%, la tercera posición de este ranking de percepciones lo ocupan el Banco Continental y El Banco Interbank con un 10% consolidando su liderazgo en la mente de sus clientes y los de su competencia, un poco más atrás vienen con un buen 9% el Banco Scotiabank y el Banco Mi Banco que ya están totalmente posicionados en el mercado tacneño, con un 6% el Banco Financiero no llega a colarse de manera clara en las preferencias de la gente, tampoco así lo hace Caja Nuestra Gente que a pesar de tener varios años en el mercado local parece no levantar vuelo en la mente de los tacneños, cerrando este ranking aparecen la Caja Municipal de Arequipa, Banco Crediscotia, Banco Azteca, , Edpyme Nueva Visión, Edpyme Efectiva, Financiera Edifycar y la novata Caja Metropolitana con menos del 4% que refleja aun una tibia presencia en las preferencias de la gente. ¿Influye tanto la publicidad en la mente de los usuarios del sistema financiero tacneño? al parecer salvo la buena posición de la Caja Municipal de Tacna, el Cuy Mágico, Gastón, Fernando Ampuero y compañía pueden influir mucho a la hora de escoger a la mejor de las entidades financieras en Tacna.

calidad de servicio

El modelo Servqual del profesor Parasunaman, agrupa las percepciones de los clientes en cinco dimensiones: Elementos Tangibles; que miden la primera impresión que se lleva el cliente, es decir recoge las impresiones acerca del aspecto de las instalaciones, del equipo, del personal y los materiales físicos de comunicación. Confiabilidad; recoge las percepciones acerca de la capacidad de la entidad de realizar el servicio prometido de forma exacta y confiable. Capacidad de Respuesta; nos muestra el deseo de la entidad de ayudar a los clientes y de servirles de forma rápida. Seguridad; refleja el conocimiento del servicio prestado y cortesía de los em-



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011.- « 360 grados, Investigación & Marketing Integral».

SERVQUAL Una herramienta para medir la

pleados, así como su habilidad para transmitir confianza al cliente. Finalmente La Empatía; que refleja la atención individualizada que tiene cada entidad con sus clientes.

EMPATÍA "Mi entidad cuenta con un horario adecuado a mis necesidades"

¿Qué entidad financiera realmente se pone en los zapatos de sus clientes? Al parecer la entidad mejor posicionada es Edpyme Nueva Visión con un ponderado de 1.12 que es la que más empatía tiene hacia sus usuarios en relación a los horarios, lo sigue de cerca el Banco Azteca con 1.03 debido a sus horarios corridos de atención que incluyen fines de semana, es por esto que sus clientes se lo saben reconocer con tan alto ponderado. En tercer lugar encontramos a un sólido Banco Interbank que hace uso de su eslogan "El tiempo vale más que el dinero" con un 0.94 ponderado en las preferencias. El cuarto y quinto lugar de las preferencias encontramos al Banco de Crédito y a la Caja Municipal de Tacna con el 0.92 y 0.91 que los mete en la pelea por la entidad que más entienden los tiempos de sus clientes.

ELEMENTOS TANGIBLES "Mi entidad posee oficinas agradables"



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011. - « 360 grados, Investigación & Marketing Integral».

Confiabilidad



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011. - « 360 grados, Investigación & Marketing Integral».

¿Cuál es la entidad financiera en Tacna que posee las mejores oficinas? o por lo menos la que más les gusta a los usuarios, El Banco de Crédito con el 1.12 de ponderado tiene a opinión de los clientes de todas las entidades financieras en Tacna, las oficinas más agradables y confortables. En segundo puesto el Banco Scotiabank persigue de cerca al B.C.P. con el 1.00 de ponderado, la Caja Municipal de Tacna otra vez se mete en la pelea junto a los bancos comerciales, pero ahora en la dimensión "Elementos Tangibles", ya que ocupa el tercer puesto del ranking con el 0.95, pero seguido muy de cerca por el Banco Continental que gracias a la nueva infraestructura que ha estrenado en el 2009 alcanza un 0.94 de ponderado en las preferencias de la gente. Finalmente cerrando este corto ranking de posicionamientos tenemos al Banco Interbank que con el 0.88 de promedio ocupa un expectante quinto puesto de las preferencias, en lo que ha Oficinas agradables se refiere.

CONFIABILIDAD "Cumple íntegramente con las promociones que ofrece"

Otra dimensión importante en el modelo de medición de la calidad de servicio de Parasunaman es la "Confiabilidad", a la

pregunta si su entidad financiera "Cumple integralmente con las promociones que ofrece", la más confiable en este aspecto según sus clientes es Edpyme Nueva Visión (ex-Crear Tacna) con un ponderado de 0.84, que refleja la confianza que transmite y que es adecuadamente percibida por sus clientes. En segundo lugar se encuentran una novel en el mercado tacneño Caja Municipal de Arequipa con un categorico 0.81 ponderado, al parecer la CMAR ha sabido consolidarse en el mercado tacneño en base a esta dimensión. Solo un poco más abajo con 0.77 de ponderado de posicionamiento se encuentra el Banco Azteca, que con sus préstamos al "momento" y su red de oficinas se encuentra bien ubicado en cuanto a Confianza se refiere. El cuarto lugar de este ranking de preferencias lo ocupa el Banco Continental con el 0.73, que refleja lo bien posicionado que se encuentra en el mercado tacneño.

Cerrando la lista de los cinco primeros en Confiableidad encontramos con un 0.71 de promedio a la Caja Municipal de Tacna que también consolida la buena percepción que tienen los tacneños hacia la mencionada entidad financiera.

CAPACIDAD DE RESPUESTA
"Siempre disponibles para atender mis consultas"

A la afirmación si los empleados de su entidad financiera siempre están disponibles para atender todas sus consultas, presenta al Banco de Crédito como el de mejor capacidad de respuesta con un 0.86 de ponderado, también con un buen promedio lo sigue en el segundo lugar la Caja Nuestra Gente y el Banco Continental que con un 0.76 de promedio se ubican en un lugar expectante en la mente de sus clientes. El tercer puesto es compartido por dos bancos comerciales como el Banco

CrediScotia y el Banco Azteca con el 0.72 de preferencias, el cuarto lugar lo ocupa en solitario el Banco Interbank y finalmente Banco Mi Banco y la Caja Municipal de Tacna con el 0.67 del ponderado cierran este grupo de entidades que son catalogados por sus propios clientes como los de mejor Capacidad de Respuesta.

SEGURIDAD "Los trabajadores de mi entidad me inspiran confianza"

Un atributo bastante valorado y fundamental a la hora que una persona elige la entidad financiera en la que realizará sus operaciones es la Seguridad, por tanto es necesario conocer que piensan los usuarios tacneños respecto a esta dimensión. Por tanto a la afirmación si los trabajadores de su entidad financiera le transmiten confianza la entidad mejor posicionada fue el Banco de Crédito con un sólido 0.89 de ponderado, lo sigue de cerca con un promedio de 0.83, seguido de cerca por el Banco Mi Banco con el 0.77 y por último en quinto lugar el Banco Crescotia, Banco Scotiabank y la Caja Nuestra Gente con un ponderado de 0.74 cierran este grupo de entidades que son vistas por sus propios clientes como poseedores de empleados que les transmiten la mayor confianza a sus clientes.



Fuente: Evaluación de la Calidad de Servicio de las Entidades Financieras en Tacna: Entre la Fidelidad y la Ruptura - 2011. - © 360 grados, Investigación & Marketing Integrab.

INSTITUCIONAL

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Dra. Elva Inés Acevedo Velásquez

Vicerrector Académico

Mag. Hugo Cirilo Calizaya Calizaya

Vicerrector Administrativo (e)

Mag. Arcadio Atencio Vargas

DECANOS

Decano de la Facultad de Educación, Ciencias de la Comunicación y Humanidades

Mag. Oscar Galdos Vizcarra

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Doctor Rafael Supo Hallasi

Decano (e) de la Facultad de Ingeniería

Mag. Oscar Angulo Salas

Decana de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo

Mag. Macarena Herrera Solís

Decano (e) de la Facultad de Medicina Humana

Mag. Javier Eduardo E. Ríos Lavagna

Decano de la Facultad de Ciencias Empresariales

Mag. Javier Hurtado Mejía

Director de la Escuela de Post Grado

Mag. Winston Castañeda Vargas

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Decano:

Dr. Rafael Supo Hallasi

Directora de la Escuela de Derecho

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Secretario Académico Administrativo

Abog. Juan Enrique Sologuren Alvarez

CONSEJO DE FACULTAD

Dr. Rafael Supo Hallasi (Decano)

Mag. Alberto Zeballos Ale

Abog. Luis Vargas Beltrán

Abog. Jorge Monroy Macuaga

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Est. Rosamarina Pilco Lazarte

Est. Evelyn Delgado Pari

Est. Astrid Shahanaz Herrera La Torre

COMISIONES DE LA FADE

COMISIÓN DE PLANIFICACIÓN Y PRESUPUESTO

Abog. Edwin Bustinza Arroyo (Presidente)
Abog. Jorge Gerardo Monroy Macuaga
Abog. David Ticona Nieto
Abog. Renzo Yufra Peralta
Est. Rosamarina Valentina Pilco Lazarte

COMISIÓN ACADÉMICA - CURRICULAR

Abog. Lincoln Salas Ponce (Presidente)
Abog. Nora Betty Acevedo Velásquez
Est. Astrid Shahanaz Herrera La Torre

COMISIÓN DE EVALUACIÓN DOCENTE

Mag. Alberto Wenceslao Zeballos Ale (Presidente)
Abog. Nora Betty Acevedo Velásquez
Abog. David Ticona Nieto
Est. Rosamarina Valentina Pilco Lazarte

CENTRO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA Y PROYECCIÓN SOCIAL

Abog. Luis Reinerio Vargas Beltrán (Coordinador)
Abog. Freddy Montesinos Rios
Abog. Yamile Berrios Manzur
Est. Evely Noemi Delgado Pari

CENTRO DE INVESTIGACIÓN

Abog. Jorge Monroy Macuaga (Coordinador)
Abog. Vicente Zeballos Salinas
Abog. Edwin Bustinza Arroyo
Est. Astrid Shahanaz Herrera La Torre



26° Aniversario de la Facultad



Autoridades participantes de la Sesión Solemne por el 26° Aniversario de la FADE.



Mesa de honor de la Sesión Solemne.



La rectora de la UPT, Elva Acevedo, entrega reconocimiento al doctor Javier Peralta Andía.



Asistentes a Sesión Solemne.



Docentes y administrativos en el brindis de honor.



Diplomado para docentes



Participantes del Diplomado.



Directora de Escuela y
Secretario Académico

Entrega de
diplomas a
docentes.



Inauguración de laboratorios.





Fiesta de gala por Aniversario



Panorámica de la fiesta.



Mesa de honor de la fiesta de gala.



Dr. Peralta Andía y Miss FADE 2011



Catedráticos en pleno baile.



Los que más se divirtieron.



Campeonato deportivo



Barra de equipos



Alumnas del IX ciclo



Ganadores del VI ciclo



Premiación a II ciclo



Equipo de I ciclo





Bienvenida al cachimbo



Autoridades de la Facultad y los cachimbos del Semestre 2011-I



Autoridades de la Facultad y los cachimbos Semestre 2010-II



Entrega de premio a cachimbo



Eventos estudiantiles



Participantes en el evento de ponencias.



Reconocimiento a ponente



Alumnos y ponentes

Alumnos y ponentes.





Juramentación de nuevo Decano



El Dr. Rafael Supo Hallasi juramenta como nuevo Decano de la Facultad Derecho y Ciencias Políticas.



Integrantes del Consejo de Facultad durante la elección del nuevo Decano de la FADE.





Promoción 2010-II



Egresados posan para el recuerdo,



Dra. Nora Acevedo y sus felices ex alumnas.



Ceremonia de graduación.



Graduados posan en los jardines de la Facultad



DOCUMENTOS

Ceremonia de 25 Aniversario de creación de la Facultad de Derecho

Discurso de ex alumno de la FADE, Luis Fuentes Fúster

Sra. Rectora de la Universidad Privada de Tacna

Sr. Decano de la Facultad de Derecho

Señores catedráticos, colegas, estudiantes, amigos...

Digna concurrencia

Quiero iniciar estas palabras, agradeciendo la oportunidad que, sin buscarla, se me brinda con motivo de celebrarse en la fecha, 25 años de creación de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna. Las bodas de Plata de nuestra querida Facultad, en cuyas aulas nos hemos formado profesionales que hoy enfrentamos con éxito a la exigente sociedad del conocimiento que nos ha tocado vivir.

En este momento se me viene a la mente, recuerdos, anécdotas y aprendizajes adquiridos en las antiguas instalaciones de la calle San Camilo. Gratas remembranzas que evocan el forjamiento de sólidas amistades y el dulce sabor de inolvidables recuerdos de distracción y divertimento en campeonatos y olimpiadas que culminaban en clásicas reuniones, muy útiles por cierto, para celebrar los triunfos o para olvidar las derrotas.

Claro está, que el más importante recuerdo que uno se lleva de su paso por las aulas universitarias, está referido a la contribución que recibimos en nuestro crecimiento como mejores personas. Ningún aprendizaje, por muy especializado que sea, rendirá frutos si es que no sea acompañada de una permanente y necesaria formación humana.

Quienes abrazamos la noble carrera del Derecho, impulsados principalmente en nuestro afán de alcanzar justicia, sabemos que nada nos resultaría más frustrante, durante nuestra formación, que enfrentar a docentes que actúan de modo injusto o que carezcan de una adecuada ética profesional. Y a la par, nada resulta más gratificante, que durante la formación académica nos acompañen verdaderos docentes que compartan conocimientos por medio de la palabra, pero que principalmente enseñen con el ejemplo de su accionar personal y profesional cotidianos.

Por ello creo, sin temor a equivocarme, que el principal logro de nuestra Facultad, está en formar profesionales que tengan sólidamente definidos sus principios; que no claudiquen jamás en sus afanes de justicia y que pongan siempre por delante la verdad, el supremo valor universal que nos hace libres.

Así como las aulas que ocupábamos en el local ubicado en la calle San Camilo, me permiten evocar gratos recuerdos, visitar las modernas instalaciones que hoy ocupa nuestra Facultad, me llena de satisfacción por el importante crecimiento que ha tenido y los pasos que viene dando para su ingreso a la modernidad; la cual, no sólo está referida solo a la infraestructura que ocupa, sino, principalmente, a la permanente actualización de conocimientos de quienes ejercen la docencia y a la constante mejora del material para la especialidad. Nada más grato para un ex estudiante, que ser testigo del crecimiento cualitativo y cuantitativo de su querida Alma Máter.

A los señores docentes de la Facultad, nuestro más sincero reconocimiento y nuestra eterna gratitud por las enseñanzas entregadas y por el sacrificio diario de preparar su clases con ahínco; pero también un llamado para que mantengan siempre vigente su vocación y la renueven permanentemente en el afán de formar cada día mejores profesionales del Derecho.

A los futuros colegas, hoy alumnos, me dirijo de una manera especial para expresarles un afectuoso saludo en este día, e invocarles, sepan distinguir y aprovechar los tiempos; el tiempo de aprender, el tiempo de debatir, el tiempo de crecer como seres humanos y claro está, el tiempo para divertirse. Tengan la plena certeza que esas clases a las que no asisten porque estimaron que era oportuno cambiarlas por un momento de relajación, les harán falta durante el ejercicio de la carrera. Con aprecio les digo, a menos inasistencias académicas, menos arrepentimientos futuros.

A mis colegas egresados de la Facultad, mi aprecio y mi solidaridad. El que algunas veces escasee la oferta laboral, no sea motivo para perder de vista nuestra vocación, ni permita que dejemos de lado nuestros afanes de alcanzar justicia. Que la competitividad que nos exige el mundo actual, no nos convierta en competidores deshonestos o en rivales que no sepamos poner límites al momento de enfrentarnos en procura de nuestras luchas. Mantengamos siempre vivas las enseñanzas y defendamos con altura las causas justas.

A mi querida Facultad y a todos los que la componen, muchas felicidades por estos primeros 25 años de fructífera existencia, que vengan muchos más, de dificultades, retos y responsabilidades, pero principalmente de éxitos y arduo trabajo con la finalidad de seguir aportando con profesionales de calidad a la administración de justicia, para beneficio de Tacna y para beneficio del Perú. Muchas gracias.

CRÓNICAS

MARTIROLOGIO DE UN DEMÓCRATA

LAS GOLONDRINAS ELECTORERAS, EL PACIFISMO DE LA DEMOCRACIA, LA INDIGNACION Y EL DELITO: CUANDO NO SER PACIFISTA, ES DELITO

(iii LIBERTAD PARA TUCO !!!)

(Crónica de un proceso penal en Tacna)

Parte II

Por Abog. Déंबर S. Fernández Hernani Aragón
Docente FADE

La entrega de la segunda parte de esta Crónica forense fue aplazada por una paradoja de la dinámica del Foro Nacional, consistente en que:

a) Asistimos por un lado a la encomiable celeridad en el desenlace por la Instancia Suprema, ya que realizado el Informe Oral el día de la Vista de la Causa, (a la que puntalmente concurrimos a primera hora del día 29 de abril del 2009), debido a problemas de horario en retorno via aérea a Tacna, llegamos al día siguiente, pero apenas pisamos tierra nos enteramos de la feliz noticia sobre que se había recibido por fax en Tacna la comunicación de la orden de LIBERTAD para el imputado, lo cual es digno de felicitar a los señores vocales supremos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y particularmente el Director de Debates Robinson Gonzales, de cuyo dominio de la Dogmática Penal ya teníamos noticia, y se corroboró con su puntal desempeño en la ponencia de este caso.

b) Por otro lado lo tortuoso resultó (cuando no) la espera de notificación del tenor de la Resolución Suprema, (en Setiembre del 2009: cinco meses!!!) enmarcado en el rutinario desenvolvimiento de la burocracia del Poder Judicial, que por meses postergó el acceso al texto de dicha Resolución, impidiendo realizar la presente entrega de la crónica judicial.

Por fin la tenemos entre manos y corresponde cumplir con lo ofrecido.

I.- DEL DICTAMEN SUPREMO.-

Retomando el hilo de la crónica, tenemos que una vez en Lima el Expediente, Fiscalía Suprema expidió su Dictamen con siguiente tenor (parte final):

« (...) III. VALORIZACIÓN DE LOS ACTUADOS PROBATORIOS Y LOS TERMINOS DE LA SENTENCIA:

Del análisis y revisión de los actuados, se tiene que el objetivo del proceso penal es el descubrimiento de la verdad material y la obtención de la certeza sobre el *thema probandum*, y para tal fin resulta aplicables distintos medios de prueba que garanticen la eficacia en la investigación siendo esto así no se ha cumplido con lo establecido en el Art. 72 del Código de Procedimientos Penales, debiéndose notificar a las personas de Dionicia Brigida Morales García y Susana Romero de Morales, quienes sindicaron a nivel preliminar al acusado Víctor Alférez Condori como el autor del delito de robo agravado, y a Oswaldo Izquierdo Caypa, quien estuvo y presenció los hechos – conforme lo anota el propio agraviado a fojas 16- a fin de que concurren al juicio oral con el propósito de prestar su declaración y puedan ser materia de valora-

ción por parte del Colegiado, debiéndoseles para ello examinar convenientemente, toda vez que a fojas 824, obra la declaración jurada con firma legalizada de DIONICIA BRIGIDA MORALES GARCÍA, quién se retracta de lo vertido a nivel policial.

Asimismo, se debe establecer con toda precisión la preexistencia de los bienes sustraídos al agraviado, toda vez que el informe N° 001-2008-SGTDCAC-SG/ONPE, no guarda coherencia con lo señalado por éste último, en su declaración policial de fojas 16.

Por otro lado, del examen de actas de fojas 870, se advierte que en la requisitoria oral no consta un retiro formal de la acusación sobre la base de nueva prueba, condición objetiva exigida por el Art. 274 del Código de Procedimientos Penales; asimismo, las conclusiones de fojas 882, tampoco se encuentran fundamentadas, siendo esto así este Despacho considera que se ha incurrido en causal de Nulidad prevista y sancionada en el inciso 1) del Art. 298 del Código de Procedimientos Penales, así como en lo previsto en el Art. 299 del Código Adjetivo citado, al no haberse aplicado correctamente normas sustantivas, debiéndose continuar el proceso según su estado.

IV. OPINIÓN FISCAL:

Por estas consideraciones, esta Fiscalía Suprema Penal, opina que se declare NULA la sentencia recurrida, debiéndose proseguir el proceso teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.»

Dicho sentido del pronunciamiento Fiscal tenía la virtud de acoger la petición de nulidad de la recurrida, que conllevaría restituir el proceso al estado de inicio de nuevo Juzgamiento, y por ende la situación jurídica del imputado, variaba, de prisión a la de comparecencia simple. Siendo así, si bien las diligencias para las cuales se sugería un plazo ampliatorio no eran las más adecuadas ya que el Colegiado de origen tuvo la oportunidad de efectivizarlos tras dilatadas sesiones, pero no se logró mayor esclarecimien-

to, y mas aun si existían versiones heterogéneas de parte de doña Brigida Morales y Susana Romero, ello no podría ser justificación para un nuevo juzgamiento, ya que por medio existen las reglas para valorar tal situación vacilante de un testigo o coacusado, (nos referimos al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 que establece las reglas para la valoración de las sindicaciones e incriminaciones reciprocas).

Sin embargo, viéndolo desde la visual utilitaria, teníamos ya un pronunciamiento de Fiscal Supremo Penal favorable en términos particulares, acogiendo una de las pretensiones alternativas planteadas en fundamentación del recurso de Nulidad (*al efecto «el demandado» que elige «cual de las pretensiones va a cumplir» transpolándolo del art. 87 del CPC al NCPP sería simplemente «el Colegiado» quien «elegirá cual de las pretensiones va a ordenar cumplir»*). Esta es una línea de aplicación procesal innovativa, ya que la generalidad acepta que debe existir una sola Teoría del Caso y en torno de ella desarrollarse la argumentación. Nosotros disintimos y proponemos pluralidad de visuales en la Teoría del Caso, en tanto que para que una u otra exista respaldo en actuación probatoria y no se configura una sola de manera radical excluyente de cualquier otra. Es una licencia que merece mayor desarrollo teórico, aceptamos, mas por lo pronto en desarrollo práctico ya fue de aplicación en este proceso, claro que se trataba de un proceso penal Ordinario regido por el ajejo C. de P.P. de 1940, pero guardando las distancias sería también de aplicación para el NCPP.

II.- DEL ALEGATO DE LA DEFENSA.-

Así con tal precedente de pronunciamiento del Poder Requiriente nos presentamos ante la Sala Suprema el día de la Vista de la Causa, para cuya oportunidad utilizamos el siguiente borrador :

ALEGATO ORAL ANTE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.-

SEÑOR PRESIDENTE, SEÑORES VOCALES.-

El presente Informe Oral es para solicitar a

vuestro Colegiado, declaren NULA la sentencia prolada en autos, la que REFORMÁN-DOLA procedan a ABSOLVER de los cargos por delito de Robo Agravado, y en lo referido a delito contra la Voluntad Popular procedan a declarar Exento de Pena por Causa de Justificación: Estado de Necesidad Justificante, y se ordene la inmediata excarcelación del demócrata Víctor Alferez Condori. ALTERNATIVAMENTE solicitamos la Nulidad de la Sentencia y Juicio Oral.

Esta defensa es de un mártir de la democracia, de Víctor Alferez Condori, campesino desde su nacimiento en Estique Pampa en la serranía de Tacna, ex Gobernador y Juez de Paz, padre de familia, quien en las elecciones para Gobiernos Locales y Regionales del 17 de Noviembre del 2002, hace 06 años, junto con decenas de pobladores de Estique Pampa, un pueblo rural en el cual no existen más de ochenta familias, sin embargo aparecen como quinientos votantes, de los conocidos como votos golondrinos, quienes llegan en todo tipo de vehículos, y cerradas las mesas, el escrutinio de los votos se prolonga en exceso, ya anocheciendo es que con la oscuridad llega el encono, la ira, el repudio ante la maniobra fraudatoria de un alcalde que se presentaba a reelección, por lo cual las decenas de pobladores rodean el local del Colegio donde se realizaba el escrutinio, y de manera súbita, tumultuaria ingresan al lugar, causan destrozos, se aproximan al Jefe de ODPE, toman su maletín en el entendido que allí estaban las actas de escrutinio, y que de dicha forma frustrarían el fraude electoral.

Una medida desesperada, defender la democracia utilizando actos de violencia.

Pero no contaron con que el Jefe de la ODPE de manera previsora dispuso momentos antes a dos señoras trabajadoras de ODPE para que las actas las colocasen ocultas en su pecho, e ingresaran a un vehículo policial y raudamente se retiraran del lugar. El Jefe de la ODPE consciente de su maniobra se quedó en el lugar para distraer a los manifestan-

tes, y devino en anzuelo humano, se prestó para ello en cumplimiento de su deber y es un caso típico de auto puesta en riesgo. Por ello cuando el tumulto ingresa al local le agraden y sustraen el bendito maletín, maletín en el que NO estaban las actas, maletín en el que dice obraban documentos varios de la ODPE y S/. 400.00 y cuyo destino luego se ignora. La Fuerza Pública, Policía y Ejército tuvo que repeler a los agresores y cuantificarse los daños e investigarse los hechos.

*Esta investigación que en sede policial duro meses y luego en despacho Judicial, la fase de Instrucción comprendió una diligencia de Confrontación de mi defendido, el demócrata Alferez con el Jefe de la ODPE, en cuya oportunidad éste **NO** reconoce como agresor a mi defendido, a quien lo conoce de antes por haber sido su instructor en temas electorales.*

Pero cuando esta investigación se realiza en Sala Penal, a los seis años de los hechos implica la concurrencia de los varios inculpados, que no siendo reconocidos por el Jefe de la ODPE conlleva sean absueltos, pero en lo referido al campesino, Gobernador luego de los hechos y Juez de Paz, el demócrata Víctor Alferez Condori, Sí es reconocido. Ambos actos del mismo Jefe de la ODPE, contradictorios entre sí, ambos bajo juramento, que por lo menos exige una explicación, una razón del dicho, que no fue pedida en absoluto por el Colegiado y se contento con lo que acontecía en Sala, para inferir responsabilidad, para condenar.

Pero preocupa no solo que se condene con base tan endeble, implicante, heterogénea, subjetiva, sino que además se condene por dos tipos penales diversos: el primero referido al delito contra la Voluntad Popular, materia del Art. 354 del C:P «El que, con violencia o amenaza perturba o impide que se desarrolle un proceso electoral general, parlamentario, regional o local, será reprimido con PPL no menor de 03 ni mayor de 10 años», y el otro contenido en el Art. 189 del C.P. delito de Robo agravado que dice: « La pena será

no menor de 10 ni mayor de 20 años, si el robo es cometido: «pero como se trata de un encadenamiento normativo, el Tipo Base indica en el art. 188: «El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona, o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física (...)» pone sobre el tapete la siguiente cuestión de Dogmática Penal: ¿en qué tipo se subsume el accionar desesperado del demócrata Víctor Alférez Condori, en el del 354 o en el del 188-189, o solo en el primero o en el segundo o en ambos?»

Sostenemos que la forma y circunstancias de los hechos, las características del agente (aspectos objetivos y subjetivos) concurren en sentido que el 354 es el Tipo penal que subsume lo ocurrido esa aciaga noche, ante la maniobra del golondrinaje. No puede sostenerse la tipificación en robo agravado no sólo porque no estamos ante delincuentes comunes, sino sobre todo porque NO se ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo reforzado del tipo, que viene a ser el «provecho». Este provecho de índole patrimonial no es el que a movido al demócrata Víctor Alférez Condori el día de los hechos, el elemento subjetivo giraba en torno al resultado de las Elecciones, a que no debería prosperar la modalidad de golondrinaje. Esta era la sede mental de la reacción del pueblo de Estique Pampa en Tarata, Tacna. No era un grupo de delincuentes comunes, sino de ciudadanos preocupados por la transparencia de los resultados de una elecciones contaminadas por el apetito de unos candidatos que recurren al Golondrinaje, y en dicho marco debieran ser sancionados.

El problema de subsunción típica no ha sido bien abordado por el Colegiado, a quien le bastó la narrativa sobre sustracción de bienes muebles, y con dicha base infiere de inmediato la subsunción en delito de robo agravado por estar rodeado de hechos de violencia y

amenaza. Ni siquiera es un caso de Concurso Ideal de Delitos, menos aun concurso real. Es que simplemente al no concurrir el elemento subjetivo reforzado del tipo, NO es posible se configure delito de Robo agravado.

La sustracción del maletín es un comportamiento que se enmarca en la voluntad de perturbar o impedir el proceso electoral, y como tal debe ser esclarecido y de ser el caso sancionado.

El demócrata Víctor Alférez Condori concurrió por meses a las sesiones de Audiencia bajo mandato de comparecencia y al leerse la sentencia le comunican que por diez años debe quedar como condenado, como ratero, y de entonces, a la fecha han transcurrido más de 07 meses de injusta, ilegal carcelería, por un hecho que merecería una pena mucho menor, incluso por ausencia de antecedentes una pena de ejecución suspendida, de allí nuestro clamor, la preocupación del pueblo de Estique Pampa por su libertad.

Comprender la conducta del demócrata Víctor Alférez Condori exige comprender el desenvolvimiento de la turba de personas de Estique Pampa, de su reacción emotiva de enojo, repudio ante el uso del voto golondrino que distorsionaría el resultado de las Elecciones.

La reacción popular se enmarca en un régimen de **Estado de Necesidad Justificante**, ya que por un lado tenemos como Bien Jurídico tutelado a la VOLUNTAD POPULAR, que se debe expresar a través de los sufragios, y que estos deben expresar esa voluntad popular, no contaminarla. Por otro lado tenemos como Bien Jurídico al PATRIMONIO en este caso el maletín del Jefe de la ODPE, y en general el material electoral: ¿cuál prima? Sin lugar a dudas para el pueblo de Estique Pampa primó la Voluntad Popular sobre el Patrimonio, el conflicto de intereses fue así resuelto y ello se enmarca en el Art. 20 inc. 4 del C.P. ¿Alguien en esta Sala podría sustentar lo inverso? Difícilmente, y ese estado mental es el que debe tenerse en cuenta

para comprender el desenvolvimiento del demócrata Víctor Alférez Condori. Si sustrajeron el maletín no fue para aprovecharse económicamente de lo que portara (dicen que dinero y facturas, pero tampoco acreditado de manera idónea, con documentación Contable Gubernamental de ONPE, que diera razón como es que se le giró un dinero al agravado, y luego se duplicó para afrontar mismo rubro de gasto, esto NO ha ocurrido por lo que hablar de propiedad y preexistencia como requisito para delito contra el Patrimonio, nos pone ante otra orfandad, al no existir acreditación idónea, cabiendo la figura del robadizo, quien para darle mayor gravedad a los hechos y hasta salir beneficiado de ellos, menciona un monto de dinero inexistente, lo que no sería la primera vez que ocurra en nuestro escenario procesal).

Pero ubicados otra vez en el escenario de la lucha por la voluntad popular y que ésta se exprese luego del sufragio de los votos, tenemos que tan cierta era la realidad del voto golondrino que por la concurrencia de esta causal luego se expidió resolución del Jurado Departamental de Elecciones declarando NULA la elección, pero NO por los actos de violencia desplegados y que son materia de este proceso, sino por la existencia del VOTO GOLONDRINO. Por que se acreditó que numerosas personas días antes de las elecciones cambiaron de domicilio, que muchas de ellas aparecían como si viviesen en mismo inmueble de Estique Pampa. Esta Resolución N° 230-2002 – JEE – TARATA, de fecha 09DIC02, emitida por el Jurado Especial Electoral de Tarata que obra a fs 121 y 252 del expediente no ha sido apreciada por el Colegio de Tacna en su cabal dimensión, como evidencia contundente de que el estupor, el desasosiego, la ira del pueblo la noche del 17 de Noviembre del 2002 tenía base cierta, objetiva, y la reacción popular que no llegó felizmente a mayores, está contemplada en el Código Penal como Elemento Negativo de la Antijuridicidad o causal de Justificación: Estado de Necesidad Justificante, exenta de pena por tanto, y en el peor de los casos, si se

considerase que no concurre alguno de sus requisitos, conllevarían una prudencial disminución de la pena (menos de los 03 años de PPL) conforme art. 21 del C.P. esto tampoco fue valuado adecuadamente por el Colegio de Tacneño y la instancia Suprema debe enmendar la plana y en sede de instancia ordenar no solo la absolución respecto del delito de robo agraviado, sino y en lo referido al delito contra la voluntad popular, declarar la exención de pena por concurrencia de Causa de Justificación : estado de Necesidad Justificante. Que mejor ofrenda a la democracia podríamos esperar de un Fallo vuestro.

Libertad para Víctor Alférez Condori, mártir de la democracia, reo en cárcel por el deficiente manejo de la Dogmática Jurídica Penal del Colegio a quo».

Aun recordamos dicho escenario supremo, ante vocales muy atareados que entre manos tenían variedad de expedientes, y cabalmente para lograr su atención tuvimos que extremar en el tono de voz, que en un momento generó que hasta personal administrativo de dicha instancia se aproxime a Sala a ver de qué se trataba, claro, por la especial incidencia del aspecto político del desenvolvimiento de nuestro defendido, lo cual fue un puntal serio que explotamos en dicha ocasión, con las licencias del caso, ya que el apunte antes transcrito era una guía mas no una camisa de fuerza para la oratoria forense. Por ello con agrado vimos que al culminar el alegato los supremos estaban atentos y dejaron de lado sus expedientes, estimando ganado otro punto a favor nuestro en búsqueda de atención al caso y que fue con suficiencia corroborado, cuando, (como lo anotamos *ab initio* de la presente), al día siguiente ya se faxeo la libertad, que era nuestro gran objetivo.

III DE LA RESOLUCIÓN SUPREMA.-

Tras meses de tensa espera, transcribimos su tenor:

«(...) CONSIDERANDO: Primero: Que, el recurrente al fundamentar su recurso de nu-

lidad a fojas novecientos veintiocho, sostiene que se ha incurrido en causal de nulidad insalvable, pues en un extremo se ha declarado la extinción de la acción penal por prescripción respecto al delito de coacción, pese a que existía un concurso ideal de delitos con los tipos penales que prevén, de robo agravado y contra la voluntad popular, por lo que peticona sea sancionada la recurrida con nulidad absoluta; que, de otro lado, sostiene como pretensiones subordinadas, su absolución por delito de robo agravado, ya que no existe prueba idónea en su contra que corrobore dicha imputación y la sindicación que fue efectuada en su contra no ha sido realizada con arreglo a los requisitos de sindicación que prevé el Acuerdo Plenario número cero dos – dos mil cinco / CJ_ ciento dieciséis; que, en ese mismo sentido, promueve su excepción de naturaleza de acción respecto al delito contra la voluntad popular, ya que alega que no se ha configurado dicho evento delictivo, pues los pobladores reaccionaron en modo común ante lo evidente de la irregularidad en el acto de votación, al haberse introducido en el acto electoral en cuestión, algunos votantes que tendrían la calidad «golondrinos» –según afirma-, que trajo consigo nulidad de las elecciones mediante resolución de fecha nueve de diciembre de dos mil dos, emitida por el Jurado Electoral Especial de Tarata, habiéndose producido un estado de necesidad justificante en la acción que se le imputa. **Segundo:** Que, conforme a lo previsto por el literal «e» del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, toda persona es considerada inocente mientras que no se declare judicialmente su responsabilidad, que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita arribar a la convicción de culpabilidad. **Tercero:** Que, en ese sentido, se desprende de autos que, en relación al delito de robo agravado, la actividad probatoria actuada en el decurso del proceso no ha permitido confirmar la hipótesis criminosa recaída en contra del encausado Víctor Alférez Condori a quien se la reprocha que conjuntamente con otros ciento veinte pobladores, el día diecisiete de noviembre de

dos mil dos, en circunstancias que se realizaba el acto de escrutinio producto de la votación de ciudadanos efectuada por las elecciones Regionales Municipales llevadas a cabo, entre otros lugares, en el Centro educativo «San Isidro» ubicado en el Distrito de Estique Pampa en la ciudad de Tacna, es que en modo violento perturbaron la concretización de dicho proceso electoral, para ello arrojaron piedras al interior del local de votación e impidieron que los representantes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales retiraran las actas y material electoral respectivo, motivo por el cual hicieron su aparición personal policial y al Fiscal Provincial a fin de conseguir que depongan su actitud, pese a ello continuaron con su accionar; que, asimismo, se le atribuye que en circunstancias en las que personal policial haciendo uso de gas lacrimógeno y disparos al aire lograban sacar de dicho centro educativo al agraviado Rimberto Ángel Cárdenas Arias, éste fue sujetado violentamente y golpeado con los puños por el inculcado Víctor Alférez Condori quien conjuntamente con otros pobladores le despojaron de un maletín que contenía diversos bienes, la suma ascendente a cuatrocientos nuevos soles y del material electoral que portaba. **Cuarto:** Que, en efecto, ante la negativa coherente y uniforme del encausado Alférez Condori, se tiene que respecto del delito de robo agravado, existe en contrario la sindicación del agraviado Cárdenas Arias, sin embargo, no ha sido efectuada con arreglo a los alcances del Acuerdo Plenario número dos – dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco, publicado en el diario Oficial El Peruano el veintiséis de noviembre de dos mil cinco, pues a lo largo del proceso ha señalado diversas versiones respecto a las circunstancias de comisión de los hechos, por un lado incriminó al agente como la persona que lo agredió, le sustrajo sus bienes y el dinero en efectivo que poseía, para luego omitir dicha circunstancia y señalar que solamente el imputado estuvo entre el grupo de personas que lo atacó, conforme se tiene de su manifesta-

*ción policial de fojas catorce y su declaración preventiva de fojas ciento noventa y ocho, y posteriormente al realizarse la diligencia de confrontación entre dichos sujetos procesales el perjudicado no lo reconoce como el sujeto que le robó el maletín y el dinero que este poseía, conforme se tiene a fojas doscientos noventa y cuatro, por lo que la sindicación adolece de plena eficacia probatoria; que, a dicha versión cabe agregar que respecto a la incriminación inicial efectuada por Dionicia Brígida Morales García contenida en su manifestación policial de fojas veintiséis, no ha sido sostenida en sede preliminar, pues dicho ilícito no se halla contenido en su denuncia penal esgrimida ante la Fiscalía Provincial, menos aun contra el citado encausado como se tiene a fojas ciento doce, a ello cabe agregar que durante el juicio oral presentó una declaración jurada con firma legalizada obrante de fojas seiscientos cinco y repetida a fojas ochocientos veinticuatro, donde no se ratifica del contenido de dicha instrumental; advirtiéndose además, que las circunstancias materia de imputación de dicho ilícito no guardan correspondencia con el contenido del Informe Policial de fojas ciento dos, así como con las versiones proporcionadas por su co inculpada absuelta Saturnina Flores Vicente en sus manifestaciones policiales de fojas treinta y cuatro y sesenta y nueve, declaración instructiva de fojas ciento noventa y cuatro y la diligencia de confrontación de fojas trescientos; por lo que en este extremo no se encuentra acreditada la responsabilidad del agente, por la que deviene en amparable la absolución del inculcado por el delito de robo agravado. **Quinto:** Que, en cuanto al delito contra la Voluntad Popular en la modalidad de perturbación o impedimento de proceso electoral, se tiene que ante la negativa coherente y uniforme del encausado Víctor Alférez Condori, como se tiene de su manifestación policial de fojas cuarenta y uno, realizada con intervención del Fiscal Provincial, declaración instructiva de fojas ciento cuarenta y uno y en el debate acusatorio, no se ha establecido categóricamente que hubiese sido uno de los sujetos que perturbó dicho acto electoral, pues los agraviados y tes-*

*tigos antes glosados no lo sindicaron en modo uniforme; más aún, si las circunstancias materia de imputación de éste delito no guardan equivalencia con el contenido de la constatación policial de fojas noventa y ocho, el informe policial de fojas ciento dos y la denuncia por acta de fojas ciento cinco, donde pese a precisar actos de violencia por parte de gran cantidad de pobladores en el lugar de los hechos no se practicó examen médico legal alguno, y en el centro de votación en cuestión solamente se hallaron cuatro piedras; por lo que no existe logicidad en la descripción de los hechos y la conducta atribuida al agente; máxime aún, si los actos materia de análisis emergieron como una reacción colectiva de protesta de diversos pobladores, ajena a alguna acción u omisión atribuida al agente, pues éste refirió no haber participado en la misma y que tuvo conocimiento que estaba destinada a evitar que se configuren irregularidades en el acto de votación a las elecciones antes descritas, las que como se tiene de autos, fueron sancionadas como nulidad conforme se tiene de la copia de la Resolución número doscientos treinta – dos mil dos – JEE – TARATA, de fecha nueve de diciembre de dos mil dos, emitida por el Jurado Especial Electoral de Tarata. **Sexto:** Que, en consecuencia, se advierte de lo actuado que no se ha quebrantado el principio de presunción de inocencia que consagra el literal «e» del inciso vigésimo cuarto del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, por lo que deberá absolver al agente con arreglo a lo previsto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. **Séptimo:** Que, de otro lado, cabe emitir pronunciamiento respecto a la excepción de naturaleza de acción promovida como pretensión subordinada por el encausado Víctor Alférez Condori, contenida en su recurso de nulidad antes glosado, por la configuración del estado de necesidad justificante, la que no se habría materializado pues como se señaló en el considerando precedente, el agente afirmó a lo largo del proceso no haber participado en acción ilícita alguna, por lo que no habría efectuado conducta alguna tendiente a conjurar prevalencia de bienes*

jurídicos en conflicto, en primacía a salvar peligro actual e insuperable alguno durante los hechos, como lo exige la eximente de antijuricidad invocada; por lo que dicho evento delictivo constituye delito, empero no se encuentran plenamente establecidos los autores; por lo que deberá desestimarse dicho mecanismo de defensa técnico, al no encuadrarse en el supuesto previsto por el penúltimo párrafo del artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis. Por estos fundamentos: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ochocientos ochenta y cinco, de fecha nueve de septiembre de dos mil ocho, en el extremo que CONDENA a VICTOR ALFEREZ CONDORI, por delitos contra el patrimonio – robo agravado, en perjuicio de Rimberto Ángel Cárdenas Arias; y por el delito contra la Voluntad Popular, en la modalidad de perturbación o impedimento del proceso electoral, en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad y al pago de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene; y REFORMANDOLA, ABSOLVIERON de la acusación fiscal a VICTOR ALFEREZ CONDORI, por los citados delitos y agraviados; DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales con arreglo al Decreto Ley veinte mil quinientos setenta y nueve; MANDARON archivar definitivamente el proceso; ORDENARON, su inmediata libertad la misma que se llevará a cabo siempre y cuando no exista en contra del mencionado, mandato de detención alguno emanado de autoridad judicial competente; e INFUNDADA la Excepción de Naturaleza de Acción promovida por el aludido inculpa-do; Oficiándose Vía Fax y los devolvieron.-

RESUMEN:

La esperada Resolución Suprema en **primer considerando** reseña nuestras pretensiones contenidas en fundamentación de recurso de nulidad aceptando existencia de pretensión principal y pretensión subordinada. El abanico estaba a disposi-

ción Suprema y no fue materia de cuestionamiento. Luego recuerda en **segundo** considerando la existencia de la Presunción de Inocencia por imperativo Constitucional. En cláusula **tercera** resume los hechos «in globo», con especial énfasis en lo que sería el delito de robo; en **cuarto** considerando incide en la inexistencia de uniformidad en la sindicación del agraviado, quien modifica su relato en diversos momentos del proceso: manifestación policial, instructiva ante Juzgado, e interrogatorio por la Sala Penal lo cual desmerece atribución de seriedad e invoca (lo que habíamos solicitado en recurso impugnatorio) el Acuerdo Plenario 02-2005. Luego analiza las versiones de Dionicia Brigida Morales Garcia, una interesada denunciante, quien tampoco mantuvo uniformidad en sus versiones en cada etapa del proceso, e incluso analiza el desenvolvimiento de una coinculpada: Saturnina Flores Vicente, cuyo conjunto de versiones al no ser concurrentes, uniformes, homogéneas, conllevan no acreditación de responsabilidad penal por delito de Robo Agravado. En **quinto** considerando ubica el análisis referido a delito contra la Voluntad Popular, y el Supremo Colegiado advierte inexistencia de prueba convincente contra el inculpa-do, además hace referencia a que no existe logicidad en la descripción de los hechos y la conducta atribuida al agente, y luego menciona la Resolución del Jurado Electoral que anulo las Elecciones, acogiendo nuestra observación glosada en recurso impugnatorio y recalca en el Informe Verbal ante el Supremo Colegiado Concluye por ello en considerando **sexto** reconociendo la presunción de inocencia, también en lo referido a este otro delito materia de proceso: Contra la Voluntad Popular. En el considerando **Séptimo** se avoca a la Excepción de Naturaleza de Acción, referido al Estado de Necesidad Justificante invocado como pretensión subordinada, referida al delito contra la Voluntad Popular y como tenía que respetarse la lógica interna en el razonamiento del Supremo, al haberse pronunciado por la no acreditación idónea de los delitos de Robo agravado y Contra la Voluntad Popular, existía substracción de materia para el Elemento Negativo de Anti juridicidad: Estado de Necesidad Justificante en cuanto a delito contra la Voluntad Popular.

IV.- CONCLUSIONES del caso materia de Crónica Forense:

- 1.- Es conveniente realizar una fundamentación invocando pretensiones alternativas, o subordinadas, tomando como referente analógico lo normado en Art. 87 del Código Procesal Civil, al Código de Procedimientos Penales. (Razonamiento por Analogía, de aceptación similar en ámbito del Derecho Procesal penal, en marco de Favorabilidad).
- 2.- La utilización de dicho Método de Integración Jurídica : Analogía, también es de recibo vía aplicación del Art. VII Inc. 3, *in fine*, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. Que dice: «*Vigencia e Interpretación de la Ley Procesal Penal: (...) 3.- La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o*

establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos . (...)». *Contra-rio sensu*, cuando la analogía favorece la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos Sí está permitida.

- 3.- La invocación de la doctrina referida al NCPP sobre que debiera existir una sola Teoría del Caso,⁽¹⁾ peca de ortodoxa y si bien puede servir a la Fiscalía, no necesariamente es de utilidad al encuadrar un caso desde el punto de vista de la Defensa. Menos aún ante una fase de Juzgamiento culminado, que permite pluralidad de visuales apoyadas en las diversas categorías del delito y los posibles elementos negativos de cada uno. De ellos una será de aceptación en la decisión jurisdiccional final.

⁽¹⁾ TEORÍA DEL CASO

Posted by Jorge Aguirre Montenegro: TEORÍA DEL CASO 1.1 Definición

La teoría del caso es el instrumento más importante, para organizar nuestro desempeño en el Proceso Penal. La teoría del caso se define como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar. Respecto a la teoría del caso Baytelman y Duce sostienen: «*La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia (...) la teoría del caso es un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo...*»

El NCPP 2004 considera en el desarrollo del juicio oral la teoría del caso, en el Art. 371.2, estableciendo: «...el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas, posteriormente en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. En el transcurso del Juicio Oral debemos proveer al tribunal de un punto de vista convincente (debemos tener en cuenta que nuestra contraparte lo hará), se debe aportar los medios probatorios idóneos, con nuestra teoría del caso, ya que esa manera el Tribunal no va a adquirir un punto de vista independiente (convicción judicial) y muchas veces imprevisibles para nosotros. Debemos tener en cuenta que toda la actividad que realicen las partes debe ser funcional (se debe tener en cuenta en los exámenes directos, en los contraexámenes y en todos los actos que realicemos dentro de la Audiencia del Juicio Oral) con la teoría del caso planteada, manejar mas de una teoría del caso es perjudicial para el objetivo que se plantee, lo cual no implica la estática dentro del planteamiento, solo ser coherentes con nuestro planteamiento.



Editora LIM
Tacna, Julio 2011

Ventas: meribri0610@hotmail.com
Cel. 957 572546
Cel. 952 391048